



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Nicklas Hansson

Relationen mellan Due Diligence
och garantier vid
företagsöverlåtelser

Examensarbete
20 poäng

Handledare: Professor Lars Gorton
Kommersiell avtalsrätt

Termin 9

Innehåll

SAMMANFATTNING	1
FÖRORD	4
FÖRKORTNINGAR	5
1 INLEDNING	6
1.1 Bakgrund och syfte	6
1.2 Metod och material	8
1.3 Avgränsningar	9
1.4 Disposition	9
2 FÖRETAGSÖVERLÅTELSE	11
2.1 Allmänt	11
2.2 Inkråmsförvärv	11
2.3 Förvärv av aktier	12
2.4 Tillämplig lag	12
2.4.1 Inkråmsförvärv	13
2.4.2 Förvärv av aktier	14
2.4.3 Kommentar	18
3 DET KÖPRÄTTSLIGA FELBEGREPPET	20
3.1 Inledning	20
3.2 Konkret och abstrakt standard	21
3.3 Köparens befogade förväntningar	23
3.4 Felbegreppet vid företagsöverlåtelse	25
3.4.1 Redovisningsinformation	26
3.4.2 Verksamhetens tillåtlighet	27
3.5 Undersökningsplikt	27
3.6 Upplyningsplikt	29
3.6.1 Friskrivningar	30
3.6.2 Underlåtelse att upplysa	32
3.6.3 Slutsats upplyningsplikt	32

4	DUE DILIGENCE	34
4.1	Allmänt	34
4.2	Due Diligenceförfarandets omfattning	35
4.2.1	Vad innefattas i Due Diligence?	36
4.2.2	Finansiell Due Diligence	38
4.2.3	Legal Due Diligence	38
4.3	Due Diligence funktion i förvärvsprocessen	39
4.4	Due Diligence roll i den köprättsliga felbedömningen	40
5	GARANTIER	42
5.1	Garantins funktion i förvärvsavtalet	42
5.1.1	Bevisfrågor	43
5.2	Garantins roll i den köprättsliga felbedömningen	43
6	DUE DILIGENCE KONTRA GARANTIER	45
6.1	Allmänt om samspelet mellan Due Diligence och garantier	45
6.2	Garantins roll i relation till undersökningsuppmaningar	46
6.3	Värdering av garantier	47
6.4	Formulering av garantier vid företagsförvärv	47
6.5	Prioritet mellan Due Diligence och garantier	48
6.6	Slutsats	48
7	AVSLUTANDE KOMMENTARER	51
	LITTERATURFÖRTECKNING	53
	Offentligt tryck	53
	Litteratur	53
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	57

Sammanfattning

Förvärvsavtalen vid företagsförvärv är ofta mycket omfattande rättsliga instrument i vilka parterna så långt som möjligt söker reglera sina inbördes förhållanden med anledning av transaktionen. Parterna vill med en uttömmande reglering avtalsvägen mellan parterna skapa förutsägbarhet, något som får anses vara vanligt i merparten av kommersiella sammanhang. Redan vid avtalsslutet strävar parterna efter att så långt det är möjligt uppskatta omfattningen av den ekonomiska risk som uppkommer respektive kvarstår efter affärens genomförande.

Syftet med denna framställning är att diskutera samspelet mellan användandet av garantikataloger i förvärvsavtal samt genomförandet av Due Diligenceundersökningar vid företagsförvärv. Detta görs med utgångspunkt i det köprättsliga felbegreppet. Jag vill undersöka hur riskfördelningen av ansvar för fel enligt detta påverkas av garantier respektive Due Diligenceundersökningar, samt hur dessa instrument relaterar till varandra.

Grundtanken bakom Due Diligenceundersökningar är att en köpare av ett företag vill ha så mycket information om det tilltänkta köpeobjektet som möjligt. En Due Diligenceundersökning kan med generella ekonomiska termer motiveras med att en köpare inte bör investera i företag som inte de facto uppfyller uppställda strategiska och kommersiella mål. Vad som objektivt anses innefattas av undersökningen är ovisst. Avgörande torde vara det tilltänkta förvärvsobjektets karaktär och en bedömning får göras i varje enskilt fall. I rättspraxis har frågan diskuterats i ett hovrättsavgörande, Svea Hovrätt, mål nr T 8566-99, vilket inte gav någon klarhet avseende frågan om vilka delar av resultatet av en Due Diligenceundersökning som skall anses vara relevanta. Dock ger hovrättsavgörandet indirekt en vägledning avseende var i förvärvsprocessen en undersökning bör vidtas. Enligt hovrättens resonemang bör Due Diligenceundersökningar vidtas innan något avtal överhuvudtaget ingås och köparen bör i detta avseende tydligt markera sin ickebundenhet. Annars finns risken att bundenhet uppstår trots köparens uppfattning om att resultatet av undersökningen innebär en avvikelse från avtalet.

Utgångspunkten vid avgörande av om det föreligger ett fel i det överlåtna enligt den dispositiva köprätten är säljarens ansvar för köparens befogade förväntningar på det överlåtna. Det finns inga typiska egenskaper som en

köpare normalt sett kan förvänta sig att erhålla vid ett köp av ett företag, varför bedömningen varierar i varje enskilt fall.

Den konkreta följderna av kopplingen mellan Due Diligenceundersökningar och köplagens undersökningsplikt består förenklat i att en köpare som genomför en Due Diligenceundersökning bör göra det noga. Omfattningen av Due Diligenceundersökningen måste åtminstone utsträckas till att köparen verkligen upptäcker sådant han borde ha upptäckt enligt undersökningsplikten i köplagen och att dennes rätt att påtala fel inte begränsas.

Den avtalsrättsliga karaktären av en garanti skall inte särskiljas från övriga avtalsvillkor i vilka förhållande rörande köpeobjektets egenskaper beskrivs. Detta har sin grund i parternas möjlighet att fritt disponera över avtalet och dess beskrivning av avtalsföremålet. Uppgifterna i garantin är en del av avtalets beskrivning av föremålet. Givna garantier kan således sägas bekräfta eller justera parternas risksfärer avseende ansvar för fel.

Parternas respektive risksfär avseende ansvar för fel i det överlåtna företaget påverkas av en mängd olika faktorer. Den dispositiva köprätten lägger grunden för hur felbedömningen skall göras och utifrån denna kan parterna skapa en riskfördelning med utgångspunkt i avtalet. De mest effektiva instrument som kan användas i syfte att reglera parternas relation är garantikataloger och Due Diligenceundersökningar. Utgångspunkten för felbedömningen är köparens befogade förväntningar på det överlåtna. I detta avseende är information om förvävsobjektet och dess egenskaper det centrala momentet.

Utgångspunkten vid riskfördelningen mellan parterna vid ett företagsförvärv är att fördelningen skall vara fullständig, d.v.s. att endera av parterna skall bära hela ansvaret för en avvikelse från den standard som avtalats eller som är befogad att förvänta sig av andra anledningar. Garantikataloger och Due Diligenceundersökningar är medel för att uppnå den fördelningen. Det föreligger ingen konkurrens mellan förfarandena i fråga om uppdelandet av risksfärer. Snarare kompletterar de varandra då de verkar på olika stadier i förvävsprocessen och har olika utgångspunkter. Med detta avses att Due Diligenceundersökningar är ett proaktivt sätt att identifiera och kvantifiera risk. Det vill säga att undersökningen äger rum innan bindande avtal föreligger och har som yttersta uppgift att föra fram frågor som skall regleras avtalsvägen mellan parterna. Risksfärena påverkas i och med att köparens befogade uppfattning blir mer specificerad. Garantikatalogen

däremot är ett reaktivt sätt att allokera risk. Man utgår från vad som framkommit genom Due Diligenceundersökningen och fördelar risken för osäkerheter i vad som framkommit eller inte framkommit i undersökningen. Kostnaden för att bära risken avspeglas då i hur köpeskilling och andra avtalsvillkor utformas.

Sammantaget medför användandet av både Due Diligenceundersökningar och garantikataloger ett mer förutsägbart avtalsförhållande mellan parterna i vilket den framtida finansiella risken för båda parter blir lättare att identifiera.

Förord

Den sista pusselbiten är lagd. Examensarbetet som utgörs av denna uppsats utgör det sista momenten i min utbildning till jur. kand. vid Juridiska Fakulteten vid Lunds universitet. Men nya utmaningar väntar och många vägkors skall passeras ännu.

Arbetet med denna framställning har medfört att jag stundtals pendlat mellan hopp och förtvivlan. Perioder av hopplöshet och uppgivenhet har avlösts av produktiva perioder i vilka arbetet med framställningen verkligen motsvarat mina förväntningar på hur det skall vara att få utreda ett rättsområde som intresserar mig. Det finns få upplevelser som kan möta sig med känslan av att tycka sig förstå sammanhang som tidigare framstått som svårgenomträngliga. Förhoppningsvis har jag lyckats förmedla någon av de slutsatser jag dragit i arbetet med denna uppsats.

Jag vill i detta sammanhang rikta ett stort tack till samtliga medarbetare vid Hamilton & Co Advokatbyrå i Malmö. De erfarenheter min tid hos Er medfört har varit till stor hjälp i författandet av denna uppsats, inte minst i form av uppmuntran och stöd.

Förkortningar

ABL	Aktiebolagslag (1975:1385)
AvtL	Lag om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område (1915:218)
HD	Högsta domstolen
JB	Jordabalken (1970:994)
JT	Juridisk Tidskrift vid Stockholms universitet
KöpL	Köplag (1990:931)
NJA	Nytt juridisk arkiv
Prop.	Regeringens proposition
SvJT	Svensk Juristtidning

1 Inledning

1.1 Bakgrund och syfte

En näringsverksamhet som bedrivs i aktiebolagsform kan överlåtas på två sätt, genom förvärv av inkråmet eller genom aktieförvärv. Vid förvärv av inkråmet överlåtes en mängd enskilda objekt, inte företaget i sin helhet. Vid aktieförvärv övertas den juridiska personen med alla dess rättigheter och skyldigheter – både nuvarande och framtida. Således kan värdet av det som överlåtes visa sig vara väsentligt annorlunda mot vad en köpare av företag via aktieförvärv antagit vid förvärvstillfället.

Frågan om köplagens tillämplighet vid företagsförvärv har i doktrinen debatterats flitigt, i synnerhet med sikte på en felbedömning av det förvärvade objektet, målföretaget.

Förvärvsavtalen vid företagsförvärv är ofta mycket omfattande rättsliga instrument i vilka parterna så långt som möjligt söker reglera sina inbördes förhållanden med anledning av transaktionen. Huvudorsaken till omfattande och detaljerade förvärvsavtal torde kunna finnas i förvärvsobjektets komplexa karaktär, men också osäkerhet angående den dispositiva köprättens inverkan i varje enskilt fall. I detta avseende har köplagens direkta tillämplighet vid företagsförvärv diskuterats.¹ Oavsett köplagens tillämplighet innebär det faktum att omfattningen av avtalsförhållandet är betydande att parterna frångår en stor del av den dispositiva rättsens stadganden. Något som får anses vara vanligt i merparten av kommersiella sammanhang. Den dispositivet som föreligger förorsakar frågor om vilken effekt ett avtalat frångående av den dispositiva rättsens regler får. Vidare uppstår frågan om hur olika förfaranden, i syfte att frångå de dispositiva reglerna, verkar i relation till varandra. Här avses eventuella skillnader i användandet av generella kontra specifika formuleringar samt i vilket skede av avtalsförhandlingen dessa förfaranden kommer in. Vidare uppkommer frågor om betydelsen av vad som förekommit innan dispositioner innebärande frångående av den dispositiva rätten. Due diligenceförfaranden aktualiseras därmed i denna del i fråga om vilken verkan, om någon, ett sådant har på parternas dispositionsrätt över avtalsinnehållet.

¹ Diskussionen kring tillämplig lag återges i kapitel 2.4 nedan.

Redan vid avtalsslutet strävar parterna efter att så långt det är möjligt uppskatta omfattningen av den ekonomiska risk som uppkommer respektive kvarstår efter affärens genomförande.

Riskfördelningen mellan parterna är således avgörande i förvärvstransaktionen. I detta avseende aktualiseras frågor om vilken verkan och omfattning garantier givna av säljaren påverkar parternas respektive risksfär. Garantin som instrument blir därför en intressant faktor i fördelningen av ansvar för fel i en förvärvstransaktion.

En av den dispositiva rättens grundläggande principer är principen om caveat emptor, köparen må akta sig. Denna princip ger uttryck för en form av undersökningsplikt, vilken översiktligt innebär att en köpare inte kan begränsa sin risksfär med åberopande såsom fel, en omständighet som var känd eller borde ha varit känd för denne. Hur långt undersökningsplikten sträcker sig och vad denna skall omfatta blir således viktiga parametrar i diskussionen om riskfördelningen mellan parterna. I fråga om företagsförvärv har en för svensk rätt relativt ny företeelse vunnit mark. Due Diligence är ett begrepp som kanske bäst kan översättas med tillbörlig omsorg och som kan sägas ligga nära diskussionen om en köpares undersökningsplikt.² I olika framställningar har begreppet använts som synonymt med den åtgärd som en omfattande genomgång av ett tilltänkt förvärvsobjekt innebär.³ Användandet av termen Due Diligence har kritiserats såsom förvirrande i fråga om företeelsens innebörd samt ur ett rent språkligt perspektiv då uttrycket ger upphov till ett antal sammansättningar av svenska och engelska ord i syfte att beskriva företeelsen.⁴ Kritiken bottnar i att en ordagrann översättning av termen Due Diligence inte förslår till att ange betydelsen eller funktionen av företeelsen. Enligt min mening förenklas inte förståelsen för betydelsen eller funktionen av företeelsen eller dess precisering av användandet av en annan term än Due Diligence.⁵ Termen får således anses vara dubbelbottnad. I ett avseende används termen i syfte att beskriva vad en köpare bör tänka på i form av tillbörlig omsorg i relation till undersökningsplikten vid ett förvärv. Å andra sidan är termen också ett uttryck för den företeelse som skall vara behjälplig i syfte att just iakttä tillbörlig omsorg. Om inget annat sägs är det den

² Kersby, s 143

³ Liljegren/Jonsson, s 31

⁴ Sevenius JT, s 463

⁵ Sevenius har valt att använda termen "Företagsbesiktning", vilket i sig inte behöver vara missvisande. Jag anser dock inte att denna term är direkt behjälplig i fråga om förståelse för förfarandets innebörd i relation till användandet av termen Due Diligence. Sevenius JT, s 463.

sistnämnda betydelsen som åsyftas vid användandet av termen Due Diligence i denna framställning.

Vid en Due Diligence genomför köparen en grundlig undersökning av det tilltänkta förvävsobjektet och lägger sedan resultatet av denna till grund för vidare beslutsfattande i förhandlingar om förvärv av företag.

Syftet med denna framställning är att diskutera samspelet mellan användandet av garantikataloger i förvävsavtal samt genomförandet av Due Diligence vid företagsförvärv. Vid första anblick kan det te sig onödigt att vidta undersökningsåtgärder avseende förhållanden i det tilltänkta köpeobjektet, målföretaget, som säljaren garanterat. Diskussionen i denna del kommer att inriktas på att söka utrona skäl till att vidta eller inte vidta en Due Diligence och i vilken omfattning denna i så fall skall ha. Mot bakgrund av det köprättsliga felbegreppet och den komplexitet ett företagsförvärv besitter i relation till förvärv av lösa ting torde en analys av relationen mellan det avtalsinstrument som garantier utgör, satt i relation till Due Diligence som rättslig figur, vara intressant.

1.2 Metod och material

Arbetet med denna framställning har bedrivits enligt en klassisk rättsdogmatisk metod. Då rättsområdet som är föremål för denna uppsats består av omfattningsmässigt relativt lite lagstiftning och därtill sparsmakade uttalanden i förarbeten till denna, har den största delen av undersökningen bestått av studier av doktrin och i viss utsträckning rättspraxis.

Due Diligence som fenomen är en relativt ny rättsfigur i svensk rätt varför den traditionella rättsteoretiska doktrinen inte i någon stor utsträckning är behjälplig för diskussion kring detta förfarande. I dessa avseende har arbetet med framställningen i kvantitativt störst hänseende bedrivits med utgångspunkt i diskussioner förda i diverse juridisk periodika.

Obligationsrätten som system uppfattar jag som en riskfördelande mekanism varför jag i diskussioner kring framställningens huvudfrågor utgår ifrån denna tes. Således blir felbedömningen och parternas respektive skyldigheter i anslutning till denna en logisk grund för och utgör bakgrund till huvuddiskussionen i denna framställning.

Framställningen torde inte kunna beskrivas som teleologisk då analysen av de rättsregler som aktualiseras inte analyseras utifrån lagstiftarens syfte med ifrågavarande regel. Dock kan analysen eventuellt betecknas som teleologisk med avseende på att diskussionen och analysen utgår ifrån att syftet med den obligationsrättsliga regleringen av företagsförvärv skall vara en fullständig riskfördelning mellan parterna.

1.3 Avgränsningar

Framställningen avser behandla relationen mellan garantier och Due Diligence vid företagsförvärv genom förvärv av aktier. Inkråmsförvärvet presenteras huvudsakligen i syfte att vara referens i diskussionen kring tillämplig lag vid företagsförvärv. Vidare görs en avgränsning mot förvärv av noterade aktier som inte kommer att behandlas.

I diskussionen kring det köprättsliga felbegreppet kommer inte de köprättsliga påföljderna vid konstaterande av fel behandlas i någon utsträckning. Syftet med framställningen är att utifrån det köprättsliga felbegreppet diskutera hur risken att bära ansvar för fel fördelas mellan parterna till ett förvärvsavtal, samt hur denna fördelning påverkas av relationen mellan garantier och Due Diligence. De köprättsliga eller avtalade påföljderna är inte av intresse i detta avseende.

Det praktiska genomförandet av Due Diligence och därmed kopplade frågor om rådgivaransvar kommer inte att behandlas i detta sammanhang.

1.4 Disposition

Inledningsvis i kapitel två presenteras en redogörelse för den rättsliga disposition som framställningen har sin grund i, företagsförvärvet. Genomgången görs i syfte att ge en bild av hur ett företagsförvärv ser ut och vilka komplikationer som däri kan uppstå med avseende på riskfördelningen av ansvar för fel ur en köprättslig synvinkel. I detta kapitel diskuteras vidare frågan om tillämplig lag vid företagsförvärv. Denna diskussion görs i syfte att uppmärksamma den osäkerhet som speglar transaktioner av typen företagsförvärv och därmed ge en indikation på garantiernas respektive Due Diligenceförfarandets roll och betydelse vid företagsförvärv.

I kapitel tre görs en grundlig genomgång om det köprättsliga felbegreppet i allmänhet och med avseende på bedömningen vid företagsöverlåtelser i

synnerhet. Kapitlet syftar till att skapa förståelse för de faktorer och bedömningsgrunder som ligger till grund för riskfördelningen vad gäller ansvar för fel vid företagsförvärv. Företagsförvärvets speciella natur aktualiseras i form av den osäkerhet kring den dispositiva rättens funktion vid företagsförvärv som föreligger i synnerhet avseende det köprättsliga felbegreppet. Due Diligence och garantier har sin naturliga koppling till frågan om det köprättsliga felbegreppet eftersom detta sätter ramen för vad parterna riskerar att ansvara för. I detta avseende blir en diskussion om det köprättsliga felbegreppet central i relation till frågan om samspelet mellan de två riskallokerande instrumenten garantier och Due Diligence. Vissa översiktliga jämförelser med felbegreppet vid fastighetsöverlåtelse görs i denna del.

I kapitel fyra presenteras Due Diligenceförfarandet. Detta görs i syfte att skapa förutsättningar för en diskussion kring detta förfarandes roll i förvärvsprocessen och vilken effekt det har på, eller inför upprättandet av, garantikataloger. Vidare diskuteras vad som skall anses innefattas i en Due Diligenceundersökning och kanske i synnerhet vilken relevans resultatet av en genomförd undersökning har.

I det femte kapitlet görs en genomgång av garantins funktion som avtalsinstrument. Syftet är att uppmärksamma vilken roll en garantikatalog kan ha i fråga om riskfördelning mellan parterna i en förvärvssituation.

Diskussionen kring samspelet mellan garantier och Due Diligence presenteras i kapitel sex. I denna del tas hänsyn till vissa ekonomiska effektivitetsargument vid sidan av de juridiska frågorna kring riskfördelning. Vidare återfinns mer praktiskt juridiskt tekniska frågeställningar i fråga om vilka effekter Due Diligenceförfaranden har i relation till garantikataloger. Syftet i denna del är att presentera en bild av interaktionen mellan de två avtalsinstrumenten samt diskutera lämpligheten i att använda de båda parallellt.

Det sjunde kapitlet innehåller avslutande kommentarer avseende vad som framkommit i arbetet med denna framställning. Denna del färgas i viss utsträckning av rättspolitiska överväganden.

2 Företagsöverlåtelse

2.1 Allmänt

Ett aktiebolag eller dess tillgångar kan vara föremål för överlåtelse av många anledningar. Utöver de rent kommersiella skäl en ägare kan ha i form av att tjäna pengar kan t.ex. verksamheten stå inför en expansion som bäst genomförs i en ny aktörs händer. Ägarna till ett företag kan vilja avyttra en förlustbringande verksamhet eller av andra skäl sälja sin verksamhet. Oavsett bakgrunden till beslutet att överlåta ett företag så innebär en företagsöverlåtelse en omfattande såväl kommersiell som rättslig apparat. Överlåtelsen kan sägas bestå av ett antal olika faser, i vilka rättsliga frågor accentueras i olika omfattning beroende på omständigheterna i det enskilda fallet och beroende av vilken fas i förvärvsprocessen parterna befinner sig i. Inför en överlåtelse är det vanligt att en omfattande förhandlingsprocess inleds mellan parterna. Förhandlingen leder antingen fram till ett slutligt avtal eller slutsatsen att inget avtal kommer att ingås.

Förvärvet som avtalstyp medför en överlåtelse innebärande att äganderätten överförs till köparen.⁶ En företagsöverlåtelse kan ske på två sätt. Antingen via försäljning av ett företags aktier eller genom försäljning av ett företags inkråm. Dessa två förvärvsformer presenteras mer ingående nedan.

2.2 Inkråmsförvärv

Vid överlåtelse av en rörelse via förvärv av ett företags inkråm överlåtes vissa specificerade tillgångar till köparen. Exempel på tillgångar är lager, inventarier, maskiner, fastigheter, immateriella rättigheter, kundregister. Även det säljande företags skulder kan ingå vid ett förvärv av inkråmet, men dessa kan övertas endast efter godkännande av berörda borgenärer.⁷ Därför står normalt det säljande bolaget kvar såsom gäldenär till skulder och medkontrahent till eventuellt gällande avtal.⁸

Formellt sett bortser man vid en inkråmsförsäljning från att köpeobjektet är ett verksamhetsdrivande företag. Ett inkråmsförvärv innebär snarare att det

⁶ Hellner-Ramberg, s 39

⁷ Hultmark, s 235

⁸ Hultmark, s 235

som överlåtes är en mängd enskilda objekt.⁹ I detta avseende får det anses påkallat att parterna noggrant specificerar vilka tillgångar som avses ingå i överlåtelsen, eftersom det, utöver de avtalsrättsliga frågorna om vad som ingått i avtalet, är avgörande för vilken lag som är tillämplig vid ett inkråmsförvärv. Problemet kan uppstå då ett inkråmsförvärv innefattar ett antal olika egendomslag. I förevarande sammanhang aktualiseras frågor om ansvaret för fel och bedömningen av felbegreppet i sig. En vidare utredning i detta avseende presenteras nedan under kapitel tre.

2.3 Förvärv av aktier

Ett företagsförvärv via förvärv av aktier innebär att köparen förvärvar en juridisk person. En juridisk person är, i förmögenhetsrättsligt avseende, principiellt likställd med fysiska personer. Ett aktiebolag har sina egna skulder och tillgångar. Själva begreppet juridisk person syftar till att beskriva förmågan hos en association att liksom en fysisk person förvärva förmögenhetsrättsliga rättigheter samt ådra sig förpliktelser som belastar dess egen förmögenhet.¹⁰ I lagtexten uttrycks rättskapaciteten som att associationen kan förvärva rättigheter, ikläda sig skyldigheter samt föra talan inför domstolar och andra myndigheter, 2 kap 13 § 1 st ABL e contrario. Den juridiska personen behåller efter förvärvet alla skyldigheter som den åtagit sig eller drabbats av. Detta medför att köparen indirekt kan drabbas av att oväntade fordringsanspråk riktas mot aktiebolaget.

2.4 Tillämplig lag

Frågan om bedömning av felbegreppet vid företagsöverlåtelser och därmed sammanhängande frågor om undersökningsplikt och parternas förpliktelser, är beroende av vilken lag som skall anses tillämplig på transaktionen. Rättsläget vad avser den dispositiva rättens tillämplighet vid företagsöverlåtelser är omdiskuterat. I syfte att presentera en generell bild av förvärvssituationen och därmed belysa problematiken kring garantiers respektive Due Diligenceförfarandens inverkan på förvärvsavtalet kommer diskussioner kring tillämplig lag föras nedan.

I sammanhanget bör poängteras att parterna till kommersiella avtal ofta strävar efter att så uttömmande som möjligt definiera vad som skall anses

⁹ Hultmark, s 31

¹⁰ Nial-Johansson, s 69

utgöra fel i relationen parterna emellan. Det torde dock vara naturligt att det inte är möjligt att genom avtal reglera alla situationer som kan tänkas uppstå. För det fall parterna ej reglerat en fråga avtalsvägen får lösningen sökas i den på området tillämpliga lagen eller möjligen i övergripande allmänna rättsprinciper.¹¹ I detta avseende aktualiseras denna framställnings huvudsobjekt tydligt. För att kunna avtalsvägen avgöra vad som skall anses utgöra fel i förvärsobjektet, måste kunskap om objektet finnas. Antingen kan informationen komma till uttryck genom säljarens garantier eller genom att köparen vidtar en undersökning av köpeobjektet. Frågan huruvida parterna avtalsvägen kan avtala bort den köprättsliga felbedömningen är ej oomtvistad, varför frågan om tillämplig lag får anses nödvändig att behandla. Frågan om tillämplig lag har vidare betydelse i fråga om tolkning och utfyllnad.

2.4.1 Inkråmsförvärv

Beroende på vilket egendomslag som omfattas av överlåtelsen bedöms felbegreppet vid inkråmsförvärv utifrån tillämplig lag avseende det aktuella egendomslaget. Vid bedömning av det överlåtnas beskaffenhet när det gäller lös egendom tillämpas köplagens regler om fel i vara. Köplagen tillämpas vid förvärv av lös egendom enligt KöpL 1 § och reglerna om fel i vara återfinns i KöpL 17 - 20 §§

Om förvärvet innehåller fast egendom så tillämpas reglerna i 4 kap 19 § JB avseende felbedömningen.

Då en inkråmsförsäljning rent formellt innebär en överlåtelse av enskilt specificerad egendom uppkommer normalt inte problem med fastställandet av tillämplig lag. De gränsdragningsproblem som kan uppkomma är avseende de fall då det i överlåtelsen ingår aktier i andra aktiebolag samt andra fordringsrätter. Till detta återkommer jag nedan vid behandlingen av företagsförvärv via aktieförvärv. Detta då problematiken blir densamma i båda dessa fall.

I doktrinen har problematiken diskuterats utifrån frågan om ett inkråmsförvärv skall anses bestå av ett antal från varandra skilda transaktioner eller ett enhetligt helhetsförvärv. Hultmark presenterar en modell bestående av att ett förvärv skall bedömas som en helhet om köparen

¹¹ I detta sammanhang kommer ingen diskussion angående definitionen av en allmän rättsprincip föras.

har för avsikt att driva verksamheten vidare.¹² Detta synsätt har dock kritiserats av Lindskog som argumenterar ur ett sakrättsligt perspektiv. Lindskog hävdar att avsaknaden av ett samlat sakrättsligt moment vid inkråmsöverlåtelse medför att varje tillgång som omfattas av förvärvet skall bedömas för sig. Detta motiveras med att en köpare kan ha erhållit sakrättsligt borgenärsskydd i en säljares konkurs avseende vissa tillgångar men inte andra.¹³

Knabe hävdar att egendomens art skall avgöra frågan om vilken lag som är tillämplig men att om förvärvsobjektet betecknas som rörelse, förvärvet skall betraktas som en helhet.¹⁴ Håstad uttalar sin skepsis till köplagens generella tillämpning då förvärvsobjektet, företag, ligger utanför vad lagstiftaren haft i tankarna.¹⁵

Liljegren/Jonsson uttrycker en uppfattning om att det vid inkråmsförvärv bör göras en bedömning av varje enskild tillgång enligt den för respektive egendomslag tillämpliga lagen, men att förvärvet vid överlåtelse av en rörelse bör ses som en helhet vid felbedömningen.¹⁶

2.4.2 Förvärv av aktier

Ur köplagens 1 § kan utläsas att denna är tillämplig vid förvärv av lös egendom, såsom fordringar och rättigheter. Köplagen är således formellt tillämplig på aktieförvärv men är huvudsakligen utformad med sikte på köp av lösa saker.¹⁷ Skuldebrevslagen kan också anses tillämplig på aktieköp om man väljer att definiera aktien som en fordringsrätt som aktieägaren har gentemot bolaget i vilket aktien är utfärdad. Även om en aktie till synes inte uppfyller de i förarbetena till skuldebrevslagen uppställda definitionerna för skuldebrev, en ensidig, till det yttre fristående, skriftlig utfästelse att erlagga ett penningbelopp¹⁸, anses skuldebrevslagen analogt tillämplig på förbindelser som inte uppfyller kravet på skuldebrev i egentlig mening.¹⁹ I doktrin har Karnell uttryckt en uppfattning innebärande skuldebrevslagens generella tillämplighet vid aktieförvärv.²⁰

¹² Hultmark, s 236

¹³ Lindskog, s 102

¹⁴ Knabe, s 68

¹⁵ Håstad 2003, s 30

¹⁶ Liljegren/Jonsson, s 39

¹⁷ Prop 1988/89:76 s 61

¹⁸ NJA II 1936 s 15

¹⁹ Mellqvist-Persson, s 95

²⁰ Karnell, s 288 ff

Ur ett felansvarsperspektiv är vare sig köplagen eller skuldebrevslagen anpassade till förvärv av aktier.²¹

I förarbetena till köplagen påpekas att ett köpeobjekts speciella karaktär kan motivera avsteg från regler som gäller i fråga om lös egendom i allmänhet.²² Lagstiftaren medger härmed en öppenhet för möjligheten till reduktionslut vilket särskilt kan aktualiseras då annan lag särskilt reglerar en överlåtelse. Avseende fordringar förekommer en oklarhet avseende huruvida dessa skall betraktas som enstaka fordringar som överlåtes och därmed omfattas av 9 § skuldebrevslagen, eller om de skall anses ingå i en överlåtelse av en hel rörelse och omfattas av köplagens regler.

Säljarens ansvar vid en tillämpning av 9 § skuldebrevslagen sträcker sig endast till skuldebrevets giltighet men medför inte något ansvar för fordringens kvalitet, d.v.s. gäldenärens betalningsförmåga. Skuldebrevslagen ger inget utrymme för en bedömning av vad en köpare med fog kunnat förutsätta avseende det köptas egenskaper såsom 17 § 3 st KöpL. I detta avseende föreligger således en skillnad gentemot köplagen. Skillnaden är av central betydelse i fråga om felbedömningen vid överlåtelse av företag. Därmed har frågan om tillämplig lag betydelse avseende Due Diligenceförfarandens och ställda garantiers inverkan på parternas respektive risksfär.

Den praxis som finns att tillgå i ämnet talar för en tillämpning av köplagen vid aktieöverlåtelser, i vart fall då det rör sig om överlåtelse av en hel rörelse. HD uttalade i NJA 1976 s 341 att köplagen är tillämplig i fråga om preskriptions- och reklamationsregler vid köp av samliga aktier i ett bolag. Trots att ärendet inte berörde det köprättsliga felansvaret får det anses tala för en tillämpning av köplagen vid överlåtelse av hel rörelse. Vidare har hovrätten i RH 1999:138 uttalat en öppning för det analoga användandet av principer utanför köplagen i vissa fall. Målet rörde nedsättning av köpeskillingen för ett förvärv av aktier i ett fastighetsaktiebolag, till vilka var knutna nyttjanderätten till en bostadslägenhet. Frågan var om huruvida förvärvet var behäftat med fel p.g.a. ett sopnedkast i direkt anslutning till lägenheten som säljaren inte upplyst om vid avtalets ingående. Hovrätten konstaterade att utgångspunkten för prövningen av tvisten skall vara

²¹ Hultmark, s 80

²² Prop. 1988/89:76 s 61

bestämmelserna i köplagen.²³ Huvudfrågan i målet var huruvida säljaren varit skyldig att upplysa om sopnedkastets placering då han ostridigt varit medveten om att detta kunde medföra olägenhet. Underlåtenheten att upplysa ansågs strida mot tro och heder vilket har betydelse vid tillämpningen av köplagens regler. Hovrätten konstaterar att förvärvet hade sådan likhet med ett fastighetsförvärv att frågan om inte jordabalkens regelsystem bör tillämpas istället för eller vid sidan om köplagens, aktualiserades. Enligt 4 kap JB har säljarens underlåtenhet att upplysa om förhållandet inte alls samma relevans för hans ansvar för fel. Av betydelse i det avseendet är istället om köparen fullgjort sin undersökningsplikt och icke bort upptäcka felet. Hovrätten finner att vägledning saknas i praxis avseende frågan om tillämpning av jordabalkens regler vid förvärv av aktier då förvärvstransaktionen företer stor likhet med fastighetsköp och tillämpar köplagens regler.²⁴ Ramberg och Herre diskuterar också möjligheten till genomsyn vid förvärv av aktier då den enda tillgången i aktiebolaget består av en eller flera fastigheter.²⁵ Även i detta fall blir slutsatsen att rättsläget är ovisst angående möjligheten att tillämpa andra ansvarsregler än köplagens vid förvärv av aktier, trots att det egentliga objektet för transaktionen kan vara t.ex. en fastighet.²⁶ Liljegren och Jonsson presenterar en modell innebärande att genomsyn endast skall kunna ske undantagsvis och i de fall en överlåtelse avser samtliga aktier och det bakomliggande förmögenhetsobjektet utgör den rent värdemässigt klart dominerande tillgången.²⁷ Osäkerheten i gränsdragningen och strävan efter en enhetlig rättstillämpning leder dock Liljegren och Jonsson till slutsatsen att köplagen skall tillämpas oaktat att målbolagets enda tillgångar t.ex. utgörs av fastigheter men att jordabalkens principer skall kunna tillämpas analogt.²⁸

I det än så länge enda publicerade skiljedomsavgörandet från 1986 ansågs normala köprättsliga regler vara gällande i fråga om säljarens felansvar vid företagsöverlåtelse.²⁹ Avgörandet motiverades av att förvärvet avsåg en hel rörelse.

Doktrinen har visat viss oenighet i fråga om köplagens tillämplighet vid förvärv av aktier. Hultmark är av uppfattningen att köplagen skall tillämpas i sin helhet oberoende av om förvärvet avser samtliga aktier i ett bolag eller

²³ RH 1999:138 s 4

²⁴ RH 1999:138 s 4

²⁵ Ramberg/Herre, s 106

²⁶ Ramberg/Herre, s 106

²⁷ Liljegren/Jonsson, s 44

²⁸ Liljegren/Jonsson, s 45

²⁹ Stockholms handelskammars skiljedomsinstitut, Årsskrift 1986 s 47

endast ett fåtal aktier.³⁰ Hon motiverar ställningstagandet med stöd i en jämförelse mellan en aktie och ett normalt skuldebrev. Eftersom det föreligger väsentliga skillnader mellan de olika formerna av värdepapper, finner Hultmark att skuldebrevslagen inte kan anses tillämplig.³¹ Skillnaderna består bl.a. av preskriptionsfrågor. En aktieägares anspråk är inte föremål för preskription, vilket är fallet med en fordringsrätt samt att ett aktieägarkollektiv till skillnad från en borgenär i ett fordringsförhållande, ensidigt kan förändra avtalsvillkoren för relationen t.ex. genom att på bolagsstämma besluta om likvidation. Aktiens karaktär vad avser ägaranspråk skulle således medföra en så väsentlig avvikelse från en normal fordringsrätt som talar för en fullständig tillämpning av köplagen vid alla former av aktieförvärv.³²

Johansson menar att köplagens tillämplighet skall bestämmas utifrån säljarens inflytande i bolaget som överlåtes. Om säljaren överlåter en andel med bestämmande inflytande i bolaget så skall köplagen tillämpas. I detta avseende hänvisar Johansson till en analogi av koncerndefinitionen i 1 kap 2 § ABL, vilket skulle medföra en tillämpning av köplagen då den överlåtna andelen i ett bolag innefattar över 50% av rösterna i bolaget.³³ Denna uppfattning ger upphov till problematik i de fall då ett antal säljare överlåter sina, i sig inte bestämmande andel i bolaget, men som sammantaget ger köparen ett bestämmande inflytande i bolaget. Med utgångspunkt i köprättens felbegrepp, vilket presenteras nedan, och dess grund i köparens befogade förväntningar, torde istället bestämmandet av tillämplig lag genom analogi till ABL göras utifrån den faktiskt förvärvade andelen. Således torde argumentet för köplagens tillämplighet ha sin grund i att köplagen är tillämplig för det fall köparen förvärvar en andel med bestämmande inflytande. I detta sammanhang uppstår vidare frågor om hur bedömningen skall göras om förvärven av de olika delarna görs vid olika tidpunkter. Gränsdragningsproblematiken bestående i att avgöra när ett samlat förvärv av bestämmande andel i ett bolag skett medför enligt min mening att denna grund för köplagens tillämplighet inte är tillräcklig.

Åhman menar, i viss likhet med Johansson, att köplagen bör tillämpas i de fall köpet rör större delen av i företaget insatt kapital och köparen genom förvärvet får ett bestämmande inflytande i företaget.³⁴ En uppfattning som

³⁰ Hultmark, s 88-89

³¹ Hultmark, s 82 och s 88-89

³² Hultmark, s 88-89

³³ Johansson, s 90 ff

³⁴ Åhman s 481

till synes tar sikte på köpeobjektets karaktär av antingen rörelse eller enbart värdebärande äganderätt.³⁵

Kihlman är av uppfattningen att diskussionen avseende köplagens tillämplighet är av underordnad betydelse i fråga om felansvaret vid aktieöverlåtelser.³⁶ Utgångspunkten måste enligt honom vara att alla köparens förväntningar på köpeobjektet måste kunna vara föremål för prövning, varför det får anses klarlagt att köplagens bestämmelser i denna del är tillämpliga. Frågan blir snarare hur de skall tillämpas. Därför är det centrala att undersöka vilka förväntningar som är befogade utifrån vad som varit föremål för överlåtelse.³⁷

2.4.3 Kommentar

Vid avgörande av tillämplig lag för aktieöverlåtelser måste utgångspunkten vara i det överlåtnas karaktär. Om samtliga aktier i ett bolag överlåtes måste förvärvet anses avse äganderätten till hela det kapital som tillskjutits bolaget och aktierna utgör medlet för att erhålla en äganderätt till den juridiska personen och därmed indirekt av bolaget ägda tillgångar. Avgörande får alltså anses vara förvärvets reella objekt. Om samtliga aktier förvärvas är förvärvets reella objekt det bakomliggande bolaget. Vid ett sådant förhållande torde inte skuldebrevslagen vara lämplig att tillgå då felansvaret för säljaren enligt denna författning får anses icke tillfredställande.

Vid överlåtelse av ett fåtal aktier uppstår en gränsdragningsproblematik om skuldebrevslagen skall tillämpas avseende dessa förvärv. Den förutsägbarhet som en enhetlig reglering medför i detta avseende får anses vara eftersträvänsvärt. Vidare instämmer jag med Hultmark i fråga om aktiens karaktär av äganderätt med de skillnader det innebär i relation till en normal fordringsrätt. Sammantaget talar ovanstående för en generell tillämpning av köplagen vid aktieförvärv. Vad avser inkråmsförvärv anser jag det vara klarlagt att respektive egendomsslag styr frågan om tillämplig lag.

³⁵ Aktiens karaktär av värdebärande äganderätt ger upphov till diskussion om eventuella skillnader i avgörande av tillämplig lag för det fall förvärvet avser noterade aktier. Då jag i denna framställning valt att avgränsa från frågor rörande förvärv av noterade aktier, kommer denna frågeställning ej diskuteras vidare i detta sammanhang.

³⁶ Kihlman, s 194

³⁷ Kihlman, s 195

Den ovan presenterade diskussionen om en eventuell genomsyn i de fall överlåtelsen av aktier i bolag vars enda tillgång utgörs av fastigheter ger föga ledning i frågan om en tillämpning av jordabalkens regler kan låta sig göras i dessa fall. Motiven för att överlåta en eller flera fastigheter genom överlåtelse av det ägande aktiebolaget torde vara varierande. Skattemässiga fördelar kan eventuellt följa av detta sätt att handla, något som inte kommer att behandlas vidare i detta sammanhang. Det kan utifrån diskussioner i doktrin och praxis dock konstateras att gällande rätt inte medger någon tillämpning av jordabalkens regler vid överlåtelse av aktiebolag vars enda tillgång är en fastighet. Skillnaderna mellan jordabalkens regler och den dispositiva köprätten avseende fördelningen av felansvar för parterna kan dock vara av intresse och tas upp översiktligt i redogörelsen för det köprättsliga felbegreppet nedan.

3 Det köprättsliga felbegreppet

3.1 Inledning

Den köprättsliga felbedömningen innebär en fullständig riskfördelning mellan köpare och säljare. Detta innebär följaktligen att antingen köparen eller säljaren står risken för eventuella fel i det överlåtna med anledning av ett förvärv.³⁸ Utgångspunkten för den köprättsliga riskfördelningen återfinns i 17 § 1 st KöpL, vari det stadgas att säljaren står risken för avvikelser i egenskaper som anses följa av köpeavtalet. Felbedömningen innebär härmed att avtalsföremålets beskaffenhet jämförs med köparens förväntningar utifrån köpeobjektets beskrivning i avtalet. Om det inte regleras i avtalet skall en vara anses behäftad med fel om den inte uppfyller i 17 § 2 st KöpL stipulerade utfyllande krav. I detta avseende skall det överlåtna vara ägnat för det ändamål för vilket varor av samma slag i allmänhet används. Vidare skall köpeobjektet vara ägnat för det särskilda ändamål för vilket köparen avsett använda varan under förutsättning att säljaren vid förvärvet måste ha insett detta särskilda ändamål.

Eftersom en köpares förväntningar, befogade eller ej, kan förändras över tiden måste möjligheten att påverka förväntningarna upphöra vid någon tidpunkt. Dessa påverkansmöjligheter kan bestå i friskrivningar eller uppmaningar till vidare undersökning av objektet. Denna framställning har som utgångspunkt att finns det anledning att göra särskilda bedömningar av sådana förfarande i sig, då de är ägnade att påverka köparens förväntningar på köpeobjektets beskaffenhet.³⁹ I vissa avseenden torde en jämförelse med ansvarsfördelningen mellan parterna vid fastighetsförvärv vara av intresse, dessa tas upp översiktligt i detta kapitel.

Nedan kommer en utredning av det köprättsliga felbegreppets tillämplighet vid företagsöverlåtelser göras. Detta görs i syfte att utreda den dispositiva rättens inverkan på förvärvet och, i förlängningen, vilken effekt denna har i relation till genomförandet av Due Diligenceundersökningar samt utformningen av garantikataloger inför företagsförvärv. Felbegreppet och i synnerhet bestämmelser om vems risksfär för ansvar för fel är utöver de rent

³⁸ Kihlman, s 288

³⁹ Diskussionen utvecklas nedan under kapitel sex.

kommersiella övervägandena centralt vid betraktandet av Due Diligence och garantikataloger.

3.2 Konkret och abstrakt standard

Vid tillämpning av köplagens felregler används ibland begreppen konkret och abstrakt standard. Dessa begrepp syftar till att definiera vad en köpare kan förvänta sig av det överlåtna objektet. Avvikelse från dessa normer kan definieras som konkreta respektive abstrakta fel.⁴⁰

Konkret standard innebär att riskfördelningen mellan parterna avseende ansvar från avvikelser från standarden görs med ledning av vad som faktiskt avtalats mellan parterna.⁴¹ Avgörande för riskfördelningen är således vad en köpare med fog kunnat förutsätta beroende på omständigheterna i varje enskilt fall. Riskfördelningen mellan parterna vid avgörande av huruvida det föreligger en avvikelse från en konkret standard blir då beroende av hur det bakomliggande avtalsförhållandet blir bedömt. En extensiv tolkning av avtalsinnehållet skulle leda till att åtskilligt anses följa av avtalet varvid säljarens risksfär utökas. Följaktligen skulle det motsatsvis innebära ett utökande av köparens risksfär för det fall tolkningen av avtalsinnehållet görs mer restriktiv.⁴² Mot bakgrund av denna osäkerhet i effekten på respektive parts risksfär har den abstrakta standarden uppkommit. En jämförelse med situationen vid fastighetsförvärv visar motsvarande definition av den konkreta standarden. Också i detta avseende anses utgångspunkten vara i vad som uttryckligen förekommer i avtalet samt vad säljaren i anslutning till detta lämnat för uppgifter.⁴³ Den i fastighetsrätten annars så långtgående undersökningsplikten begränsas av förekomsten av en konkret standard och en köpare kan trots misstanke om förekomsten av avvikelse från den avtalade standarden åberopa denna avvikelse såsom fel.⁴⁴

Den abstrakta standarden är en objektiv bedömning, frigjord från de individuella avtalsparterna och vad som förekommit dem emellan.⁴⁵ Det överlåtne objektet skall då besitta egenskaper som köpare i största allmänhet skulle förvänta sig av motsvarande objekt. Abstrakt standard innebär således

⁴⁰ Ramberg-Herre, s 249, Hellner-Ramberg, s 62 och Kihlman, s 39

⁴¹ Kihlman, s 39

⁴² Kihlman, s 39

⁴³ Grauers, s 222

⁴⁴ Grauers, s 222

⁴⁵ Hellner-Ramberg, s 62

att det sålda skall vara av normal standard om inget annat följer av avtalet.⁴⁶ Jämförelsen mellan felbegreppet vid fastighetsförvärv och det köprättsliga felbegreppet visar i detta avseende vissa skillnader. För att en avvikelse från den abstrakta standarden skall kunna anses vara relevant vid fastighetsförvärv, skall felet inte kunnat upptäckas vid en ”med erforderlig omsorg och sakkunskap genomförd undersökning”.⁴⁷ Säljaren ansvarar i detta avseende således endast för dolda fel. Den dispositiva köprätten ålägger inte köparen motsvarande undersökningsplikt. Utgångspunkten i bedömningen görs i stället genom en samlad bedömning av vad köparen, mot bakgrund av vad som förekommit mellan parterna, har haft fog att förvänta sig avseende det överlåtans egenskaper.

Uppdelningen mellan konkret och abstrakt standard i den dispositiva köprätten har kritiserats med utgångspunkt i att uppdelningen inte fyller någon pedagogisk funktion och att den inte bygger på några rättsystematiska skillnader.⁴⁸ Argumenten för att uppdelningen inte fyller någon funktion bygger på att definitionerna abstrakt och konkret standard uppkom som komplement till 1905 års köplag som helt saknade definitioner av köprättsligt fel. I den nya köplagen definieras felbegreppet tämligen utförligt varför det i doktrin har ifrågasatts huruvida en uppdelning av det överlåtans standard är nödvändig.⁴⁹ Vidare har uppdelningen ifrågasatts ur ett felbedömningsperspektiv med hänvisning till att köplagens riskfördelning inte utgår ifrån avtalet som sådant utan från köparens befogade förväntningar på grund av avtalet. Därmed står säljaren risken för avvikelser från såväl konkret som abstrakt standard.⁵⁰

I förarbetena till den nya köplagen används inte begreppen abstrakt och konkret standard.⁵¹ Denna framställning avser att undersöka huruvida garantikataloger och Due Diligenceundersökningar påverkar parternas, vid ett företagsförvärv, respektive risksfär för ansvar för fel. Felbegreppets klassificering i sig har ingen rättslig betydelse i detta avseende eftersom det köprättsliga felbegreppet utgår från avvikelser från vad en köpare med fog kunnat förutsätta. Detta gäller oavsett om avvikelsen sker från vad som sagts i avtalet, d.v.s. utfästelse av säljaren, eller från vad en köpare därutöver har fog att förutsätta om det överlåtans egenskaper. I doktrinen

⁴⁶ Kihlman, s 40

⁴⁷ Grauers, s 223

⁴⁸ Hultmark, s 93

⁴⁹ Hultmark, s 93

⁵⁰ Kihlman, s 40

⁵¹ Prop. 1988/89:76

används indelningen i abstrakt och konkret standard hos vissa författare.⁵² Motiven för detta får anses bestå i pedagogiska skäl för förståelsen av det köprättsliga felbegreppet i sig. I denna framställning accepterar jag uppdelningen i abstrakt och konkret standard då det underlättar diskussionen kring hur Due Diligenceundersökningar och garantikataloger påverkar parternas respektive risksfär. Svaret på frågorna om hur Due Diligenceundersökningar och garantier påverkar ansvarsfördelningen samt hur dessa två instrument påverkas av varandra påverkas inte i sig av uppdelningen. Däremot anser jag det fylla en pedagogisk funktion i syfte att identifiera effekter p.g.a. företagsförvärvets inneboende komplexitet och svårighet att sätta någon normalstandard på.

3.3 Köparens befogade förväntningar

Köplagens 17 § 3 st, innebär att säljaren ansvarar för att köparens befogade uppfattning om en varas beskaffenhet inte är felaktiga, såtillvida uppfattningen grundas på vad som är synbart. Således skall det överlåtna anses vara behäftat med fel inte bara om den avviker från vad som föreskrivs i paragrafens första och andra stycke utan också om det i något annat avseende avviker från vad en köpare med fog kunnat förutsätta. Syftet med 17 § 3 st KöpL är tvåfaldigt. Genom sin lydelse fastslår paragrafen att en avvikelse från vad som föreskrivs enligt första och andra styckena innebär att fel föreligger. Avsikten med formuleringen är också att klargöra att första och andra styckena inte innehåller en uttömmande beskrivning av vad som krävs för att fel inte skall föreligga.⁵³ I motiven till bestämmelsen uttalar lagstiftaren att det skall överlämnas till rättstillämpningen att avgöra vilka fall utöver de som beskrivs i första och andra styckena som skall anses innebära att det överlåtna skall anses behäftat med fel.⁵⁴ Formuleringen av tredje stycket, som innehåller ”i annat avseende” skall enligt Håstad inte tolkas som innebärande att felet måste bestå i annat än t.ex. bristande ändamålsenlighet som tas upp i första stycket.⁵⁵ Motivet för formuleringen anges istället vara att första och andra stycket ej skall tolkas motsättningsvis. Då 17 § KöpL, första och andra styckena, innehåller exempel på vad köparen med fog kan förutsätta kan tredje stycket sägas ge uttryck för huvudregeln, att fel föreligger om det överlåtna avviker från vad köparen med fog kunnat förutsätta.⁵⁶ Motsvarande regel finns också för det

⁵² Håstad 2003 & Hellner-Ramberg

⁵³ Håstad 2003, s 78

⁵⁴ Prop. 1989/90:76 s 87

⁵⁵ Håstad 2003, s 79

⁵⁶ Håstad 2003, s 79

fall det överlåtna sålts i befintligt skick eller med liknande förbehåll, i 19 § 1 st 3 mom för det fall det överlåtna är i väsentligt sämre skick än vad köparen med hänsyn till priset och andra omständigheter med fog kunnat förutsätta.

Säljaren har således enligt ovan beskrivna regler ett på köparens befogade förutsättningar baserat ansvar.⁵⁷ Säljarens agerande eller brist på agerande är i sig inte något villkor för felansvar. För att felansvar skall föreligga krävs inte heller att säljaren varit medveten om vad köparen med fog kunnat förvänta sig eller att säljaren varit medveten om att det överlåtna avvek från vad köparen med fog kunnat förvänta sig.⁵⁸ Dock har säljarens agerande eller underlåtenhet därtill samt dennes synbara kunskap om köparens förväntningar och tystnad därom ha betydelse för frågan om köparens förväntningar varit befogade. Avgörande för frågan om det överlåtna skall anses vara behäftat med fel enligt köplagen är således att fastställa när en köparens förväntningar har fog för sig. För att kunna fastslå huruvida en köparens förväntningar kan anses ha varit befogade måste en helhetsanalys av hela det bedömningsunderlag som varit tillgängligt för köparen vidtas.⁵⁹ Resultatet av en sådan analys beror av omständigheterna i varje enskilt fall eftersom det bedömningsunderlag som varit tillgängligt skiftar i relation till olika förvärvsobjekt.

Vid företagsförvärv blir den ovan beskrivna helhetsanalysen av det bedömningsunderlag som varit tillgängligt för köparen särskilt svår att genomföra.⁶⁰ I detta avseende blir den information och de uppgifter som en köpare får del av i det för förvärvet förberedande arbetet av stor betydelse. Due Diligenceundersökningens roll blir således betydande för avgörande av huruvida en köparens förväntningar skall anses vara befogade eller inte.

Garantier som lämnas av säljaren vid ett företagsförvärv påverkar naturligtvis bedömningen av vad som skall anses vara av köparen befogade förväntningar på det överlåtna företags egenskaper. Detta eftersom de garantier som avges ingår i det bedömningsunderlag som ligger till grund för analysen av vad som skall anses vara befogade förväntningar på överlåtelseobjektets egenskaper.

⁵⁷ Sacklén, s 818

⁵⁸ Sacklén, s 818, not 25

⁵⁹ Sacklén, s 819

⁶⁰ Sacklén, s 819

3.4 Felbegreppet vid företagsöverlåtelse

Det finns inga typiska egenskaper som en köpare normalt sett kan förvänta sig att erhålla vid ett köp av ett aktiebolag. Därför kan det anses motiverat med en särskilt långtgående "caveat emptor-princip" eftersom identifieringen av företaget, d.v.s. företagets namn inte säger något om objektets inre egenskaper.⁶¹ Härmed uppstår ett problem då förvärvstransaktionen avser ett aktiebolag. En bedömning av användningsändamål låter sig inte göras avseende köp av aktier, varför den i 17 § 2 st KöpL stipulerade exemplifieringen blir av begränsat materiellt värde. Möjligen kan hänvisningen till användningsändamål användas avseende de enskilda tillgångarna som ägs av bolaget. Det kan ifrågasättas huruvida det finns några omständigheter som kan utgöra befogade förväntningar på ett företag som jämförelsenorm vid en felbedömning enligt köplagen, eftersom förvärvet vanligen torde avse ett bestämt köpeobjekt, d.v.s. ett specieköp.⁶²

Köplagen ger således föga vägledning avseende vad en köpare kan ha för befogade förväntningar vid bedömning av fel i målföretaget. Trots denna svårighet torde vissa grundläggande egenskaper kunna anses utgöra något som närmast skulle betecknas som ett företags abstrakta standard. I detta avseende avses egenskaper som objektivt sett anses självklara och för vilkas förekomst säljaren har ett strikt ansvar.⁶³ En central fråga i detta avseende är vad en köpare av aktier har fog att förvänta sig med avseende på aktiens värde. Är det en befogad förväntning på en förvärvad aktie att den skall gå upp i värde? Enligt min mening anknyter den frågan till den ovan förda diskussionen om tillämplig lag på aktieöverlåtelser. Det avgörande momentet även avseende den befogade förväntningen på aktiens värde är förvärvets reella objekt. Om aktier förvärvas i syfte att erhålla värdebärande äganderätter isolerat så måste detta läggas in i bedömningen av en akties abstrakta standard. Dock torde aktiens egenskap av marknadsberoende i detta fall inverka på den objektiva bedömningen av en akties egenskaper. Grundegenskapen hos en aktie är dess funktion av äganderätt till en andel i ett aktiebolag. Den egenskapen faller under vad en köpare rent objektivt kan förvänta sig – d.v.s. den abstrakta standarden. För det fall ingen särskild utfästelse har gjorts avseende aktiens förmodade värdestegring eller värdeminskning är det enligt min mening inte möjligt att se en akties

⁶¹ Kersby, s 145

⁶² Sevenius 2002, s 18

⁶³ Sevenius 2002, s 18

uteblivna värdestegring som en avvikelse från en abstrakt standard som en köpare haft fog att förutsätta som befintlig.

Om förvärvets reella objekt är den bakomliggande rörelsen har aktiens värdeskillnader i sig ingen betydelse i fråga om vad en köpare har fog att förutsätta om målföretagets egenskaper. Aktien är enligt min mening i de avseendena enbart ett medel att erhålla äganderätten till det verksamhetsdrivande företaget. Huruvida det finns egenskaper en köpare, med det reella motivet att förvärva en rörelse, kan ha fog att förvänta sig, är mot bakgrund av företagets komplexa och högst individuella karaktär svårt att avgöra. Här nedan redogörs för egenskaper som i doktrin har diskuterats som utgörande sådana egenskaper som en köpare av företag eventuellt har fog att förutsätta.

3.4.1 Redovisningsinformation

Den finansiella informationen är central i fråga om företagsöverlåtelser. Den informationen har direkt betydelse för köparens värdering av målföretaget. Utgångspunkten vid en analys av målföretagets finansiella information torde vara bolagets vederbörligen fastställda och reviderade årsredovisning samt därefter upprättade periodbokslut. I doktrinen råder enighet angående att köparen av företag med fog kan förutsätta att reviderad årsredovisning upprättats i enlighet med lag och i övrigt överensstämmer med god redovisningssed samt att periodbokslut i stort är korrekt.⁶⁴ Säljarens faktiska kännedom om redovisningsinformationens riktighet skall därför inte tillmätas betydelse för säljarens felansvar i fråga om detta förhållande. Grunder för detta argument kan finnas om frågan ställs i relation till 2 kap 3 § årsredovisningslagen där en rättvisande bild av företaget utgör ett lagstadgat krav. Därmed torde en köpare mot bakgrund av ovan förda argument kunna med fog förutsätta att redovisningsinformation enligt ovan ger en rättvisande och objektiv bild av företaget. Det har i doktrinen framställts invändningar mot denna syn. Sevenius framhåller att god redovisningssed inte är en enhetlig standard som inte låter sig fastställas genom hänvisning till en bestämd regelsamling. Snarare framstår god redovisningssed som ett komplext regelsystem inom vilket olika uppfattningar och redovisningssätt tillåts samexistera. Han vill därför resa ett varningens finger för användandet av god redovisningssed som grund för befogade förväntningar fullt ut.⁶⁵ Säljarens ansvar för att redovisningen

⁶⁴ Hultmark, s 158, Lindskog, s 119 f, Sacklén, s 820

⁶⁵ Sevenius 2002, s 19

överensstämmer med god redovisningssed torde således kunna begränsas i det enskilda fallet.

Budgetar och prognoser om framtiden kan i sig inte anses grunda befogade förväntningar om bolaget. Dock kan enskilda uppgifter som garanterats i denna information påverka vilket utrymme för befogade förväntningar en köpare har.⁶⁶

3.4.2 Verksamhetens tillåtlighet

En tydlig och väsentlig egenskap hos ett målföretag torde vara att företaget besitter erforderliga tillstånd för bedrivande av verksamheten. Det kan i detta avseende handla om tillstånd, myndighetsbeslut eller andra rättigheter att bedriva den verksamhet som faktiskt bedrivs. För det fall det förekommer avvikelser i förhållande till denna jämförelsenorm inskränks köparens rådighet över det förvärvade eftersom objektet inte kan utnyttjas som förväntats. Även om någon normalstandard för bolag i allmänhet inte låter sig göras, torde en köpare om inte omständigheterna vid avtalets ingående talar för något annat, med fog kunna förutsätta att målföretagets verksamhet bedrivs i enlighet med lag och myndigheters krav.⁶⁷ Det bör i detta avseende noteras att enskilda tillstånd för enskilda delar i bolaget kan förekomma och torde omfattas av en köpares befogade förväntningar på tillåtlighet.

3.5 Undersökningsplikt

Vid ett förvärv har en köpare, mot bakgrund av principen om ”caveat emptor”, i utgångsläget inga rättigheter utan måste lita till sin egen undersökning av varan före förvärvet samt i förekommande fall säljarens garantier.⁶⁸

Enligt 20 § KöpL har köparen vid uttrycklig anmaning eller då han ställs inför ett sådant tillfälle en skyldighet att undersöka förvärvsobjektet. Undersökningsplikten i detta avseende sanktioneras av att en köpare inte kan åberopa fel som han borde ha upptäckt vid en undersökning innan förvärvet. Det förutsätts att köparen känt till inte bara den faktiska omständigheten som felet är att hänföra till utan även omständighetens

⁶⁶ Sacklén, s 820

⁶⁷ Sacklén, s 822

⁶⁸ Kersby, s 145

betydelse. I doktrinen har undersökningsplikten formulerats som att undersökningsplikten före förvärvet verkar normerande för förvärvsobjektets standard, både om köparen faktiskt fullgjort sin undersökningsplikt och om han utan giltig anledning undandragit sig undersökning.⁶⁹

Det krävs, som sagts ovan, ingen uttrycklig anmaning från säljaren för att undersökningsplikten i 20§ KöpL skall aktualiseras.⁷⁰ Det är enligt köplagens förarbeten tillräckligt att säljaren förevisar godset eller håller det tillgängligt för granskning.⁷¹ Vidare kan det vara underförstått att köparen skall undersöka godset, t.ex. på grund av ett etablerat handelsbruk.⁷² Vad avser företagsförvärv har det i arbetet med denna framställning ej utkristalliserats något vedertaget handelsbruk, något som kräver en omfattande sedvänja. Ett utökat brukande av Due Diligence kan möjligen medföra att förfarandet anses vara sedvänja vid företagsförvärv varför den dispositiva rättens undersökningsplikt aktualiseras på grund av handelsbruket. Genomförandet av Due Diligenceundersökningar kan därmed ha effekten att undersökningsplikten eventuellt kan utökas.⁷³

Undersökningspliktens omfattning avgörs med hänvisning till omständigheterna i det enskilda fallet. I detta avseende tas även hänsyn till köparens individuella sakkunskap. Enligt motiven till 20 § KöpL framgår att vad köparen borde upptäcka vid en undersökning skall avgöras med hänsyn till den omsorg som kan krävas av en person i köparens ställning.⁷⁴ Omfattningen av undersökningen styr huruvida en köpare har iakttagit tillräcklig omsorg i syfte att kunna åberopa avvikelser från sin befogade uppfattning såsom fel. Flera olika faktorer påverkar vilken omfattning en undersökning skall ha för att det skall anses tillräckligt. Säljarens beteende i förhandlingen inför avtalslut kan ha avgörande betydelse. Vilka uppgifter

⁶⁹ Johansson, s 99

⁷⁰ Begreppet ”undersökningsplikt” är något missvisande då det inte rör sig om en plikt eller åtagande köparen har gentemot säljaren. Det handlar snarare om en undersökning som en köpare vidtar i eget intresse i syfte att ej gå miste om möjligheten att åberopa avvikelse i det sålda som fel. I denna framställning kommer dock begreppet ”undersökningsplikt” att konsekvent användas då det får anses vara använt i stor utsträckning och kan ses som vedertaget.

⁷¹ Prop. 1988/89:76 s 94

⁷² Hultmark, s 174

⁷³ Att Due Diligence skall anses vara handelsbruk kan eventuellt aktualiseras särskilt avseende förvärv av viss omfattning eller förvärv inom vissa branscher. Då uppstår gränsdragningsproblem avseende vilken omfattning ett förvärv skall ha för att anses omfattas av handelsbruket. Frågeställningen kommer ej att behandlas i detta sammanhang, men uppmärksammas som intressant.

⁷⁴ Prop. 1988/89:76 s 94

som lämnats och i synnerhet vilka garantier som lämnats av säljaren inverkar på köparens undersökningsplikt.

Due Diligenceundersökningen kan anses vara ett formaliserat sätt för en köpare att uppfylla sin undersökningsplikt.⁷⁵ Dock sträcker sig en Due Diligenceundersökning oftast längre än vad undersökningsplikten enligt köplagen kräver. Detta har sin förklaring att en potentiell köpare normalt har ett stort intresse av att göra en kommersiell värdering av det tilltänkta köpeobjektet som sträcker sig utöver den sfär inom vilken möjligheten att åberopa avvikelser såsom köprättsliga fel finns.

3.6 Upplyningsplikt

Med utgångspunkt i en köparens befogade eller obefogade förutsättningar avseende förvävsobjektets egenskaper uppstår frågan om en säljare kan åläggas felansvar för det fall att denne är i ond tro angående köparens obefogade förutsättning men inte upplyser om detta. Avgörande för detta blir då frågan om vilken upplyningsplikt den dispositiva köprätten ålägger en säljare och omfattningen av denna. Denna fråga kommer att diskuteras nedan.

En uppgift som lämnas av säljaren kan föranleda ett ansvar för uppgiften såsom utgörande en del av köparens befogade förväntningar på köpeobjektets egenskaper, enligt 18 § 1 st KöpL. I lagrummet fastslås att en vara skall anses felaktig om den inte överensstämmer med sådana uppgifter om varans egenskaper eller användning som säljaren har lämnat vid marknadsföringen eller annars före förvärvet och som kan antas ha inverkat på förvärvet. Härmed definieras att en säljare inte behöver ha tagit på sig ett uttryckligt ansvar för uppgifter – varvid uppgiften skulle anses utgöra en del av avtalsinnehållet.⁷⁶ Det räcker att uppgiften lämnats före förvärvet och att den kan antas ha inverkat på köparens beslut om förvärv eller utformningen av villkoren för förvärvet.⁷⁷ Bestämmelsen i 18 § KöpL innehåller således ett orsaksrekvisit i form av passusen: ”kan antas ha inverkat på köpet”. Enligt förarbetena till köplagen skall detta rekvisit inte användas som en avgränsning av ansvar till säljarens förmån.⁷⁸ En säljare går således inte fri från ansvar för uppgifter som denne inte begrep eller bort begripa påverkade

⁷⁵ Kersby, s 146

⁷⁶ Håstad 2003, s 81

⁷⁷ Håstad 2003, s 81

⁷⁸ Prop. 1988/89:76 s 88

köparens beslut om förvärv.⁷⁹ Avsikten, enligt lagstiftaren, är att det skall styrkas att en köpare faktiskt blev påverkad av uppgiften, men att denne skall medges en viss bevislättning p.g.a. svårigheten i att bevisa vad som faktiskt påverkat honom.⁸⁰

Ovanstående avser uppgifter som lämnats av säljaren i en förhandling inför avtalsslut. Mot bakgrund av denna framställnings huvudfrågeställning om Due Diligence och garantier har detta betydelse i fråga om utökande av en köpares incitament för att vidta Due Diligenceundersökning samt eventuellt kräva garantier. Även på säljarsidan har regleringen i 18 § KöpL betydelse i fråga om en begränsning av det ansvar givna uppgifter kan ha medfört genom att inskränka betydelsen av dessa genom specificerade garantier eller uppmaningar till att vidta Due Diligenceundersökningar. Dessa frågor behandlas vidare under kapitel sex. I detta avseende genomgås förutsättningarna för att ett köprättsligt felansvar skall anses föreligga.

3.6.1 Friskrivningar

En central fråga avseende en säljares ansvar för uppgifter som lämnats före ett avtals ingående är huruvida detta kan begränsas genom en friskrivning i avtalsinnehållet. I kommersiella förhållanden är det vanligt att det skriftliga avtalet innehåller en integrationsklausul innebärande att vad som sagts under en förhandling eller i marknadsföringen före avtalsslut utgör en del av avtalsinnehållet endast om det uttryckligen återfinns i det skriftliga avtalet.⁸¹ Motiveringen till bruket av integrationsklausuler är att parterna i omfattande kommersiella sammanhang har svårt att överblicka vad som sagts av olika företrädare i olika stadier av förhandlingen.⁸² Integrationsklausuler är ett uttryck för den i common law förekommande parol evidence rule, vilken innebär att det skriftliga avtalsinnehållet utgör det totala avtalsinnehållet mellan parterna.⁸³ I amerikansk rätt följer principen av lagen i Uniform Commercial Code 2-202. Kopplingen till Due Diligence blir, enligt mitt förmenande, i detta avseende tydlig då dessa uttryck för att en köpare skall iaktta Due Diligence kan sägas bygga på att parternas risksfärer enligt common law är begränsad till det skriftliga avtalsinnehållet.

⁷⁹ Håstad 2003, s 83

⁸⁰ Prop 1988/89:76, s 88

⁸¹ Håstad 2003, s 83 not 25

⁸² Integrationsklausuler av denna typ återfinns i svenska standardavtal t.ex. NL 85 p 2 och ABA 78 2.4.

Integrationsklausuler eller ”merger clauses” behandlas även i UNIDROIT principles samt i ECP (European contract principles). I Art 2.17 respektive 2:105 medges bruket av integrationsklausuler i syfte att exkludera vad som tidigare förekommit mellan parterna i avtalsförhandlingen. Dock ges enligt dessa båda ramverk möjlighet att använda vad som tidigare förekommit mellan parterna som underlag för tolkning av avtalsinnehållet. Utifrån detta synsätt torde uppgifter som kommit fram i en Due Diligenceundersökning vara av intresse avseende tolkning av avtalsinnehållet och därmed även garantikataloger.

Enligt svensk rätt talar förarbetena till köplagen mot möjligheter till generella friskrivningar från ansvar för uppgifter givna före avtalslutet. Propositionen uttalar att en säljare kan undgå ansvar endast om denne uttryckligen förklarar att han inte kan stå för riktigheten av den tidigare uppgiften, d.v.s. en viss specifik uppgift.⁸⁴ Härmed undantas möjligheten att friskriva generellt genom exempelvis en integrationsklausul med innebörden att 18 § KöpL inte skall gälla.⁸⁵ Lagtexten återspeglar dock inte detta uttalande i förarbetena. I doktrinen har Håstad i detta avseende påmint om köplagens dispositivitet och den därav följande möjligheten att avtala bort 18 § KöpL för det fall det sker tydligt, med beaktande av vem som är parter till avtalet.⁸⁶ Poängterandet av betydelsen av vem som är part till avtalet torde ha sin grund i frågan om ojämnbördiga avtalsparter och därtill kopplade frågor om avtals ogiltighet enligt avtalslagen. Köplagens dispositivitet ger också upphov till frågan om hur upplysningsplikten verkar för det fall parterna från början avtalar bort köplagens tillämplighet på avtalet. I detta avseende vill jag återknyta till ovan förda resonemang om köplagens tillämplighet på aktieöverlåtelser. Kihlmans uttalande om att köplagens direkta tillämplighet måste anses vara av underordnad betydelse då en köparens befogade förväntningar på det överlåtna måste vara möjligt att pröva, anser jag vara av betydelse också i detta sammanhang. De övergripande allmänna rättsprinciper som ligger till grund för den köprättsliga felbedömningen måste även i fråga om upplysningsplikt vara aktuella, även om parterna avtalat bort köplagen i sin helhet. Därmed torde en generell friskrivning inte kunna förta det ansvar en säljare har med

⁸³ För vidare läsning angående Parol evidence rule hänvisas här till Hellner Jan, ”The parol evidence rule och tolkningen av skriftliga avtal”, Festskrift till Bengtsson, 1993.

⁸⁴ Prop. 1988/89:76, s 90

⁸⁵ Hellner-Ramberg, s 68

⁸⁶ Håstad 2003, s 84

utgångspunkt i vad köparen med fog kunnat förutsätta, trots frånvaron av köplagens direkta tillämpning.

3.6.2 Underlåtelse att upplysa

Om säljaren underlåter att lämna uppgift om sådant denne har vetskap om kan detta i vissa fall medföra ett felansvar. Detta betecknas som säljarens upplysningsplikt. I doktrinen har beteckningen upplysningsplikt ifrågasatts eftersom det egentligen är säljarens vetskap om såväl köparens förväntning som dess felaktighet som föranleder felansvar.⁸⁷ I detta sammanhang kommer dock benämningen upplysningsplikt användas. Lagstiftaren ger uttryck för säljarens upplysningsplikt i 19 § KöpL. I stadgandets 1 st 2 mom fastslås att det trots en generell friskrivning i form av att en vara säljs i befintligt skick kan anses att en vara är behäftad med fel om säljaren före förvärvet underlåtit att upplysa köparen om ett sådant väsentligt förhållande rörande varans egenskaper eller användning som han måste anses ha känt till och som köparen med fog kunde ha räknat med att bli upplyst om. Detta under förutsättning att underlåtenheten faktiskt inverkat på förvärvet. Ansvaret för upplysningsplikt föreligger således endast om säljaren haft kännedom om det för köparen väsentliga förhållandet rörande varans egenskaper eller användning. Det räcker inte med att säljaren bort känna till förhållandet utan säljaren skall ha vetat om att varan var felaktig i relevant avseende.⁸⁸

3.6.3 Slutsats upplysningsplikt

Köplagen reglerar således uttryckligen säljarens upplysningsplikt för det fall en vara säljs med förbehåll om begränsat säljaransvar. Det saknas däremot uttrycklig bestämmelse om säljarens upplysningsplikt då en vara säljs utan sådant förbehåll. Förekomsten av en upplysningsplikt och den eventuella omfattningen av denna i situationer då inget förbehåll om begränsning av ansvar har gjorts är något oklar. I doktrinen har det förekommit debatt angående frågan om förekomsten av en upplysningsplikt för säljaren utöver den som uttryckligen stipuleras i 19 § KöpL. Martinsson hävdar att 19 § KöpL endast är tillämplig när en vara överlåtit i befintligt skick.⁸⁹ Detta argument har stöd i uttalanden i en specialmotivering i förarbetena till köplagen. Förarbetena understryker att bestämmelsen om säljarens

⁸⁷ Sacklén, s 826 not 43

⁸⁸ Håstad 2003, s 87

⁸⁹ Martinsson, s 440

upplysningsplikt i 19 § 1 st 2 p KöpL endast är tillämplig för det fall säljaren faktiskt friskrivit sig från ansvar.⁹⁰ Martinsson hävdar vidare att någon utökad tillämpning av upplysningsregeln i 19 § KöpL inte är nödvändig då felbestämmelserna i 17 § KöpL är tillräckliga. Argumentet har sin grund i att en säljares risksfär avseende köprättsligt ansvar för fel inte skall utökas för det fall att säljaren inte är medveten om en avvikelse från vad en köpare förväntar sig.⁹¹ Håstads uppfattning är att då 19 § KöpL inleds med orden ”Även om varan har sålts i befintligt skick” lagrummet är tillämpligt även för de fall en vara sålts utan förbehåll om befintligt skick.⁹² Formuleringen talar enligt Håstad för, eller i vart fall inte emot, en generell tillämpning av bestämmelsen. Vidare hävdar Håstad att det inte rimligen kan föreligga några skäl till att en säljares ansvar skulle vara lindrigare när ingen friskrivning skett.⁹³

Rättsläget får anses vara oklart avseende vilken egentlig upplysningsplikt säljaren åläggs enligt den dispositiva rätten. Vad som kan sägas konkret är att den yttersta gränsen för en säljares upplysningsplikt får anses vara avtalslagens regler om ogiltighetsregler i 30 och 33 §§ AvtL. Detta eftersom dessa regler gäller oavsett vad parterna avtalat. Härvid bör poängteras att handlande i strid mot tro och heder enligt 33 § AvtL kräver ett klandervärt beteende av väsentlig grad. Vad som i detta sammanhang skall krävas för att det skall anses att en säljare haft plikt att upplysa om i syfte att undgå att dennes handlande betecknas som ohederligt får bedömas i varje enskilt fall.

Vad avser säljarens upplysningsplikt enligt den dispositiva köprätten torde bedömningen falla tillbaka på vad en köpare i varje enskild situation typiskt sett kan räkna med att bli upplyst om. Därmed aktualiseras åter problematiken kring företagsförvärvets komplexitet och individuella karaktär.

⁹⁰ Prop 1988/89:76 s 91

⁹¹ Martinsson s 444

⁹² Håstad 1992, s 608

⁹³ Håstad 1992, s 608

4 Due Diligence

4.1 Allmänt

Due Diligence är en för svensk rätt relativt ny företeelse som har sitt ursprung i common law, i synnerhet från USA och Storbritannien. En Due Diligenceundersökning innebär en ingående granskning av ett företag och görs vanligen inför företagsförvärv eller företagsammanslagningar.⁹⁴ Bakgrunden till att förfarandet uppkommit återfinns i dess rötter i den anglosaxiska rätten och dess för köparen långtgående undersökningsplikten.⁹⁵ Köparens undersökningsplikt bygger på principen om "caveat emptor" – köparen må akta sig. Bedömningen av ett förvärvsobjekt sker på köparens risk och principen om "caveat emptor" har motiverats av en strävan efter att tillse ett snabbt avslut av relationen mellan säljare och köpare och därmed minimera risken för tvister med anledning av förvärvet.⁹⁶

Grundtanken bakom förfarandet är att en köpare av ett företag vill ha så mycket information om det tilltänkta köpeobjektet som möjligt. En Due Diligence kan med generella ekonomiska termer motiveras med att en köpare inte bör investera i företag som inte de facto uppfyller uppställda strategiska och kommersiella mål. Detta p.g.a. att det torde vara ekonomiskt fördelaktigt att avbryta ett förvärv i de situationer då en köpare med facit i hand annars skulle förvärvat en tillgång som inte tillför köparen något värde.⁹⁷ Vidare torde genomförandet av Due Diligence bidra till att effektivisera förvärvsprocessen på så sätt att de merkostnader bristen på information annars skulle medföra i form av t.ex. efterkommande tvistlösning kan minimeras.

Ur ett rättsekoniskt perspektiv skall den som till lägst kostnad kan undersöka vissa förhållanden göra detta och stå risken för de förhållanden som undersöks. Argumentet bygger på att transaktionskostnaderna i avtalsrelationer bör minimeras i syfte att tillse en effektiv allokering av tillgångar.⁹⁸ Transaktionskostnader kan bl.a. bestå i kostnader som följer av

⁹⁴ Kersby, s 143

⁹⁵ Kersby, s 143

⁹⁶ Hultmark, s 80 f

⁹⁷ Pettersson-Sevenius, s 31

⁹⁸ Dahlman, Glader, Reidhav, s 76

asymmetrisk informationstillgång hos parterna i ett avtalsförhållande. Normalt torde säljaren av en rörelse inneha ett betydande informationsövertag angående målföretagets egenskaper. Om då säljaren lämnar garantier beträffande undersökta förhållanden torde det ur ett rättsekonomiskt perspektiv vara slöseri att vidta en Due Diligenceundersökning. Denna skulle enbart medföra ytterligare kostnader som drabbar respektive parts vinst med anledning av transaktionen.⁹⁹ En Due Diligenceundersökning som vidtas av säljaren får dock anses otillfredsställande avseende inriktningen på köparens befogade förväntningar. Därför får en köpare ur denna synvinkel få anses ha fördel av en egen Due Diligence.

Vidare kan ekonomiska effektivitetsargument användas i den rena jämförelsen mellan bruket av garantier kontra Due Diligence. Om säljaren är villig att garantera ett förhållande till en lägre kostnad än kostnaden för genomförande av en Due Diligence, så är det ekonomiskt effektivt att inte vidta någon Due Diligence.

4.2 Due Diligenceförfarandets omfattning

En Due Diligenceundersökning får anses lämplig som grundstomme i det beslutsunderlag som en köpare har att ta ställning till inför ett företagsförvärv. Den information en köpare får tillgång till genom förfarandet har typiskt sett betydelse för köparens beslut om bl.a.¹⁰⁰

- Förvärvets genomförande
- Målföretagets värde för köparen
- Köpeskillingens storlek
- Avtalets innehåll och garantier
- Integration av målföretaget i köparens verksamhet

Due Diligenceförfarandets omfattning måste bestämmas i varje enskilt fall då det rör sig om specifikt individuella köpeobjekt i varje enskilt fall. Utgångspunkten inför en Due Diligenceundersökning torde dock vara att bestämma undersökningens omfattning med hänsyn taget till köparens behov i relation till köparens kännedom om målföretagets verksamhet. En analys av målföretagets affärsmässiga, finansiella och rättsliga beskaffenhet

⁹⁹ Sevenius 2003, s 20

¹⁰⁰ Pettersson-Sevenius, s 34

är normalt huvudföremålen som avgränsar Due Diligenceförfarandets omfattning.¹⁰¹

4.2.1 Vad innefattas i Due Diligence?

Vad som objektivt skall anses innefattas i en Due Diligence är mot bakgrund av avtalsobjektets komplexitet svårt att avgöra.¹⁰² Avgörande för vad som bör omfattas av undersökningen är det tilltänkta förvärvsobjektets karaktär och en bedömning får göras i varje enskilt fall. I rättspraxis har frågan diskuterats i ett hovrättsavgörande, Svea Hovrätt, mål nr T 8566-99, som rörde försäljning av minst 90 % av aktierna i ett bolag. Köparnas anbud för förvärvet var villkorat av att köparna fick genomföra en ”sedvanlig” Due Diligence och att det av den inte skulle komma fram uppgifter rörande målbolaget som på ett väsentligt sätt avvek från den bild av målbolagets lönsamhet, marknadsposition och finansiella ställning som tidigare presenterats av representanter för målbolaget. Till anbudet hade också bifogats en beskrivning av bakgrunden till anbudet i vilken köparna informerade att deras intresse byggde på att målbolagets VD även efter förvärvet tog ansvar för målbolagets operativa verksamhet. Under genomförandet av Due Diligence uppdagades att målbolagets VD inte hade för avsikt att kvarbliva i bolaget, varvid köparna upphörde med sin undersökning och förvärvet genomfördes inte. Frågan som behandlades i domstol var huruvida köparna kunde anses vara bundna av sitt anbud och att avtal således ingåtts. Den centrala frågan blev således vad som skulle anses omfattas av villkoret om resultatet av den förestående Due Diligenceundersökningen och kanske mest intressant, vad rätten ansåg innefattas i begreppet Due Diligence. Köparnas invändning till bundenhet bestod i att informationen om att målbolagets VD skulle avgå som kom fram genom Due Diligenceundersökningen innebar en väsentlig avvikelse från den bild av målbolagets lönsamhet. Säljarna invände mot detta att VD:s kvarblivande inte kunde anses omfattas av de Due Diligence-villkor som uppställts av köparna för att bindande avtal skulle anses föreligga.

Tingsrätten gick på köparnas linje och konstaterade att frågan om VD:s fortsatta engagemang i målbolaget fick anses omfattas av villkoren uppställda i anbudets Due Diligenceklausul. Därmed förelåg inget bindande avtal mellan parterna.

¹⁰¹ Pettersson-Sevenius, s 32

¹⁰² Liljegren/Jonsson, s 33

Hovrätten gick ett steg längre i sin analys av frågeställningen och konstaterade först och främst att köparna inte hade tolkningsföreträde avseende innebörden av Due Diligenceundersökningen. Det konstaterades att avtalstolkning var metoden för att klargöra vilken omfattning undersökningen skulle ha och i synnerhet huruvida VD:s avgång var ett förhållande som skulle innefattas i denna. Tolkningen av innehållet i Due Diligence-klausulen kunde enligt hovrätten inte leda till att VD:s avgång innefattades och att detta inte kunde anses ingå i den bild av målbolaget som Due Diligenceundersökningen syftade till att bekräfta. Inte heller de bakgrundsfakta som bifogats anbudet ansågs utgöra skäl för hovrätten att anse att VD:s avgång var en väsentlig avvikelse från den bild som av bolaget som Due Diligenceundersökningen skulle undersöka. Hovrätten fann därmed att bindande avtal hade ingåtts.

Domen medför betydande problem i mitt försök att specificera vad som skall anses innefattas i en Due Diligence. Gorton har i doktrinen ifrågasatt hovrättens avgörande dels i fråga om hur bedömningen gjordes i fråga om bakgrundsinformationens betydelse och dels hovrättens dom mot bakgrund av funktionen i en Due Diligenceundersökning.¹⁰³

Liljegren och Jonsson presenterar i sin framställning en förteckning på kontrollposter som enligt författarna normalt finns med i en Due Diligenceundersökning.¹⁰⁴ Kontrollposterna, vars ursprung för mig är okänt, torde inte kunna anses utgöra någon form av handelsbruk eller sedvänja varför problemet angående omfattningen av och vilken innebörd resultatet av en Due Diligenceundersökning har på det förestående avtalet, accentueras.

I doktrinen sägs att en Due Diligence allmänt sett skall ge köparen en god överblick av målbolaget eftersom detta av sin natur är komplicerat.¹⁰⁵ En oklar definition som inte får någon mer specificerad innebörd genom ovan presenterade hovrättsavgörande. Vad som framgår klart av hovrättens dom är enligt min mening att parterna bör specificera innehållet i den förestående Due Diligenceundersökningen. Något som förefaller vara svårt då syftet med undersökningen är att utreda det som inte är känt. I detta avseende aktualiseras bruket av garantikataloger som kan användas för att täcka denna informationsbrist. Samspelet mellan instrumenten diskuteras mer ingående nedan i kapitel sex. Vidare kan hovrättsavgörandet ge incitament

¹⁰³ Gorton, s 11

¹⁰⁴ Liljegren/Jonsson, s 33

mot att ingå avtal villkorade av utfallet av en Due Diligence eftersom risken är att bundenhet uppstår trots köparens uppfattning om att resultatet av undersökningen innebär en avvikelse från avtalet. Istället bör, mot bakgrund av i hovrättens resonemang, Due Diligence vidtas innan något avtal överhuvudtaget ingås och köparen bör i detta avseende tydligt markera sin ickebundenhet.

Due Diligenceförfaranden genomförs i olika former beroende på vad köparen vill skapa för beslutsunderlag. I detta sammanhang kommer undersökningar i syfte att iaktta finansiell och legal due diligence att presenteras. Det bör dock poängteras att uppdelningen i olika former av Due Diligence inte innebär några klara gränser mellan respektive forms undersökningsområde. Samtliga delar vid genomförandet av en genomsyn av förvävsobjektet hänger ihop och det förefaller viktigt att tillse att hela målföretaget undersöks och att en helhetsbild så långt som möjligt betraktas.¹⁰⁶

4.2.2 Finansiell Due Diligence

Den finansiella undersökningen görs huvudsakligen med syftet att fastställa för en köpare vilka åtgärder och därmed sammanhängande kostnader som är nödvändiga i målföretaget inom områdena redovisning och rapportering samt personalfrågor. Due Diligenceförfarandet i denna del ämnar typiskt sett att kartlägga vilka system för redovisning och annan finansiell rapportering som används i målföretaget samt analysera vilka anställningsförhållanden som förekommer.¹⁰⁷ Härvid torde det behöva poängteras att precisering av målet för undersökningen bör göras mot bakgrund av att VD:s anställningsförhållanden i praxis, enligt ovan, inte ansågs ingå i normaldefinitionen av Due Diligence.

4.2.3 Legal Due Diligence

Ett företags interna och externa relationer regleras regelmässigt genom avtal. Due Diligenceförfarandet i denna del inbegriper således stora delar av vad som presenterats ovan angående den finansiella delen. Isolerat innebär den legala besiktningen en granskning av samtliga avtalsförbindelser till

¹⁰⁵ Se bl.a. Liljegren/Jonsson s 32, Gorton, s 11, Sevenius 2002, s 17, Kersby s 143 ff.

¹⁰⁶ Kersby, s 144

¹⁰⁷ Kersby, s 143

vilka målföretaget är part.¹⁰⁸ Även andra juridiska åtaganden, rättigheter och skyldigheter granskas och en analys av vilka konsekvenser ingångna avtal har genomförs. Särskilt intressant i detta avseende torde vara statusen avseende immateriella rättigheter samt ansvarsfrågor sammankopplade med miljöfarlig verksamhet. Då denna framställning huvudsakligen avser att analysera de riskfördelade funktionerna av Due Diligence respektive garantier och samspelet dem emellan, kommer dessa frågor inte att behandlas vidare i detta sammanhang.¹⁰⁹

4.3 Due Diligence funktion i förvärvsprocessen

Mot bakgrund av principen om caveat emptor är den huvudsakliga funktionen av Due Diligence vid företagsförvärv att identifiera riskfaktorer samt därigenom fördela risker mellan avtalsparterna. En köparens förväntningar på målbolaget kan bekräftas eller möjligen stjälpas. Av ovan redogjorda uttalanden i praxis, hovrättsavgörandet, har tidpunkten för iakttagandet av Due Diligence samt var i processen denna undersökning vidtas betydelse. För det fall man ingår avtal villkorat av resultatet av en senare genomförd Due Diligenceundersökning, riskerar parterna bundenhet trots eventuella avvikelser från vad endera av parterna uppfattat som avtalsinnehåll. Undersökningen av målbolaget kan å andra sidan ske fristående från bundenhet av avtal. Något som kan antas vara vanligt då granskningen av målbolaget påverkar värderingen av bolaget samt förhandlingspositionen för parterna.¹¹⁰ Parterna kan i detta skede underteckna ett letter of intent samt sekretessavtal i syfte att tillförsäkra sig om förhandlingsläget, d.v.s. att anledningen till den förestående granskningen är ett intresse av att förvärva målbolaget. Vid avtal om företagsförvärv uppstår frågan om när bindande avtal kommit till stånd. Den ofta omfattande processen leder till att avtalslagens grundmodell om anbud som accepteras innebär bindande avtal inte passar in i företagsförvärvsprocessen.¹¹¹ Problematiken kring haltande avtalslut och successiv bundenhet är omfattande och komplicerad. I detta sammanhang noteras enbart problematiken varvid det konstateras att utformningen av

¹⁰⁸ Kersby, s 144

¹⁰⁹ För läsning om dessa områden hänvisas här till Bo Tarras-Wahlberg –”Due Diligence och immateriella rättigheter – hantering av patent, varumärken och upphovsrätter vid företagsförvärv”, Gorton (Red), s 122-212 samt Andreas Elm –” Företagsförvärv och förenade områden - En granskning av efterbehandlingsansvaret och förvärvarens möjligheter att undvika ekonomisk förlust”, Examensarbete vid juridiska fakulteten, Lunds universitet, VT 2003.

¹¹⁰ Kersby, s 145

¹¹¹ Liljegren/Jonsson, s 27

villkor innebärande genomförande av Due Diligence har betydelse för bundenheten för parterna. Eftersom det råder oklarhet kring hur ett villkor om Due Diligence skall tolkas i fråga om dess innebörd skall den försiktige köparen, enligt min mening, vara tydlig i fråga om huruvida bundenheten till ett eventuellt förvärvsavtal är beroende av resultatet av genomförd Due Diligence samt att denna bedömning av huruvida resultatet leder till avtal, förbehålles köparen.

4.4 Due Diligence roll i den köprättsliga felbedömningen

Vid bedömningen om ett fel enligt 17§ KöpL skall anses föreligga är det avgörande, som presenterats ovan, huruvida köparen haft befogade förväntningar på överlåtelseobjektet. En avvikelse från en sådan befogad förväntan anses utgöra ett köprättsligt fel. Det centrala momentet i felbedömningen blir således att bestämma när en köpares förväntningar skall anses ha fog för sig. I detta avseende aktualiseras frågan om vilket bedömningsunderlag som varit tillgängligt för köparen.¹¹² Vid förhandlade företagsförvärv som innefattar en Due Diligence får köparen tillgång till uppgifter om målbolagets verksamhet som då blir en väsentlig del av det bedömningsunderlag som på ett kommersiellt plan ligger till grund för förhandlingen om villkoren för ett eventuellt förvärv. Mot bakgrund av att köparen inte som fel får åberopa vad han måste anses ha känt till vid köpet torde således denna sfär utökas genom företagandet av en Due Diligence. Köparens ökade insikt om förhållanden begränsar säljarens riskssfär och blir en grund för en reallokering av risk för ansvar för fel till köparen.¹¹³ Detta är en direkt följd av 17 § 2 st KöpL vari det uttryckligen regleras att en köpare inte som fel får åberopa vad som framkommit vid undersökning eller sådant som denne bort upptäcka vid undersökning av förvärvsobjektet.

Säljaren kan således lägga en undersökningsplikt på köparen genom en uppmaning att undersöka målföretaget.¹¹⁴ Frågan om hur långt undersökningsplikten sträcker sig till diskuteras ovan under kapitel 3.6. I denna del är avsikten att påvisa sambandet mellan en företagen Due Diligence och en allokering av risken för ansvar för fel med hänvisning till köplagens felbegrepp. Due Diligenceförfarandets rättsliga innebörd bestäms av hur reglerna om undersökningsplikt och upplysningsplikt har utformats i

¹¹² Sacklén, s 819

¹¹³ Sevenius, 2002, s 20

¹¹⁴ Sevenius 2002, s 23

den i varje enskilt fall tillämpliga lagen. Ovan har konstaterats att, vad avser företagsförvärv genom förhandlade aktieköp om i vart fall ett bestämmande inflytande i målbolaget, köplagen är tillämplig. Due Diligenceförfarandets rättsliga innebörd är således direkt kopplad till köplagens regler om fel och undersökningsplikt.

Den konkreta följden av kopplingen till köplagens undersökningsplikt blir således att om en köpare genomför en Due Diligence bör han göra det noga. Omfattningen av Due Diligenceundersökningen måste åtminstone utsträckas till att köparen verkligen upptäcker sådant han borde ha upptäckt enligt undersökningsplikten i köplagen och att dennes rätt att påtala fel inte begränsas. Därmed underordnas, implicit, Due Diligenceförfarandets omfattning 20 § 2 st KöpL.¹¹⁵

¹¹⁵ Sevenius JT, s 465

5 Garantier

Ett företagsförvärv regleras normalt i köpeavtal som ofta innehåller omfattande garantikataloger i vilka säljaren försäkrar köparen om att förvärvsobjektet besitter vissa egenskaper. De garantier som ges av ett säljande företag kan sägas skydda köparen genom att definiera säljaren som den som står risken för bestämda områden. Utformningen av sådana avtalsbestämmelser varierar med hänsyn till överlåtelseobjektets typ och parterna i avtalet.

5.1 Garantins funktion i förvärvsavtalet

Garantikatalogen i avtal om företagsförvärv kan sägas utgöra ett verktyg för en av köpeavtalets mest centrala funktioner: att identifiera och precisera säljarens förpliktelser med avseende på förvärvsobjektets beskaffenhet.¹¹⁶ Vad avser företagsförvärv är köparens befogade förväntningar begränsade i jämförelse med förvärv av t.ex. en konsumtionsvara. Då varje företag får anses utgöra ett specieköp, varje förvärvsobjekt är ett unikt köpeobjekt p.g.a. dess särpräglade beskaffenhet, får köpeobjektet i detalj specificeras i köpeavtalet och garantikatalogen kan sägas utgöra en form av varudeklaration.¹¹⁷

Garantier har olika syften beroende på företagsförvärvets karaktär medförande individuellt bestämda förutsättningar i respektive fall. Sevenius har i doktrinen delat upp garantier i kategorier enligt följande.¹¹⁸

- Substansgarantier – avseende det bokförda värdet på de förvärvade balansposterna.
- Avkastningsgarantier – avseende den framtida avkastningen från bolagets verksamhet.
- Tillståndsgarantier – avseende tillstånd som fordras för bolagets verksamhet.
- Hemulsgarantier – avseende säljarens rätt att överlåta bolaget och ägandet i företaget.
- Driftsgarantier – avseende verksamhetens förvaltning under olika skeden av förhandlingsperioden.

¹¹⁶ Hellner-Ramberg, s 64

¹¹⁷ Sevenius 2003, s 16.

Ovanstående kategorier kan anses utgöra ramen för vad som kan ingå i den varudeklaration som en garantikatalog utgör och ger en översiktlig bild av ett typiskt köpeobjekt.

5.1.1 Bevisfrågor

Av under kapitel tre förda resonemang med utgångspunkten att obligationsrättsliga principer syftar till att fördela risker, följer som redogjorts ovan att även garantier samt den tid för vilka dessa gäller är ett sätt att beskriva avtalsföremålets kvalitet.¹¹⁹ Utöver detta föreligger processuella skäl att införa garantier. Enligt 21 § KöpL går risken för en vara över vid avlämnandet vilket också utgör tidpunkten då felbedömningen skall göras. Vid förekomsten av en garanti för att ett visst förhållande föreligger, förskjuts tidpunkten för felbedömningen på så sätt att en avvikelse som upptäcks senast vid garantitidens utgång presumeras förelegat redan vid avlämnandet.¹²⁰ Felet anses ha förelegat redan vid riskövergången in nuce, låt vara att det inte kunnat upptäckas vid den tidpunkten. Bevisbördan i detta avseende avser förekomsten av avvikelsen vid riskens övergång. En köpare har trots givna garantier bevisbördan för förekomsten av en avvikelse från sina befogade förväntningar.

5.2 Garantins roll i den köprättsliga felbedömningen

Den avtalsrättsliga karaktären av en garanti kan inte särskiljas från övriga avtalsvillkor i vilka förhållande rörande köpeobjektets egenskaper beskrivs. Detta har sin grund i parternas möjlighet att fritt disponera över avtalet och dess beskrivning av avtalsföremålet. Uppgifterna i garantin är en del av avtalets beskrivning av föremålet.¹²¹ Således fyller det ingen egentlig materiell funktion i sig att använda beteckningen garanti för vissa avtalsvillkor. I doktrinen har det exemplifierats genom att det inte föreligger någon skillnad mellan formuleringarna: ”målföretagets kundfordringar är säkra och ostridiga” och ”säljaren garanterar att målföretagets kundfordringar är säkra och ostridiga”.¹²² Således torde den egentliga funktionen av garantibegreppet i ljuset av den dispositiva köprätten vara att precisera de befogade förväntningar som en köpare kan ställa på

¹¹⁸ Sevenius 2003, s 16

¹¹⁹ Kihlman, s 224

¹²⁰ Hellner-Ramberg, s 65 & Kihlman, s 226

¹²¹ Kihlman, s 229

köpeobjektet. Därmed påverkar innehållet i givna garantier en köprättslig felbedömning i förhållande till hur den skulle ha utfallit i avsaknaden av de lämnade uppgifterna. Detta beror dock inte på uppgifternas karaktär av garanti utan på att avtalsföremålet då hade beskrivits på ett annat sätt.¹²³

För att återkoppla till diskussionen om abstrakt och konkret standard ovan kan garantier sägas specificera den konkreta standarden hos målföretaget. Något som kan ha fördelar för båda parterna i ett avtalsförhållande i form av ökad förutsägbarhet. Den abstrakta standarden hos ett företag är synnerligen svår att definiera varför garantier såsom allt övrigt specificerande avtalsinnehåll är behjälpligt i avgörandet av huruvida en köparens förväntningar varit befogade.

En jämförelse med garantiers roll i felbedömningen vid fastighetsförvärv ger en något annorlunda bild. Vid fastighetsförvärv anses givna garantier bekräfta en avtalad standard oavsett vad köparen haft fog att förvänta sig.¹²⁴ En avvikelse från avtalad standard är att anse som ett relevant faktiskt fel. Riktigt så enkelt är det inte vad gäller garantiers roll vid företagsförvärv då dessa är en del av hela det underlag som ligger till grund för en köparens befogade förväntningar.

Givna garantier kan således sägas bekräfta eller justera parternas risksfärer. En garanti kan vidare anses befria en köpare från kravet att visa att orsakssamband föreligger mellan avvikelsen och förvärvet, d.v.s. att avvikelsen från köparens förväntningar inverkat på köparens beslut att förvärva objektet, företaget.¹²⁵ Detta har sin grund i att garantier avseende specifika egenskaper hos målföretaget medför ett strikt ansvar för säljaren att så är fallet.

¹²² Sevenius 2003, s 17

¹²³ Kihlman, s 229

¹²⁴ Grauers, s 222-224

¹²⁵ Sevenius 2003, s 17

6 Due Diligence kontra garantier

Av vad som sagts ovan framgår att en köpare inte såsom fel kan åberopa ett förhållande vilket var känt för denne samt att köparen bör genomföra en undersökning av avtalsföremålet. Garantier givna av säljaren kan sägas begränsa en köpares incitament att genomföra en Due Diligence mot bakgrund av principen att en köpare inte har skäl att undersöka egenskaper säljaren garanterat. Funktionerna av garantier och Due Diligence kan således sägas överlappa varandra vid genomförandet av ett företagsförvärv. Men kan det därtill konstateras att ett av förfarandena är att anse som överflödigt? I det följande kommer denna fråga diskuteras.

6.1 Allmänt om samspelet mellan Due Diligence och garantier

Undersökningar i syfte att iaktta Due Diligence och garantier kan samverka i en avtalsförhandling och påverkar respektive parts förhandlingsläge. Ett krav från en köpare om att säljaren skall ställa vissa garantier kan verka som ett påtryckningsmedel i syfte att tillse att en Due Diligence genomförs. På motsvarande sätt kan en genomförd Due Diligence vara ett verktyg för köparen att få säljaren att garantera förhållanden som inte kunnat undersökas. Samspelet mellan garantier och Due Diligence kan i detta avseende sägas vara att en genomförd Due Diligence är ett medel för att få fram preciserade garantier från säljaren.¹²⁶ Sistnämnda förhållande kan vara positivt ur förhandlingsposition även ur ett säljarperspektiv. Preciserade garantier ger ett mer förutsägbart rättsförhållande mellan parterna. En säljare kan därigenom få en bättre överblick över eventuella ytterligare anspråk från köparen med anledning av förvärvet.¹²⁷ Generella garantier kan vid första anblick vara att föredra ur säljarperspektiv eftersom de torde vara svårare att realisera. Dock uppstår risken att en illasinnad köpare använder generella garantier för att ifrågasätta hela förvärvet när den egentliga orsaken till missnöje återfinns i andra omständigheter.

Relationen mellan Due Diligenceförfarandet och garantier kan också betraktas ur ett prioritetsperspektiv. Tidsföljden mellan genomförandet av

¹²⁶ Sevenius 2003, s 18

¹²⁷ Sevenius 2003, s 18

undersökningen och introduktionen av garantier eller i omvänd ordning kan ha betydelse vid bedömningen av deras inbördes prioritet.

En garantis bärighet och omfattning kan begränsas av genomförandet av en undersökning av målföretaget men om en köpare efterfrågar en garanti efter genomförd undersökning p.g.a. kvarstående osäkerhet i målföretagets egenskaper får denna garanti en större omfattning och torde anses gälla trots undersökningen.¹²⁸ Detta skall ses i ljuset av 20 § KöpL vari det stipuleras att en köpare ej som avvikelser kan åberopa sådant som bort upptäckas vid företagandet av undersökning före köpet. En garanti kan vidare samspela med en Due Diligence då en köpare tack vare undersökningen blir medveten om avvikelser från sin uppfattning om köpeobjektet. Då avser garantin ett åtagande för säljaren att avhjälpa bristen till en viss tidpunkt. Säljaren svarar då för bristen trots köparens vetskap om denna.

6.2 Garantins roll i relation till undersökningsuppmaningar

En uppmaning från säljaren att köparen bör undersöka förvävsobjektet innebär en förskjutning av risken för ansvar för de fel som däri skulle kunna upptäckas till köparen. Uppmaningens utformning och hur väl den är preciserad är av stor betydelse i detta sammanhang. I detta avseende framstår samspelet mellan garantier och Due Diligence som intressant. Om en säljare uppmanar köparen att undersöka ett garanterat förhållande uppstår en tolkningssituation som ytterst måste avgöras i varje enskilt fall. Något kan dock sägas om betydelsen av vilken precision garantin respektive uppmaningen har.¹²⁹ Om garantin är vagt formulerad bör den försiktige köparen lyda säljarens uppmaning och företa undersökningar i syfte att iakttä Due Diligence i det avseendet. Detta har sin grund i att en vag garantis rättsliga bäring kan neutraliseras av en specificerad uppmaning att undersöka.¹³⁰ Detta skall ses i relation till huvudregeln att en köpare inte behöver undersöka de förhållanden som säljaren garanterat. Grunden för sistnämnda får sökas i det i kapitel tre diskuterade felbegreppet. Utgångspunkten är att avgörande för bedömningen av huruvida fel föreligger är köparens befogade uppfattning. En specificerad uppmaning till undersökning minskar utrymmet för en befogad uppfattning om att den konkreta standard som framgår av avtalsinnehållet, d.v.s. garantin, är

¹²⁸ Sevenius 2003, s 19

¹²⁹ Sevenius 2003, s 18

¹³⁰ Sevenius 2003, s 18

korrekt.¹³¹ Omvänt kan en specificerad garanti åtföljas av en vag uppmaning till undersökning av målföretaget. Vid det förhållandet bör en försiktig köpare undersöka målföretaget med undantag för de egenskaper som garanterats genom specificerade garantier.

6.3 Värdering av garantier

Avgörande i avtalsförhandlingar inför företagsförvärv och därtill kopplade ställanden av garantier får anses vara en säljares finansiella ställning och därmed förmåga att ersätta en köpare i enlighet med ställda garantier. I detta avseende kan en överlappande funktion mellan Due Diligence och garantikataloger anses föreligga då en köpare som avser att lita till garantier kan bedöma huruvida garantierna är tillräckliga genom en undersökning av säljarföretaget.¹³²

En ytterligare potentiell begränsning av värdet på garantier, som kan avhjälpas genom specificering efter genomförd undersökning, består i fördröjningen mellan upptäckten av fel och compensation av bristen.¹³³ Vid företagsförvärv förekommer ofta garantier beträffande räkenskapsuppgifter hos målföretaget. Garantibrister kan i många fall inte slutligt konstateras före nästa årsbokslut upprättats vilket kan innebära en avsevärd förskjutning i tiden mellan avtalsslut och upptäckande av eventuell garantibrist. I detta avseende kan en Due Diligence identifiera garantibristen tidigare.

6.4 Formulering av garantier vid företagsförvärv

Garantier avseende komplicerade kommersiella förhållanden i avtal om förvärv av företag kan medföra problem i formuleringen av dessa. Ofta är framtida avkastningsförmåga och andra förhållanden avseende framtiden för målföretaget centrala parametrar för köparsidan. Vanligen omfattar garantikataloger huvudsakligen uttalanden som bekräftar olika balansposter i målbolagets räkenskaper. Detta avser förfluten och innevarande tid och har närmast karaktären av substansvärdering.¹³⁴ Detta innebär att en eventuell

¹³¹ Se ovan under kapitel 3.2 angående diskussionen om konkret standard.

¹³² I detta avseende avser jag enbart att poängtera samspelet mellan Due Diligenceförfarandet och garantikataloger. Frågor om andra möjligheter för en köpare att säkra en säljares betalningsförmåga, genom t.ex. ställande av bankgaranti eller innehållande av köpeskilling behandlas inte i detta sammanhang.

¹³³ Sevenius 2003, s 19

¹³⁴ Sevenius 2003, s 19

komensation för värdeminskningar i förhållande till köparens värdering med utgångspunkt på den framtida avkastningen inte låter sig göras genom ställandet av garantier. Här framstår Due Diligenceförfarande som ett effektivare sätt för en köpare att få del av framåtriktad finansiell information.

6.5 Prioritet mellan Due Diligence och garantier

Resultatet av en Due Diligence och i synnerhet hur detta presenteras har betydelse i fråga om vilken relation detta resultat skall ha till uppställda garantier. En tydlig och konkret presentation av ett undersökningsresultat som visar på avvikelser från den standard som garanterats neutraliserar garantin effektivt då köparens fog för motsatsen lättare kan ifrågasättas. Omvänt kan otydlig information som först efter analys eller annan mer ingående bedömning visar avvikelser från vad köparen med fog kunnat förutsätta ha mindre effekt vad avser neutralisation av garantier.

Sevenius hävdar, i vilket jag instämmer, att dessa osäkerhetsfaktorer i tolkningen av resultatet av Due Diligenceförfaranden torde medföra ett behov av att tydligt i avtalet reglera prioriteten mellan Due Diligence och garantikatalog.¹³⁵ Med detta följer avsevärda svårigheter mot bakgrund av vad som konstaterats angående innebörden av en vidtagen Due Diligenceundersökning samt var i förhandlingsprocessen denna kommer till stånd. Om avtal ingås villkorat av resultatet av en företagen undersökning uppstår problem med tolkningen av vad i detta resultat som skall anses utgöra fel. Därmed torde inte bara avtalas om en prioritering mellan garantier och Due Diligenceundersökningen göras utan även om vem som har tolkningsföreträde angående innebörden av granskningen. Som konstaterats ovan under kapitel 4.2.1 kan problematiken undvikas genom tydligt markera att Due Diligenceundersökningen vidtas utan bundenhet till avtal, resultatet av denna skall sedan leda till beslut om avtal skall ingås och under vilka villkor detta skall ske.

6.6 Slutsats

Parternas respektive risksfär avseende ansvar för fel i det överlåtna företaget påverkas av en mängd olika faktorer. Den dispositiva köprätten lägger grunden för hur felbedömningen skall göras och utifrån denna kan parterna

¹³⁵ Sevenius 2003, s 20

skapa en riskfördelande mekanism med utgångspunkt i avtalet. De mest effektiva instrument som kan användas i syfte att reglera parternas relation är garantikataloger och Due Diligenceförfaranden. Utgångspunkten för felbedömningen är köparens befogade förväntningar på det överlåtna. I detta avseende är information om förvärvsobjektet och dess egenskaper det centrala momentet.

Säljarens risksfär omfattar avvikelser från utfästelser i form av garantier eller annan information om målföretagets egenskaper som lämnats av denne. Ett uttryck för köparens befogade förväntningar. I köparens risksfär återfinns egenskaper i målföretaget som köparen har kännedom om oavsett om informationen är en uttrycklig del av avtalet eller inte. Vidare kan köparens kunskap om förhållanden i målföretaget, som kan ha erhållits vid genomförandet av en Due Diligence, innebära en förskjutning av risken från säljare till köpare. Följden av detta blir därför att en försiktig köpare bör undvika att på eget initiativ undersöka omständigheter som tydligt garanterats av köparen. Det finns dock inga vattentäta skott mellan vad som garanterats och vad som skulle komma fram i en Due Diligence. Som framgått ovan påverkas frågan om garantikatalogens innehåll samt omfattningen av en Due Diligenceundersökning av en mängd olika faktorer. Enligt min mening kan det utifrån detta formuleras en generell utgångspunkt innebärande att en köpare inte utan eftertanke kan lita till säljarens garantier och avstå från en Due Diligence. Sevenius uttrycker det som att garantikatalogen utgör en grund för den standard som kan förväntas, men inte tillräckligt instrument för att fullständigt kompensera köparen för fel.¹³⁶ Informationen som kommer till uttryck i garantikatalogen behöver inte motsvara den information som framkommer i en Due Diligenceundersökning. Något som har direkt inverkan på en köparens befogade förväntningar.

Utgångspunkten vid riskfördelningen mellan parterna vid ett företagsförvärv är att fördelningen skall vara fullständig. Garantikataloger och Due Diligenceundersökningar är medel för att uppnå den fördelningen. Det föreligger ingen konkurrens mellan förfarandena i fråga om uppdelandet av risksfärer. Snarare kompletterar de varandra då de verkar på olika stadier i förvärvsprocessen och har olika utgångspunkter. Med detta avses att Due Diligenceundersökningar är ett proaktivt sätt att identifiera och kvantifiera risk. Det vill säga att undersökningen äger rum före bindande avtal föreligger och har som yttersta uppgift att föra fram frågor som skall

¹³⁶ Sevenius, 2003, s 20

regleras avtalsvägen mellan parterna. Risksfärerna påverkas i och med att köparens befogade uppfattning blir mer specificerad. Som exempel kan i detta sammanhang återknytas till vad som framkommit i denna framställning angående när i processen ett Due Diligenceförfarande vidtas. För att en granskning av det tilltänkta målbolaget skall ha en proaktiv funktion i identifieringen och kvantifieringen av risk, så är det en förutsättning att denna vidtas tidigt i transaktionskedjan innan bindande avtal ingåtts. Förhandlingar om förvärv inleds mellan parterna och en avsiktsförklaring om intresse av förvärv lämnas av den potentielle köparen. Det är i detta skede en granskning av målbolaget bör vidtas för att uppnå samspelet med senare i processen förhandlade garantier. Om bindande avtal ingås, villkorat av resultatet av Due Diligenceförfarandet, så faller funktionen av granskningen, att ha underlag för vidare förhandlingar.

Garantikatalogen däremot är ett reaktivt sätt att allokera risk. Man utgår från vad som framkommit genom Due Diligenceundersökningen och fördelar risken för osäkerheter i vad som framkommit eller inte framkommit i undersökningen. Kostnaden för att bära risken avspeglas då i hur köpeskilling och andra avtalsvillkor utformas. Denna del i transaktionskedjan är således beroende av vad resultatet av den företagna granskningen visar. Relationen mellan de riskallokerande instrumenten blir tydlig i detta avseende då granskningen förhoppningsvis gett köparen tillräcklig information inför slutförhandlingen av villkoren i avtalen, d.v.s. däribland garantikatalogens utformning.

Sammantaget medför användandet av både Due Diligenceundersökningar och garantikataloger ett mer förutsägbart avtalsförhållande mellan parterna i vilket den framtida finansiella risken för båda parter blir lättare att identifiera.

7 Avslutande kommentarer

Företagsförvärv är transaktioner som typiskt sett är förenade med betydande risker för parterna. Förutsägbarhet och identifiering av risker är därför ledord i behandlingen av avtalstypen. Som framgått av denna framställning ligger det ofta i parternas intresse att så långt som möjligt avtalsvägen reglera samtliga sina mellanhavanden med anledning av förvärvet. För att kunna fördela ansvar mellan parterna måste det definieras vad som skall anses utgöra ett fel, eller en avvikelse från vad parterna avtalat om förvärvsobjektets egenskaper. Även om parterna vill använda sin rätt att fritt disponera över avtalet påverkas fördelningen av risk av den köprättsliga fördelningen av felansvar. Enligt min mening måste det som skall frångås vara klarlagt, d.v.s. en utredning av det köprättsliga felbegreppets inverkan på företagsförvärv måste beaktas. Framställningen har konstaterat att det köprättsliga felbegreppet har sin absoluta utgångspunkt i vad köparen med fog kunnat förvänta sig av det överlåtna. Detta måste vara utgångspunkten också vid formuleringen av avtal mellan parterna även om de har för avsikt att sinsemellan slutligt fördela risker avtalsvägen. Företagsförvärvets speciella natur föranleder stora svårigheter med att specificera vilka förväntningar en köpare kan ha på ett målbolag. Vad som är viktigt att poängtera i detta sammanhang är att bedömningen av huruvida en köpares förväntningar är befogade eller ej görs mot bakgrund av allt som förekommit mellan parterna. Vagt formulerade garantier kan t.ex. neutraliseras av uppgifter i resultatet av en Due Diligenceundersökning som ger köparen fog att ifrågasätta garantins räckvidd. Därmed inskränks möjligheterna för köparen att åberopa garantin såsom utvisande köpeobjektets egenskaper enligt förvärvsavtalet.

Det förekommer diskussioner i doktrinen angående huruvida det trots svårigheten att fastställa en normalstandard avseende företag skulle kunna gå att argumentera för en minimistandard. Sacklén hävdar att en köpare med fog kan ställa vissa förväntningar på bolagets substans. Med detta avses att det i vart fall det skall kunna med fog förutsättas att enskilda tillgångar i förvärvsobjektet uppfyller en viss minimistandard.¹³⁷ Köparen måste t.ex. rimligen kunna förutsätta att bolagets byggnader och maskinpark kan användas för avsett ändamål samt att kundfordringar är giltiga. I praktiken torde dock bedömningen vara av mindre materiellt värde då kommersiella

¹³⁷ Sacklén, s 822

avtal ofta innefattar ett aktivt uppgiftslämnande och problematiken kan undvikas genom att köparen vidtar en Due Diligenceundersökning.

Översiktliga jämförelser med ansvarfördelningen vid fastighetsförvärv har visat skillnader mellan de två rättsområdena som har sin grund i de respektive utgångspunkterna avseende grunden för felansvar. Avtalet och därmed sammanhängande utfästelser är utgångspunkten vid fastighetsförvärv och det mer svävande begreppet köparens befogade förväntningar är utgångspunkten vad gäller felbegreppet i köplagen. Detta leder till en svårare bedömning av vad som skall anses vara avvikelser från konkret eller abstrakt standard vid förvärv under köplagen. Den undersökningsplikt som åläggs köparen vid fastighetsförvärv ger ett mer förutsägbart rättsförhållande mellan parterna.

Undersökningar i syfte att iakttä Due Diligence är en rättsfigur som inhämtats från common law. Enligt min mening är det viktigt att se förfarandet enbart som ett verktyg i syfte att fördela risk med utgångspunkt i den köprättsliga feldefinitionen. Detta utöver de kommersiella skälen att värdera det tilltänkta målföretaget. Due Diligenceundersökningen skall vara ett system för att identifiera eventuella risker och läggas till grund för den slutliga fördelningen av risk via avtalet, t.ex. i form av garantikataloger. Det vore följaktligen vanskligt att tillmäta Due Diligenceundersökningar en större roll i den svenska dispositiva köprätten. Det har i vissa framställningar hävdats att det de lege ferenda borde införas en obligatorisk undersökningsplikt inför företagsförvärv.¹³⁸ Något som enligt min mening inte fyller någon funktion då det föreligger en undersökningsplikt i den dispositiva rätten i form av det incitament an köpare har att så att säga erhålla fog för sina förväntningar. Med detta avses att poängtera utgångspunkten i felbedömningen. Nämligen säljarens ansvar för köparens befogade förväntningar. I relation till den har en Due Diligenceundersökning ingen självständig funktion. En rationell köpare använder efter bedömning i varje enskilt fall de medel som är tillgängliga för att så långt möjligt identifiera och fördela risker mellan sig och säljaren.

¹³⁸ Liljgren/Jonsson, s 98.

Litteraturförteckning

Offentligt tryck

NJA II 1936 s 15.

Prop. 1988/89:76

Ny köplag

Litteratur

Dahlman, Christian;
Glader, Marcus,
Reidhav, David

Rättsekonomi – En introduktion
Studentlitteratur, Lund, 2002.
[cit. Dahlman, Glader, Reidhav]

Gorton, Lars (red)

Due Diligence – Garantier och undersökning vid olika avtalstyper
Studentlitteratur, Lund, 2002.
[cit. Gorton]

Grauers, Folke

Fastighetsköp
15:e upplagan,
Studentlitteratur, Lund, 2001.
[cit. Grauers]

Hellner Jan & Ramberg Jan

Speciell avtalsrätt I – Köprätt,
2:a upplagan, Juristförlaget, Stockholm
1991
[cit. Hellner-Ramberg]

Hellner, Jan

The parol evidence rule och tolkningen av skriftliga avtal
Festskrift till Bengtsson, 1993.

Hultmark Christina

Kontraktsbrott vid köp av aktie
Juristförlaget, Stockholm, 1992.
[cit. Hultmark]

Håstad, Torgny

Den nya köprätten

- 5:e omarbetade upplagan,
Iustus förlag, Uppsala 2003.
[cit. Håstad 2003]
- Håstad, Torgny **Säljarens upplysningsplikt**
JT 1992/93 s 607
[cit. Håstad 1992]
- Johansson, Anders **Undersökningsplikt vid**
aktiebolagsförvärv
SvJT 1990, s 81
[cit. Johansson]
- Karnell, Gunnar **Omvärdefel av rörelsedrivande**
aktiebolag
Festskrift till Knut Rodhe, Pa Norstedts &
Söners förlag, Stockholm, 1976
[cit. Karnell]
- Kersby, Sara **Due Diligence – Särskilt om advokats**
ansvar vid dess genomförande
JT 1997/98, s 143
[cit. Kersby]
- Kihlman, Jon **Fel –**
Särskilt vid köp av lös och fast egendom
Norstedts juridik, Stockholm, 1999.
[cit. Kihlman]
- Knabe, Anders **Företagsöverlåtelser – en**
probleminventering
Juristförlaget, Stockholm, 1989.
[cit. Knabe]
- Liljegren, Nicklas **Parternas förpliktelser vid**

Balans nr 5, 2002.
[cit. Sevenius 2002]

Sevenius, Robert

**Due Diligence eller garantier – en fråga
om antingen eller?**

Balans, nr 2, 2003.
[cit. Sevenius 2003]

Sevenius, Robert

Recension i JT 2002/03 nr 2, s 463
[cit Sevenius JT]

Åhman, Ola

**Betydelseprövningen vid
företagsöverlåtelser**

SvJT 1990, s 479
[cit. Åhman]

Rättsfallsförteckning

NJA

NJA 1976 s 341

Hovrättsavgöranden

RH 1999:138

Svea Hovrätt, mål nr T 8566-99

Skiljedom

Stockholms handelskammares skiljedomsinstitut, Årsskrift 1986, s 47