



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Josefin Westman

Sandbagging i svenska transaktionsavtal

JURM02

Examensarbete på juristprogrammet

30 högskolepoäng

Handledare: Niklas Selberg

Termin för examen: HT21

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRORD	3
FÖRKORTNINGAR	4
1 INLEDNING	5
1.1 Introduktion till ämnet	5
1.2 Syfte och frågeställningar	5
1.3 Avgränsningar	6
1.4 Rättsdogmatisk metod och material	7
1.5 Empiriska- och rättspolitiska inslag	8
1.6 Komparation med amerikanska regler	9
1.6.1 Komparativ metod och material	9
1.6.2 Särskild hänsyn vid jämförelse med USA	10
1.7 Förhållningssätt till normativa kommentarer och analyser	11
1.8 Forskningsläge	11
1.9 Disposition	12
2 NÄR ÄR EN AVTALSKLAUSUL FÖRDELAKTIG?	13
2.1 Riskidentifiering och mervärde	13
2.2 Proportionalitet	14
2.3 Förhandlingstvister	15
2.4 Förutsebarhet	15

2.5	Riskhantering i transaktionsavtalet	16
2.5.1	Garantier och garantibegränsningar	16
2.5.2	Särskilt om köparens kunskap	16
2.6	Sammanfattning	18
2.7	Kommande avsnitt	19
3	SANDBAGGING I USA	20
3.1	Den köprättsliga utgångspunkten	20
3.1.1	Caveat emptor och säljarens garantier	20
3.1.2	Köparens kunskap om garanterade fel	20
3.1.3	Från anti-sandbagging till sandbagging	21
3.1.4	Utvecklingen i common law	22
3.1.5	Argument för och emot sandbagging	24
3.2	Transaktionsavtalets påverkan	25
3.3	Sandbagging & avtalsfrihetens gränser i USA	26
3.3.1	Bevisning av garanti i USA	26
3.3.2	Tolkning av sandbaggingvillkor	27
3.3.2.1	Allmänna tolknings- och bevisregler	27
3.3.2.2	Särskilt om integrationsklausuler	27
3.3.3	Sandbaggingvillkorets skälighet	28
3.4	Analys – Sandbagging i USA	29
4	SANDBAGGING I SVERIGE	32
4.1	Den köprättsliga utgångspunkten	32
4.1.1	Ekvivalensprincipen	32
4.1.2	Köparens kunskap om garanterade fel	32
4.1.3	Vilka fel borde köparen hitta i undersökningen?	35
4.2	Transaktionsavtalets påverkan	37
4.2.1	Sandbagging och anti-sandbaggingvillkor i Sverige	37
4.2.2	Klausuler som begränsar köplagen	38
4.3	Sandbagging & avtalsfrihetens gränser i Sverige	38
4.3.1	Bevisning av garanti i Sverige	38

4.3.2	Tolkning av sandbaggingvillkor	40
4.3.2.1	Allmänna tolkningsmetoder	40
4.3.2.2	Särskilt om amerikanska villkor i svenska avtal	41
4.3.2.3	Särskilt om integrationsklasuler	44
4.3.3	Sandbaggingvillkors skälighet	45
4.4	Analys – Sandbagging i Sverige	49
5	JÄMFÖRELSE MELLAN USA OCH SVERIGE	54
5.1	Likheter och skillnader	54
5.2	För- och nackdelar	56
5.2.1	Förutsebarhet och tydlighet	56
5.2.2	Förhandlingsvårigheter & effektivitetsaspekter	58
5.2.3	Undersökningen	59
5.2.4	Riskfördelning och prispåverkan	59
5.2.5	Riskerna för tvist	60
5.3	Slutsatser: Vilket system är mest fördelaktigt för vem?	61
6	SANDBAGGING I FÖRHANDLINGARNA	63
6.1	Potentiella konflikter vid förhandling av sandbagging i Sverige	63
6.2	Hantering av sandbaggingrisk i avtalet	64
6.3	Förslag till riskkompromisser	65
6.3.1	Uttömmande bristdeklaration istället	65
6.3.2	Sandbagging med garantibegränsning	66
6.3.3	Köpargaranti	66
6.3.4	Sandbagging för vissa garantier	67
6.3.5	Prispåslag	67
6.3.6	Begränsningar av anti-sandbagging	67
6.4	Att lämna prioritetsfrågan oreglerad	68
6.5	Min rekommendation	69
7	SAMMANFATTANDE SLUTSATSER	71
7.1	Vad är den rättsliga utgångspunkten för sandbagging i USA?	71

7.2	Vad är den rättsliga utgångspunkten för sandbagging i Sverige?	71
7.3	Vilka likheter och skillnader finns det mellan USA och Sverige?	72
7.4	Vilka för och nackdelar finns det med respektive ordning?	72
7.5	När är en sandbaggingklausul fördelaktig?	73
7.6	Hur kan sandbaggingklausuler förhandlas i svenska transaktionsavtal?	73
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	74
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	82
	BILAGA 1 EUROPEAN M&A POINT DEAL STUDY	84
	BILAGA 2 USA M&A POINT DEAL STUDY	87
	BILAGA 3 VINGES STUDIE AV SVENSKA SPA:S	91

Summary

Normally parties in Swedish transaction agreements agree that the buyer can't invoke warranties if the buyer knew about warranted defects before closing (*anti-sandbagging*). In US it's more common that the warranties apply regardless of buyers knowledge (*sandbagging*). The legal effect of agreeing on sandbagging in Sweden is unclear today. My purpose has therefore been to investigate the legal effect of sandbagging in Sweden to find out when it can be a good solution and how sandbagging can be negotiated into the agreement. I've done this through an investigation of the legal frames for sandbagging in US, in Sweden and a comparison of the two orders.

I've found that the legal conditions for sandbagging are essentially the same in US and Sweden even if some parts developed in different directions. I've found that Swedish parties can agree of sandbagging within the freedom of contract and that sandbagging normally would be accepted within this limit. I've found sandbagging buyer friendly because it makes it easier for the buyer to trust the warranties and it can be a big risk for the seller because it opens for the buyer to sue the seller for more defects after closing. If the buyer can meet the risk at a reasonable price, I found sandbagging better for both parties because it's more predictable and probably cheaper than anti-sandbagging.

I've left some suggestions how the buyer can argue for sandbagging by reducing sellers' risk: the buyer can (1) offer a better price (2) offer sandbagging in relation to certain warranties and anti-sandbagging to others, (3) offer one or more warranty restrictions (as maximum, threshold, escrow, or limitation period) or (4) [the best solution according to me] offer a buyer warranty. If the seller doesn't want to accept sandbagging the buyer can propose an exhaustive disclosure letter. If the seller still doesn't want to meet, the buyer can argue for a solution as close to sandbagging as possible: a narrow material- and knowledge definition and a fair disclosure.

Sammanfattning

I Sverige utgår de flesta transaktionsavtal från att köparen inte får åberopa garantiavvikelse som denne känt till innan avtalsslutet (*anti-sandbagging*). En stor del av de amerikanska transaktionsavtalen utgår i stället från att köparen får åberopa garantierna oavsett vad köparen känt till innan avtalsslutet (*sandbagging*). Den rättsliga effekten av sandbagging i Sverige är oklar och syftet med min uppsats har därför varit att utreda vilken rättslig effekt sandbagging har i Sverige, när det kan vara en fördelaktig lösning och hur sandbagging i så fall kan förhandlas in i transaktionsavtalet. Det har jag gjort genom en undersökning av de rättsliga utgångspunkterna för sandbagging i USA och Sverige samt en jämförelse av de två ordningarna.

Jag har funnit att de rättsliga utgångspunkterna för sandbagging är ungefär desamma i USA och Sverige, även om vissa delar utvecklats i olika riktningar. Jag har funnit att svenska parter kan avtala om sandbagging inom avtalsfrihetens gräns och att sandbagging normalt accepteras inom denna. Jag har funnit sandbagging köparvänligt då det innebär att köparen kan lita på säljarens garantier och medför en risk för säljaren att bli stämmd för fler fel. Om köparen kan möta säljarens risk till ett rimligt pris har jag dock funnit att sandbagging är bättre för båda parter eftersom sandbagging är mer förutsebart och förmodligen billigare än anti-sandbagging.

Jag har lämnat förslag på hur köparen kan argumentera för sandbagging vid förhandlingarna genom att möta denna risk: Köparen kan (1) öka priset, (2) erbjuda sandbagging i relation till vissa garantier och anti-sandbagging i relation till andra, (3) erbjuda en eller flera garantibegränsningar (tak, tröskel, korg eller preskriptionstid), eller, (4) [den bästa lösningen enligt mig] erbjuda en köpargaranti. Vill säljaren ändå inte acceptera sandbagging kan köparen föreslå en uttömmande bristdeklartion istället. Vill säljaren ändå inte mötas kan köparen argumentera för en lösning så nära sandbagging som möjligt; En snäv definition av material, kunskap och fair disclosure.

Förord

Tack!

Tack till mig och tack till er som hjälpt mig hit; alla lärare genom åren, vänner, kollegor, familj och svärfamilj.

Särskilt vill jag tacka min lilla dotter Isabelle som visade mig vägen igen - att jag inte behöver bli någon jag inte är, för att bli bättre än den jag var. Jag vill också tacka min man som tappert tagit alla blöjbyten, städning & middagsbestyr medan jag fått fokusera på studier och arbete.

Min fantastiska handledare Niklas Selberg ska också ha ett speciellt tack för sitt engagemang, upplyftande kommentarer och utvecklingsförslag. Tack också till Hampus Thofte vid MSA:s New York kontor som försökt ta sig så mycket tid som möjligt för mig och min iver om det praktiska förhandlingslivet i USA. Slutligen ska även Vinge ha tack för värdefull statistik från den svenska förvärvsmarknaden.

Med det så vill jag sätta punkt för mina 600 högskolepoäng och nio år som universitetsstudent. Trots en del omvägar är jag äntligen jurist!

Josefin Westman

Lund 2021

Förkortningar

AD	Arbetsdomstolen
AVLK	Lag (1954:1512) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden
AvtL	Lag (1915:218) om avtal på förmögenhetsrättens område
HD	Högsta domstolen
HovR	Hovrätten
Köpl	Köplag (1990:931)
NJA	Nytt juridiskt arkiv
Prop.	Proposition
RB	Rättegångsbalk (1942:740)
SOU	Statens offentliga utredningar
UCC	Uniform Commercial Code
UNIDROIT	International Institute for the Unification of Private Law

1 Inledning

1.1 Introduktion till ämnet

Innan ett företagsförvärv undersöker köparen normalt det tilltänkta målbolaget så att köparen kan ta hänsyn till risker och defekter i sin värdering och kunna kräva säljaren på garantier på oroande områden.¹ I linje med detta anges det i köplagen (1990:931) (KöpL) att säljaren ansvarar för lämnade garantier (17 § st. 1) men att köparen ansvarar för garantiavvikelse denne hittat eller borde hittat vid undersökningen (20 §).

Trots att köplagen är dispositiv (3 §) följer de flesta svenska transaktionsavtal denna utgångspunkt, det vill säga att köparen inte får åberopa garantiavvikelse som denne upptäckt innan avtalsslutet (*anti-sandbagging*).² Utgångspunkten i många amerikanska transaktionsavtal är i stället *sandbagging*, det vill säga att garantierna gäller oavsett köparens kunskap innan avtalsslutet.³

Idag är rättsläget oklart om sandbagging är acceptabelt inom avtalsfrihetens gränser i Sverige. Det är inte heller utrett i vilka situationer sandbaggingklausuler kan vara fördelaktiga och inte. Av dessa anledningar finner jag det intressant att se närmare på sandbagging i denna uppsats.

1.2 Syfte och frågeställningar

Syftet är att utreda de rättsliga effekterna av sandbagging i svenska transaktionsavtal, för att kunna säga något om huruvida det kan vara en fördelaktig avtalsklausul i Sverige samt hur en sådan klausul i så fall kan förhandlas in i svenska transaktionsavtal. För att uppnå detta syfte behövs en utredning av vad sandbagging är och vad avsikten är med en sådan klausul samt under vilka rättsliga förutsättningar klausulen fungerar idag. Då

¹ Sevenius 2013, s. 46 ff.

² Forssman, s. 138 jfr bilaga 3. Även om parterna ofta avtalar om andra begränsningar av köplagen, se vidare avsnitt 4.2.2.

³ Feldman, s. 229 f.

sandbaggingklausuler inte används i Sverige konsulteras rättsläget i klausulens ursprungsland USA i denna del.⁴ För att sedan kunna sätta in klausulen i det svenska rättssystemet behövs en utredning av hur sandbagging står sig i relation till köplagen och vid en prövning i svensk domstol.⁵ För att sedan kunna säga något om huruvida det är en fördelaktig avtalsklausul och hur den kan förhandlas i Sverige behövs en utredning av vad som är ett fördelaktigt avtalsvillkor samt en jämförelse med de effekter som villkoret fått i USA.⁶ Systematiskt möts syftet genom dessa frågeställningar:

- (1) *Vad är den rättsliga utgångspunkten för sandbagging i USA?*
- (2) *Vad är den rättsliga utgångspunkten för sandbagging i Sverige?*
- (3) *Vilka likheter och skillnader finns det mellan den amerikanska och svenska ordningen?*
- (4) *Vilka för- och nackdelar finns det med respektive ordning?*
- (5) *När är en sandbaggingklausul fördelaktig?*
- (6) *Hur kan sandbaggingklausuler förhandlas i svenska transaktionsavtal?*

1.3 Avgränsningar

Av utrymmesskäl kan en dylik uppsats inte innehålla en uttömmande redogörelse för alla felregler och dithörande rättspraxis samt alla ogiltighetsgrunder i avtalslagen. Fokus kommer därför ligga på relevanta delar av de bestämmelser som bäst förklarar förhållandet mellan köparens kunskap och säljarens garantier (3, 17 § 1 st. och 20 §§ KöpL samt 36 § 1 och 2 st. lag (1915:218) om avtal på förmögenhetsrättens område, AvtL). Av samma anledning kommer fokus i den amerikanska delen att vara på köparens möjligheter att återropa avtalade garantier *efter* avtalsslutet (genom warranties), då detta bäst motsvarar de svenska garantibegreppet.⁷

⁴ Kapitel 4.

⁵ Kapitel 3.

⁶ Kapitel 2, 5 och 6.

⁷ Jfr Forssman, s. 103. För möjligheter att återropa garantier *innan* avtalsslutet se vidare om misrepresentation och non-reliance klausuler i b.la. Manson, s. 1 f.

1.4 Rättsdogmatisk metod och material

För att en utredning om de rättsliga effekterna av sandbagging i Sverige ska bli praktiskt värdefull behöver slutsatserna hamna så nära domstolarnas inställning som möjligt. I doktrinen påstås att den rättsdogmatiska metoden ligger närmast domstolarnas praktiska arbets sätt.⁸ Med tanke på det kommer en rättsdogmatisk metod användas i kapitel 4.

Den rättsdogmatiska metoden innebär att rättsmaterialet kommer att beskrivas, tolkas och systematiseras utifrån en bestämd normhierarki.⁹

Jag delar Peczeniks uppfattning om att den svenska normhierarkin kan delas in i rättskällor som ska, bör och får användas (med prioritet i fallande ordning). De rättskällor som *ska* användas är lagarna, de som *bör* användas är framför allt prejudikat och förarbeten och de rättskällor som *får* användas är domar som inte refererats i NJA, prejudikat och förarbeten som inte direkt berör den tolkade lagtexten men som ger besked om värderingar på angränsande områden, samt doktrin.¹⁰

Vid en studie av dispositiv lag uppstår särskilda svårigheter eftersom de rättsliga ramarna ytterst bestäms av avtalsfrihetens gränser, vilken är beroende av de situationsunika omständigheterna.¹¹ Det betyder inte att en dylik studie inte är rättsdogmatisk – den har en tydlig förankring i rättsordningen och rättskällorna enligt ovan. Då rättskällorna innebär subjektiva bedömningar så räcker det dock ofta inte att konsultera lagtext, förarbeten och prejudikat. Det kan även vara svårt att generalisera de rättsliga bedömningarna från ett fall till ett annat, vilket innebär att slutsatser kan göras med varierande grad av säkerhet i olika delar av arbetet.¹²

⁸ Olsen, s. 111 f, och Sandström, s. 290.

⁹ Peczenik 1990, s. 42, Olsen, s. 112, Sandgren 2005, s. 649 och Hellner 2001, s. 26.

¹⁰ Peczenik 1974, s. 374 f.

¹¹ Jfr avsnitt 4.3.

¹² Sandgren 2018, s. 49 och 52 f jfr Sevenius 2013, s. 318.

I avsnitt 4.1 kommer jag att utgå från 17 § 1 st. och 20 § KöpL samt köplagspropositionen och prejudikat om lagtextens ordalydelse inte ger tillräcklig ledning. Räcker inte det konsulteras prejudikat på närliggande områden, opublicerade domar och doktrin. I avsnitt 4.2 utgår jag från doktrin.

I avsnitt 4.3.1 utgår jag från 35 kap. 1 § rättegångsbalken (1942:740) (RB), och går vidare till förarbetet och doktrin. Gällande domstolens tolkningsverksamhet finns inga skrivna regler och i avsnitt 4.3.2 utgår jag därför från prejudikat och går vidare till doktrin för att förklara dess innebörd. I redogörelsen i avsnitt 4.3.3 utgår jag från 36 § AvtL och går vidare till generalklausulspropositionen och prejudikat. Även prejudikat på närliggande rättsområden och doktrin kommer att användas i den mån de andra rättskällorna inte räcker.

1.5 Empiriska- och rättspolitiska inslag

Det går inte att lösa samtliga problem som ska behandlas i uppsatsen enbart genom premisser inom den ovan beskrivna normhierarkin.¹³

För att bredare kunna analysera det svenska och amerikanska rättsläget har jag valt att komplettera min studie med empiriska inslag avseende användningen av sandbagging- och anti-sandbaggingklausuler i Sverige och USA (avsnitt 3.2 och 4.2).¹⁴

För att kunna bedöma huruvida sandbagging kan vara fördelaktigt behövs värderande normer. Detta tillhandahåller jag i kapitel 2 i form av ett rättspolitiskt kapitel vars syfte är att fungera som analysram för kapitel 5, 6 och 7. Detta är värderande normer som kan variera mellan olika jurister och tider.¹⁵ Mina normer har jag hämtat framför allt från David Frydlinger.¹⁶

¹³ Jfr Gräns, s. 429.

¹⁴ Vid bedömning av avtalsvillkor utgår domstolen ofta från vad som normalt se Ramberg & Ramberg, s. 191. Genom empiriska inslag hoppas jag kunna ge en indikation på vad som är normalt och inte. Det handlar alltså inte om någon empirisk generaliserbar studie. Se vidare Sandgren 1995, s. 1051. och Hydén, s. 207 f.

¹⁵ Jfr Eckhoff, s. 29.

¹⁶ Se Frydlinger, *Det affärsjuridiska hantverket – arbetet innanför avtalsfrihetens gränser*.

1.6 Komparation med amerikanska regler

1.6.1 Komparativ metod och material

I och med att sandbagging i regel inte förekommer i Sverige kommer jag vända mig till sandbaggingklausulens ursprungsland USA för att med hjälp av en komparativ metod kunna säga något om klausulens rättsliga effekt i Sverige samt i vilka situationer klausulen kan anses fördelaktig här.¹⁷

Karaktäristiskt för den komparativa metoden är att den går ut på att jämföra olika ordningar för att genom påvisande av likheter och skillnader samt för- och nackdelar kunna dra paralleller mellan de jämförda systemen.¹⁸

Den komparativa metodens material är utländsk doktrin eftersom en svensk jurist inte kan tillämpa utländska rättskällor på samma sätt som en jurist i det aktuella rättssystemet.¹⁹ I kapitel 4 kommer jag därför att redogöra för sandbagging i USA med hjälp av amerikansk doktrin och de rättsfall som framförs som prejudicerande i doktrinen.

Jämförelsen kommer att göras i kapitel 5 genom att jag kopplar ihop de olika deskriptiva delarna i kapitel 2, 3 och 4 för att kunna lyfta fram likheter och skillnader i avsnitt 5.1, samt för- och nackdelar i avsnitt 5.2. Slutligen dras paralleller från resultatet av komparationen i analysen av huruvida sandbagging kan vara en fördelaktig avtalsklausul i Sverige samt vid bedömningen av hur sandbaggingrisk kan hanteras i avtalet i kapitel 6.

¹⁷ Forssman, s. 138 och Bogdan 1993, s. 29 Jfr vad som Strömholm benämner *tjänande* i Strömholm, s. 462.

¹⁸ Bogdan 1993, s. 19 ff och s. 147 f. samt Kötz & Zweigert, s. 261 f.

¹⁹ Valguarnera, s. 151 och 164.

1.6.2 Särskild hänsyn vid jämförelse med USA

Det finns stora skillnader mellan det amerikanska och svenska rättssystemet och vissa väsentliga jämförelsepunkter behöver därför lyftas fram.

Den amerikanska federala lagstiftningsapparaten har inte kompetens på det avtalsrättsliga området och det finns därför inte en enhetlig avtalsrätt i USA – utan femtio olika avtalsrättsliga system (ett i varje delstat).²⁰

Ofta är domstolarnas avgöranden emellertid påfallande lika på grund av common law och dess grundläggande princip om stare decisis. Enligt stare decisis *måste* delstatsdomstolarna ta hänsyn till avgöranden i tidigare liknande mål – både sina egna och överordnade domstolars. Stare decisis är inte delstatsöverskridande, men den har medfört att det är vanligt att domstolarna hämtar inspiration över delstatsgränserna.²¹ När jag talar om en jämförelse med *USA* avser jag de lösningar som används i majoriteten av staterna - även om det kan finnas vissa avvikelser.

Sandbagging har sin rättsliga utgångspunkt i domstolarnas tolkning av artikel 2–313 i den amerikanska köplagen, uniform commercial code (UCC). UCC är inte direkt tillämplig på företagsförvärv men har kommit att bli prejudicerande genom domstolarnas användning av den.²² UCC är en federal köplag, vilket innebär att det inte lagen i sig som är bindande, utan domstolarnas tolkning av den. Rörande artikel 2–313 har delstatsdomstolarna tolkat denna på olika sätt, vilket medfört att det uppstått två olika regeltillämpningar avseende sandbagging i USA.²³ Vid jämförelsen tar jag hänsyn till denna övergripande tolkningsskillnad och lyfter fram båda versionerna då jag anser att det ger en bredare den diskussion som förevarit utvecklingen mot sandbagging.

²⁰ Bogdan 2013, s. 121 och 147 f.

²¹ Kötz & Zweigert, s. 261 f.

²² Kwestel, s. 968 f.

²³ Se b.la. Whitehead, s. 1088 och avsnitt 3.1.4.

1.7 Förhållningsätt till normativa kommentarer och analyser

Det finns olika åsikter gällande normativa inslag i rättsvetenskapliga arbeten.²⁴ Peczenik menar att den rättsdogmatiska metoden innehåller värderande inslag och normativa ståndpunkter.²⁵ Jareborg anser att rättsvetenskapliga arbeten gynnas av ett värderande perspektiv.²⁶

Min uppfattning är att normativa inslag kan gynna rättsvetenskapliga arbeten. Jag kommer att framföra mina normativa uppfattningar om hur gällande rätt bör tolkas löpande. I övrigt är mina analyser i avsnitt 3.4 och 4.4 samt kapitel 5 och 6 normativa även om de baseras på de deskriptiva delarna. För att läsaren ska kunna bedöma rättskällevärdet av det som sägs kommer jag att vara tydlig med vad som är gällande rätt (*de lege lata*) och vad som är normativa analyser/tolkningar av gällande rätt samt vad som är prognoser av hur domstolen förmodligen skulle bedöma (*de lege sententia ferenda*).²⁷

1.8 Forskningsläge

Det finns ingen forskning om sandbagging i relation till avtalsfriheten i 3 § KöpL och 36 § AvtL, även om det finns flera utredningar av relationen mellan köparens kunskap och säljarens garantier och hur kunskaps- och materialklausuler påverkar den köprättsliga bedömningen.²⁸

²⁴ Kellgren, s 520 ff. som hänvisar till b.la. Rodhe, s. 1 och 3 jfr med b.la. Strömberg, s. 619 samt Sandgren 2005, s. 649.

²⁵ Peczenik 2005, s. 249 f.

²⁶ Jareborg, s. 4 f.

²⁷ Jfr Sandgren 2018, s. 49 och 52 f.

²⁸ Exempelvis Sevenius, *Due diligence eller garantier – en fråga om antingen eller?*, Balans, nr 2 2003 och Johansson, *Undersökningsplikt vid aktieförvärv*, SvJT 1990. s 96 ff.

1.9 Disposition

Kapitel 2 När är en klausul fördelaktig?

I ett introducerande kapitel framförs värderande normer om hur mervärde kan skapas genom riskhantering och prioriteringar. Därutöver framhålls några vanliga sätt att fördela risk genom garantier och garantibegränsningar i transaktionsavtalet.

Kapitel 3 Sandbagging i USA

Därefter görs en utredning av vad sandbagging är och vad som är det avsedda syftet med en sandbaggingklausul. Detta görs genom att se till hur utvecklingen mot sandbagging skett i USA, hur sandbagging bedöms i amerikanska domstolar och hur sandbagging motiveras i transaktionsavtalen. I en avslutande kapitelanalys sammanfattar jag rättsläget avseende sandbagging i USA.

Kapitel 4 Sandbagging i Sverige

Därefter ser jag till hur den rättsliga utgångspunkten för sandbagging ser ut i Sverige, det vill säga i relation till köplagen och avtalsfrihetens gränser. I en avslutande kapitelanalys gör jag en *de lege sententia ferenda* prövning av sandbagging i enlighet med avsnittets deskriptiva delar för att slutligen besvara hur rättsläget avseende sandbagging troligen ser ut i Sverige.

Kapitel 5 Jämförelse mellan USA och Sverige

I kapitel 4 görs en jämförande analys av rättsläget i Sverige och USA där jag drar paralleller till det svenska rättssystemet genom att identifiera likheter och skillnader samt för och nackdelar.

Kapitel 6 Sandbagging i förhandlingarna

Slutligen kommenteras vilka utmaningar som kan finnas vid förhandling av sandbagging i svenska transaktionsavtal och förslag ges till hur parterna kan hantera utmaningarna i förhandlingarna.

Kapitel 7 Sammanfattande slutsatser

I ett avslutande kapitel sammanfattar jag svaret på mina frågeställningar i tur och ordning.

2 När är en avtalsklausul fördelaktig?

2.1 Riskidentifiering och mervärde

Det finns inget entydigt svar på vad som är ett fördelaktigt avtalsvillkor. För att bedöma detta behöver man inledningsvis analysera partens mål med affären, risker att målen inte uppfylls och motpartens intressen. I analysen av partens mål med affären ligger bland annat att identifiera det förväntade mervärdet för parten givet en viss strategi.²⁹ Köparens förväntade mervärde består i regel av förväntade synergieffekter som överstiger den betalda premien och säljarens består i regel av ett pris över marknadsvärdet.³⁰

Motpartens intressen är relevanta eftersom denne sannolikt inte vill ingå avtal utan vinning. Att kunna få till fördelaktiga avtalsvillkor handlar således om att hitta en medelväg där båda parterna vinner något på villkoret, utan att riskera det egna förväntade mervärdet.³¹

Enligt Frydlingers angreppssätt kan risk definieras som chansen att något inträffar eller inte inträffar i framtiden. En bedömning av risk omfattar både (1) sannolikheten att risken inträffar och (2) omfattningen av de negativa konsekvenserna av att risken inträffar.³²

Enligt Frydlinger är fördelning av risk detsamma som att bestämma vilken av parterna som ska bära kostnaderna eller de negativa konsekvenserna av att risken förverkligas. Riskfördelningen och priset på målbolaget har därför ett samband - om risken är så stor att den kan innebära en kostnad som medför att det förväntade mervärdet går förlorat är part sannolikt obenägen att ta risken, och vice versa. Ett sådant resonemang innebär att om säljaren ska

²⁹ Frydlinger, s. 22 ff och Frydlinger JT s. 291 – 309.

³⁰ Brealey m.fl., s. 765 f och 802 f samt Mukherjee m.fl., s. 7 f och 21 ff.

³¹ Frydlinger, s. 105.

³² Frydlinger, s. 84.

kunna acceptera högre risk så behöver denne få ett högre pris så att det finns utrymme att hantera kostnaderna utan att riskera mervärdet. För köparen innebär det att priset måste bli lägre vid högre risk.³³

Om part ansvarar för en trolig risk kommer parten enligt ett dylikt synsätt att beräkna risken såsom att den verkligen inträffat. Motparten kommer dock förmodligen förespråka en lägre sannolikhetsgrad för riskens förverkligande. Parterna kan då fastna i att den ena parten anser att den andra parten vill ha ett för högt prisavdrag/prispåslag i relation till ett spekulativt moment och det kan därför vara svårt att reglera risk med prisavdrag/prispåslag.³⁴

Enligt Frydlingers resonemang skulle en bra affär kunna antas vara en affär som mynnar ut i minst det förväntade mervärdet.³⁵ Med ett sådant perspektiv borde affären vara desto bättre desto mer partens mervärde ökar. Enligt resonemanget ovan ökar mervärdet när risken minskar eftersom risken betyder att parten behöver bära kostnader förknippade med risken. Villkor som bidrar till att minska partens risk är således fördelaktiga.

2.2 Proportionalitet

Det är dock inte säkert att mervärde skapas genom att överlåta alla risker på motparten eftersom värde även skapas genom att undvika risken för tvist. Om alla risker överlåts på motparten finns en överhängande risk att en domstol skulle finna avtalet oskäligt.³⁶

En optimal riskfördelning innebär således inte nödvändigtvis att mer risk läggs på motparten desto starkare förhandlingsposition parten har. Den optimala riskfördelningen är snarare en riskfördelning som står i proportion till partens förhandlingsstyrka utan att skapa risker för att avtalet inte står sig vid en prövning i domstol.³⁷

³³ Frydlinger, s. 105, 113 och 173.

³⁴ MacBeth, s. 4.

³⁵ Jfr Frydlinger, s. 173.

³⁶ Frydlinger, s. 124 och s. 245 jfr med Ramberg & Ramberg, s. 189 och avsnitt 4.3.3.

³⁷ Frydlinger, s. 123 och 244 ff.

2.3 Förhandlingstvister

I förhandlingarna kan det uppstå kostsamma konflikter. En av de vanligaste konflikterna vid affärsförhandlingar är positionskonflikter. Detta är en konflikt där parterna intar positioner som är oförenliga med varandra. Exempelvis att köparen vill betala i förskott, och säljaren i efterskott – båda kan inte få som de vill. Positionskonflikter går i allmänhet att lösa genom att parterna fokuserar på det bakomliggande intresset i stället för position.³⁸ Om i stället det bakomliggande intresset kolliderar föreligger en intressekonflikt. Låt säga att parterna i betalningsfallet båda har likviditetsproblem och att det är därför positionerna är att säljaren vill ha betalt på förväg och köparen vill betala i efterhand. En sådan konflikt går också att lösa, men en lösning kräver att endera parten ger upp ett intresse till förmån för den andra.³⁹

2.4 Förutsebarhet

Förutsebarhet medför att parterna på ett lättare sätt kan förutse konsekvensen av sina handlingar och behandlas likvärdigt med andra företag.⁴⁰ Villkor som bidrar till förutsebarhet såsom exempelvis villkor som medför att parterna undviker subjektiva bedömningar måste därför anses fördelaktiga.

Det innebär dock inte att det är bättre att reglera så mycket som möjligt i avtalet eller att det alltid lönar sig med tydliga villkor. Å ena sidan behöver hänsyn tas till den mängd förhandlingar som behövs om man ska reglera ett visst mellanhavande å andra sidan behövs hänsyn tas till sannolikheten för att den situation som mellanhavandet avser ska inträffa. I många fall är tydlighet det önskvärda då det ofta minskar risken för att tvist uppstår, vilket i sin tur innebär att risken för oförutsedda kostnader minskar.⁴¹

I andra fall kan det bli för kostsamt. Alla affärer kommer till en punkt där det inte lönar sig att utreda vidare eftersom värdet av det nerlagda arbetet då äts

³⁸ Frydinger, s. 184 f.

³⁹ Frydinger, s. 186 och 207.

⁴⁰ Norlén, s. 168 och Kleineman 1998, s. 206.

⁴¹ Frydinger, s.125 f jfr 245.

upp av arvode/lön. Var denna punkt går varierar från uppdrag till uppdrag, generellt innebär dock ett ineffektivt arbete med riskhanteringen att man riskerar att förlora mervärdet.⁴²

2.5 Riskhantering i transaktionsavtalet

2.5.1 Garantier och garantibegränsningar

Risken att målbolaget inte motsvarar köparens antagna skick hanteras framför allt av garantier i förvärvssituationer.⁴³ Ofta tillkommer garantierna till följd av identifierade problem eller risker som hittats vid undersökningen innan förvärvet (*specifika garantier*), men de kan också vara standardiserade (*allmänna garantier*).⁴⁴

Ofta är säljaren inte villig att acceptera risken för köparens antagna skick hos målbolaget helt utan begränsningar. Några av de mest vanligt förekommande garantibegränsningarna tak, trösklar, korgar och preskriptionstid.

Med **tak** menas att parterna sätter ett maximalt belopp (ett tak) enligt vilket säljaren kan bli ansvarig avseende garantibrister. En **tröskel** innebär ett minimibelopp en skada behöver uppgå till innan den blir ersättningsgill. Om parterna avtalar om en **korg** innebär det att ersättningen görs beroende av att de sammanlagda skadorna som köparen lidit behöver uppgå till en viss nivå. Normalt kommer parterna också överens om under vilken tid säljaren är ansvarig för garantibrott. Garantiperioder mellan 12 och 18 månader är vanliga i svenska överlåtelseavtal.⁴⁵

2.5.2 Särskilt om köparens kunskap

Även köparens kunskap kan fungera som en garantibegränsning. I grund och botten handlar det om vilken part som ska bära kostnaderna för att ta reda på information. Om risken för alla garantibrister allokeras till säljaren innebär

⁴² Frydinger, s. 249 och Gilson, s. 243.

⁴³ Svernlöv 2004, s. 2, Sevenius 2011, s. 69 f.

⁴⁴ Hultmark, s. 146 och Sevenius 2011, s. 69 f.

⁴⁵ Forssman, s. 148 ff.

det att säljaren noga behöver undersöka målbolaget för att kunna bedöma risken med att lämna en garanti. Om risken för garantibrister i stället allokteras till köparen faller utredningsansvaret i stället på köparen.⁴⁶

I dylika fall uppstår nästan alltid intressekonflikt eftersom ingen av parterna vill lägga ner kostnaden eller ta risken. För att lösa denna intressekonflikt kan parterna tillämpa en social norm som kallas för lojalitetsnormen. Enligt denna ska den lösning väljas som innebär att den part ska bära risken som har den lägsta kostnaden att bära den. Om lojalitetsnormen tillämpas i intressekonflikten innebär det att säljaren bör ansvara för fel i målbolaget, åtminstone sådana säljaren känner till.⁴⁷

I svenska transaktionsavtal utgår man oftast från köplagen, enligt vilken säljaren ansvarar för garantiavvikelsen (17 §) såvitt köparen inte känt till eller borde känt till avvikelsen innan avtalsslutet (20 §).⁴⁸

I avtalet förhandlas detta genom att köparen vill bära så lite risk som möjligt för sådana fel denne borde känt till (eftersom det kostar pengar att undersöka) och säljaren vill att köparen bär så mycket ansvar som möjligt så att säljaren inte riskerar att bli stämd för fel köparen kände till redan innan avtalsslutet. I Sverige diskuteras dessa positioner i termer av köparens kunskap och tillgängligt material i transaktionsavtalet. Desto mer omfattande köparens kunskapsbegrepp definieras och desto mer omfattande materialet förhandlats, desto större blir garantibegränsningen.

Forssman menar att dylika förhandlingar tenderar att bli dyra och anser att parterna kan möta risken att köparen stämmer säljaren för kända avvikelser genom en köpargaranti i stället. Med detta menar han att köparen garanterar att denne inte känner till några andra fel än de som framgår av avtalet innan avtalsslutet. Om köparen stämmer säljaren för ett fel som inte finns i avtalet

⁴⁶ Frydinger, s.141 f.

⁴⁷ Frydinger, s.142 och 217 f.

⁴⁸ Forssman, s. 138.

och avtalet innehåller en sådan garanti menar Forssman att värdet av köpargarantin borde motsvara ersättningen för garantiavvikelsen.⁴⁹

I USA fungerar köparens kunskap sällan som en garantibegränsning enligt ovan, utan där har rättsläget utvecklats till något som i transaktionssammanhang kallas för *sandbagging*: att köparen kan lita på säljarens garantier oavsett kunskap innan avtalsslutet.⁵⁰

2.6 Sammanfattning

En avtalsklausul är fördelaktig om den skapar mervärde åt parten. Det gör avtalsklausulen om den minskar partens risk. Risk kostar pengar, som kan finansieras med det förväntade mervärdet. Risk kan enbart minska om man tar hänsyn till hela den föreliggande situationen; effektiva lösningar kontra förutsebarhet/tydlighet, riskfördelningen och riskerna för tvist/konflikt.

Det finns flera olika sätt att reglera risk genom avtalsklausuler. I förvärsavtalet sker det främst genom garantier och garantibegränsningar. Det finns flera olika typer av garantibegränsningar bland annat tak, trösklar, korgar och preskriptionstid.

Den som undersöks i denna uppsats är dock köparens kunskap. Principiellt finns två alternativa vägar att reglera dem; antingen gäller garantierna oavsett köparens kunskap innan avtalsslutet (*sandbagging*) eller så prekluderas garantin om köparen känt till en avvikelse innan avtalsslutet (*anti-sandbagging*).

⁴⁹ Forssman, 138 och 142.

⁵⁰ Sevenius expertkommentar, s. 2 och Forssman, s. 142, se vidare kapitel 3.

2.7 Kommande avsnitt

I Sverige används anti-sandbagging och rättsläget är oklart vilken rättsverkan sandbagging har. Med tanke på att sandbagging innebär en garantibegränsning mindre för köparen kan det tänkas vara en fördelaktig riskfördelning, såtillvida den inte riskerar att åsidosättas av domstolen vid tvist eller annars blir för kostsam.

Med detta som fokus kommer utredningen i följande fokuseras kring hur sandbagging fungerar i USA och vilken rättsverkan sandbagging har i Sverige samt i vilka situationer det kan vara fördelaktigt och hur man i så fall kan förhandla in sandbagging i transaktionsavtalet.

3 Sandbagging i USA

3.1 Den köprättsliga utgångspunkten

3.1.1 Caveat emptor och säljarens garantier

Den amerikanska regleringen bygger på principen om caveat emptor - det vill säga att säljaren inte bär något ansvar för det såldas kvalitet. Det betyder att köparen ansvarar för alla eventuella defekter i målbolaget, såvitt säljaren inte åtagit sig ansvar genom garantier eller andra utfästelser.⁵¹

3.1.2 Köparens kunskap om garanterade fel

Mot bakgrund av principen om caveat emptor är det viktigt att köparen undersöker målbolaget innan förvärvet för att kunna värdera defekter och risker. Vid undersökningen är det möjligt att köparen upptäcker att vissa garantier som säljaren lämnat är felaktiga. Fråga uppkommer då om garantins giltighet - *ska garantin gälla trots köparen känt till dess felaktighet innan avtalsslutet?*

I första hand reglerar parterna detta förhållande själva i transaktionsavtalet, men om parterna lämnat frågan oreglerad avgörs giltigheten av säljarens garanti utifrån common law i lagvalsstaten.⁵²

I USA finns det två olika delstatliga läger gällande detta spörsmål. Tidigare förespråkades anti-sandbagging i hela USA (det vill säga att garantin inte skulle gälla om köparen kände till dess felaktighet). Mot bakgrund av en ändring i den amerikanska köplagen skedde emellertid en skiftning mot sandbagging år 1990 (att garantin skulle gälla trots köparens kunskap) och idag tillämpas sandbagging i de flesta amerikanska förvärv.⁵³

⁵¹ Sevenius 2011, s. 359 och Hultmark, s. 79 och 110. Observera att detta är en huvudregel och att det finns undantag som bygger på principen om ekvivalens se om oskälighet i avsnitt 3.3.3 samt upplysningsplikt, se Farnsworth, s. 157 och Burnham, s. 463.

⁵² Cole, s. 453.

⁵³ Stikeman, s. 1 f och Avery & Weintraub, s. 2.

⁵³ Whitehead, s. 1084, Kwestel, s. 961 f, Feldman, s 229 f och Iovine, s.1 f.

3.1.3 Från anti-sandbagging till sandbagging

Övergången från anti-sandbagging till sandbagging har sitt ursprung i en ändring av artikel 2–313 i UCC som reglerar avtalade garantier. Enligt den ursprungliga lydelsen stipulerades att ”[... *any affirmation of fact or any promise by the seller relating to the goods is an express warranty if the natural tendency of such affirmation or promise is to induce the buyer to purchase the goods, and if the buyer purchases the goods relying thereon*”]. I ändringen ersattes den sista meningen med ”[...*and becomes part of the basis of the bargain*”].⁵⁴

I många delstater tolkades ändringen som ett avskaffande av tillitskravet eftersom lagrummet ersatte ”*relying thereon*” med ”*becomes part of the basis of the bargain*”. Utifrån ett sådant perspektiv skulle det räcka att garantin blivit en del av avtalet.⁵⁵

Detta har medfört två olika delstatliga common law – en som tolkat ändringen som ett avskaffande av tillitskravet (moderna tolkningen) och ett som inte tolkat den som ett avskaffande (traditionella tolkningen).⁵⁶

När det finns ett krav på att köparen ska ha litat på en garanti för att göra den gällande förespråkas anti-sandbagging eftersom köparens kunskap om avvikelser innebär att köparen inte kan ha förlitat sig på garantin.⁵⁷ I de stater som tolkade ändringen som ett avskaffande av tillitskravet banades dock väg för sandbagging, eftersom garantins giltighet utifrån ett sådant perspektiv enbart blir beroende av att garantin blivit en del av parternas avtal.⁵⁸

⁵⁴ Kwestel, s. 961ff. Den ursprungliga lydelsen fanns i UCC:s föregångare USA section 12.

⁵⁵ Kwestel, s. 992 f jfr 1000 f, West & Shah, s. 3.

⁵⁶ Kwestel, s. 968 f. jfr Whitehead, s. 1100.

⁵⁷ West & Shah, s. 4.

⁵⁸ Kwestel, s. 992 f jfr Panhard, s. 77.

3.1.4 Utvecklingen i common law

Det första mål som hanterade den ändrade artikeln i UCC var Ziff -Davis vs CBS som prövades i New York år 1990.⁵⁹ I målet hade CBS utfört en undersökning innan förvärvet och hittat ett orosmoment om finanserna som tagits upp till diskussion. Ziff Davis avfärdade CBS oro och hänvisade till en garanti om finansernas riktighet i transaktionsavtalet. På grund av att oron besannades efter avtalsslutet stämde CBS Ziff Davis. New York Court kom fram till att CBS hade rätt att stämma vid garantin. Ziff Davis överklagade och yrkade att CBS inte kunde åberopa garantier som denne känt till avvikelser från innan avtalsslutet eftersom han i ett sådant läge inte kunde litat på garantin.⁶⁰

I New York Court of Appeal menade domstolen att det avgörande för huruvida köparen fick stämma vid garantin var om köparen litat på att garantin ingått som en del av avtalet och inte huruvida köparen litat på garantin som sådan (*nya tolkningen av UCC*). Med hänvisning till att CBS diskuterat sin oro och blivit hänvisad till garantin innan avtalsslutet konstaterade domstolen att CBS litat på att garantin ingått som en del av avtalet och därför kunde göra den gällande.⁶¹

Domstolen motiverade att [...]”*the express warranty is as much a part of the contract as any other term. Once the express warranty is shown to have been relied on as part of the contract, the right to be indemnified in damages for its breach does not depend on proof that the buyer thereafter believed that the assurances of fact made in the warranty would be fulfilled. The right to indemnification depends only on establishing that the warranty was breached[...]*”⁶²

⁵⁹ Jfr Jastrzebski, s. 215f.

⁶⁰ CBS v.Ziff-Davis. s. 499.

⁶¹ CBS v.Ziff-Davis. s. 504, se även Ainger v Michigan Gen. Corp.

⁶² Citat från CBS v. Ziff-Davis. s. 504.

I ett efterföljande mål, Galli vs Metz, applicerades Ziff-Davis, men med vissa tillägg.⁶³ Målet handlade om en garanti om efterlevnad av relevanta lagar. Innan avtalsslutet hade Galli upplyst Metz om att det förelåg ett avtalsbrott från garantin i form av att ett av koncernens dotterbolag överskred vissa miljögränser för farligt avfall. Metz valde ändå att ingå avtalet, för att efter avtalsslutet stämma Galli vid miljögarantin.⁶⁴ I detta fall menade domstolen att köparen inte hade rätt att stämma vid garantin eftersom parterna innan avtalsslutet varit överens om att denna aspekt inte ingick i garantin.⁶⁵

I ett senare mål, Gusmao v. GMT, applicerades Ziff-Davis vs CBS och Galli vs Metz. Domstolen tillade att kunskap om garantiavvikelser som uttrycks från annan än säljaren eller säljarens representanter inte kan anses vara en del av parternas avtal och påverkar därför inte garantins giltighet.⁶⁶

I flera delstater har man med åren hämtat inspiration från avgörandena i New York eller från andra stater som följt New Yorks avgöranden, varpå sandbagging anammats även i de staterna.⁶⁷ Det är svårt att säga exakt i vilka stater sandbagging numera förespråkas eftersom common law ständigt ändras, men i ett försök till sammanställning av common law i USA 2011 kom professor Whitehead fram till följande delning:⁶⁸

Modern tolkning: Sandbagging	Traditionell tolkning: Anti-sandbagging
Connecticut, Delaware, Florida, Illinois, Indiana, Massachusetts, Michigan, Missouri, Montana, New Hampshire, New Mexico, New York, Pennsylvania, West Virginia, Wisconsin	California, Colorado, Kansas, Maryland, Minnesota, Texas

⁶³ Jfr Jastrzebski, s. 217.

⁶⁴ Galli v. Metz, s. 150.

⁶⁵ Galli v. Metz, s. 151.

⁶⁶ Gusmao v. GMT, s. 4 Jfr med Rogath v. Siebenmann, s. 264, se Jastrzebski, s. 218.

⁶⁷ Mizolek & Angelakos, s. 32 f, Iovine, s. 1 jfr Whitehead, s. 1090 ff.

⁶⁸ Whitehead, s. 1108 ff.

3.1.5 Argument för och emot sandbagging

I kölvattnet av utvecklingen mot sandbagging har det förekommit diskussioner om sandbagging i de olika delstaterna. Generellt kan sägas att köpare är för sandbagging eftersom anti-sandbagging ökar risken för att säljaren inte ansvarar för lämnade garantier. Säljare är generellt emot sandbagging eftersom risken är större att köparen inte betalar det avtalade priset i en sådan ordning.⁶⁹

Från säljarens synvinkel öppnar sandbagging upp för köparen att mörka kunskaper om garantibrister för att efter affären stämma säljaren och således få målbolaget ”billigare”. Därtill argumenteras att anti-sandbagging skapar incitament för köparen att diskutera felen innan avtalsslutet och reglera riskerna gemensamt, vilket påstås innebära att man kan undvika tvist.⁷⁰

Från köparens synvinkel är sandbagging bättre eftersom det pressar säljaren till att lämna tydliga uppgifter om vilka garantiavvikelse som finns, vilket innebär att det blir lättare för köparen att värdera affären.⁷¹ Dessutom är sandbagging mer tidseffektivt eftersom man kan spara värdefull förhandlingstid som annars behöver läggas på definition av kunskap och tillgängligt material. Därutöver innebär sandbagging att man undviker den subjektiva bedömning som kommer sig av att man behöver bestämma vad köparen subjektivt haft eller borde haft kunskap om.⁷²

Köparen kan också argumentera att det finns anledning att undvika undersökning av garanterade områden med anti-sandbagging och i stället ta höjd i prissättningen för potentiella fel i de områdena, medan köparen enbart har att vinna på en noggrann undersökning i en sandbaggingordning.⁷³

⁶⁹ Jfr exempelvis Iovine, s.1, Mizolek & Angelakos, s. 30 och West & Shah, s. 5.

⁷⁰ Mizolek & Angelakos, s. 30 f, Avery & Weintraub, s. 2, Cole, s. 451 och Panhard, s. 73 f.

⁷¹ Stikeman och Avery & Weintraub, s. 2.

⁷² Avery & Weintraub, s. 2 och Cole, s. 451.

⁷³ Jfr West & Shah, s. 7, Metz, s. 201 och Panhard, s. 72.

3.2 Transaktionsavtalets påverkan

Om parterna avtalat med en sandbagging eller anti-sandbagging klausul kommer prioritetsfrågan med största sannolikhet inte prövas mot delstatlig common law.⁷⁴ En typisk sandbaggingklausul kan lyda exempelvis:

Köparens rätt att åberopa påföljd eller skadestånd under detta avtal ska inte påverkas eller begränsas av kunskap som köparen haft eller borde haft innan avtalsslutet, oaktat huruvida köparen genomfört en due diligence undersökning eller inte.

Och en anti-sandbaggingklausul kan lyda exempelvis:

Säljaren är inte ansvarig för förluster som grundas på eller uppstår på grund av felaktigheter i eller brott mot någon av företagets utfästelser eller garantier om köparen hade kännedom om sådan felaktighet eller brott före avtalsslutet.⁷⁵

Studier gjorda av American Bar Association avseende privata amerikanska transaktionsavtal mellan 2006 och 2019 visade att 37–50 procent av de privata transaktionsavtalen innehöll en sandbaggingklausul, medan enbart 4–10 procent innehöll en anti-sandbaggingklausul. Enligt studierna från ABA lämnas mer än hälften av avtalen oreglerade, vilket innebär att det blir upp till domstolen att avgöra sandbagging-frågan genom common law.⁷⁶

Även professor Whitehead kom fram till att ungefär hälften av avtalen var oreglerade i studien från 2011. Han kommenterar också att ungefär hälften av de oreglerade avtalen haft lagval i sandbaggingstater och andra hälften i anti-sandbaggingstater.⁷⁷

⁷⁴ Eftersom avtalsfriheten går före, se närmare avsnitt 3.

⁷⁵ Avery & Weintraub, s. 1 och Quaintance, s. 18.

⁷⁶ Bilaga 2.

⁷⁷ Whitehead, s. 1094.

3.3 Sandbagging & avtalsfrihetens gränser i USA

3.3.1 Bevisning av garanti i USA

Beroende på om parterna avtalat med en sandbagging eller en anti-sandbaggingklausul aktualiseras olika beviskrav vid tvist om garantins giltighet. Något kort ska därför sägas om parternas möjlighet att åberopa bevisning och vilken bevisning som normalt läggs fram i tvister om garantier i sandbagging och anti-sandbaggingstater.

Utgångspunkten i USA är fri bevisföring med undantag för parol evidence rule (artikel 2.202 UCC). Enligt parol evidence rule ska domstolen som huvudregel inte tillåta muntlig eller skriftlig bevisning utanför avtalet i dispositiva tvistemål. Detta gäller dock enbart omständigheter innan avtalsslutet och om avtalsvillkoret är skriftligt, tydligt samt det står klart att avtalet är parternas fullständiga reglering.⁷⁸

Även om parol evidence rule aktualiseras så begränsar den inte möjligheterna att åberopa bevisning om förhållanden efter avtalsslutet såsom sidoavtal eller sedvänja och inte heller bevisning om ett villkor blivit en del av avtalet samt om avtalet är den slutliga fullständiga regleringen mellan parterna.⁷⁹

Om parol evidence rule blir tillämplig på förvävsområdet innebär det att motparten inte får åberopa bevisning utanför avtalet för att motbevisa garantivillkoret, däremot får bevisning inom ramen för avtalet åberopas. I en sandbaggingstat innebär det att säljaren behöver visa att avtalet innehåller en garantibegränsning som omfattar den tvistiga defekten (vilket oftast görs genom bristdeklarationen). I en anti-sandbaggingstat behöver säljaren visa att köparen inte litat på garantin (vilket oftast görs genom att hänvisa till att köparen haft tillgång till bifogat material där defekten framgår).⁸⁰

⁷⁸ Farnsworth, s. 238 f och Perillo & Calamari, s. 153 f, s. 165.

⁷⁹ Burnhamn, s. 464 f, Perillo & Calamari, s. 131 och Corbin, s. 535.

⁸⁰ MacBeth, s. 1 ff och Burnhamn, s. 463.

Även om parol evidence rule ska tillämpas tyder de rättsfall som behandlats i avsnitt 3.1.4 på att om köparen diskuterat något med köparen innan avtalsslutet så ska den diskuterade defekten inte anses ingå som en del av avtalet. Bevisning avseende huruvida villkoret blivit en del av avtalet är alltid fri. Om parol evidence rule inte blir tillämplig gäller fri bevisföring.

3.3.2 Tolkning av sandbaggingvillkor

3.3.2.1 Allmänna tolknings- och bevisregler

Även domstolens tolkningsverksamhet utgår från huruvida villkoret varit tydligt eller inte. Om parterna varit otydliga med utformningen av ett sandbaggingvillkor behöver domstolen fastställa avtalsvillkorets innebörd utifrån en helhetsbedömning av parternas viljeförklaringar, avtalspreliminärerna, partsbruk och handelsbruk.⁸¹ Är sandbaggingvillkoret tillräckligt tydligt ska det dock fastställas genom *plain meaning*, alltså utifrån innebörden av villkorets ordalydelse inom avtalet (*four corner principle*).⁸²

3.3.2.2 Särskilt om integrationsklausuler

Med tanke på att parol evidence rule enbart ska tillämpas på avtal som är att anses som parternas fullständiga reglering är det vanligt att amerikanska parter avtalar med en integrationsklausul:

Detta avtal utgör parternas fullständiga reglering av de frågor som avtalet berör. Alla muntliga eller skriftliga åtaganden och utfästelser som föregått avtalet ersätts av detta avtal med bilagor.

Integrationsklausulen fungerar som en presumtion för att avtalet är slutligt mellan parterna och understryker att parterna vill att domstolen ska använda *plain meaning rule* och principen om parol evidence.⁸³

⁸¹ Burnhamn, s. 465, Perillo & Calamari, s. 152 och Corbin, s. 500. Se också exempelvis *Sumitomo Mach v Allied Signal* där bevisning av omständigheter tilläts för att visa att avtalet var otydligt.

⁸² Burnhamn, s. 465 och Perillo & Calamari, s. 151 f.

⁸³ Farnsworth, s. 233 ff.

Sannolikt kan integrationsklausulen – i likhet med *parol evidence rule* - emellertid inte tillämpas på otydliga avtalsvillkor, i alla fall inte om den inte kombinerats med ett tydligt uttryck för vad som ska gälla som tolkningsdata i stället för det otydliga avtalet.⁸⁴

3.3.3 Sandbaggingvilkorets skälighet

Sandbagging innebär en fördel för köparen och kan således tänkas ställa till det i relation till regler om otillbörligt utnyttjande som begränsar avtalsfriheten. I USA har man traditionellt värnat om avtalsfriheten och vidtagit få åtgärder för att förhindra stora företag att få dominant positioner på marknaden genom förmånliga kontrakt.⁸⁵ I och med att det amerikanska konsumentskyddet växt sig starkare har det emellertid utvecklats en *doctrine of unconscionable* som numera finns i artikel 2–302 UCC. Enligt denna får domstolen jämka eller åsidosätta oskäligen avtalsvillkor.⁸⁶

Adlercreutz och Hatzidaki-Dahlström skriver att *unconscionable* syftar till att klausulen ska vara upprörande eller samvetslös.⁸⁷ Dotevall skriver att det ska vara fråga om en kraftig obalans.⁸⁸

Av kommentarerna till UCC framgår att syftet med *doctrine of unconscionable* är att förhindra förtryck och överrumplande maktövertagande.⁸⁹ I den amerikanska doktrinen har man tolkat detta som att bestämmelsen kan användas både vid brister i själva avtalssituationen (utnyttjande av underlägsen part, bedräglig utformning av avtalshandlingen och tveksamma försäljningsmetoder), men också vid oskäligen avtalsvillkor i sig (extremt ensidiga avtal eller vid en synnerligen stötande klausul). Synsätten varierar i olika delstater om huruvida det behöver finnas brister i både avtalssituationen och villkoret för att domstolen ska kunna ogiltigförklara villkoret,⁹⁰ ett vanligt synsätt är dock att det krävs mindre

⁸⁴ Farnsworth, s. 257 jfr Hofeldt v. Mehling.

⁸⁵ Cheeseman, s. 161 f jfr Perillo & Calamari, s. 54 f.

⁸⁶ Cheeseman, s. 342.

⁸⁷ Adlercreutz 2003, s. 47.

⁸⁸ Dotevall, s. 448.

⁸⁹ UCC § 2–302 Officiella kommentaren 2010.

⁹⁰ Jfr ex. Armendariz v. Foundation Health Psychcare och Gillman v. Chase Manhattan Bank.

brister i själva avtalsvillkoret om avtalssituationen varit behäftad med större brister och vice versa.⁹¹

Sannolikt kommer inte en sandbaggingstat finna sandbagging synnerligen stötande eller extremt ensidigt. Troligen skulle inte heller en anti-sandbaggingstat göra det med tanke på att klausulen är marknadsnorm i stora delar av USA.

3.4 Analys – Sandbagging i USA

Common law tycks spegla marknadsnormerna – sandbaggingklausuler är vanliga och anti-sandbaggingklausuler ovanliga.

Möjligen värderar parterna den förkortade förhandlingstiden, de lättare bevisbördorna och de ökade incitamenten till undersökning högre än köparens möjlighet att stämma säljaren för kända fel efter avtalsslutet.⁹² Sannolikt spelar emellertid också andra faktorer in. Det skulle kunna vara så att företagen inte vill avvika från den reglerade lösningen i lagvalsstaten för att undvika oklarheter eller onödiga risker. En annan förklaring skulle kunna vara att den amerikanska marknaden präglas av dominanta köpare som har lättare att diktera villkoren i förhandlingarna.

I en sandbaggingordning blir bristdeklarationen ett viktigt bevisdokument. Ofta blir parol evidence rule tillämplig på skriftliga tydliga avtalsvillkor, särskilt om parterna avtalat med en integrationsklausul. Detta innebär emellertid inte att köparens kunskap inte kan fungera som en garantibegränsning även om detta inte avtalats. Enligt artikel 2–313 i UCC är det enbart garantier som är en del av avtalet som gäller mellan parterna. Vid bevisning av vad som är en del av avtalet tillåts fri bevisning. I sandbaggingmål har vi sett att detta innebär att köparen inte kan åberopa en garanti avseende sådana avvikelser säljaren uppmärksammat köparen på

⁹¹ Se exempelvis *State v. Wolowitz*, Farnsworth, s. 585 och Fuller & Eisenberg, s. 873ff.

⁹² Se avsnitt 3.1.5.

innan avtalsslutet (även om detta skett muntligt) eftersom sådana avvikelser inte anses vara en del av avtalet.

Ett tydligt skriftligt sandbaggingvillkor i ett avtal som ska anses vara parternas fullständiga reglering tolkas utifrån dess uttryckliga ordalydelse (plain meaning). Om villkoret finns i ett avtal som inte är parternas fullständiga reglering, eller om villkoret är otydligt fastställs det i stället genom en helhetsbedömning av parternas viljeförklaringar, partspraxis och branschpraxis. Om inget annat framgår borde helhetsbedömningen innebära en presumption för sandbagging i sandbaggingstater och anti-sandbagging i anti-sandbaggingstater.

Om parterna lämnat prioritetsfrågan oreglerad är lagvalet det avgörande för tolkningen. Har parterna valt en sandbaggingstat som lagval torde de behöva bevisa en partsavsikt eller partspraxis att använda anti-sandbagging för att domstolen inte ska tolka in sandbagging i avtalet.

Det är svårt att få igenom anti-sandbagging i de amerikanska transaktionsavtalen. Att lämna frågan oreglerad med lagval i en anti-sandbaggingstat tycks emellertid innebära en högre chans för säljaren att få igenom anti-sandbagging. Enligt professor Whiteheads studie hade ungefär hälften av de oreglerade transaktionsavtalen lagval i anti-sandbaggingstater. Kan det antas att studien motsvarar marknadsläget idag (den gjordes 2011) torde det finnas ungefär 50 % chans för säljaren att få igenom ett lagval i en anti-sandbaggingstat vid förhandlingar där man lämnar sandbagging/anti-sandbagging frågan oreglerad.⁹³

Att lämna en fråga oreglerad i ett transaktionsavtal är aldrig att föredra eftersom man oftast vill undvika att gå till domstol på grund av att det kan bli dyra och komplexa processer - vilket är svårt om det inte finns ett tydligt avtalsvillkor att utgå ifrån. Mot bakgrund av detta kan det inte anses

⁹³ Se avsnitt 3.2.

likvärdigt att lämna en fråga oreglerad som att avtala med en klausul även om den rättsliga effekten blir densamma. Att en stor del av de amerikanska parterna lämnar frågan oreglerad tyder på att sandbagging är en svår förhandlingsfråga, som potentiellt kan ta mycket tid i anspråk.

I princip torde den svåra förhandlingsfrågan landa på att det är svårt för säljaren att beräkna kostnaden för att köparen värderar målbolaget utifrån ett känt fel utan att berätta detta för säljaren och sedan därutöver stämma säljaren för felet. Bristdeklarationen kan tänkas förbättra förhandlingsläget, eftersom säljaren där kan påpeka avvikelser för köparen och således inte behöva svara för de garantiavvikelse som framgår där, men den hjälper inte mot risken för stämning avseende okända fel.⁹⁴

⁹⁴ Avsnitt 3.1.5 och avsnitt 3.3.1.

4 Sandbagging i Sverige

4.1 Den köprättsliga utgångspunkten

4.1.1 Ekvivalensprincipen

Till skillnad från den amerikanska ordningen så bygger den svenska köplagen på ekvivalensprincipen, att det ska råda jämnvikt.⁹⁵ Basen i Sverige är därför att köparen värderat målbolaget innan avtalsslutet och att fel föreligger om köparens befogade antaganden i värderingen rubbats efter avtalsslutet. Ett fel kan således inte föreligga om köparen känt till eller borde känt till ett fel innan avtalsslutet.⁹⁶ Detta innebär också att köparen ansvarar för obefogade fel utanför det garanterade.⁹⁷

En annan del av ekvivalensprincipen är att den innebär att domstolen kan åsidosätta obalanserade avtalsvillkor, trots de ingåtts frivilligt.⁹⁸

4.1.2 Köparens kunskap om garanterade fel

Vilken kvalitet köparen har rätt att kräva avgörs i första hand utifrån vad som avtalats mellan parterna (3 § och 17 § 1 st. KöpL).⁹⁹

⁹⁵ Dotevall, s. 446.

⁹⁶ Exempelvis Hultmark, s. 80 f., Agell, s. 724 och Christensen, s. 36 f.

⁹⁷ Vad som är en befogad förväntning och inte är oklart i svensk rätt och behöver bedömas utifrån det enskilda fallet, detta spörsmål lämnas dock utanför denna framställning. I korthet kan sägas att oavsett vad som avtalats så ansvarar säljaren enligt tredje stycket i 17 § för avvikelser från det köparen med fog kan förutsätta. I köplagspropositionen lämnas det åt till rättstillämpningen att bestämma vilken typ av förutsättningar det kan röra sig om. Vid företagsförvärv har denna systematik skapat en särskilt komplicerad bedömningsproblematik eftersom det är svårt att på ett objektivt sätt fastställa vad som är en befogad förväntning på ett köp av en unik verksamhet. Numera råder viss enighet om att köparen kan ha objektivt fog att förvänta sig grundläggande egenskaper. Det som brukar räknas upp är att det finns relevanta tillstånd, att verksamheten följer lag och god redovisningssed, att det inte föreligger rättsliga fel, att omsättning fördelas jämnt över tid, samt att finansiella uppgifter redovisas enligt branschstandard, Se Prop. 1988/89:76 s. 87 och resonemanget i exempelvis Sevenius 2013, s. 322 och Hultmark, s. 156, se även hur köparen kan utvidga vad som är befogat genom sin undersökning Hultmark, s. 146 och Sevenius 2011, s. 303, Forssman, Företagsöverlåtelser, s. 64 samt Kihlman, s. 55 f.

⁹⁸ Ramberg & Ramberg, s. 38 f och Dotevall, s. 442.

⁹⁹ Jmf prop. 1988/89:76, s. 84.

Köplagens bestämmelser om köparens undersökning i relation till säljarens garantier gäller parallellt med säljarens garantiansvar om parterna inte har avtalat om annat (3 § KöpL). Detta får relevans för garantiansvaret eftersom köparen enligt 20 § KöpL inte får åberopa fel som denne känt till eller borde känt till innan avtalsslutet.

Enligt propositionen har köparen *känt till* ett fel om köparen insett felets betydelse - vilket ska presumeras, om köparen varit medveten om felet.¹⁰⁰

Köparen ansvarar även för fel som denne borde känt till. I 20 § utvecklas att köparen borde känt till ett fel om felet skulle hittats vid en undersökning av objektet. Detta gäller både då köparen undersökt objektet och när köparen underlåtit undersökning utan godtagbar anledning trots säljarens uppmaning.

Av propositionen framgår att uppmaningsrekvisitet är uppfyllt om säljaren håller material tillgängligt för köparen. Det framförs också att det kan vara godtagbart att inte undersöka sådant material om undersökning skulle vara alltför kostsam eller besvärlig, men att undersökning inte kan underlåtas trots den skulle vara komplicerad om det finns en särskild sedvänja att undersöka.¹⁰¹ Vid företagsförvärv finns sannolikt en sådan sedvänja.¹⁰²

Det torde således enbart vara i undantagsfall företagsköpare kan åberopa godtagbar anledning att inte undersöka material som säljaren ställt i ordning.

Av propositionen framgår emellertid att säljarens uppträdande på olika sätt kan ge köparen anledning att begränsa sin undersökning eller helt avstå från den. Den vanligaste situationen framförs vara om säljaren lämnat garantier eller utfästelser.¹⁰³ Med anledning av uttalandet har det uppkommit diskussioner i doktrinen om att köparen möjligtvis inte behöver undersöka

¹⁰⁰ Prop. 1988/89:76, s. 93 f.

¹⁰¹ Prop. 1988/89:76, s. 94. Det framgår även av 3 § KöpL att sedvänja går före KöpL.

¹⁰² Bl.a. Sevenius 2013, s. 240 f.

¹⁰³ Prop. 1988/89:76, s. 94.

garanterade områden. Det finns inga prejudikat i frågan, men det finns en del andra rättsliga avgöranden som talar i sådan riktning.

I ett omtalat hovrättsmål, T- 8678-11 (Åre-kontraktet), prövades huruvida köparen hade undersökningsplikt på sådant säljaren utfäst innan avtalsslutet. Köparen hade frågat säljaren om en sammanställning av de största förlustkontrakten varvid säljaren listat alla utom det största. Trots att det fanns indikationer på förlusten i annat tillgängligt material menade HovR att köparen kunde lita på sammanställningen och därför inte hade undersökningsplikt avseende det utfästa.¹⁰⁴

I en skiljedom som diskuterats i doktrinen uttryckte skiljenämnden att när en säljare garanterar riktigheten av bolagets balansräkning så åligger det inte köparen att verifiera riktigheten av det garanterade under undersökningen.¹⁰⁵ Detta kan tala för att garanterade fel inte behöver undersökas av köparen, men det är enbart en skiljedom, vilket innebär att generalisering bör göras med försiktighet.

I NJA 1955 s. 75 (båtfallet) menade HD att trots att köparen undersökt ett specifikt område och inte hittat några fel där, förtar det inte köparens rätt att göra fel gällande på andra områden som inte undersökts av olika anledningar.¹⁰⁶ Detta talar för att köparen kan underlåta att undersöka vissa områden och undersöka andra, utan att riskera att undersökningsplikten aktiveras avseende garanterade områden.

I doktrinen resoneras att köparen vanligtvis inte har anledning att undersöka garanterade områden, men att det kan vara svårt att åberopa godtagbar anledning att inte genomföra en undersökning på grund av en garanti om säljaren direkt uppmanat köparen att undersöka det garanterade.¹⁰⁷ Man är överens om att de ovan redovisade avgörandena talar för att en specifik

¹⁰⁴ Jfr Forssman, s. 139 f.

¹⁰⁵ 1986 års skiljedom s. 54 f. jfr b.la. Forssman, s. 139.

¹⁰⁶ Jfr Sevenius 2013, s. 342.

¹⁰⁷ Jfr Sevenius 2013, s. 342, Sevenius 2003, s. 188, Hultmark, s. 188 och Johansson, s. 96 ff.

garanti inte förlorar sin verkan enbart för att säljaren ställt i ordning material (allmän uppmaning), men åsikterna går sedan isär om huruvida avgörandena kan appliceras även på förhållanden där garantin är allmän och/eller uppmaningen är specifik.¹⁰⁸

Jag tycker att det går att tyda lagstiftaren som så att denne vill hålla det öppet för att köparen i vissa fall behöver undersöka garanterade områden - lagstiftaren har valt att föreskriva att säljarens beteende, såsom att lämna garantier, *kan* befria från undersökningsplikten - inte att det alltid gör det. De avgöranden som prövats talar för att köparen inte behöver undersöka specifikt garanterade områden om säljaren enbart ställt i ordning materialet i ett datarum, men säger ingenting om hur garantierna står sig i relation till specifika uppmaningar eller i relation till mer allmänna garantier.

Min slutsats är således att köparen inte behöver undersöka garanterade områden såvitt det inte finns omständigheter i det enskilda fallet som talar för en sådan undersökning - vilket det kan göra i situationer då säljarens garanti inte är tillräckligt specifik i relation till uppmaningen. Vid allmänna garantier och vid direkta uppmaningar behöver således rimligen garantins prioritet bestämmas med hjälp av allmänna tolkningsprinciper.¹⁰⁹

4.1.3 Vilka fel borde köparen hitta i undersökningen?

Om köparens undersökningsplikt har aktualiserats, eller köparen valt att initiera en undersökning blir det relevant att fråga sig vad köparen borde hitta i tillgängligt material. Enligt propositionen ska bedömningen utgå från vad köparen borde märkt utifrån de situationsunika förutsättningarna. Borde en person i köparens ställning med tillräcklig grad av omsorg funnit avvikelsern presumeras att köparen varit medveten om avvikelsern.¹¹⁰

¹⁰⁸ Se vidare Ramberg & Herre, 220 f, Sevenius 2013, s. 332. och Sevenius 2003, s. 2, Johansson, s. 96 ff och Sacklén, s. 833.

¹⁰⁹ Om tolkningsprinciperna, se vidare avsnitt 4.3.2.

¹¹⁰ Prop. 1988/89:76 s. 94.

Det finns inga tydliga prejudikat på området avseende företagsförvärv, men det finns en del andra avgöranden som tydliggör vad en normalt förnuftig köpare borde hitta.

I minoritetens uttalanden i NJA 1974 A4 (åkerifallet) kom två ledamöter in på frågan om köparens kunskap i relation till undersökningen. De resonerade att om köparen saknar relevanta kunskaper för att utföra en tillräckligt noggrann undersökning själv så borde denne anlita sakkunnig hjälp. HD:s majoritet prövade inte denna fråga, varvid minoritetens uttalanden torde vunnit laga kraft och således vara vägledande.¹¹¹

I NJA 1996 s. 598 (husbilsfallet) prövades en tvist mellan två privatpersoner där det efter köpet visade sig att den köpta husbilen hade fuktskador. Innan avtalsslutet hade köparen frågat säljaren om husbilen hade fuktskador, varvid säljaren svarat att bilen inte hade det. HD menade i det här fallet att köparen inte kan förväntas hitta skador som inte säljaren själv känner till.¹¹²

I NJA 1979 s. 790 (brunnfallet) prövades huruvida en köpare borde upptäckt fel i en underjordisk brunn vid ett fastighetsförvärv. HD resonerade att undersökningsplikten förvisso är omfattande vid fastighetsförvärv, men att köparen inte behöver göra stora fysiska ingrepp, särskilt inte om det inte finns anledning att vara misstänksam på fel. HD resonerade att det inte fanns anledning att vara misstänksam i det här fallet eftersom brunnen bara var 4 år och liknande brunnar normalt håller 30 år.¹¹³

En normalt förnuftig köpare borde alltså anlita en sakkunnig för att hitta sådant som borde hittas utifrån omständigheterna i det enskilda fallet. Om det finns anledning att vara misstänksam på fel ökar sannolikheten för att köparen borde hitta felen, köparen behöver emellertid inte hitta fel som

¹¹¹ Jfr Johansson, s. 103, Hultmark, s. 185 och 190.

¹¹² Jfr Sevenius 2013, s. 333.

¹¹³ Analogi bör kunna göras till prövningar av JB:s motsvarighet till 17 § KöpL – 4 kap. 19 § JB - eftersom lagrummen är utformade på liknande sätt jfr resonemanget i Kihlman, s. 77 f och Håstad, s. 88 f.

säljaren inte känner till och borde kunna lita på säljarens svar om köparen frågat säljaren om felen (utfästelse/garanti).

I doktrinen resoneras även att köparen bör vara mer misstänksam på fel som normalt förekommer vid liknande målbolagstyper än vid mer ovanliga fel. Det framförs också att köpare inte kan förväntas hitta lika mycket fel vid en komplex undersökning som vid en enklare och att den tillgängliga undersökningstiden borde spela in.¹¹⁴

4.2 Transaktionsavtalets påverkan

4.2.1 Sandbagging och anti-sandbaggingvillkor i Sverige

Trots att köplagen förskriver anti-sandbagging så finns det möjligheter för svenska parter att avtala om sandbagging (3 § KöpL).

Den svenska marknadsnormen tycks emellertid vara anti-sandbagging. Enligt en årlig studie som Vinge delat med sig av avseende privata förvärv i Sverige under 2020 innehöll 87 % av förvärvsavtalen en klausul om kunskapsföreträde, medan inga avtal innehöll en sandbaggingklausul.¹¹⁵

Det finns inga tillgängliga uppgifter om sandbaggingklausuler i svenska transaktionsavtal, däremot finns en europeisk studie som visar att sandbaggingklausuler användes i 13 % och anti-sandbaggingklausuler användes i 50 % av de europeiska avtalen under 2019. Av de avtal som innehöll sandbaggingklausuler var det enbart 8 % som begränsades i någon omfattning.¹¹⁶ Även om studien inte kan sägas representera Sverige tyder den på att marknadsnormen även i Europa är anti-sandbagging, även om sandbagging förekommer i viss utsträckning.

¹¹⁴ Se Johansson, s. 104, Sevenius 2013, s. 331 f, Hultmark, s. 179 ff och Sevenius 2003, s. 503 f.

¹¹⁵ Bilaga 3.

¹¹⁶ Bilaga 1.

4.2.2 Klausuler som begränsar köplagen

91 procent av Vinges privata förvärsavtal som föreskrev anti-sandbagging innehöll också kunskapsklausuler.¹¹⁷

Med kunskapsklausuler kan köparens kunskap begränsas i relation till ett specificerat material och till sådant köparen faktiskt hittat. Det tillgängliga materialet identifieras, exempelvis genom en bilaga, eller en specifikation av tillgängligt material som bifogas till avtalet. Förutom att kunskapsklausulen verkar begränsande mot köplagen så presumeras köparen känna till avvikelser i det specificerade materialet. Kunskapsklausulen är i regel föremål för förhandlingar där säljaren tjänar på en mer omfattande materialdefinition och en ansvarsdefinition där köparen ansvarar för allt som borde hittats, medan köparen tjänar på en mer begränsande materialdefinition och en ansvarsdefinition där köparen ansvarar enbart för sådant denne faktiskt hittat i materialet.¹¹⁸

Av Vinges studie framgår också att 91 % av avtalen kombinerade kunskapsklausulen med en klausul om ”fair/resonable disclosure”.¹¹⁹ Detta är en form av villkor där parterna föreskriver att köparen enbart svarar för sådana garantiavvikelser som skulle ha hittats av en normalt förnuftig köpare utifrån det tillgängliga materialet.¹²⁰

4.3 Sandbagging & avtalsfrihetens gränser i Sverige

4.3.1 Bevisning av garanti i Sverige

Om parterna blir oense om sandbagging i Sverige aktualiseras 35 kap. 1 § RB, enligt vilken domstolen efter samvetsgrann prövning av allt som förekommit i målet ska avgöra vad som är bevisat. Enligt förarbetena innebär detta att

¹¹⁷ Bilaga 3.

¹¹⁸ Forssman, s. 138.

¹¹⁹ Bilaga 3.

¹²⁰ Macbeth, s. 3.

parterna ska tillåtas lägga fram allt bevismaterial som de anser har relevans (fri bevisföring) och att det sedan är upp till domstolen att värdera materialet (fri bevisvärdering).¹²¹

I Sverige finns ingen generell regel om vem som har bevisbördan och det finns flera teorier om hur bördan bör fördelas i olika situationer. Den grundläggande syntesen i förarbetet är den dogmatiska teorin om ”*ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*” – att bevisbördan åvilar den som påstår och inte den som förnekar.¹²²

Avseende tvister om garantier i en anti-sandbaggingstat såsom Sverige borde detta innebära att köparen som åberopar garantin behöver visa att det finns en garanti i avtalet (att det finns ett rättsförhållande enligt 17 § 1 st. KöpL) och att säljaren i så fall behöver visa att köparen hade eller borde haft kännedom om avvikelser från garantin innan avtalsslutet (ett rättsfaktum som hindrar ett rättsförhållande enligt 20 § KöpL).

Ett vanligt sätt att bevisa att köparen borde haft kunskap om en avvikelse är att visa att köparen haft tillgång till material där avvikelsen framgår.¹²³

Det är dock viktigt att komma ihåg att bristdeklarationens förekomst i Sverige inte innebär att köparen kan underlåta att undersöka annat material enligt svensk rätt och att det är det tillgängliga materialet och inte bristdeklarationen, som avgör huruvida köparen har rätt att åberopa en garanti. Däremot innebär bristdeklarationen att köparen sätts i ond tro om de avvikelser som framgår där och således kan köparen inte åberopa de avvikelserna som fel.¹²⁴ Utifrån Vinges studie kan sägas att många svenska förvärvsavtal tycks innehålla en bristdeklaration trots att den inte innebär att köparen kan underlåta undersökning av annat material.¹²⁵

¹²¹ SOU 1984:54 s. 205. Se även NJA II 1943 s. 444,. Se även Ekelöf m.fl., s. 26 och Maunsbach, s. 282.

¹²² SOU 1926:33, s. 142 Jfr NJA 1999 s. 474, se även Ekelöf & Boman, s. 101.

¹²³ Forssman, s. 142.

¹²⁴ Forssman, s. 173 f.

¹²⁵ Bilaga 3.

4.3.2 Tolkning av sandbaggingvillkor

4.3.2.1 Allmänna tolkningsmetoder

Det första som behöver fastställas vid en tvist om en sandbaggingklausul i Sverige är villkorets innebörd. I första hand ska innebörden fastställas utifrån parternas gemensamma subjektiva avsikt med villkoret. Kan en sådan avsikt fastställas gäller den oavsett det skriftliga uttrycket.¹²⁶

Har parterna lagt olika betydelse i villkoret går det inte att fastställa en gemensam partsavsikt. Domstolen behöver då bedöma huruvida endera parten kan sägas haft insikt i motpartens uppfattning av villkorets innebörd (dolusregeln). Kan sådan insikt fastställas tolkas villkoret i enlighet med motpartens uppfattning.¹²⁷

Då det är svårt att visa både avsikt och insikt i praktiken så är det vanligare att domstolen fastställer en presumerad objektiv partsavsikt.¹²⁸ Detta görs då i enlighet med hur mottagaren objektivt haft fog att uppfatta innebörden. Utgångspunkten är avtalstexten, som tolkas enligt sitt språkliga uttryck i relation till avtalspreliminärerna, sidoavtal och annat av relevans (uttrycksorienterad tolkning).¹²⁹ Friskrivningar (sådant som avviker från köplagen) tolkas restriktivt.¹³⁰

I regel har mottagaren fog att förvänta sig det som ligger i linje med ett normalt förekommande avtalsinnehåll, vilket ofta speglas av dispositiv rätt.¹³¹ Part kan dock inte antas förväntat sig ett innehåll i enlighet med

¹²⁶ Detta eftersom den grundläggande principen är avtalsfrihet. Se exempelvis NJA 1984 s. 280 där HD åsidosatte en skriftlig avtalsklausul med hänvisning till ett muntligt tillägg, se även NJA 1942 s. 346. Se vidare Hedwall, s. 67.

¹²⁷ Detta tolkas analogt från 6 § 2 st. avtalslagen, se exempelvis resonemangen i NJA 1957 s. 69 och NJA 1986 s. 596, se även Lehrberg, s. 27 och 45 f och Adlercreutz 2002, s. 47 ff.

¹²⁸ Enligt HD måste det styrkas en gemensam partsavsikt mot en uttrycklig lydelse för att den uttryckliga lydelsen ska ge vika, se bland annat NJA 1974 s. 660.

¹²⁹ Se NJA 2007 s. 35 där HD framhöll att avtalets ordalydelse är utgångspunkten vid fastställande av avtalets innehåll om parterna inte åberopat avvikande partsavsikt, se även NJA 2013 s. 271. För vidare diskussioner se även Bernitz, s. 80 och Lehrberg, s. 28.

¹³⁰ Se exempelvis NJA 1983 s. 808 och NJA 1986 s. 670, se även Lehrberg, s. 103 f och Adlercreutz & Gorton, s. 119.

¹³¹ Se NJA 2012 s. 597 jfr Ramberg & Ramberg, s. 166.

dispositiv rätt om det kan visas att parterna inte avsett att följa en normal avtalsmodell, exempelvis om det finns handelsbruk, partsbruk eller sedvänjor som är mer talande i det enskilda fallet.¹³²

4.3.2.2 Särskilt om amerikanska villkor i svenska avtal

Sandbaggingklausulen är ett amerikanskt villkor och det kan därför finnas särskild anledning att anta att parter som använt klausulen inte avsett att följa en normal avtalsmodell enligt ovan.¹³³

I NJA 2016 s. 288 (Electroluxmålet) prövades hur ett tvistigt överlåtelseförbud mellan två svenska parter med lagval i Sverige skulle förstås. Trots det svenska lagvalet och de svenska tolkningsmetoderna menade HovR att klausulen skulle tolkas enligt den amerikanska betydelsen eftersom klausulen var upprättad på engelska som en typisk boilerplateklausul enligt amerikanskt mönster. HD utgick från HovR bedömning vid sin prövning, varvid HovR avgörande får anses vägledande.¹³⁴

Liknande bedömningar som i Electroluxmålet har tidigare gjorts i sjörätten, där parterna ofta använder engelska standardiserade kontrakt med särskild insikt i de engelska begreppens speciella innebörd. Det är i dessa mål inte ovanligt att domstolen förstår den gemensamma partsavsikten i enlighet med den engelska innebörden om parterna inte gett uttryck för något annat.¹³⁵

I exempelvis NJA 1954 s. 573 (lastfallet) uppstod tvist om ersättningsskyldighet p.g.a. befraktarens försening med lasten. Avtalet var ett engelskt standardkontrakt för sjöfart som inte förhandlats och saknade lagvalsklausul. HD fastställde att svensk rätt var tillämplig eftersom avtalet

¹³² NJA 2014 s. 940. Bernitz menar att man i regel kan anta att parterna haft för avsikt att följa gängse mönster om ingenting annat framkommer, Bernitz, s. 83.

¹³³ Jfr Martin, s. 435 ff.

¹³⁴ I HovR var två skiljaktiga och menade att språkliga svårigheter kunde ha förlätt parterna att välja den aktuella utformningen (de menade att det inte fanns någon tillämplig böjningsform för "successors" i engelskan och att det därför var omöjligt att skriva det). De skiljaktiga menade att det faktum att parterna använt termen "assign" innebar att samtyckeskravet skulle omfatta partsbyte också genom bolagsrättsliga dispositioner. Se Svea Hovrätt mål T 9588–11, dom av den 2 oktober 2012.

¹³⁵ Martin, s. 438.

upprättats av svenska parter med Göteborg som lossningshamn, men att den engelska innebörden skulle beaktas vid tolkningen eftersom det var ett engelskt standardavtal.

I NJA 1971 s. 474 (provisionsfallet) uppstod tvist om huruvida en provisionsbestämmelse skulle tillämpas då ett centerparti upphörde i förtid med anledning av en överenskommelse mellan parterna. Avtalet var ett engelskt standardkontrakt för sjöfart med svensk rätt som tillämplig lag och de inblandade parterna kom från Sverige, Norge och USA. Bevisning anfördes om att avtalet skulle tolkas i enlighet med svensk, norsk och engelsk rätt. HD tillämpade svensk rätt med hänsyn till lagvalet och menade att internationell praxis kan beaktas trots användandet av svensk lag, men att det i målet inte var aktuellt eftersom det inte fanns någon enhetlig internationell praxis i frågan. Den engelska rätten som åberopats saknade relevans då målet saknade anknytning till England. En tolkning enligt engelsk innebörd skulle därför enligt HD ge ett orimligt resultat.

Innan Electroluxmålet prövades har det framförts åsikter i doktrinen om att den sjörättsliga rättspraxisen kan vara svår att applicera på andra områden med hänvisning till att det inte finns samma förståelse för de engelska villkoren på andra områden såsom det finns på det sjörättsliga.¹³⁶ Efter Electroluxmålet borde det emellertid vara möjligt att anta att HD anser att även parter i förvärvsrättsliga mål har särskild insikt i de utländska klausulernas innebörd.

Detta ligger i linje med Hedwalls resonemang om tolkning av utländska avtalsvillkor. Han menar att man kan förutsätta att klausuler med ursprung i England eller USA, skrivna på engelska, ska tillämpas enligt den innebörd villkoret har där, om det inte framkommer något annat.¹³⁷ Grönfors resonerar också att även om en svensk domstol inte kan döma enligt utländska tolkningsprinciper kan den justera tolkningen med hänsyn till den

¹³⁶ Martin, s. 447 f.

¹³⁷ Hedwall, s. 153.

internationella rättssynen avseende ett villkor.¹³⁸ Martin menar att en bedömning måste göras i varje enskilt fall eftersom det inte är säkert att parterna använder domstolens utländska uttryck som ett uttryck för en gemensam partsavsikt, utan att det likväl kan vara ett arbetssätt att använda utländska klausuler på vissa områden. Hon menar emellertid att en parts nationalitet kan tala för en gemensam partsavsikt att använda villkoret i enlighet med den utländska innebörden.¹³⁹

Enligt min mening talar rättspraxisen för att lagvalet ska styra tolkningen men att tolkningen ska göras enligt den gemensamma partsavsikten om den sker enligt svensk rätt. För svensk del tycks det innebära att klausulen bör tolkas på det sätt den normalt uppfattas om inget avvikande framkommer.

I lastfallet kan en partsavsikt presumerats utifrån att villkoret normalt utformas enligt den engelska juridisk-tekniska betydelsen och att en sådan tolkning därför borde legat i linje med vad parterna förväntat sig enligt svensk rätt. I provisionsfallet saknades koppling till engelsk rätt, varvid det inte borde legat i linje med vad parterna förväntat sig att tillskriva villkoret den betydelse villkoret hade i England. HovR kommenterade inte kopplingen till USA i Electroluxmålet, men eftersom målet rörde nordiska parter och HovR ändå fann att villkoret skulle tolkas enligt amerikansk innebörd, presumerades troligen att parterna normalt har fog att uppfatta villkoret enligt den amerikanska innebörden i likhet med lastfallet.

Dolusregeln har ännu inte behandlats av HD i relation till amerikanska avtalsvillkor. Om dolusregeln skulle bli tillämplig borde bedömningen inte gå vidare till frågan om hur motparten haft fog att uppfatta villkoret (eftersom den subjektiva bedömningen går före).¹⁴⁰

¹³⁸ Grönfors, s. 51 ff.

¹³⁹ Martin, s. 443 f.

¹⁴⁰ Jfr Avsnitt 4.3.2.1.

4.3.2.3 Särskilt om integrationsklausuler

Då den svenska domstolen prioriterar parternas subjektiva avsikter framför det skrivna uttrycket får avtalspreliminärer.¹⁴¹ Efter amerikansk modell har det emellertid blivit vanligt att svenska parter avtalar med integrationsklausul för att minska avtalspreliminärernas betydelse och premiera det skrivna avtalet.¹⁴² Det har diskuterats vilken rättsverkan integrationsklausulen kan tänkas få i relation till de tvingande reglerna om fri bevisföring och fri bevisvärdering i Sverige.¹⁴³ HD har inte prövat frågan, men det finns ett mål från arbetsdomstolen som anses vägledande, AD 2007 nr 86.¹⁴⁴

Målet rörde en arbetsrättslig tvist om en arbetstagare som ansåg sig haft rätt att ta ut pengar på företagets bankomat kort på grund av en sedvänja, medan arbetsgivaren menade att en integrationsklausul i ett uppdaterat anställningsavtal medfört att sedvänjan blivit ogiltig. AD ansåg att sedvänjan gällde trots integrationsklausulen. Motiveringen var att det funnits andra muntliga överenskommelser som tillämpats efter klausulens uppkomst. Med tanke på det ansåg inte AD att parterna avsett att klausulen innebar att alla muntliga överenskommelser skulle bli ogiltiga efter klausulens uppkomst, även om detta typiskt var avsikten med klausulen.

Utifrån målet har man i doktrinen dragit slutsatsen om att integrationsklausuler inte kan få motsvarande rättsverkan som i USA.¹⁴⁵

AD har också blivit kritiserade för att de inte tog hänsyn till internationella principalsamlingar vid sitt avgörande. Erik Sjöman hänvisar till artikel 2.105 PECL och Adlercreutz och Ramberg & Ramberg till 2.1.17 i Unidroit principles (med samma innebörd).¹⁴⁶ Enligt principalsamlingarna får integrationsklausuler betydelse enbart vid fastställande av avtalsinnehållet,

¹⁴¹ Ramberg och Ramberg, s. 164, Hedwall, s. 20 f och Hellner 1993, s. 194 f.

¹⁴² Forssman, s. 167.

¹⁴³ Sjöman 2008, s. 571 ff, Bernitz 2001, s. 70, Hedwall, s. 25 och Calissendorf & Calissendorf, s. 87.

¹⁴⁴ Se bland annat Adlercreutz 1996, s. 23f och Von Post, s. 187 f.

¹⁴⁵ Sjöman 2008, s. 577.

¹⁴⁶ Sjöman 2008, s. 574 f. Adlercreutz 1996, s. 23 & 29 samt Ramberg & Ramberg, s. 167.

men inte vid tolkningen.¹⁴⁷ Utifrån principalsamlingarna menas att domstolen hade kunnat göra skillnad på användandet av avtalspreliminärer avseende fastställande av avtalsinnehåll och fastställande av ett villkors innebörd.

Erik Sjöman har också diskuterat huruvida integrationsklausulen medför att domstolen inte kan använda utfyllande rätt. Efter genomgång av skiljedomspraxis uttrycker han att integrationsklausulens betydelse vid utfyllnadsverksamheten är oklar. Sjöman menar emellertid att klausulen inte rimligen kan innebära att domstolen inte kan använda dispositiv rätt eller annat utfyllande rättsmaterial i frågor som helt saknar lösningsförslag i avtalet. Han uttrycker därför att om parterna inte vill att dispositiv rätt ska tillämpas på avtalet så borde parterna både uttrycka det och dessutom tydligt ange vad som ska gälla i stället.¹⁴⁸

4.3.3 Sandbaggingvillkors skälighet

Även om sandbaggingvillkoret klarar tolkningsledet, så kan villkoret förlora sin praktiska verkan om domstolen skulle jämka åsidosätta villkoret med hänvisning till att det skulle vara oskäligt (36 § AvtL). Av 36 § framgår att särskild hänsyn ska tas till part som är i underlägsen ställning i bedömningen, i övrigt utvecklas inte hur bedömningen ska göras.

Av propositionen framgår att skäligheten ska bestämmas genom att villkoret sammanvägs med de situationsunika förutsättningarna, samt att det är fråga om en undantagsbedömning där domstolen ska vara restriktiv.¹⁴⁹

För att bedöma något som oskäligt behövs en jämförelsenorm – det vill säga ett villkor som är skäligt. I propositionen framförs att man på liknande sätt som vid skälighetsbedömningen i lag (1954:1512) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden (AVLK) kan använda köplagen som referenspunkt för vad som är skäligt då parter i regel har anledning att förvänta sig ett

¹⁴⁷ Sjöman 2008, s. 575 och Hellner 1993, s. 202 jfr Von Post, s. 212.

¹⁴⁸ Sjöman 2002, s. 935 f och s. 940 f.

¹⁴⁹ Prop. 1975/76: 81, 39 och 81 samt SOU 1974:83, s. 31.

avtalsinnehåll i linje med det ”normala”. Enligt propositionen behöver man dock ta särskild hänsyn till att 36 § gäller jämnstarka parter.¹⁵⁰

Jämförelsenormen kan utgå från dispositiv rätt om parterna inte haft anledning att förvänta sig en avvikande avtalslösning.¹⁵¹ En avvikande avtalslösning beskrivs som att parterna avtalat med en klausul som föreskriver att dispositiv rätt inte ska tillämpas, eller att det finns en sedvänja eller affärsskick med den innebörden.¹⁵²

Det finns en del rättspraxis som tar sikte på ” normalt förekommande ” avtalsinnehåll, även om den inte är inriktad på företagsförvärv.

I NJA 1976 s. 217 (rättfallet) uppstod tvist om att det fanns rättor i en 30 år gammal fastighet, som säljaren inte ville ansvara för då det fanns en friskrivningsklausul som omfattade samtliga fel i fastigheten. HD resonerade att det inte var ovanligt med rättor i en så gammal fastighet och att det därför inte gick att anta att en sådan fastighet var fri från rättor. Mot bakgrund av det ansågs klausulen skälig.

I NJA 1980 s. 398 (planläggningsfallet) behandlade HD frågan om huruvida en friskrivningsklausul var skälig även om säljaren känt till att köparen antagit att felet inte fanns innan köpet. I målet åberopade köparen fel med hänvisning till att fastigheten var belägen i ett planlagt grönområde och säljaren känt till att köparen avsett att bo där. HD fann en friskrivning från denna typ av fel vara oskälig.

Enligt HD:s skälighetsbedömningar tycks det som är skäligt ligga i linje med vad parterna har att förvänta som rimligt.¹⁵³

¹⁵⁰ Prop. 1975/76:81, s. 49 f.

¹⁵¹ Se exempelvis NJA 2000 s. 462 där HD ansåg att ett villkor om en tvåårig preskriptionstid för grov vårdslöshet inte var oskäligt med hänvisning till att villkoret motsvarade vad som framgick av lag och internationell konvention. Se även Grönfors & Dotevall, s. 247 och 249, Lundmark, s.88 samt Ramberg & Ramberg s. 191.

¹⁵² Von Post, s. 141 och s. 150, Grönfors & Dotevall, s. 271 samt Bernitz, s. 150.

¹⁵³ Jfr också NJA 1992 s. 728 och NJA 1997 s. 524.

Även om villkoret avviker från vad som är rimligt betyder det inte att villkoret är oskäligt. Oskälighetsbedömningen behöver göras utifrån samtliga omständigheter i det enskilda fallet där proportionaliteten mellan parternas förmåner enligt avtalet sätts i relation till avtalsförhållandet i stort.¹⁵⁴ En obalans finns generellt i avtal där ena parten har omfattande, eller ensam beslutanderätt som tar sig uttryck i att den ena parten har betydande förmåner i relationer till den andra parten.¹⁵⁵

Särskild hänsyn ska enligt 36 § 2 st. AvtL tas till part i underlägsen ställning. Enligt förarbetet kan det vara exempelvis småföretagare med sämre förutsättningar att göra avtalsrättsliga riskbedömningar.¹⁵⁶ Företagens storleksförhållande vara relevant, men särskild fokus ska läggas på sådant som visar företagets möjlighet att utforma villkoren till sin fördel. Det kan vara tekniska, ekonomiska, administrativa eller juridiska kunskaper.¹⁵⁷ Von Post talar om att ett företag som är ”stort” i en bransch kanske inte alls har överlägsen ställning i den bransch som är föremål för bedömning.¹⁵⁸

I NJA 1983 s. 865 (golvfallet) prioriterades en enskild med underlägsen ställning i relation till en kommun. Målet handlade om huruvida privatpersonen skulle få ersättning för att källarbjälkarna var svårt skadade i en fastighet som köpts via auktion av en kommun, med försäkran om att fastigheten var nyrenoverad och moderniserad några år innan försäljningen, samt att golven var i gott skick. HD tryckte på det ojämna styrkeförhållandet i affären – kommun och privatperson - och att kommunen gett köparen intrycket av att fastigheten var i gott skick trots att felet var grundläggande och omfattande. HD fann mot bakgrund av det att en friskrivning från golvfelet var oskälig.

¹⁵⁴ B.la. NJA 1981 s. 711, NJA 1977 s. 138, NJA 1979 s. 401, se även Grönfors & Dotevall, s. 252. Von Post, s. 252. Norlén, s. 92 ff.; Jansohn & Kjellin, s. 39.

¹⁵⁵ Prop. 1975/76:81 s. 127. Se exempelvis bedömningarna i NJA 2009 s. 408, NJA 1979 s. 666, NJA 1983 s. 332 Jfr också resonemangen i Bernitz, s. 153 och Jansohn & Kjellin, s. 68 samt Norlén, s. 35.

¹⁵⁶ Prop. 1975/76:81 s. 127.

¹⁵⁷ Ramberg och Ramberg, s. 178.

¹⁵⁸ Von Post, s 110 ff.

I NJA 1979 s. 483 (familjeföretaget) prövades huruvida ett litet familjeföretag var i underlägsen ställning i relation till ett stort börsnoterat aktiebolag. HD uttalade att ”...den omständigheten, att den ena parten, såsom i förevarande fall, är ett i jämförelse med den andra parten litet företag, utgör emellertid inte i och för sig något belägg för att parten intar en underlägsen ställning”. HD resonerade att det tvistiga villkoret förvisso var betungande för familjeföretaget, men att det var vanligt förekommande i branschen och därför inte kunde anses oskäligt.

Lundmark har tolkat avgörandet som att HD är ovillig att ingripa med 36 § AvtL på avtalsvillkor som är vanligt förekommande i den aktuella branschen, i alla fall mellan jämnstarka företag, även om avtalet i det enskilda fallet drabbar den ena parten hårt.¹⁵⁹ Lindmark ger HD stark kritik för att inte ta hänsyn till att även vanligt förekommande villkor i branschen kan vara oskäligen. Han diskuterar även att målet har kommit att bli en form av stipulering om ”den som ger sig in i leken får leken tåla” vid kommersiella avtalsförhållanden.¹⁶⁰

Oavsett om målet kan tillskrivas ett så omfattande prejudikatvärde eller inte så vittnar det om att bedömningen av underlägsen ställning är restriktiv.

Det finns en utbredd uppfattning i doktrinen om att friskrivningar i kommersiella avtal i regel bör anses skäligen om parterna är jämbördiga.¹⁶¹ Det finns också rättspraxis som talar för ett sådant resonemang. I exempelvis NJA 1988 s. 230 (leasingavtalet) prövade HD en otydlig långtgående friskrivningsklausul med innebörd att leasinggivaren fick överföra sin rätt till leasingtagaren. HD framförde att klausulen förvisso var otydlig, men att det rörde sig om ett avtal mellan näringsidkare och att klausulen mot bakgrund av avtalet som sådant inte kunde anses oskäligt, trots långtgående verkningar i det enskilda fallet.

¹⁵⁹ Lundmark, s. 88 ff.

¹⁶⁰ Lindmark, s. 281 ff.

¹⁶¹ Bland annat Lindmark, s. 281 ff och Hedwall, s. 158 ff.

Det finns dock indikationer på att villkor som strider mot de fundamentala förpliktelserna i avtalet är oskäliga (exempelvis köparens skyldighet att betala, eller skadestånd) även mellan jämbördiga parter. I NJA 1971 s. 36 (friskrivningsfallet) lämnade HD nämligen en friskrivning utan avseende, trots att domstolen fann att friskrivningen var skälig i sig. HD ansåg att den stred mot övriga avtalet på grund av att den satte åtsidan säljarens skadeståndsskyldighet då denne varit vårdslös vid utlämningen av en bil.

Möjligen ligger också NJA 1989 s. 346 (pälsfallet) i linje med ett sådant antagande. Där prövades huruvida ett försäkringsvillkor var oskäligt. Köparen hade tecknat en inbrottsförsäkring hos försäkringsbolaget men vägrades ersättning när köparen blivit av med pälsar för betydande belopp. Försäkringsbolaget menade att pälsarna inte tillgripits genom inbrott då de förmodligen tillgripits genom att någon berett sig tillträde till lagret genom att kopiera nycklarna som fanns hos ett bevakningsföretag, som köparen efter säljarens inrådan, anlitat. HD menade att det var oskäligt med en sådan snäv tolkning av klausulen och tillämpade 36 § AvtL – varvid köparen fick rätt till ersättning.

4.4 Analys – Sandbagging i Sverige

I regel utgår de svenska förvärsavtalen från den dispositiva köplagen. Det innebär att utgångspunkten är att köparen kan lita på säljarens garantier, men bara om köparen inte borde varit medveten om garantiavvikelse innan avtalsslutet. Detta är något som bestäms utifrån de situationsunika förutsättningarna. På grund av detta kan konstateras att det inte borde vara möjligt att bedöma garantins giltighet utan att ta utgångspunkt i parternas subjektiva beteenden.

Det finns ett uttalande i propositionen som talar för att köparen vanligen inte behöver undersöka garanterade områden. Huruvida köparen kan underlåta undersökning av allmänt garanterade fel, eller i material som är specifikt garanterat men där säljaren särskilt uppmanat köparen till undersökning är

dock oklart. Troligtvis behöver domstolen tolkningsvägen fastställa detta utifrån hur garantin gestaltas i avtalet i relation till avtalets helhet.

Inom ramen för den avtalsrättsliga friheten i 3 § KöpL och 36 § AvtL finns det möjligheter att avtala bort köplagen, exempelvis med en sandbaggingklausul som föreskriver att garantierna prioriteras framför köparens kunskap. Vi har sett att det är vanligt att svenska parter utnyttjar avtalsfriheten, men till att avtala om anti-sandbagging (kunskapsprioritet), ofta i kombination med kunskapsklausuler och klausuler om fair disclosure. Däremot finns inga tillgängliga data om förekomsten av sandbaggingklausuler i Sverige.

På grund av att sandbagging avviker från köplagen uppstår frågan om huruvida en sandbaggingklausul står sig i svensk domstolsprövning - det vill säga om den ska anses befinna sig inom avtalsfrihetens gränser.

Utifrån elektroluxmålet kan sägas att en svensk domstol sannolikt skulle förstå ett traditionellt amerikanskt sandbaggingvillkor enligt den amerikanska betydelsen – dvs att garantierna ska prioriteras framför köparens kunskap såvitt garantiavvikelser inte framgår av avtalet. I alla fall om parterna inte uttryckt en avvikande partsavsikt. Om parterna diskuterat avvikelser muntligt innan avtalsslutet borde detta innebära motsvarande som i USA (att de diskuterade avvikelserna inte blir en del av avtalet).

Det framstår dock föga sannolikt att domstolen skulle utgå från sandbagging i parternas avtal om det inte finns ett uttryckligt villkor. Utan ett skriftligt villkor är det troligare att domstolen skulle utgå från köplagen som det normalt förekommande avtalsinnehållet, med tanke på att det är den förefintliga normen på den svenska marknaden. I ett sådant läge har parterna inte visat att de avsett att avtala i enlighet med en avvikande modell. Det är oklart om detta gäller även då parterna avtalat med en integrationsklausul,

men det kan antas vara så om parterna inte har föreskrivit att köplagen inte ska användas vid utfyllnaden, samt vad som ska användas i stället.¹⁶²

Om parterna avtalat om sandbagging med begränsningar, torde den restriktiva tolkningen av friskrivningsklausuler i Sverige innebära att parterna inte blir bundna av sandbagging såvitt inte uttryckligen framgår av avtalet. Det borde innebära att domstolen i övriga delar skulle tillämpa den normalt förekommande avtalsmodellen i Sverige – dvs anti-sandbagging, i alla fall om garantin inte tolkas med prioritet i parternas avtal.¹⁶³ Det tycks emellertid inte vara särskilt vanligt att avtala med begränsande sandbaggingklausuler i Europa.

Oavsett om ett sandbaggingvillkor är tydligt eller inte så är utgångspunkten fri bevisföring och fri bevisprövning i Sverige. Det innebär att en part exempelvis kan motbevisa en tydlig sandbaggingklausul med bevisning utanför avtalet som talar för anti-sandbagging och vice versa. Integrationsklausulen kan påverka prövningen eftersom den har relevans för vad som ska anses blivit en del av avtalet eller inte. Finns ett tydligt skriftligt avtalsvillkor som föreskriver sandbagging så borde det innebära att det blir svårt för motparten att bevisa anti-sandbagging med hjälp av bevisning utanför avtalet. Integrationsklausulen påverkar dock inte tolkningen av klausulens innebörd.

För att klara den svenska domstolsprövningen behöver klausulen anses finnas inom avtalsfrihetens gränser i Sverige, det vill säga inte anses oskälig enligt 36 § AvtL.

Av avsnitt 4.3.3 framgår att utgångspunkten i skälighetsbedömningen är de köprättsliga bestämmelserna om det inte framgår att parterna haft anledning att förvänta sig något avvikande. Enligt HD:s skälighetsbedömningar tycks det som är skäligt ligga i linje med vad parterna har att förvänta som rimligt.

¹⁶² Avsnitt 4.2.1 och 4.3.2.

¹⁶³ Avsnitt 4.1.2, 4.2 och 4.3.2.

Sandbagging borde kunna resoneras vara rimligt om parterna kan visa att de avsett att avtala med den amerikanska modellen (där sandbagging är rimligt att förvänta sig), men inte med den svenska modellen (där sandbagging inte är rimligt att förvänta sig).

Oavsett om domstolen skulle finna sandbagging rimligt eller orimligt i relation till vad som är normalt att förvänta sig i det enskilda fallet, så behöver skäligheten ändå fastställas genom en helhetsbedömning.

HD:s bedömningar tycks vara restriktiva, även om enskilda villkor innebär långtgående verkningar i det enskilda fallet. De bristande prejudikaten från HD talar också i sådan riktning.

HD tycks emellertid ingripa åtminstone vid friskrivningsklausuler som strider mot de fundamentala förpliktelserna i avtalet (såsom skadestånd i bilfallet, eller försäkringsersättning i pälsfallet) och i vissa fall av underlägsen ställning (golvfallet). I kommersiella avtal tycks emellertid bedömningen av vad som är en underlägsen ställning vara snäv. Det vägledande avgörandet är än så länge NJA 1979 s. 483 (familjeföretaget), som man i doktrinen kritiserat för att vara ett slags ”den som ger sig in i leken får leken tåla” uttalande från HD. Generellt behöver det också vara fråga om ett utnyttjande av relevanta kunskapsfördelar på ett eller annat sätt som tar sig uttryck i villkoren för att HD ska befinna ett villkor oskäligt med hänvisning till underlägsen ställning.

Mot bakgrund av ovan borde risken för att domstolen skulle finna sandbagging oskäligt i avtal mellan jämnstarka parter vara liten, även om avtalet inte är fullständigt tydligt eller balanserat.

Ett sandbaggingvillkor är inte en fundamental förpliktelse i avtalet och kan närmast likställas med HD:s prövning i leasingavtalsfallet. Med tanke på att de reella konsekvenserna av sandbagging är snarlika de normalt

förekommande kunskapsklausulerna (även om sandbagging är mer omfattande) och effekten av sandbagging liknar den av specifika garantier, så borde det inte vara tillräckligt för HD att ingripa i avtalet på grund av enbart ett sandbaggingvillkor.¹⁶⁴

Oskälighet borde därför främst komma i fråga i avtalsförhållanden med en dominerande köpare som har ett övertag i form av kunskapsfördelar som speglar avtalsvillkoren negativt. Även om det finns en risk att sandbaggingklausuler åsidosätts med hjälp av 36 § så finner jag således risken liten avseende kommersiella förhållanden.

¹⁶⁴ Avsnitt 4.3.3 och 4.1.2.

5 Jämförelse mellan USA och Sverige

5.1 Likheter och skillnader

Då den svenska köprätten baserar sig i huvudsak på ekvivalensprincipen och den amerikanska på *ceaveat emptor* har de köprättsliga felbegreppen i USA och Sverige olika utgångspunkter. Ekvivalenstanken finns emellertid med också i USA i och med att det finns regler om oskälighet.

I USA ansvarar köparen för allt som inte garanterats, medan den svenske köparen kan sägas ansvara för allt som är obefogat. I linje med detta föreligger fel i USA om målbolaget avviker från det garanterade. I Sverige föreligger ett fel om målbolaget avviker från köparens befogade antaganden i värderingen av målbolaget. Då ett antagande aldrig kan vara befogat om köparen känt till ett fel innebär köparens kunskap om ett garanterat fel att garantin blir ogiltig. Köparens kunskap om garantiavvikelser har emellertid ingen påverkan på garantins giltighet i USA.¹⁶⁵ Bevismässigt innebär dessa skillnader att den svenska köparen inte får åberopa garantiavvikelser som framgår i material som delats av säljaren. Medan får amerikanske köparen inte får åberopa garantiavvikelser som framgår av bristdeklarationen.¹⁶⁶

I både USA och Sverige är risken för att inte undersöka målbolaget innan förvärvet stor för köparen. I USA ansvarar köparen för alla fel som inte garanterats oavsett om denne undersökt målbolaget eller inte. Om säljaren ställt i ordning material till en svensk köpare och denne underlåtit att undersöka materialet ansvarar i regel också den svenske köparen för sådant som framgår av materialet (även om det finns vissa undantag avseende otvetydigt specifikt garanterade områden).¹⁶⁷

¹⁶⁵ Jfr avsnitt 4.1.1 med 3.1.1.

¹⁶⁶ Jfr avsnitt 4.3.1 med 3.3.1.

¹⁶⁷ Jfr avsnitt 4.1.2 med 3.1.2.

Trots omfattande avtalsfrihet i både USA och Sverige speglar marknadsnormerna de köprättsliga dispositiva bestämmelserna i respektive system. I de amerikanska avtalen förespråkas sandbagging och i de svenska anti-sandbagging. En betydligt större del av de amerikanska avtalen tycks dock lämna prioritetsfrågan om sandbagging oreglerad.¹⁶⁸

Gällande prövningen vid domstol tillåts i regel fri bevisföring vid tvist om avtalsvillkor i både Sverige och USA, men i USA finns ett undantag enligt vilket bevisning utanför avtalets fyra ramar inte tillåts vid prövning av tydliga villkor i skriftliga avtal som ger uttryck för parternas slutliga fullständiga reglering. Integrationsklausulen medför en presumtion för att avtalet är det slutliga mellan parterna, medan den inte har motsvarande verkan i Sverige.¹⁶⁹

Tydliga skriftliga avtalsvillkor tolkas enligt dess uttryckliga ordalydelse i USA, utan hänsyn till avtalspreliminärer (objektiv tolkning), medan den svenska domstolen inledningsvis tillmäter avtalspreliminärer en vital roll (subjektiv tolkning). Skillnaden innebär att man i Sverige riskerar att få tydliga skriftliga avtalsvillkor åsidosatta med hänvisning till att den gemensamma partsavsikten är en annan än det uttryckta villkoret, medan motsvarande risk inte finns i USA.¹⁷⁰

Praktiskt är denna skillnad dock relativt liten eftersom objektiva metoder oftast tillämpas också vid den svenska tolkningsverksamheten, innebärande att det uttryckta avtalsvillkoret fungerar som en presumtion också i Sverige.¹⁷¹ Teoretiskt finns således relevanta skillnader vid tolkningen, men praktiskt spelar avtalet en avgörande roll i båda ordningarna.

¹⁶⁸ Jfr avsnitt 4.2 med 3.2.

¹⁶⁹ Jfr avsnitt 3.3.1 och 3.3.2 med 4.3.1 och 4.3.2.

¹⁷⁰ Jfr avsnitt 4.3.2 med 3.3.2.

¹⁷¹ Avsnitt 4.3.2.

Otydliga villkor tolkas på ett motsvarande sätt i både Sverige och USA, dvs i enlighet med hur mottagaren haft fog att uppfatta villkoret utifrån de uttryckta viljeförklaringarna, avtalspreliminärerna, partspraxis, handelspraxis och annat som kan vara av relevans.¹⁷²

I både USA och i Sverige finns en risk att domstolen åsidosätter oskäligen avtalsvillkor. Även om man i USA fokuserar mer på själva avtalsförhållandet görs oskälighetsbedömningen ungefär motsvarande. Man gör en helhetsbedömning utifrån omständigheterna i det enskilda fallet där man väger in partsställning, avtalsförfarandet och balansen i avtalsvillkoren. Det är ytterst ovanligt att domstolarna i både Sverige och USA använder otillbörlighetsreglerna vid villkor i kommersiella avtalsförhållanden.¹⁷³

5.2 För- och nackdelar

5.2.1 Förutsebarhet och tydlighet

Det är lättare för en amerikansk köpare att bedöma vilka fel som är garanterade, eftersom det är enklare att förutse konsekvenserna av en tydlig bristdeklaration, än konsekvenserna av en subjektiv bedömning av vad köparen borde hittat i ett tilldelat material.¹⁷⁴

I den svenska ordningen öppnas upp för att säljaren gömmer garantiavvikelse i ett omfattande material, i stället för att vara transparent med avvikelse. Min bedömning är därför att den amerikanska ordningen är mer förutsebar för köparen.

Denna tydlighet borde göra det lättare för köparen att värdera bolaget då denne inte behöver beakta lika stor risk för okända fel och således inte borde behöva ta höjd för sådan potentiell kostnad. Det borde vara något positivt för säljaren som då troligen kan få ett högre pris.¹⁷⁵

¹⁷² Jfr avsnitt 3.3.2 med 4.3.2.

¹⁷³ Jfr avsnitt 4.3.3 med 3.3.3.

¹⁷⁴ Jfr avsnitt 2.3 med 4.3.1 och 3.1.1.

¹⁷⁵ Jfr avsnitt 2.1.

Från säljarens perspektiv är det dock svårare att förutse konsekvenserna av affären i den amerikanska ordningen eftersom köparen ges möjligheter att stämna för kända fel som inte ingår i bristdeklarationen. Från den synvinkeln är den amerikanska ordningen till nackdel och mindre förutsebar för säljaren. På samma sätt som köparen behöver ta höjd för att behöva bära risken för okända fel behöver säljaren i en sådan ordning ta höjd för risken för stämningen och förmodligen kräva ett högre pris.¹⁷⁶

Utifrån lojalitetsnormen och dess antagande om att den som har lättast att göra något också borde göra det så måste anses att säljaren har lättare att känna till fel i sitt eget målbolag än vad köparen har.¹⁷⁷ Det borde vara lättare för säljaren att hitta fel i sitt eget företag, än för köparen. Risken för köparen i en anti-sandbaggingordning kan från ett sådant perspektiv anses högre än motsvarande risk för säljaren i en sandbaggingordning.

Med en sådan utgångspunkt framstår den amerikanska ordningen som mer förutsebar från ett helhetsperspektiv, även om den är mer fördelaktig för köparen och mindre fördelaktig för säljaren.

Det borde även vara så att den subjektiva bedömningen av köparens kunskap i Sverige även innebär otydligheter för säljaren då säljaren inte kan vara helt säker på att garantiavvikelseerna i det delade materialet borgar mot ett åberopande av garantier. Köparen har bevismässiga möjligheter att visa att en normalt förnuftig köpare inte skulle hittat felen i det delade materialet.¹⁷⁸

Sannolikt är utfallet i domstolens bedömningar mer lika i liknande fall i USA än i Sverige eftersom den svenska bedömningen utgår från omständigheterna i det enskilda fallet, medan den amerikanska är objektiv i relation till avtalet och bristdeklarationen.¹⁷⁹ Konsekvenserna av felbedömningen borde därför vara mer tydliga för både köparen och säljaren i en sandbaggingordning.

¹⁷⁶ Jfr avsnitt 2.2, 2.3, 3.4 och 4.4.

¹⁷⁷ Se avsnitt 2.3.

¹⁷⁸ Jfr avsnitt 4.1.3 och 4.3.1.

¹⁷⁹ Jfr avsnitt 4.5 med 3.5.

5.2.2 Förhandlingsvårigheter & effektivitetsaspekter

En större del av de amerikanska avtalen är oreglerade vilket kan betyda att det är svårare att förhandla om sandbagging än om anti-sandbagging. Möjligen finns emellertid andra incitament att lämna frågan oreglerad i USA än själva förhandlingsaspekten. Säljaren har generellt en liten möjlighet att få igenom anti-sandbagging i avtalet, men en betydligt större möjlighet att lämna frågan oreglerad med lagval i en anti-sandbaggingstat i USA. Säljaren kan dessutom lämna frågan oreglerad i många fall med lagval i en sandbaggingstat utan att behöva lägga tid på förhandlingarna.¹⁸⁰

Anti-sandbagging behöver normalt förhandlas i flera led (köparens kunskap, tillgängligt material samt vissa specifika avvikelser), vilket sandbagging inte kräver.¹⁸¹ Detta talar för att anti-sandbagging borde ta längre tid vid förhandlingarna. Att sandbagginglösningen är mer effektiv används också som ett frekvent argument för sandbagging i den amerikanska debatten.¹⁸² Effektivitetsaspekten innebär att parterna ibland behöver göra avvägningar som innebär att frågor lämnas oreglerade med tanke på den mängd förhandlingar som kan tänkas behöva göras för att få till en reglering.¹⁸³

Sammantaget anser jag att ovan anförda skäl talar för att sandbagging är den lösning som borde vara minst tidskrävande. Detta i sin tur borde innebära att sandbagging borde vara ett billigare förhandlingsalternativ i relation till anti-sandbagging. Ur förhandlings- och effektivitetssynpunkt borde således en sandbaggingklausul vara att föredra för båda parter.

¹⁸⁰ Jfr avsnitt 4.1.1 med 3.1.1.

¹⁸¹ Jfr avsnitt 4.2 med 3.2.

¹⁸² Avsnitt 3.1.5.

¹⁸³ Avsnitt 2.3.

5.2.3 Undersökningen

Gällande undersökningsincitament borde vara ungefär motsvarande. I USA finns det de som menar att det finns mer incitament att underlåta undersökning i en anti-sandbaggingordning.¹⁸⁴ Såsom vi sett i avsnitt 4.1.2 är emellertid risken med en underlåten undersökning så stor i Sverige, att det inte kan anses vara någon förnuftig köpare som i ett normalt fall skulle underlåta undersökning med hänvisning till 20 § KöpL.

Underlåten undersökning borde endast kunna göras vid otvetydiga specifika garantier. I de fallen blir undersökningsincitamenten högre i USA.

Vitalt för undersökningen är också att säljaren delar material. Det borde finnas större incitament för säljaren att dela information med köparen i en anti-sandbaggingordning eftersom säljaren inte riskerar något köprättsligt med att dela informationen. I en sandbaggingordning finns dock risk att köparen håller informationen emot säljaren i ett senare skede, varför det borde finnas mindre incitament att dela information i en sådan ordning.¹⁸⁵

5.2.4 Riskfördelning och prispåverkan

Risken att en parts antaganden inte uppfylls ökar desto större okända risker som fördelas till parten. Sannolikheten borde därför vara högre att parterna prissätter målbolaget felaktigt desto högre okända risker som finns, i alla fall om risken inte fördelas på annat sätt i transaktionsavtalet.¹⁸⁶

Om parterna tar höjd i prissättningen vid okända risker borde en svensk köpare ta höjd för att dennes möjligheter att göra gällande garantiavvikelse beror på de situationsunika förutsättningarna, medan motsvarande incitament inte finns för den amerikanske köparen som redan på förhand kan lita på garantiernas riktighet. Utifrån ett sådant perspektiv är den amerikanska ordningen mer fördelaktig för säljaren.

¹⁸⁴ Avsnitt 3.1 och 4.1.

¹⁸⁵ Jfr avsnitt 2.3 med 3.5 och 4.5.

¹⁸⁶ Avsnitt 2.3.

Å andra sidan talar det faktum att säljaren behöver ta höjd för att köparen eventuellt stämmer säljaren för okända fel för att den svenska ordningen är mer fördelaktig för köparen. Även om det är svårt att värdera priset av en stämning måste det anses närmast omöjligt att värdera något helt okänt.

Det borde vara lättare för säljaren att beräkna risken för att köparen hittar ett för säljaren okänt fel än för köparen att beräkna risken för att inte kunna åberopa några garantier. Detta ligger också i linje med den s.k. lojalitetsteorin som kan användas vid dylika intressekonflikter. Utifrån ett sådant perspektiv borde det amerikanska systemet innebära större sannolikheter för en verklig värdering av målbolaget.¹⁸⁷

5.2.5 Riskerna för tvist

Den största nackdelen med den amerikanska ordningen jämfört med den svenska är att den öppnar upp för köparen att mörka kunskap för att få ett bättre pris på målbolaget genom process efter avtalsslutet. Det bästa är att parterna tar upp problem innan avtalsslutet så att det finns en möjlighet att reglera eventuell risk med problemet i andra delar av avtalet och man kan bedöma risknivån tillsammans.

Generellt kostar processer mycket och utfallet är långt ifrån säkert. En kännedom om ett fel innan avtalsslutet måste därför sägas vara mer värt än en potentiell möjlighet att få betalt efter avtalsslutet genom en process. Mervärde kan således skapas genom att undvika tvist. Den svenska ordningen framstår därför som mer fördelaktig för säljaren eftersom den inte öppnar upp för motsvarande processmöjligheter som i USA.¹⁸⁸

¹⁸⁷ Avsnitt 2.3

¹⁸⁸ Jfr avsnitt 2.3 med 3.1.5.

5.3 Slutsatser: Vilket system är mest fördelaktigt för vem?

Det svenska och amerikanska systemet är i stora delar motsvarande gällande de rättsliga förutsättningarna för sandbagging och tvisteförfarandet, men marknadsnormerna är diametralt motsatta. Det finns flera fördelar med respektive system för olika parter.

Från köparens perspektiv är sandbagging mer fördelaktigt eftersom köparen då kan lita på garantins giltighet oavsett vad köparen borde hittat vid sin undersökning. Köparen kan således undersöka hur mycket som helst, utan hänsyn till vad som är garanterat och inte. Dessutom är sandbagging mer förutsebart, och borde vara billigare att förhandla. Förmodligen behöver inte köparen ta höjd för okända garantiavvikelse som inte framgår av bristdeklarationen i en sandbaggingordning, vilket troligen leder till att köparen kan erbjuda ett bättre pris för målbolaget. För säljaren är fördelarna med sandbagging att affären blir tydligare och mer förutsebar. Förhandlingarna blir också förmodligen billigare. Troligen kan säljaren också få ett bättre pris eftersom köparen inte behöver ta höjd för okända risker på samma sätt som i en anti-sandbaggingordning.

Från säljarens perspektiv är anti-sandbagging mer fördelaktigt eftersom säljaren i en sådan ordning inte behöver ansvara för sådant köparen borde känt till innan avtalsslutet, och inte riskerar att bli stämd för kända garantiavvikelse. Säljaren behöver inte lägga ner samma utredningskostnad som i en sandbaggingordning kopplade till garantierna, och kan därför förmodligen acceptera ett lägre pris. Säljaren behöver heller inte oro sig för vilken information som delas, utan har bara anledning att vara så transparent som möjligt med företaget.

För köparen kan anti-sandbagging anses mer fördelaktigt eftersom det i en sådan ordning finns mer incitament för säljaren att lämna information till köparen. Sannolikt blir också målbolaget billigare i en anti-

sandbaggingordning eftersom köparen inte behöver ta lika mycket höjd för okända risker.

Det finns också nackdelar med respektive system. Den största nackdelen för säljaren med en sandbaggingordning är att det öppnar upp för risken att köparen stämmer säljaren för fel som redan varit kända innan avtalsslutet för att få målbolaget ”billigare”. Den största nackdelen för köparen i en anti-sandbaggingordning är att denne inte kan lita på garantierna.

Bortsett från risken för tvist i sandbaggingordningen anser jag att sandbagging är mer fördelaktigt också för säljaren eftersom sandbaggingordningen framstår som mer förutsebart och billigare jämfört med anti-sandbagging.

6 Sandbagging i förhandlingarna

6.1 Potentiella konflikter vid förhandling av sandbagging i Sverige

I kapitel 4 har vi sett att både sandbagging och anti-sandbagging är rättsligt möjliga som avtalsvillkor inom avtalsfrihetens gränser i Sverige. Med tanke på de fördelar som finns med sandbagging (även för säljaren) är det märkligt att sandbagging inte förekommer, eller ens diskuteras.

Möjligen kan den bristande användningen av sandbagging i Sverige förklaras med att anti-sandbagging använts långt tillbaka i tiden (tradition). En annan kan vara att sandbagging framstår som främmande i relation till köplagen och att parterna inte vill ta onödiga risker i relation till den.¹⁸⁹

Sannolikt påverkar marknadsnormerna parternas uppfattning om vad som är en acceptabel riskfördelning. Det faktum att marknadsnormen följer anti-sandbagging kan således också tänkas prägla användningen av sandbagging i Sverige. Det är förmodligen svårare att motivera varför säljaren ska acceptera en högre risk med den aktuella köparen, om andra köpare accepterar anti-sandbagging, än om andra köpare också kräver sandbagging.¹⁹⁰

Dessutom uppstår antagligen en positionskonflikt i förhandlingarna. Både köparen och säljarens förhandlingspositioner är väletablerade gällande köparens kunskap i relation till garantierna.¹⁹¹

Säljarens grundläggande position är att denne vill vara säker på att köparen verkligen betalar det slutligt förhandlade priset – varvid det är svårt att acceptera ett sandbaggingvillkor som ökar risken för att köparen söker

¹⁸⁹ Jfr avsnitt 4.1

¹⁹⁰ Jfr avsnitt 4.2.

¹⁹¹ Jfr avsnitt 2.2.

ytterligare nedsättning av priset på grund av ett fel i en garanti, som köparen kan ha känt till men väntat med att göra gällande för att få ett bättre pris.¹⁹²

Köparens grundläggande position är att det är svårt att hitta fel i det material säljaren delar utifrån den bestämda tid som en transaktionsprocess pågår och att det är lättare för säljaren att deklarerera felen i målbolaget. Det är därför svårt för köparen att acceptera en anti-sandbagging klausul som ökar risken för att säljaren inte blir ansvarig enligt lämnade garantier.¹⁹³

Att traditionen är anti-sandbagging i Sverige eller att marknadsnormen förespråkar den lösningen går inte att göra något åt. Positionskonflikter kan emellertid bemötas i förhandlingarna genom att ta vara på de underliggande intressena hos parterna i stället för att fokusera på positionen som sådan.

6.2 Hantering av sandbaggingrisk i avtalet

Med ett sandbaggingvillkor fördelas risken för alla garantiavvikelse som inte framgår av avtalet till säljaren. Det innebär att köparen kan lita på säljarens garantier utan att ta höjd för okända avvikelser. Då risken minskar för köparen ökar utrymmet för eventuellt mervärde.¹⁹⁴

Risken som uppstår för säljaren är att denne inte kan vara säker på att få det avtalade priset då sandbagging öppnar upp för köparen att stämna säljaren för kända garantiavvikelse och således få målbolaget ”billigare”.¹⁹⁵

Sannolikheten för att säljarens risk realiserar beror på vilka garantiavvikelse köparen fått ta del av innan avtalsslutet i det material som delats, och huruvida köparen är benägen att stämna säljaren efter avtalsslutet. Om sandbaggingrisken inträffar kan den emellertid medföra att säljaren inte kan erhålla förväntat mervärde. Sannolikt är sandbagging inte fördelaktigt för säljaren, åtminstone inte om säljarens förväntade mervärde inte kan skyddas

¹⁹² Jfr avsnitt 4.1 och 3.1.5.

¹⁹³ Jfr avsnitt 3.1 och 3.1.5.

¹⁹⁴ Jfr avsnitt 2.1 och 2.3.

¹⁹⁵ Avsnitt 3.1.5.

på annat sätt (se nedan).¹⁹⁶ Kan mervärdet skyddas finns dock flera fördelar som säljaren kan åtnjuta med sandbagging; tydlighet, förutsebarhet och billigare förhandlingar.¹⁹⁷

Om risken är så stor att den kan innebära en kostnad som medför att det förväntade mervärdet går förlorat är part sannolikt obenägen att ta risken. Vid förhandlingar av sandbagging handlar det således om att hitta en form av medelväg där båda parterna vinner något.¹⁹⁸

6.3 Förslag till riskkompromisser

6.3.1 Uttömmande bristdeklaration istället

Om sandbaggingklausulen framstår som främmande för säljaren så är det viktigt att komma ihåg att klausulens huvudsakliga syfte är att garantierna ska gälla framför köparens kunskap.¹⁹⁹ Utifrån ett sådant perspektiv är det kanske lättare att mötas genom en föreskrift om att bristdeklarationen på ett uttömmande sätt anger samtliga garantibrister oaktat köparens kunskap. En sådan skulle kunna utformas ungefär enligt följande:

Köparens rätt att åberopa påföljd eller skadestånd under detta avtal begränsas endast i relation till de garantibegränsningar som räknas upp i appendix 1 [bristdeklarationen] oavsett köparens kunskap innan avtalsslutet.

Bristdeklarationer förekommer redan i en stor del av de svenska transaktionsavtalen och en sådan föreskrift ligger därför förmodligen närmre det nuvarande tillvägagångssättet med anti-sandbagging och icke uttömmande bristdeklarationer.²⁰⁰ Effekten borde bli densamma som en sandbaggingklausul om parterna är tydliga.²⁰¹

¹⁹⁶ Jfr avsnitt 2.1 och 2.3.

¹⁹⁷ Jfr avsnitt 5.3 och 2.3.

¹⁹⁸ Avsnitt 2.1.

¹⁹⁹ Jfr avsnitt 2.2 (intresset).

²⁰⁰ Jfr Bilaga 3 och avsnitt 4.3.1.

²⁰¹ Avsnitt 4.3.2.

6.3.2 Sandbagging med garantibegränsning

Eftersom sandbagging innebär en förhöjd risk för säljaren i relation till anti-sandbagging är det bra om köparen kan kompensera denna risk för säljaren i förhandlingarna.²⁰² Detta skulle köparen kunna göra exempelvis genom att gå med på andra garantibegränsningar såsom tak, trösklar, korgar och preskriptionstid i relation till den förhöjda risken.²⁰³

Vilken garantibegränsning och hur omfattande den behöver vara för att kompensera risken behöver bestämmas utifrån hur riskens omfattning i det enskilda fallet.

6.3.3 Köpargaranti

Ett annat sätt att möta den förhöjda risken att köparen stämmer säljaren är enligt Forssman att köparen erbjuder en köpargaranti. Han pratar inte om köpargarantin i relation till sandbagging, men den borde vara lika applicerbar i den situationen. En köpargaranti skulle förslagsvis lyda:

Köparen garanterar att denne inte känner till några garantibrister utöver de som framgår av bristdeklarationen.

En köpargaranti eliminerar inte säljarens ansvar för sina garantier, men medför en möjlighet för säljaren att göra ett motanspråk på köparen, om säljaren kan visa att köparen hade tillgång till information om garantibristen vid avtalsslutet.²⁰⁴ Det kan säljaren troligen göra genom att visa att köparen haft tillgång till datarums materialet.²⁰⁵

²⁰² Avsnitt 2.1.

²⁰³ Avsnitt 2.4.3.

²⁰⁴ Avsnitt 2.4.

²⁰⁵ Avsnitt 4.3.1.

6.3.4 Sandbagging för vissa garantier

Sandbaggingfrågor är inte statiska. För att möta varandra kan parterna föreskriva sandbagging i relation till en viss garantikatalog och anti-sandbagging i relation till en annan. Även om detta tycks vara ovanligt i Europa så torde det i de flesta fall vara det lättaste sättet att få avtalet att motsvara parternas verkliga risker.²⁰⁶ Om säljaren ändå inte är villig att acceptera risken kan det strikta ansvaret begränsas till ett troligt maximum av ansvar och även kombineras med en tröskel och eventuell preskriptionstid. Detta behöver dock vägas mot kostnads- och effektivitetsskäl.

6.3.5 Prispåslag

Risken kan också mötas med ett prispåslag. I praktiken innebär riskresonemanget att säljaren behöver få ett högre pris om risken ökar så att det finns utrymme att hantera risken utan att riskera det förväntade mervärdet.

Detta resonemang är hållbart såvitt man kan bestämma riskens värde. Risker är chanser att något inträffar eller inte inträffar, vilket innebär att det i många fall uppstår problem vid prispåslag. Medan den som vill ha påslaget ofta vill räkna med att risken verkligen inträffar så brukar den andra parten vara mer benägen att bedöma sannolikheten för riskens förverkligande betydligt lägre. Detta gör att prispåslag kan vara en svår förhandlingsväg att gå i relation till de andra kompromissförslagen.²⁰⁷

6.3.6 Begränsningar av anti-sandbagging

Även om säljaren inte vill gå med på sandbagging borde denne kunna möta köparens intresse av tydlighet avseende ansvaret för garantiavvikelse. Om säljaren kan erbjuda ett snävt definierat material borde det bli lättare för köparen att möta säljaren även om denne inte vill gå med på sandbagging.²⁰⁸

²⁰⁶ Avsnitt 4.2.1.

²⁰⁷ Avsnitt 2.3

²⁰⁸ Jfr Kapitel 3 med avsnitt 4.2.2.

Det borde också vara enklare för säljaren att gå med på ett sådant villkor eftersom det är enklare för säljaren att definiera materialet och bifoga det än att sortera ut felen ur materialet och skriva ned dem i en bristdeklaration.

Eftersom köparens möjligheter att åberopa fel begränsas av det tillgängliga materialet kan en taktik från säljaren vara att dela så mycket material som möjligt för att bygga den största möjliga barrikad mot ett potentiellt anspråk för fel. För en köpare kan det bli närmast omöjligt att gå igenom ett för stort material beroende på materialets komplexitet och möjlig undersökningstid.

För att möta köparens risk angående okända fel kan parterna avtala om en ”fair disclosure”, ett villkor som föreskriver att köparen enbart ansvarar för garantiavvikelse som skulle ha hittats av en normalt förnuftig köpare. Även om köparen letar efter en nål i höstacken så borde en dylik reglering tillhandahålla viss trygghet i att den nål köparen letar efter i alla fall är tillräckligt stor för att kunna hittas.²⁰⁹

Om parterna kommer fram till att anti-sandbagging ska användas i hela eller någon del av avtalet är det också lättare om de kan mötas i kunskapsbegreppet. Räcker det med att en anställd vid bolaget som inte ens har inblandning i affären har viss kunskap om ett problem hos målbolaget, eller behövs en mer kvalitativ kunskap på särskild nivå?²¹⁰

6.4 Att lämna prioritetsfrågan oreglerad

Såsom föregående diskussion vittnar om kan förhandling av de olika frågorna som uppkommer i relation till sandbagging- och anti sandbagging kräva omfattande förhandlingstimmar. På grund av den potentiella komplexiteten är det logiskt att ställa sig frågan om huruvida det överhuvudtaget är vettigt att inkludera en sandbagging, eller anti-sandbaggingklausul i avtalet.

²⁰⁹ Avsnitt 4.2.2.

²¹⁰ Ibid.

För många är svaret nej, det vittnar inte minst den stora andelen oreglerade avtalen i USA om.²¹¹

Det är dock viktigt att understryka att det är viktigt att överväga vilka konsekvenser det kan innebära, särskilt om parterna är lokaliserade i jurisdiktioner med olika angreppssätt till sandbagging. I ett sådant fall är det troligt att parterna, på varsitt håll, lägger olika betydelser i tystnaden. Särskilt om de inte är insatta i angreppssättet i lagvalsstaten. Därigenom är det troligt att de hamnar i en konflikt efter avtalsslutet.²¹²

Med beaktande av detta borde det sällan vara den bästa lösningen att lämna frågan helt oreglerad. Som ett minimum borde parterna åtminstone diskutera undersökningens påverkan på säljarens ansvar. Om parterna är överens om en lösning som stämmer överens med lagvalsstatens angreppssätt kan det kanske vara onödigt att inkludera ett villkor av effektivitetsskäl.

Att undvika diskussionen eller att lämna frågan oreglerad när ett dödläge uppnås tar kontrollen ur händerna på parterna och lägger den i domstolens. Det kan tyckas nödvändigt för att få till ett avslut, men de flesta parter skulle hellre definiera sina egna villkor och tydligt förstå sina riskprofiler utan att ta en chans om hur en domstol kan döma.

6.5 Min rekommendation

Säljarens risk för stämning är svårkvantifierad. Det kan därför vara svårt att möta risken med garantibegränsning eller prisavdrag eftersom man inte vet vad risken är värd. Alltså vilken kostnad den kan tänkas få om risken realiserar. Troligen har köparen och säljaren olika uppfattningar om detta.

Sandbagging i relation till vissa garantier och anti-sandbagging i relation till andra verkar vara den bästa lösningen för att möta den verkliga risken. Men denna lösning kan potentiellt ta mycket tid i anspråk och således kosta mer än

²¹¹ Avsnitt 3.2.

²¹² Jfr avsnitt 3.3.2 och 4.3.2.

de andra lösningarna. Det är förmodligen därför det är en impopulär kombination i Europa.

Om parterna bestämmer sig för sandbagging framstår därför en kombination med en köpargaranti som det bästa alternativet. Med en sådan garanti behöver man inte bestämma riskens värde på förhand, men säljaren behöver inte ta risken att behöva betala kostnaden för köparens stämning för kända fel eftersom garantiernas värde i ett sådant läge borde motsvara varandra.

Om parterna i stället bestämmer sig för anti-sandbagging så är det såklart bättre ur ett köparperspektiv att kombinera detta med ett snävt kunskapsbegrepp, mindre material och en fair disclosure - om sådana förhandlingar inte kostar mer än de smakar för köparen. Oftast tycks de emellertid fördelaktiga med tanke på att de flesta transaktionsavtal innehåller någon av begränsningarna i Sverige.

7 Sammanfattande slutsatser

7.1 Vad är den rättsliga utgångspunkten för sandbagging i USA?

Den amerikanske köparen får åberopa alla garantiavvikelser som inte framgår av bristdeklarationen, utan hänsyn till vilken kunskap denne haft innan avtalsslutet. Den amerikanska domstolen har möjligheter att åsidosätta avtalsvillkor i tolkningsverksamheten och vid en skälighetsbedömning. Sannolikt skulle domstolen emellertid inte tillgripa dessa metoder för att komma till rätta med otillbörliga avtalsvillkor avseende sandbaggingklausuler.

Marknadsnormen om sandbagging speglar de amerikanska transaktionsavtalen, men en stor del av avtalen lämnar frågan oreglerad, vilket tyder på att det kan vara en svår förhandlingsfråga. Den svåra förhandlingsfrågan handlar i huvudsak om att det är svårt för säljaren att beräkna kostnaden för att köparen värderar målbolaget utifrån ett känt fel utan att berätta detta för säljaren och sedan därutöver stämma säljaren.

7.2 Vad är den rättsliga utgångspunkten för sandbagging i Sverige?

I Sverige gäller säljarens garanti enbart om köparen inte haft eller borde haft kunskap om garantiavvikelser innan avtalsslutet (anti-sandbagging). Det är svårt att säga exakt vad köparen borde hitta eftersom det beror på de situationsunika förutsättningarna. Normalt begränsar parterna därför verkan av köplagen genom specificering av köparens kunskap i transaktionsavtalet.

Parterna har möjlighet att avtala om sandbagging. Det finns emellertid risk att domstolen sätter sådana klausuler åtsidan om (1) parternas egentliga avsikter avviker från villkorets uttryck eller (2) klausulen anses oskälig.

7.3 Vilka likheter och skillnader finns det mellan USA och Sverige?

I Sverige får köparen inte åberopa garantiavvikelse som framgått i material som delats av säljaren och i USA får köparen inte åberopa garantiavvikelse som finns i bristdeklarationen. Medan köparens presumerade kunskap har prekluderande verkan i Sverige fungerar bristdeklarationen motsvarande i USA. Incitament till undersökning finns i båda ordningarna, men det finns mer incitament för säljaren att dela material i Sverige. Den amerikanska garantin villkoras inte med köparens kunskap innan avtalsslutet, vilket innebär att det lämnas öppet för köparen att stämma säljaren för fel som köparen hittat vid undersökningen om säljaren missat dessa i bristdeklarationen.

Det finns en omfattande avtalsfrihet i både USA och Sverige, men de marknadsmässiga normerna speglar de köprättsliga ordningarna, även om en större del av de amerikanska avtalen lämnar frågan oreglerad.

Förutsättningarna för domstolsprövningen är i huvudsak motsvarande i Sverige och USA. Det finns dock vissa skillnader som innebär att riskerna att en svensk domstol åsidosätter sandbaggingklausuler är högre i Sverige än i USA (med tanke på domstolarnas [icke] användning av avtalspreliminärer och bevisning i vissa fall i USA).

7.4 Vilka för och nackdelar finns det med respektive ordning?

Det finns för och nackdelar för båda parter i båda ordningarna. Sandbagging framstår som tydligare och mer förutsebart för både köparen och säljaren och innebär dessutom förmodligen billigare mer effektiva förhandlingar. Sandbagging är mest fördelaktigt för köparen som med en sådan ordning alltid kan lita på säljarens garantier. Den största nackdelen med sandbagging för säljaren är att denne riskerar att stämmas för kända fel. För säljaren är anti-sandbagging bättre eftersom säljaren då inte behöver ta denna risk. För

köparen är anti-sandbagging sämre eftersom det innebär att köparen kan behöva ansvara för okända fel. Anti-sandbagging innebär också subjektiva bedömningar av köparens kunskap vilket innebär att det kan vara svårare att förutse konsekvenserna i en rättsprövning utifrån en sådan ordning. Troligen kan köparen få målbolaget billigare med anti-sandbagging, och troligen blir målbolaget dyrare med sandbagging. Köparen är emellertid sannolikt mer benägen att betala högre med sandbagging än med anti-sandbagging.

7.5 När är en sandbaggingklausul fördelaktig?

Om man bortser från säljarens risk för stämning med en sandbaggingklausul framstår sandbagging som det bästa alternativet i relation till anti-sandbagging eftersom sandbagging är mer förutsebart och billigare. Om köparen inte kan möta säljarens risk för stämning är dock inte sandbagging fördelaktigt för säljaren, utan bara för köparen.

7.6 Hur kan sandbaggingklausuler förhandlas i svenska transaktionsavtal?

Sandbaggingrisk behöver mötas genom en medelväg där båda parter tjänar något. Eftersom sandbagging går ut över säljaren har jag föreslagit att köparen kan möta säljarens risk med endera av följande alternativ:

- Sandbagging med begränsande tak, korg, tröskel och/eller preskriptionstid
- En uttömmande bristdeklaration i stället för en sandbaggingklausul
- Sandbagging i relation till vissa garantier
- Prispåslag

Om säljaren inte kan möta köparen kan köparen ändå kan argumentera för en lösning som ligger så när sandbagging som möjligt genom:

- Anti-sandbagging med snäv kunskapsklausul, mindre material och en fair disclosure

Jag har också föreslagit att parterna kan lämna frågan oreglerad om förhandlingarna blir för dyra i relation till risken.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

Propositioner

Proposition 1971:15, Kungl. Maj:ts proposition till riksdagen med förslag till lag om förbud mot otillbörliga avtalsvillkor, m.m.

Proposition 1975/76:81, med förslag om ändring i lagen (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område, m.m.

Proposition 1988/89:76, om ny köplag

Statens offentliga utredningar

SOU 1926:33 s. 142, Processkommissionens betänkande angående rättegångsväsendets ombildning

SOU 1974:83, Generalklausul i förmögenhetsrätten

SOU 1984:54, Tvångsmedel - anonymitet - integritet

Litteratur

- Adlercreutz & Gorton** Adlercreutz, A; Gorton, L, Avtalsrätt II, Juristförlaget, Lund, 2009
- Adlercreutz 2003** Adlercreutz, A; Hatzidaki, L, Introduktion till komparativ och internationell avtalsrätt, Studentlitteratur, Lund, 2003
- Adlercreutz 2002** Adlercreutz; A, Avtalsrätt I, Juristförlaget, Lund, 2002
- Adlercreutz 1996** Adlercreutz, A, Om den rättsliga betydelsen av skriftlig avtalsform och om integrationsklausuler, ingår i Bernitz, U, (red.) Festskrift till Jan Ramberg, Juristförlaget, Stockholm, 1996

- Agell 1972** Agell, A, Säljarens ansvar för faktiska fel enligt jordabalken och köplagen, Svensk Juristtidning 1972, s. 724
- Avery & Weintraub** Avery, D; Weintraub, D, Trends in M&A Provisions: “Sandbagging” and “Anti- Sandbagging” Provisions, Bloomberg Law Reports 2011, s. 2
- Bernitz** Bernitz, U, Standardavtalsrätt, Norstedts Juridik, Vällingby, 2004
- Bernitz 2001** Bernitz, U, Kontraktsrätten. Särskilt om användandet av standardavtal, Svensk Juristtidning 2001, s. 70
- Bogdan 2013** Bogdan, M, Consise introduction to compartive law, Europa Law Publishing, Lund, 2013
- Bogdan 1993** Bogdan, M, Komparativ rättskunskap, Norstedts Juridik, Stockholm, 1993
- Brealey m.fl.** Brealey, R; Myers, S; Allen, F, Principles of Corporate Finance Global Edition, McGraw-Hill Education, New York, 2013
- Burnham** Burnham, W, Introduction to the law and the leagal system of the United States, West Academic Publishing, St Paul Minnesota, 2016
- Burton** Burton, S, Principles of Contract Law, Thomson West, St Paul Minnesota, 2006
- Calissendorf & Calissendorf** Calissendorf, A; Calissendorf G, Utvecklingen av avtalen om förvärv av aktiebolag under senare delen av 1900-talet. Ingår i Håstad, T; Knutsson, A; Unger, S (red.), Rättsvetenskapliga studier till minnet av Tore Almén, Iustus Förlag, Uppsala, 1999
- Cheeseman** Cheeseman, H, Business Law – The legal, ethical and international environment, Prentice-Hall, New Jersey, 1992
- Christensen** Christensen, A, Studier i köprätt, Svensk Juristtidning 1971, s. 36–37
- Cole** Cole, B, Knowledge is Not Necessarily Power: Sandbagging in New York M&A Transactions, The Journal of Corporation Law 2016, s. 451 och 453

Corbin	Corbin, A, Corbin on contracts, West Publishing Co, St. Paul Minnesota, 1952
Dotevall	Dotevall, Rolf, Ekvivalensprincipen och jämkning av långvariga avtal, Svensk Juristtidning 2002, s. 442 och 446.
Eckhoff	Eckhoff, T, Juss, moral og politikk, Universitetsforlaget AS, Oslo, 1989
Ekelöf m.fl.	Ekelöf, P-O; Edelstam, H; Heuman, L, Rättegång – Fjärde häftet, Norstedts Juridik, Stockholm, 2009
Ekelöf & Boman	Ekelöf, P-O; Boman, R, Rättegång V, Norstedts Juridik, Stockholm, 1999
Farnsworth	Farnsworth, A, Farnsworth on Contracts, Little Brown and Company, 1990
Feldman	Feldman, R, Recent Trends in European Spas and Comparisons with Us Practice, Business Law international 2016, s. 229 och 230
Forssman	Forssman, M, Företagsöverlåtelser, Wolters Kluwer, Stockholm, 2016
Frydlinger	Frydlinger, D, Det affärsjuridiska hantverket – arbetet innanför avtalsfrihetens gränser, Norstedts Juridik, Stockholm, 2012
Frydlinger JT	Frydlinger, D, Det affärsjuridiska hantverket – arbetet innanför avtalsfrihetens gränser, Juridisk publikation 2012 s. 291 – 309
Fuller & Eisenberg	Fuller, L; Gergen, M; Eisenberg, M, Basic contract law, West Academic Publishing, St Paul Minnesota, 2018
Gilson	Gilson, R., Value creation by business lawyers: legal skills and asset pricing, Yale Law Journal 1984, s. 243.
Gorton 2009	Gorton, L, Integrationsklausuler och några andra boilerplateklausuler, Ny Juridik 2009, s. 187–188
Gräns	Gräns, M, Användningen av andra vetenskaper, i Korling, F; Zamboni, M, (red), Juridisk metodlära, Studentlitteratur, Lund, 2013
Grönfors & Dotevall	Grönfors, K; Doteval, R, Avtalslagen: en kommentar, Wolters Kluwer, Stockholm, 2016

- Grönfors** Grönfors, K, Tolkning av fraktavtal, Sjöfartsföreningen i Göteborg, Göteborg, 1989
- Hedwall** Hedwall, M, Tolkning av kommersiella avtal, Norstedts Juridik, Stockholm, 2004
- Hellner 2001** Hellner, J Metodproblem i rättsvetenskapen, Jure, Stockholm, 2001
- Hellner 1993** Hellner, J, The parol evidence rule och tolkning av skriftliga avtal i svensk rätt. Ingår i Bengtsson, B; Agell, A (red.), Festskrift till Bertil Bengtson, Nerenius & Santérns Förlag, Stockholm, 1993
- Hultmark** Hultmark. C, Kontraktsbrott vid köp av aktie, Juristförlaget, Stockholm, 1992
- Hydén** Hydén, H, Rättssociologi: om att undersöka relationen mellan rätt och samhälle. Ingår i Korling, F; Zamboni, M, (red) Juridisk metodlära, Studentlitteratur, Lund, 2013
- Håstad** Håstad, T, Köprätt, Iustus förlag, Uppsala, 2009
- Iovine** Iovine III, L, *Sandbagging in M&A Deals: Silence May Not Be Golden*, The M&A Law 2012, s. 1–2
- Jareborg** Jareborg, N, Rättsdogmatik som vetenskap, Svensk Juristtidning 2004, s. 4–5
- Jansohn & Kjellin** Jansohn Å; Kjellin H, Vad är oskäligt?, Juristförlaget Stockholm, Stockholm, 1990
- Jastrzebski** Jastrzebski, J, Sandbagging, and the distinction between warranty clauses and Contractual Indemnities, UC Davis Business Law Journal 2019, s. 215–218
- Johansson** Johansson, A, Undersökningsplikt vid aktiebolagsförvärv, Svensk Juristtidning 1990, s. 96–101 och 103–104
- Kellgren** Kellgren, J, Något om normativa resonemang i rättsdogmatisk forskning, Svensk Juristtidning 2002, s 520 – 525.
- Kihlman** Kihlman. J, Fel –särskilt vid köp av lös och fast egendom, Stiftelsen Mercurius, Stockholm, 1999

Kwestel	Kwestel, S, Freedom from Reliance: A Contract Approach to Express Warranty, Touro Law Center 1992, s. 961–962 och 968 – 969
Kötz & Zweigert	Kötz, H; Zweigert, K, Introduction to Comparative Law, Oxford University Press, New York, 1998
Lehrberg	Lehrberg, B, Avtalstolkning, I.B.A. Institutet för Bank- och Affärsjuridik, Warszawa, 2006
Lindmark	Lindmark, D, Om jämkning i kommersiella avtal, i Flodgren, G, Lindell-Frantz, E, (red), Avtalslagen 90 år – Aktuell nordisk rättspraxis, Nordstedts juridik, Stockholm, 2005
Lundmark	Lundmark, T, friskrivningsklausuler, giltighet och räckvidd – särskilt om friskrivning i kommersiella köp av lös egendom, Iustus förlag, Stockholm, 1996
MacBeth	MacBeth, S, That’s Not the Way We Do It Here: Reconciling Sandbagging Provisions for Multinational Buyers, International In-house Counsel Journal 2018, s. 1–5
Martin	Martin, A, svensk tolkning av avtal skrivna på engelska enligt angloamerikanskt mönster, Juridisk publikation, 2014 s. 435–440 och 447–448
Manson	Manson, L, Precluding liability for pre-contractual misrepresentation: the function and validity of non-reliance clauses, Journal of Business Law 2014, s. 1 - 2
Maunsbach	Maunsbach, L, Avtal om rätten till domstolsprövning. Processuella överenskommelsers giltighet i svensk rätt. Norstedts Juridik AB, Lund, 2015
Metz	Metz, T, Selling the intangible company: How to Negotiate and Capture the Value of Growth firm, Wiley, New York, 2008
Mizolek & Angelakos	Mizolek, A; Angelakos, D, Sandbagging, From Poker to the World of Mergers and Acquisitions, Michigan Bar Journal, s. 30–33
Mukherjee m.fl.	Mukherjee, T; Kiyamaz, H; Baker, K, Merger motives and target valuation: A Survey of Evidence, CFOs. Journal of Applied Finance 2004, s. 7–8 och 21–26

Norlén	Norlén, A, Oskälighet och 36 § avtalslagen, Linköpings universitet, Linköping, 2004
Olsen	Olsen, L, Rättsvetenskapliga perspektiv, Svensk Juristtidning 2004, s. 111 - 112
Panhard	Panhard, M, When contractual good faith Meets a Controversial M&A issue: The Sandbagging Practice in international Arbitration, The international Lawyer 2018, s. 72–74 och 77
Peczenik 2005	Peczenik, A, Juridikens allmänna läror, Svensk Juristtidning 2005, s. 249 – 250
Peczenik 1990	Peczenik, A, Om den förvaltningsrättsliga forskningen och rättsdogmatiken, Förvaltningsrättsligtidskrift 1990, s. 42
Peczenik 1974	Peczenik, A, Rättsordningens struktur, Svensk Juristtidning 1974, s. 374 - 375
Perillo & Calamari	Perillo, J; Calamari, J, Calamari and Perillo on Contracts, Thomson West, St. Paul Minnesota, 2003
Person	Person, Å, De politiska partiernas rättspolitik, Umeå Universitet, Uppsala, 2004
Quaintace	Quaintace, R, Can you sandbag? When a Buyer Knows Seller's Reps and Warranties are Untrue, The M&A Lawyer 2002, s. 18
Ramberg & Herre	Ramberg J; Herre, J, köplagen – en kommentar, Norstedts juridik, Stockholm, 2019
Ramberg & Ramberg	Ramberg J; Ramberg C, Allmän avtalsrätt, Norstedts juridik, Stockholm, 2019
Rodhe	Rodhe, K, Beskrivning — prognos — rekommendation. En trosbekännelse, Juridisk tidskrift 1996/97, s. 1 och 3
Sacklén	Sacklén, M, Om felansvaret vid aktieköp, i Svensk juristtidning 1993, s. 833
Sandgren 2018	Sandgren, C., Rättsvetenskap för uppsatsförfattare: ämne, material, metod och argumentation, Norstedts Juridik, Stockholm, 2018
Sandgren 2005	Sandgren, C, Är rättsdogmatiken dogmatisk?, Tidsskrift for Rettsvitenskap 2005, s. 649

Sandgren 1995	Sandgren, C, Om empiri och rättsvetenskap (del II), Juridisk tidskrift 1995/96, s. 1051.
Sevenius 2013	Sevenius, R, Due diligence - besiktning av företag, Sanoma Utbildning, Stockholm, 2013
Sevenius expertkommentar	Sevenius, R, Vådan och värdet av att mörka förluster, Blendow Lexnova Expertkommentar - Affärsjuridik, 2013
Sevenius 2011	Sevenius, R, Företagsöverlåtelser, Studentlitteratur, Lund 2011
Sevenius 2003	Sevenius, Due diligence eller garantier –en fråga om antingen eller?, Balans nr 2 2003, s. 503–504
Sjöman 2008	Sjöman, E, Ett rättsfall om integrationsklausuler, Svensk Juristtidning 2008, s. 571–577
Sjöman 2002	Sjöman, E, Integrationsklausuler och dispositiv rätt, Juristtidning 2002/03, s. 935 – 935 och 940 – 941
Stikeman	Stikeman, E, Sandbagging Clauses in Acquisition Agreements: A Little Knowledge Can Be A Dangerous Thing 2012, s. 1–2
Strömberg	Strömberg, H, Om interaktionen mellan lagstiftning och rättstillämpning. Ingår i Lejman, F; Wallén, P-E; Strömberg, H; Norbeck, L (red.), Festskrift till Olivecrona, 1964
Strömholm	Strömholm, S, Har den komparativa rätten en metod?, Svensk juristtidning 1972, s. 462
Svernlöv 2004	Svernlöv, C, <i>Förvärvsavtalet och dess garantier</i> , Balans nr 5 2004, s. 2
Valguarnera	Valguarnera, Filippo Den komparativa metoden. Ingår i Korling, F; Zamboni, M, (red) Juridisk metodlära, Studentlitteratur, Lund, 2013
Von Post	Von Post, C-R, Studier kring 36 § avtalslagen med inriktning på rent kommersiella förhållanden, Jure förlag, Stockholm, 1999
West & Shah	West, G; Shah, K, Debunking the Myth of the Sandbagging Buyer: When Sellers Ask Buyers to Agree

to Anti-Sandbagging Clauses, Who Is Sandbagging Whom?, *The M&A Law* 2007, s. 3-7

Whitehead

Whitehead, C, *Sandbagging: Default Rules and Acquisition Agreements*, *Del. J. Corp* 2011, s. 1084–1088, 1094 och 1100–1113

Amerikanskt rättsmaterial

UCC:s officiella kommentar 2010

Opublicerade källor

Bilaga 1

Vinges studie om privata företagsförvärv 2020

Bilaga 2

ABA:s Deal Point Study US 2019

Bilaga 3

ABA:s Deal Point Study Europe 2019

Rättsfallsförteckning

Högsta domstolens avgöranden

NJA 1942 s. 346
NJÄ II 1943 s. 444
NJÄ 1954 s. 573
NJÄ 1955 s. 75
NJÄ 1957 s. 69
NJÄ 1971 s. 36
NJÄ 1971 s. 474
NJÄ 1974 s. 660
NJÄ 1974 A4
NJÄ 1976 s. 217
NJÄ 1977 s. 138
NJÄ 1979 s. 790
NJÄ 1979 s. 483
NJÄ 1979 s. 401
NJÄ 1979 s. 666
NJÄ 1980 s. 398
NJÄ 1981 s. 711
NJÄ 1983 s. 808
NJÄ 1983 s. 865
NJÄ 1983 s. 332
NJÄ 1986 s. 670
NJÄ 1986 s. 596
NJÄ 1984 s. 280
NJÄ 1988 s. 230
NJÄ 1989 s. 346
NJÄ 1992 s. 728
NJÄ 1996 s. 598
NJÄ 1997 s. 524
NJÄ 1999 s. 474
NJÄ 2000 s. 462
NJÄ 2009 s. 408
NJÄ 2007 s. 35
NJÄ 2012 s. 597
NJÄ 2013 s. 271
NJÄ 2014 s. 940
NJÄ 2016 s. 288

Arbetsdomstolens avgöranden

AD 2007 nr 86

Hovrättens avgöranden

Svea Hovrätt mål T 9588–11, dom av den 2 oktober 2012

Skiljedomstolsavgöranden

1986 års skiljedom i Stockholms handelskammare

Amerikanska rättsfall

Ainger v Michigan Gen. Corp, 476 F. Supp. 1209 (1979)

State v. Wolowitz, 468 N.Y.S.2d 131 (1983)

Gillman v. Chase Manhattan Bank, N.A., 73 N.Y.2d 1 (1988)

CBS v. Ziff-Davis, 75 N.Y.2d 496 (1990)

Galli v. Metz, 973 F.2d 145 (1992)

San Lazaro park Properties, 864 P.2d 111 (1993)

Sumitomo Mach v Allied Signal, 81 F.3d 328 (1996)

Rogath v. Siebenmann, 129 F.3d 261 (1997)

Armendariz v. Foundation Health Psychcare Services, Inc., 24 Cal.4th 83 (2000)

Hofeldt v. Mehling 658 N.W.2d 783 (2003)

Gusmao v. GMT, 06 Civ. 5113 (2008)

Bilaga 1 European M&A point deal study



“SANDBAGGING”

(i.e. ability of Buyer to seek remedy notwithstanding pre-existing knowledge of an inaccuracy or breach)

Benefit-of-the-Bargain / Pro-Sandbagging Provision:

The right of Buyer to indemnification will not be affected by any knowledge acquired or capable of being acquired by Buyer whether before or after the Closing Date with respect to the accuracy or inaccuracy of such representation or warranty.

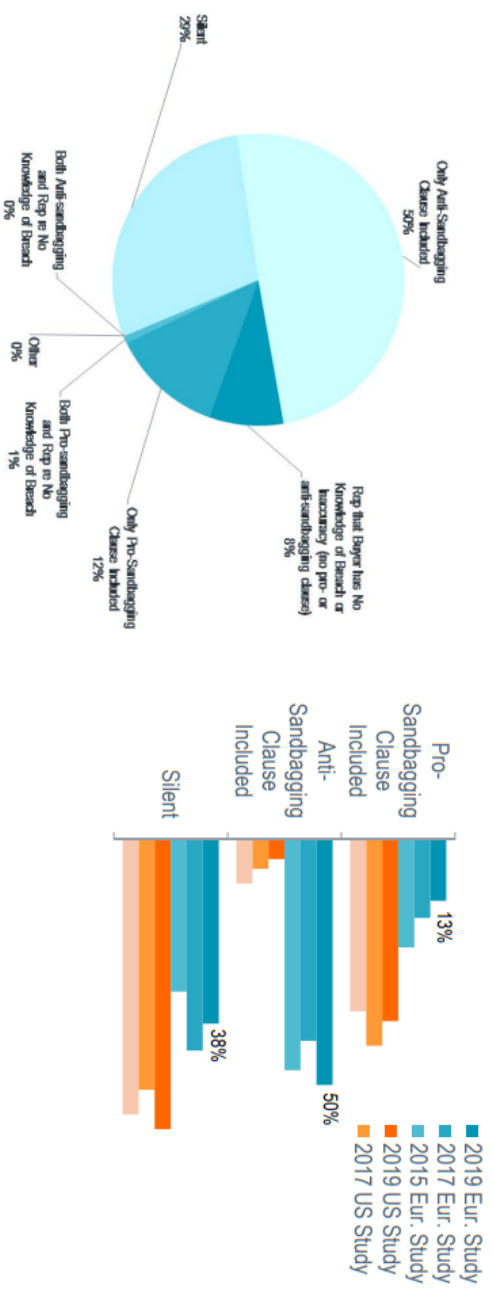
Anti-Sandbagging Provision:

Seller shall not be liable for any Losses resulting from a breach of the Representations and Warranties if Buyer had knowledge of such Seller Breach and/or the facts and/or circumstances giving rise to such Seller Breach before Closing.

Buyer unaware of breach or inaccuracy:

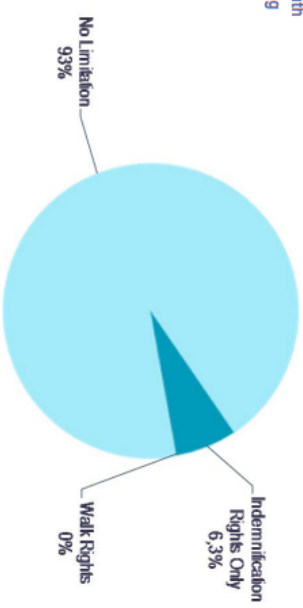
Buyer is not aware of any breach or inaccuracy of any of the Seller's Warranties or any provision of this Agreement.

“SANDBAGGING”

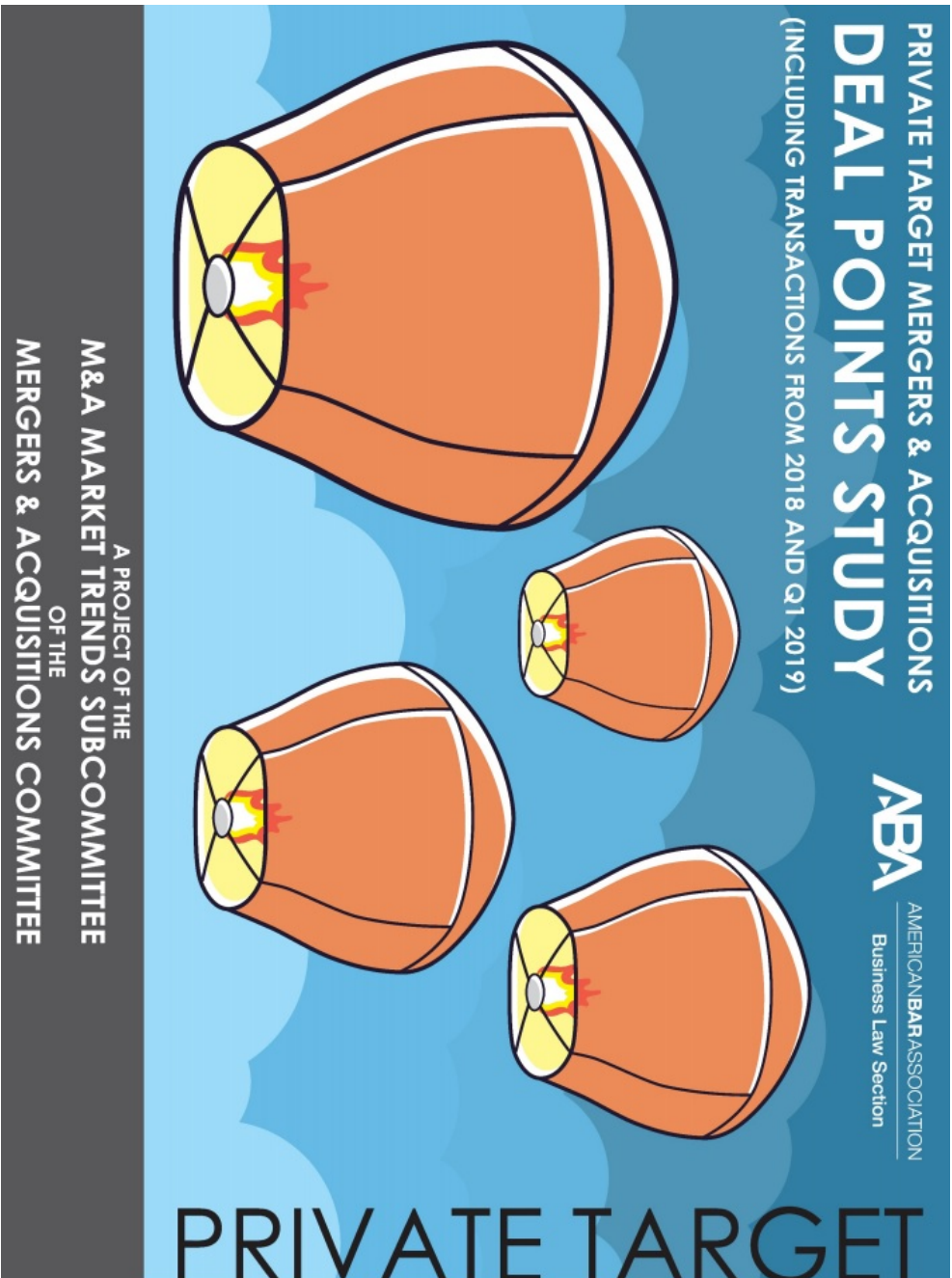


(Subset: deals with pro-sandbagging provisions)

Buyer's rights are limited to:



Bilaga 2 USA M&A point deal study



“SANDBAGGING”

BENEFIT OF THE BARGAIN/PRO-SANDBAGGING

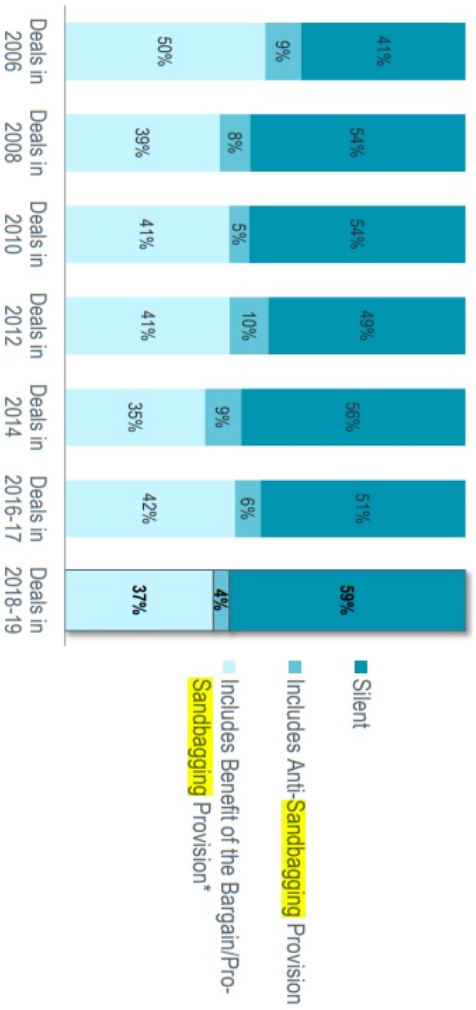
The right to indemnification, payment, reimbursement, or other remedy based upon any such representation, warranty, covenant, or obligation *will not be affected by ... any investigation conducted or any Knowledge acquired at any time*, whether before or after the execution and delivery of this Agreement or the Closing Date, with respect to the accuracy or inaccuracy of, or compliance with, such representation, warranty, covenant, or obligation.

(ABA Model Stock Purchase Agreement, Second Edition)

ANTI-SANDBAGGING

No party shall be liable under this Article for any Losses resulting from or relating to any inaccuracy in or breach of any representation or warranty in this Agreement *if the party seeking indemnification for such Losses had Knowledge of such Breach before Closing*.

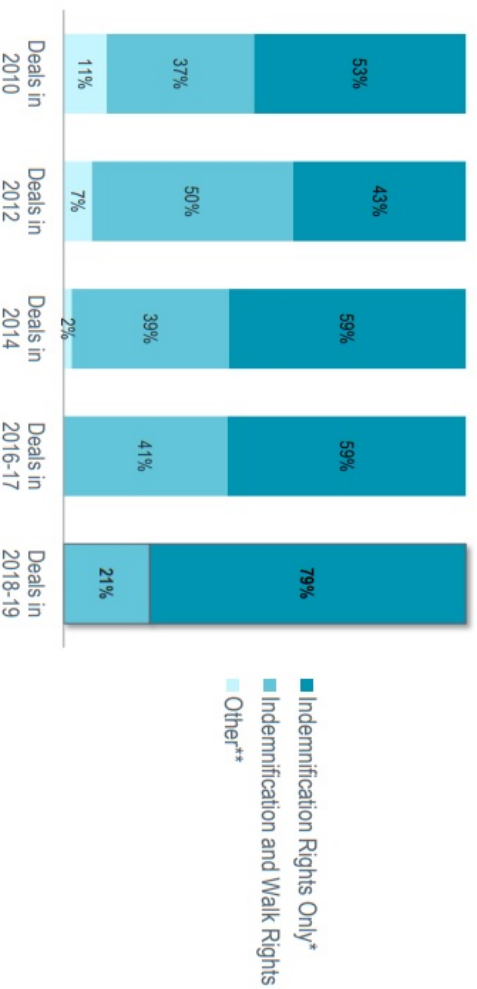
“SANDBAGGING”



* For purposes of this Study, “benefit of the bargain/pro-sandbagging” excludes clauses that merely state, for example, that Target’s representations and warranties “survive Buyer’s investigation” unless they include an express statement regarding the impact of Buyer’s knowledge on Buyer’s post-closing indemnification rights.

“SANDBAGGING” – SCOPE OF BENEFIT OF THE BARGAIN / PRO-SANDBAGGING PROVISIONS

(Subset: deals with benefit of the bargain/pro-sandbagging provisions)



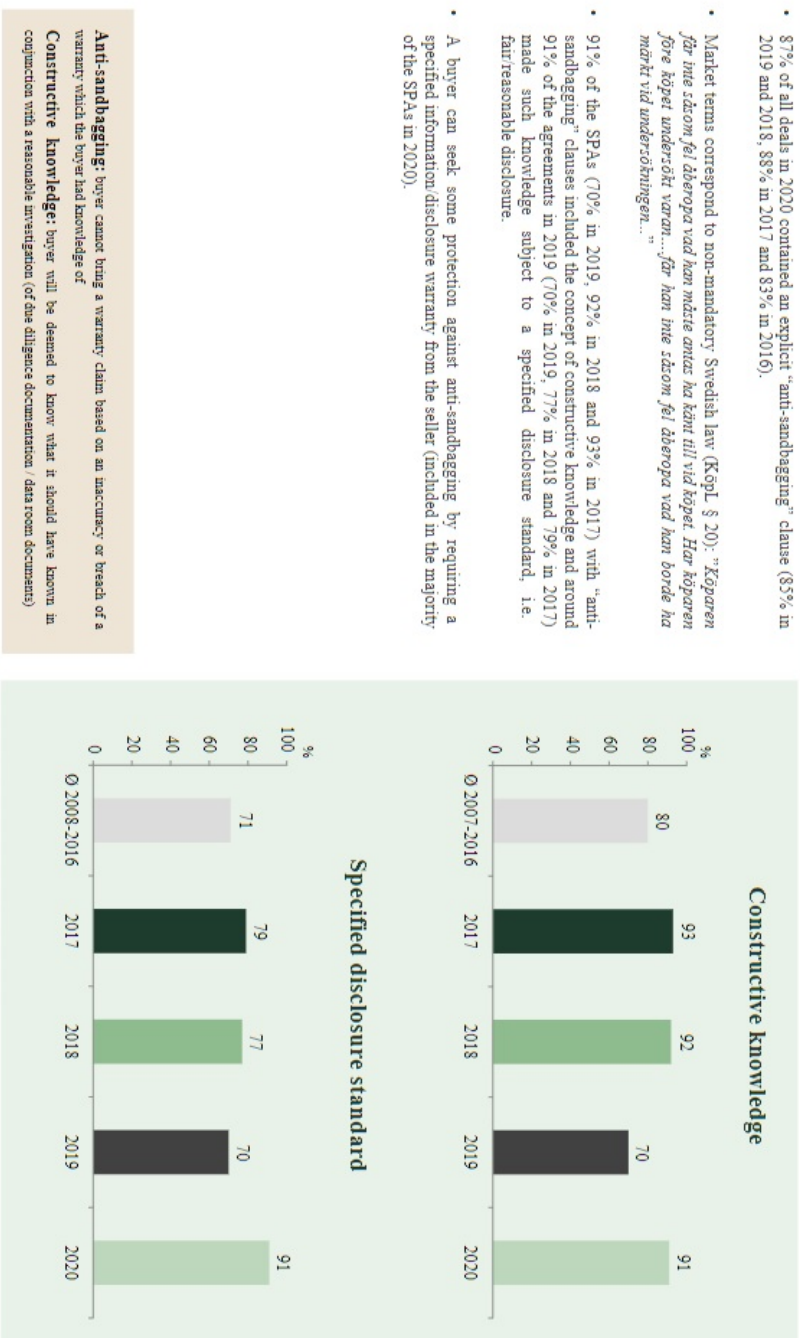
* No deals in any of the given years included walk rights only.

** E.g., “any other remedy based on representations, warranties, covenants, and agreements in this Agreement.”

Bilaga 3 Vinges studie av svenska SPA:s

Anti-sandbagging and buyer's knowledge

- 87% of all deals in 2020 contained an explicit "anti-sandbagging" clause (85% in 2019 and 2018, 88% in 2017 and 83% in 2016).
- Market terms correspond to non-mandatory Swedish law (Kopl § 20): "*Köparen får inte stämnas för åberopa vad han maktat antas ha känt till vid köpet. Har köparen före köpet undergått varan...får han inte stämnas för åberopa vad han borde ha maktat vid undersökningen...*"
- 91% of the SPAs (70% in 2019, 92% in 2018 and 93% in 2017) with "anti-sandbagging" clauses included the concept of constructive knowledge and around 91% of the agreements in 2019 (70% in 2019, 77% in 2018 and 79% in 2017) made such knowledge subject to a specified disclosure standard, i.e. fair/reasonable disclosure.
- A buyer can seek some protection against anti-sandbagging by requiring a specified information/disclosure warranty from the seller (included in the majority of the SPAs in 2020).



VINGE