



GÖTEBORGS UNIVERSITET
HANDELSHÖGSKOLAN

Felansvar vid Företagsöverlåtelser

Risikfördelning mellan parterna

Sofia Fridén

Juridiska Institutionen

Juristprogrammet

Examensarbete HR0800, 30 hp

HT 2011

Handledare: Ingmar Svensson
Examinator: Torbjörn Odlöv

INNEHÅLLSFÖRTECKNING

Abstract	4
Förkortningar	5
1 Inledning.....	6
1.1 Bakgrund.....	6
1.2 Syfte.....	7
1.3 Metod och teori.....	7
1.4 Definition.....	8
1.5 Avgränsningar	9
2 Avtalets rättsliga status.....	10
2.1 Inledning.....	10
2.2 Dispositivitet som huvudregel.....	11
2.3 Bindande avtal	11
2.3.1 Letter of Intent	12
2.3.2 Skriftform	13
3 Tillämplig lag för reglering av felansvaret.....	14
3.1 Tillämplig lag för felansvaret vid aktieöverlåtelser.....	14
3.1.1 Doktrin.....	15
3.1.2 Praxis.....	18
3.2 Tillämplig lag för felansvaret vid inkråmsöverlåtelser	19
3.3 Köplagen avtalas bort.....	19
3.3.1 Avtalet reglerar vilka åtgärder som kan bli tillämpliga	20
3.3.2 Köplagen har uttryckligen avtalats bort.....	22
3.4 Avslutande kommentarer om tillämplig lag.....	23
4 Köparens undersökningsplikt	25
4.1 Undersökningsplikten vid fastighetsköp.....	25

4.2	Undersökningsplikten vid köp av lös egendom	27
4.2.1	Köparens undersökning före köpet	30
4.2.2	Köparens undersökning efter köpet	31
4.2.3	Köparens undersökning innan betalning.....	32
4.2.4	Avslutande kommentarer	33
4.3	Företagsöverlåtelsens särskilda karaktär	34
4.3.1	Köparens befogade förväntningar.....	34
4.3.2	Säljarens upplysningar.....	35
4.3.3	Avslutande kommentarer	36
4.4	Due Diligence	37
4.4.1	Genomförande av due diligence	37
4.4.2	Informationsutjämnande	39
4.4.3	Upptäckbara eller dolda fel	40
4.4.4	Säljarens roll.....	44
5	Säljarens upplysningsplikt.....	46
5.1	Upplysningsplikt enligt köplagen	48
5.2	Upplysningsplikten vid företagsöverlåtelser	51
5.3	Säljarens garantier	53
5.3.1	Innebörden av garantierna.....	55
5.3.2	Garantins effekt på undersökningsplikten	56
6	Analys.....	58
6.1	När uppstår bundenhet för parterna?.....	58
6.2	Köplagens tillämplighet och lämplighet.....	58
6.3	Riskfördelning mellan parterna	60
6.3.1	Undersökningspliktens effekt	60
6.3.2	Har säljaren en upplysningsplikt?	62
6.3.3	Upplysningspliktens effekt.....	63

6.3.4	Garantiernas effekt	64
7	Slutsats.....	65
7.1	Förslag de lege ferenda.....	65
8	Källhänvisning	67
8.1	Offentligt tryck	67
8.2	Litteratur	67
8.3	Periodiskt tryck	68
8.4	Elektroniska källor	69
8.5	Rättsfallsregister	69
8.5.1	NJA.....	69
8.5.2	Skiljedomar.....	70
	Information om registrering och examination	71

ABSTRACT

Sale and acquisition of a business is risky, since vague legislation and lack of literature often contribute to the fact that it is not possible for the parties to know beforehand how a dispute about the agreement shall be resolved. The objective of this thesis is to clarify what should be applied in terms of liability and the allocation of risks between the parties, in order to help avoid disputes about the agreement.

In order to fulfill the purpose of the thesis, the legal status of the agreement has been investigated, as well as the question whether the *sale of goods act* should be applied, even though the sales agreement between the parties should be the primary regulation. Furthermore, another question that has been investigated is whether the buyer's duty to investigate, and the seller's duty to inform, affects the allocation of risks between the parties, and thereby also their liability.

By applying a method where literature, practice and law serve as the primary sources of law, it has been concluded that the sale of goods act shall be applied on these transactions. However, a problem with the rules of the act is that they contribute to a skew allocation of risks, primarily to the advantage of the seller. The parties can though influence the allocation of risks through different measures. The investigation of the buyer which might lead to statements from the seller, the seller's duty to inform, and the warranties left by the seller, may all lead to the allocation of risks from the buyer back to the seller. The conclusion of the above is thus, that it is possible for the parties to somewhat balance the allocation of risks between them. However, the legislator should contribute by creating a law that will even out the relationship between the parties.

FÖRKORTNINGAR

Ibid. Ibidem (*Latin*) ”på samma ställe”.

f. och följande sida.

ff. och följande sidor.

Prop. Proposition.

Kap. Kapitel.

st. Stycke.

p. Punkt.

s. Sida.

SvJT Svensk Juristtidning.

JT Juridisk Tidsskrift.

HD Högsta Domstolen.

NJA Nytt Juridiskt Arkiv.

NRt Norsk Retstidende.

UfR Ugeskrift for retsvæsen.

v. Versus (*Latin*), ”mot”.

1 INLEDNING

Överlåtelse av företag är vanligt förekommande transaktioner i näringslivet. Anledningen till detta är bland annat att företag eftersträvar att få en bättre position på en marknad där konkurrensen är hård och tillväxtpotentialerna är få.¹ På grund av detta skapar företagen expensionsstrategier för att utveckla sitt företag genom att öka försäljningen, få en större marknadsandel och för att växa i styrka.² Det huvudsakliga målet med ett företagsförvärf är att på sikt öka företagets värde för aktieägarna.³

Tyvärr är det dock inte alla förvärf som blir lyckade. Det kan uppskattas att ca 2/3 av alla förvärf inte motsvarar förväntningarna utan är så kallat misslyckade.⁴ Anledningen till detta är bland annat för höga förväntningar och för låga beräkningar av de kostnader som uppstår vid en överlåtelse.⁵

För att undvika ett misslyckat övertag är det därför viktigt att ha en tydlig plan med förvärfvet och även att i själva processen vara väl medveten om vad olika åtaganden innebär. Att parterna är medvetna om vilka risker som kan uppstå innebär att de kan räkna på vad dessa risker kan få för effekt efter att överlåtelsen skett. Ju mer informerade parterna är inför en överlåtelse, desto mer välgrundat blir det beslut som fattas, och om beslutet är välgrundat minskar risken för ett misslyckat övertag.

1.1 BAKGRUND

Bakgrunden till denna uppsats är att företagsöverlåtelser är ett mycket stort och intressant område som det är av högsta relevans att undersöka på grund av dess frekvens i affärsvärlden. Ett problem med denna överlåtelsetyp är dock dess svårillgänglighet.⁶ Brist på lättillgänglig litteratur och tydlig lagstiftning kan leda till svårigheter att förutse hur ett avtal ska tillämpas och tolkas. Att många överlåtelser misslyckas är en indikation på detta.

¹ Orrbeck, *Företagsförvärf i praktiken*, s. 16.

² *Ibid.*, s. 20ff.

³ *Ibid.*, s. 24.

⁴ *Ibid.*, s. 28ff.

⁵ *Ibid.*

⁶ Forssman, *Företagsöverlåtelser*, s. 11.

På grund av överlåtelseavtalets specifika karaktär och eftersom det är svårt att finna stöd i lag och andra rättskällor vid avtalstolkning, är rättsläget för företagsöverlåtelser osäkert. Detta innebär att det är svårt för parterna att i förhand veta hur en tvist om avtalet kommer att lösas. Att så är fallet innebär en osäkerhet och därmed även ett stort risktagande för avtalets parter.

1.2 SYFTE

Syftet med denna uppsats är att förenkla för parterna genom att tydliggöra vilka lagar som kan tillämpas samt att redogöra för hur olika åtgärder i förhandlingsfasen och under avtalets utformande påverkar möjligheten att utkräva ansvar av motparten.

Uppsatsens huvudsakliga fokus är riskfördelningen mellan parterna. För att tydliggöra hur riskerna fördelas mellan parterna kommer bland annat klargöras vad som är utgångsläget för riskfördelningen. Vidare kommer även utredas hur riskfördelningen mellan parterna kan påverkas genom olika lösningar i avtalet och genom olika åtgärder som parterna kan vidta. För att utreda detta behöver dock klargöras vilka verktyg som finns tillgängliga vid avtalstolkning samt vilka lagar som är tillämpliga på transaktionen.

I syfte att skapa bättre förutsättningar för hur liknande tvister kan lösas i framtiden kommer uppsatsen avslutas med mina egna slutsatser och *de lege ferenda* förslag på hur lagstiftningen kan förbättras.

1.3 METOD OCH TEORI

Den metod jag utgått från vid skrivandet av uppsatsen har varit den rättsdogmatiska metoden vilken tar sin utgångspunkt i rättskälleläran. Jag har således arbetat med och analyserat lag, doktrin och, i den utsträckning det varit möjligt, även praxis för att så väl som möjligt konstatera vad som är gällande rätt på det aktuella rättsområdet. Då avtalet oftast är den primära rättskällan innebär dock detta att lagen bara är tillämplig i de delar avtalet brister, behöver kompletteras eller utfyllas. Dessutom gäller att tvister på företagsöverlåtelseområdet ofta avgörs i skiljedom där sekretess råder. På grund av dessa omständigheter som inskränker möjligheten att tillämpa lag och praxis, har den primära rättskällan varit doktrin. Mina analyser har således tagit sin utgångspunkt i litteraturen och eftersom många författare har skrivit relativt lite om ämnet har en

viktig källa varit juridiska artiklar. Jag har försökt framhäva vad olika författare uttalat sig om ämnet och därefter valt att utifrån min uppfattning av rättsläget avsluta med mina egna åsikter om vad som bör anses vara gällande rätt på området.

Jag har huvudsakligen valt att basera min uppsats på två olika rättsdogmatiska teorier; *koherensteorin*⁷ och teorin om *defeasibility*.⁸ Båda teorierna kan tillämpas på uppsatsen eftersom de handlar om en systematisering av rätten. Koherensteorin har tillämpats genom att den argumentation som förts i uppsatsen har sin utgångspunkt i rättens giltighet och faktumet att rättskällor är sammanknutna med varandra. Rätten utvecklas ständigt varför i syfte att vidareutveckla rätten, det är viktigt att argumentera och ifrågasätta vad som verkligen gäller. Vid applicering av koherensteorin har olika rättskällor vägt emot varandra för att finna en koherens, en samstämmighet, för att därigenom dra slutsatsen om vad som ska anses vara gällande rätt. I de fall inkoherens har upptäckts, har argumentation förts för att påvisa den lösning som är mest koherent och därigenom bör anses vara gällande rätt. I bland annat dessa fall har teorin om defeasibility tillämpats. Teorin innebär att det är nödvändigt att ta fram gällande rätt i normalfallet i syfte att göra rätten koherent och rättvis. Det är troligt, bland annat på grund av rättens föränderlighet, att undantag till detta normalfall kan uppstå men för att skapa en rättssäkerhet behöver normen fastställas.

Uppsatsen anger således, utifrån tillämpning av dessa två teorier, vad som ska anses vara gällande rätt i normalfallet.

1.4 DEFINITION

En företagsöverlåtelse är en överlåtelse av företag. Transaktionen kan gå till genom både en aktieöverlåtelse och en inkråmsöverlåtelse. En aktieöverlåtelse innebär att en majoritet eller alla aktier i ett aktiebolag byter ägare. Innehållet i företaget är dock oförändrat. En inkråmsöverlåtelse innebär däremot att samtliga, eller en avgränsad del av ett företags tillgångar överläts.

⁷ Peczenik, *Juridikens allmänna läror*, SvJT 2005 s. 249, s. 259-263.

⁸ *Ibid.*, s. 264-265.

1.5 AVGRÄNSNINGAR

På grund av att uppsatsens syfte är att fungera vägledande för parter i en företagsöverlåtelse är uppsatsen tänkt att ge en mer övergripande bild av vad parterna bör vara medvetna om vad gäller riskfördelningen. Eftersom de lagar som reglerar företagsöverlåtelser i huvudsak är dispositiva råder praktiskt taget fri avtalsrätt mellan parterna. Att beskriva varje situation som kan uppstå är därför ett allt för omfattande arbete, särskilt med hänsyn till den tidsrymd som uppsatsen författas i. På grund av detta kommer en mer allmänt hållen och övergripande bild på ämnet presenteras i syfte att fungera som en vägledning för parterna i en överlåtelseprocess.

Uppsatsens huvudsakliga utgångspunkt är företagsöverlåtelser genom aktieförvärv. Trots detta kommer inkråmsöverlåtelser ges visst utrymme för att fungera som en jämförelse och eftersom det är viktigt för läsaren att förstå skillnaden mellan de två överlåtelseformerna. Vidare kommer uppsatsen fokusera på aktieöverlåtelser där ett bestämmande inflytande i bolaget överläts. Även om något kommer nämnas om förvärv av mindre aktieposter i syfte att skapa förståelse för problematiken kring köplagens⁹ tillämplighet, kommer utgångspunkten för uppsatsen vara förvärv där bolagets samtliga aktier överläts.

Eftersom uppsatsen behandlar relationen mellan en köpare och en säljare av företag kommer aktiebolagslagens regler om ansvar för styrelse och VD ej behandlas. Uppsatsen behandlar dessutom endast nationella överlåtelser och internationella jämförelser kommer endast göras i ett tydliggörande syfte. Vidare ligger överlåtelse genom auktionsförfarande utanför uppsatsens ram och uppsatsen avgränsas således till att enbart behandla överlåtelser genom förhandling mellan en säljare och en köpare.

⁹ Köplag (1990:931).

2 AVTALETS RÄTTSLIGA STATUS

2.1 INLEDNING

Två grundprinciper inom avtalsrätten är dels den om avtalsfrihet, vilken innebär att en part har rätt att fritt ingå avtal, och dels den om avtalsbundenhet, vilken innebär att parter som ingår avtal har en skyldighet att uppfylla det som avtalats.¹⁰ Eftersom inget avtal kan förutse alla situationer som kan uppstå finns dock alltid en risk att tvister på grund av avtalet kan uppstå.¹¹ Om sådana tvister uppstår finns möjlighet att lösa dessa tvister i antingen domstol eller i skiljenämnd där avtalets regler samt generella lagregler får fungera som vägledning för att lösa tvisten.¹²

Avtal kan se mycket olika ut men gemensamt för alla avtal inom förmögenhetsrättens område är att de delvis är reglerade i lag.¹³ Avtalslagen¹⁴ innehåller både dispositiva och tvingande regler om hur avtal ska utformas och tillämpas. Vidare finns specialreglering inom avtalsrättens olika områden. Ett exempel är den i uppsatsen återkommande köplagen där specialregler om köp av lös egendom regleras. Reglerna i köplagen är mycket allmänt hållna för att passa alla olika köpsituationer, men detta innebär att samma regler som reglerar köp av en fruktkorg till ett företag också reglerar köp av hela företaget. En risk som uppstår när reglerna är så allmänt hållna är att reglerna blir intetsägande och att parterna i en avtalssituation upplever att de klarar sig bättre utan dem.¹⁵

Jag kommer nedan att redogöra för avtalet och dess status i företagsöverlåtelse- och transaktionsrätten. Eftersom avtalet dock inte är den huvudsakliga inriktningen för uppsatsen syftar detta avsnitt snarare till att ge en översikt över reglerna och en introduktion till det som är den huvudsakliga inriktningen, nämligen felansvaret och riskfördelningen mellan parterna.

¹⁰ Ramberg, Ramberg, *Allmän avtalsrätt*, s. 29f.

¹¹ Orrbeck, *Företagsförvärv i praktiken* s. 139.

¹² Ramberg, Ramberg, *Allmän avtalsrätt*, s. 30 och Orrbeck, *Företagsförvärv i praktiken*, s. 139.

¹³ Ramberg, Ramberg, *Allmän avtalsrätt*, s. 21.

¹⁴ Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område.

¹⁵ Ramberg, Ramberg, *Allmän avtalsrätt*, s. 22.

2.2 DISPOSITIVITET SOM HUVUDREGEL

Parternas avtalsfrihet är en huvudregel inom avtalsrätten, vilket innebär att avtalsparter själv kan komma överens om vilka regler som ska gälla dem emellan.¹⁶ Parternas avtal är visserligen föremål för inskränkning av tvingande lagstiftning, men på de områden där lagen är dispositiv råder fri avtalsrätt. I 1 § avtalslagen framgår att lagen ska tillämpas om inte annat följer av anbudet, handelsbruk eller sedvänja. En liknande regel finns i 3 § köplagen där det framkommer att köplagen endast ska tillämpas om avtalet, partsbruk, handelsbruk eller annan mellan parterna bindande sedvänja ger utrymme för det. Avtalslagen och köplagen är således exempel på lagar med dispositiva regler där fri avtalsrätt råder mellan parterna om inte annat anges.

Vid företagsöverlåtelser utgör parternas avtal den främsta regleringen. Eftersom det praktiskt taget är omöjligt att skapa ett alltomfattande avtal kan dock dispositiv lag, såsom exempelvis köplagen, få en kompletterande funktion vid tolkning och utfyllnad av avtalet.¹⁷ Om avtalet är oklart eller på något vis ofullständigt är det således vanligtvis dispositiv lag som kan komma att komplettera eller fylla ut avtalsbestämmelserna.¹⁸

2.3 BINDANDE AVTAL

Avtalslagens modell om anbud och accept innebär att bindande avtal uppkommer när parternas vilja sammanfaller i en gemensam partsavsikt.¹⁹ Detta betyder som huvudregel att avtal uppkommer om en part lämnar ett erbjudande som motparten accepterar, dock med vissa undantag.²⁰ Eftersom reglerna om avtalets uppkomst i avtalslagen är dispositiva kan dock avtal uppkomma på andra sätt än genom avtalslagens modell.²¹ I Ingemar Perssons kommentar till 1 § avtalslagen²² framgår exempelvis att det är fritt för parterna att inom avtalsfrihetens ram själva reglera avtalsbundenheten bland annat genom att avtala om skriftform.

¹⁶ Ramberg, Ramberg, *Allmän avtalsrätt*, s. 27.

¹⁷ Ramberg, *Köplagen*, s. 154.

¹⁸ Se Skiljedom om avtalstolkning, redogjord av Lindskog, JT 1994-95 s. 539ff.

¹⁹ Ramberg, Ramberg, *Allmän avtalsrätt*, s. 81.

²⁰ Undantagen kommer inte diskuteras vidare i denna redogörelse. Istället hänvisas till Ramberg, Ramberg, *Allmän avtalsrätt*, s. 82ff.

²¹ Ramberg, Ramberg, *Allmän avtalsrätt*, s. 81.

²² Persson, Ingemar, Kommentarer 5) till 1 § avtalslagen, Karnov.

Det kan bland annat identifieras två olika principer för avtalsbundenhet; Löftesprincipen och kontraktsprincipen.²³ Löftesprincipen innebär en part kan bli ensidigt bunden av ett löfte.²⁴ Parterna blir således inte bundna av avtalet samtidigt utan en anbudsgivare blir bunden genom sitt anbud och motparten blir bunden först vid en accept. Kontraktsprincipen innebär däremot, till skillnad från löftesprincipen, att bundenhet inträder samtidigt för båda parter, efter accepten.²⁵ Rent praktiskt får dessa principer betydelse för företagsöverlåtelsen eftersom det är viktigt att en avtalspart kan lita på sin motpart, men då förhandlingar och utredningar vid överlåtelse av företag är mycket omfattande och pågår under en längre tid är det viktigt att parterna inte blir bundna till något överlåtelseavtal förrän de verkligen har viljan att så sker.

Ett avtal om företagsöverlåtelse är ett komplext avtal eftersom ett företag hela tiden är i förändring.²⁶ På grund av dess komplexa karaktär är avtalslagens modell om anbud och accept inte passande för slutandet av ett sådant avtal, utan istället växer överlåtelseavtalet fram genom förhandling under tid.²⁷ Eftersom avtalslagen till viss del är dispositiv är det möjligt att avtala om en annan form för slutandet av avtalet.²⁸ Många avtalsparter vid överlåtelse av företag ingår därför ett så kallat föravtal eller ett *Letter of Intent*. Vad detta innebär för parterna ska beskrivas i det följande avsnittet.

2.3.1 LETTER OF INTENT

Många olika termer finns för den avsiktsförklaring som ett Letter of Intent innebär. Bland annat används termen *Memorandum of Understanding* eller det svenska *principöverenskommelse*.²⁹ Vad avsiktsförklaringen kallas är dock av mindre betydelse i sammanhanget. Det huvudsakliga problemet med denna form av överenskommelse är istället att klargöra dess syfte.³⁰ Ett Letter of Intent kan uppfylla många olika syften. Bland annat kan det fungera som ett sekretessavtal eller ett exklusivitetsavtal som innebär att motparten förbinder sig att inte förhandla med andra intressenter samtidigt. Ett syfte kan dessutom vara att fungera som ett klargörande över faktumet att parterna

²³ Ramberg, Ramberg, *Allmän avtalsrätt*, s. 86f.

²⁴ *Ibid.*, s. 86f.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ Knabe, *Företagsöverlåtelser – En probleminventering*, s. 57.

²⁷ *Ibid.*, s. 58.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ Ramberg, Ramberg, *Allmän avtalsrätt*, s. 66.

³⁰ *Ibid.*, s. 67.

inte ska anses vara bundna av någon överenskommelse förrän skriftligt avtal kommit till stånd.³¹

I en företagsöverlåtelseprocess kan ett Letter of Intent få relevans av förtroendekaraktär. I säljarens intresse ligger bland annat att klargöra att köparen har ett reellt intresse av att förvärva företaget innan denne tillåts genomföra en noggrann granskning av företaget.³² Vidare har köparen ett intresse av att klargöra att säljaren inte förhandlar med andra potentiella köpare innan köparen genomför en utförlig och dyr granskning av företaget.³³ Ett Letter of Intent kan således vara av intresse för båda parter. Det är dock viktigt att vidta försiktighet innan en sådan överenskommelse undertecknas eftersom svårigheter kan uppstå om endera parten önskar dra sig ur affären. Frågan om bundenhet att faktiskt sluta ett överlåtelseavtal uppstår vid ingåendet av en sådan överenskommelse är komplicerad att avgöra.³⁴ För att undvika problem bör parterna, om avsikten inte är att bundenhet ska uppstå, tydligt klargöra detta i avsiktsförklaringen genom att avtala om att bundenhet ej uppstår förrän ett slutgiltigt avtal undertecknats. Parterna bör alltså avtala om skriftform.³⁵

2.3.2 SKRIFTFORM

Särskilt vid företagsöverlåtelse är det vanligt att parterna genom ett Letter of Intent avtalar om skriftform för att försäkra sig om att bundenhet inte uppkommer utan att så är avsikten.³⁶ En sådan reglering får effekten att parterna inte blir bundna förrän ett överlåtelseavtal har undertecknats.³⁷ Vid vissa typer av större företagsförvärv kan dock skriftform anses vara huvudregel eftersom existensen av ett sådant krav är så vanligt förekommande att det kan anses utgöra handelsbruk.³⁸ Även parter i en större överlåtelse bör dock vidta försiktighet med ett sådant antagande eftersom bundenhet ändå kan anses ha uppkommit i ett tidigare skede om parternas handlingar i övrigt talar för det. Även vid en större överlåtelse kan det således vara nödvändigt att avtala om att bundenhet ej ska anses uppkomma förrän ett överlåtelseavtal är undertecknat.

³¹ Ramberg, Ramberg, *Allmän avtalsrätt*, s. 67.

³² Orrbeck, *Företagsförvärv i praktiken*, s. 72.

³³ *Ibid.*, s. 73.

³⁴ Ramberg, Ramberg, *Allmän avtalsrätt*, s. 67f.

³⁵ *Ibid.*, s. 68.

³⁶ *Ibid.*, s. 94.

³⁷ *Ibid.*, s. 94.

³⁸ *Ibid.*, s. 95.

3 TILLÄMPLIG LAG FÖR REGLERING AV FELANSVARET

Avtalet utgör alltså den primära regleringen vid företagsöverlåtelser. För de fall avtalet är svårtolkat, bristfälligt eller om reglering saknas är det dock nödvändigt att utreda vilken lag som kan tillämpas vid avtalstolkning eller som utfyllnad. Att utreda detta är av högsta relevans för att finna koherens och skapa förutsebarhet för avtalsparterna.

De lagregler som behandlar felansvar vid transaktioner såsom företagsöverlåtelser finns bland annat i köplagen och skuldebrevslagen³⁹. Tillämplig lag kan dock variera beroende på vilken typ av överlåtelse som används och, vid aktieöverlåtelse, hur stor del av bolagets aktier som överlåts. Nedan redogörs för tillämplig lag vid både aktie- och inkråmsöverlåtelse, men eftersom rättsläget historiskt sett har varit oklart och omfattande diskussioner har förts i doktrin kring felansvaret vid aktieöverlåtelser, kommer huvuddelen av redogörelsen fokusera på just den överlåtelseypen. Vidare kommer en diskussion föras om vad som gäller om parterna avtalat bort den dispositiva lagen. Avsnittet avslutas sedan med mina egna kommentarer på ämnet.

3.1 TILLÄMPLIG LAG FÖR FELANSVARET VID AKTIEÖVERLÅTELSE

Enligt köplagen 1 § 1 st. gäller lagen vid köp av lös egendom. Begreppet lös egendom definieras enligt förarbetet till lagen negativt vilket innebär att det som inte är fast egendom enligt jordabalken⁴⁰⁴¹ klassas som lös egendom.⁴² Eftersom aktier inte är fast egendom faller de således in under begreppet lös egendom och eftersom köplagen är tillämplig på förvärv av lös egendom är alltså köplagen tillämplig på förvärv av aktier.

Eftersom definitionen av lös egendom är mycket vid blir köplagens tillämpningsområde mycket omfattande. Köplagen behöver dock inte nödvändigtvis vara tillämplig på alla situationer som omfattar köp av lös egendom. I förarbetet framgår att köplagen först och främst är ämnad för reglering av köp av lösa saker och lagstiftaren lämnar utrymme för avvikelser från köplagens reglering och även för tillämpning av andra regler istället för eller vid sidan av köplagen i de fall det kan vara motiverat med tanke på köpeobjektets

³⁹ Lag (1936:81) om skuldebrev.

⁴⁰ Jordabalk (SFS 1970:994).

⁴¹ Jordabalken 1 kap 1 § samt 2 kap 1-4 §§.

⁴² Prop. 1988/89:76 s. 60f.

särskilda karaktär. Som exempel på avvikelse nämner lagstiftaren skuldebrevslagen⁴³ 9 §.⁴⁴

På grund av denna öppning för tillämpning av annan reglering har omfattande diskussioner förts i doktrin särskilt när det gäller frågan om felansvar. En viktig fråga är huruvida köplagens strikta regler om felansvar ska tillämpas på förvärv av företag genom aktieöverlåtelse eller om skuldebrevslagens mer generösa regler, som bara kräver ansvar om överlåtaren åtagit sig ansvar⁴⁵, ska tillämpas. Nedan ska redogöras för några av de olika åsikterna som framhävts i litteraturen och vidare vad som framkommit genom praxis som kan tillföra vägledning.

3.1.1 DOKTRIN

Huvudregeln för felansvaret vid aktieöverlåtelser enligt 1905 års köplag⁴⁶ formuleras av Almén i kommentaren till lagen. Almén gjorde gällande att om inget annat framgår av omständigheter i det enskilda fallet ska felbegreppet för rättigheter bedömas objektivt enligt gällande rätt. Detta innebar enligt Almén att det inte skulle anses föreligga något fel om en fordringsrätt som inte var säker överläts, eller om en akties värde understeg köpeskillingen. En överlåtare skulle således inte ansvara för den överlåtna rättighetens "godhet"⁴⁷, utan endast för dess "äkthet"⁴⁸. Effekten av detta blev att köparen av en sådan rättighet endast skulle kunna föra talan mot överlåtaren på grund av fel om det visade sig att rättigheten inte existerade eller vid överlåtarens obehöriga förfogande⁴⁹ över rättigheten. Enligt Almén skulle överlåtaren endast ansvara för rättighetens godhet om överlåtaren uttryckligen garanterat den.⁵⁰ Alméns syn på felansvaret vid aktieöverlåtelser överrensstämmer således med det felansvar som utkrävs vid överlåtelse av skuldebrev enligt skuldebrevslagen 9 § 2 st. Slutsatsen kan således dras att före den 1 januari 1991 då den nya köplagen trädde i kraft var huvudregeln att felansvaret vid aktieöverlåtelser bestämdes i enlighet med skuldebrevslagen 9 § 2 st.

⁴³ Lag (1936:81) om skuldebrev.

⁴⁴ Prop. 1988/89:76 s. 61.

⁴⁵ Skuldebrevslagen 9 § 2 st.

⁴⁶ Lag (1905:38 s. 1) om köp och byte av lös egendom.

⁴⁷ Almén, Eklund, *Om köp och byte av lös egendom*, s. 580.

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ Termen obehörigt förfogande kommer inte närmare beskrivas här. För information om termens innebörd hänvisas istället till; Martinson, *En struktur över kredit- och exekutionsrätten*, s. 17f.

⁵⁰ Almén, Eklund, *Om köp och byte av lös egendom*, s. 580.

Denna slutsats bekräftas även av annan doktrin som skrevs före den nya köplagens införande. Bland annat menar Åhman och Johansson att skuldebrevslagen som huvudregel ska tillämpas vid aktieöverlåtelser.⁵¹ Åhman menar dock att när den aktuella aktieposten är så stor att den i praktiken kan jämföras med en överlåtelse av en rörelse, det vill säga när köparen får ett *faktiskt* bestämmande inflytande i bolaget, ska köplagens regler tillämpas.⁵² Även Johansson anser att aktieägare som inte är skyldiga att sätta sig in i bolagets inre förhållanden och som inte har något inflytande i bolaget inte ska ha något köprättsligt ansvar utan istället svara för fel i enlighet med skuldebrevslagen 9 § 2 st.⁵³ Han menar däremot att en aktieägare med ett bestämmande inflytande i bolaget och som därigenom har möjlighet att informera sig om bolagets interna angelägenheter ska ansvara enligt köplagens regler. Med bestämmande inflytande menar Johansson en aktieägare som, i analogi till koncerndefinitionen i aktiebolagslagen 1 kap 2 §, innehar mer än 50 % av rösterna i bolaget.⁵⁴

Det framkommer alltså av doktrin att köplagens felregler kunde tillämpas på överlåtelser av större aktieposter redan innan införandet av den nya köplagen, även om skuldebrevslagens felregel tillämpades på mindre aktieöverlåtelser som huvudregel. Den nya köplagen infördes den 1 januari 1991 och såsom framkommit ovan⁵⁵ är lagen tillämplig på aktieöverlåtelser. Förarbetet innehåller dock en öppning för att annan lag kan tillämpas vid sidan av eller istället för köplagen i de fall det kan vara motiverat med tanke på köpeobjektets särskilda karaktär.⁵⁶ Hur detta har tillämpats framgår delvis av doktrin.

Hultmark menar att köplagen är tillämplig på aktieförvärv eftersom aktier är lös egendom och att skuldebrevslagen inte är tillämplig eftersom aktier inte är skuldebrev. Hon framhåller att det föreligger stora skillnader mellan en aktie och ett skuldebrev och att dessa skillnader föranleder att en aktie inte kan definieras som ett skuldebrev varpå skuldebrevslagen inte är tillämplig på aktieförvärv.⁵⁷ Hultmarks diskussion om en akties skillnader från ett skuldebrev utmynnar dels i att en aktie snarare är ett *ägaranspråk*

⁵¹ Se Åhman, SvJT 1990 s. 479, s. 481, samt Johansson, SvJT 1991 s. 81, s.90.

⁵² Åhman, SvJT 1990 s. 479, s. 481f.

⁵³ Johansson, SvJT 1990 s. 81, s. 91f.

⁵⁴ *Ibid.*, s. 92.

⁵⁵ Se kap. 3.1.

⁵⁶ Prop. 1988/89:76 s. 61.

⁵⁷ Hultmark, *Kontraktsbrott vid köp av aktie*, s. 82.

som inte är föremål för preskription medan ett skuldebrev är en *fordringsrätt* som kan preskriberas. Vidare gäller för ändring av fordringarnas avtalsvillkor att en majoritet aktieägare utan gäldenärens (aktiebolagets) samtycke kan ändra avtalsvillkoren genom omröstningar, medan en sådan åtgärd i skuldebrevsfallet kräver båda parter samtycke. För verkställande av fordringsrätten gäller i aktiefallet att en ensam aktieägare inte självständigt kan verkställa sin fordringsrätt gentemot gäldenären om denne inte äger en betydande del av aktierna i bolaget, något en skuldebrevsinnehavare genom sitt fordringsbevis kan göra. En slutlig skillnad finner Hultmark i värdet på de olika anspråken; en akties värde är relativt och beroende av bolagets nettoförmögenhet, medan ett skuldebrevs värde vanligtvis är absolut.⁵⁸

Hultmark menar således att köplagen är tillämplig på alla förvärv av aktier. Även en säljare av aktier som har lite inflytande i bolaget och därför kan anses ha dålig kännedom om bolagets dolda fel ska enligt Hultmark ansvara för fel i aktierna i enlighet med köplagens regler.⁵⁹ Hultmark anser således att köplagen inte ger något utrymme för att skuldebrevslagen generellt ska tillämpas, även om det i vissa fall kan vara lämpligt att så sker.⁶⁰

Lindskog delar Hultmarks uppfattning om att köplagen är tillämplig på alla aktieförvärv, men menar, liksom Johansson, att det är tveksamt att en säljare ska omfattas av köplagens strikta felansvar om endast ett fåtal⁶¹ marknadsnoterade aktier säljs.⁶²

Även Håstad är enig i uppfattningen om att köplagen är tillämplig på aktieförvärv eftersom en aktie är lös egendom.⁶³ Han menar dock, liksom Lindskog, att köp av aktier till viss del faller utanför vad lagstiftaren haft i åtanke. Den nya köplagen fokuserar främst på köp av varor varför det kan vara nödvändigt att göra undantag från lagens regler vid köp av aktier, eftersom aktier inte till fullo faller in under lagens definition av

⁵⁸ Hultmark, *Kontraktsbrott vid köp av aktie*, s. 82f.

⁵⁹ *Ibid.*, s. 86.

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ Lindskog uttrycker inte själv i artikeln vad som ska utgöra gränsen för hur stor del aktier som ska överlåtas för att överlåtelsen ska omfattas av köplagens felregler. Här kan dock en parallell dras till Johansson, SvJT 1990 s. 81, s. 92, som konstaterar att en köpare som erhåller ett bestämmande inflytande i bolaget ska ha ett köprättsligt ansvar.

⁶² Lindskog, SvJT 1993 s. 97, s. 105.

⁶³ Håstad, *Köprätt*, s. 29.

köp.⁶⁴ Vad gäller företagsöverlåtelser betonar dock Håstad att tolkningar av 1905 års köplag säger att köplagen är tillämplig på överlåtelser av samtliga aktier i ett bolag.⁶⁵

3.1.2 PRAXIS

Enligt Stockholms handelskammars skiljenämndsinstitut ingick avtal om företagsöverlåtelse bland de fem vanligaste avtalskategorierna som hanterades av institutet år 2010.⁶⁶ Många tvister om företagsöverlåtelser avgörs alltså i skiljenämnd, vilket är en trolig förklaring till varför få avgöranden på området finns offentliggjorda. De få domar som däremot är tillgängliga talar för en tillämpning av köplagen på företagsöverlåtelsetvister.

I NJA 1976 s. 341 ansåg HD att preskriptionsreglerna i köplagen skulle tillämpas eftersom en sådan tillämning inte var oförenlig med avtalet. Inte heller hade parterna uttryckligen avtalat om att köplagen inte skulle vara tillämplig och det framgick inte heller av omständigheterna att så varit parternas avsikt.⁶⁷ HD uttryckte att det till och med kan vara önskvärt att köplagen tillämpas eftersom det skulle innebära en enhetlig felhantering. HD menade vidare att ett krav på tydlighet från avtalsparterna skulle sätta press på dem att avtala bort köplagens regler om de uppfattades som olämpliga för att istället tydligt ange vilka regler som skulle gälla som alternativ.⁶⁸

I en skiljedom meddelad 1991-09-10⁶⁹ som behandlade överlåtelse av samtliga aktier i ett bolag, aktualiserades frågan om en avtalad sanktion om nedsättning av köpeskillingen vid bristande garantiuppfyllelse hindrade tillämpning av hävningsrätten enligt köplagens regler. Medan säljaren hävdade att köpeavtalet var den enda regleringen och att köplagens regler därför inte var tillämpliga, menade köparen att köplagen skulle fungera som utfyllande rätt eftersom avtalet inte innehöll någon tydlig reglering om att köplagen inte skulle kunna tillämpas. Skiljenämnden menade att den avtalade sanktionen visserligen skulle tillämpas vid brist, men att detta inte innebar att köplagen avtalats bort. Att säljaren lämnat en garanti betyder inte att köparen hamnat i

⁶⁴ Håstad, *Köprätt*, s. 29.

⁶⁵ *Ibid.*, s. 30.

⁶⁶ Stockholms Handelskammars Skiljedomsinstitut, *Ännu ett starkt år för SCC*, <http://www.sccinstitute.se/statistik.aspx> (Hämtad 2011-10-07).

⁶⁷ NJA 1976 s. 341, s. 351f.

⁶⁸ *Ibid.* s. 352.

⁶⁹ Lindskog, Stefan (red.), *Skiljedom: Innebär en avtalad rätt till prisavdrag att hävningsrätt uteslutits?*, JT 1992-93, nr 4, s. 707-708.

ett sämre läge än om säljaren inte hade lämnat någon garanti, varpå enbart köplagens felregler skulle tillämpas. Den avtalade garantin innebär således inte att köplagen avtalats bort och hävningsrätten enligt köprättens regler kunde således tillämpas.

Skiljedomen illustrerar således att köplagens regler ska tillämpas på aktieöverlåtelseavtal där bolagets samtliga aktier överläts om inte annat framgår av avtalet.

3.2 TILLÄMPLIG LAG FÖR FELANSVARET VID INKRÅMSÖVERLÅTELSE

Eftersom endast inkråmet i företaget överläts, alltså dess tillgångar och skulder, avgör överlåtelseobjektet vilken lag som blir tillämplig vid inkråmsöverlåtelser.⁷⁰ Även om överlåtelseobjektet vid inkråmsöverlåtelser ofta är lös egendom, varpå köplagen blir tillämplig⁷¹, är det dock viktigt att tänka på att så inte alltid är fallet. Är det exempelvis fråga om förvärv av mark och fastighet skall istället jordabalkens regler om fast egendom tillämpas.⁷² Vilken lag som är tillämplig vid inkråmsöverlåtelser blir således en komplicerad fråga eftersom det kan variera från fall till fall beroende på vilka tillgångar som överläts. På grund av att en vidare behandling av inkråmsöverlåtelser ligger utanför min avgränsning, kommer jag därför inte behandla tillämplig lag vid inkråmsöverlåtelser i någon större utsträckning än vad som gjort ovan.

3.3 KÖPLAGEN AVTALAS BORT

Såsom framkommer ovan är köplagen tillämplig på företagsöverlåtelser och kan användas till bland annat utfyllning och tolkningsunderlag. Eftersom köplagen är dispositiv är det dock möjligt att avtala bort vissa bestämmelser eller till och med hela lagens tillämplighet. Detta är en åtgärd som frekvent används av avtalsparter och det är alltså inte ovanligt att parterna i en företagsöverlåtelse avtalar bort köplagens tillämplighet.⁷³ Att lagen avtalas bort kan bland annat vara en konsekvens av det

⁷⁰ Sevenius, *Företagsförvärv – En introduktion*, s. 155.

⁷¹ Forssman, *Företagsöverlåtelser – En introduktion till den legala processen*, s. 16.

⁷² Sevenius, *Företagsförvärv – En introduktion*, s. 155.

⁷³ Kihlman, *Warranties, representations and due diligence in Swedish law*, s. 160.

inflytande som det angloamerikanska rättssystemet har i svensk rätt.⁷⁴ Även internationaliseringen på avtalsrättens område kan vara en bidragande faktor till trenden. Avtalen blir således mer omfattande och mer detaljerade till följd av att parterna vill ha en mer heltäckande reglering som är frikopplad nationell lagstiftning.⁷⁵

När köplagen avtalas bort uppstår osäkerhet inför situationer som inte täcks av avtalet.⁷⁶ En fråga som då uppstår är vad som ska gälla om avtalet på något sätt är bristfälligt och om tvist uppstår på grund därav. Kan köplagen eller köprättens principer ändå tillämpas som utfyllnad eller komplettering till avtalet för att avgöra parternas tvist?

Det kan bland annat identifieras två situationer där frågan om köplagens tillämplighet trots ett bortavtalande av den kan diskuteras; (1) Köplagen har inte utförligt avtalats bort, men avtalet specificerar vilka åtgärder som kan bli aktuella vid bristande uppfyllande av avtalet; och (2) Parterna har uttryckligen avtalat bort köplagens tillämplighet. Dessa två situationer kommer att behandlas mer ingående nedan.

3.3.1 AVTALET REGLERAR VILKA ÅTGÄRDER SOM KAN BLI TILLÄMPLIGA

I NJA 1976 s. 341 har en måttstock för köplagens tillämpning definierats. I rättsfallet konstaterade HD att om avtalet inte anger några specifika regler som ska gälla, kan istället köplagens regler aktualiseras. Frågan är dock vad som gäller om avtalet faktiskt reglerar vad som ska gälla. Kan köplagens regler bli tillämpliga trots att avtalet reglerar den aktuella situationen i de fall avtalets felansvar är mindre omfattande än felansvaret enligt köplagen? Den situation som således ska behandlas i detta kapitel är den då parterna i avtalet uttryckligen har reglerat vad som ska gälla vid avtalsbrott, exempelvis en påföljd som ska bli aktuell vid avtalsbrott. Om köplagens regler kan tillämpas utfyllande skulle detta kunna få effekten att flera påföljder kan bli tillämpliga än de som framkommer av avtalet. Frågan blir alltså om avtalet ska tillämpas uteslutande eller om köplagen kan tillämpas utfyllande om dess regler är mer omfattande än avtalets.

⁷⁴ Ramberg, Ramberg, *Allmän avtalsrätt*, s. 27f.

⁷⁵ Ramberg, Ramberg, *Allmän avtalsrätt*, s. 27f.

⁷⁶ Kihlman, *Warranties, representations and due diligence in Swedish law*, s. 160.

Denna situation aktualiserades bland annat i en skiljedom som utförligt redogjorts för av Stefan Lindskog i JT 1994-95 s. 539.⁷⁷ En kortfattad övergripande redogörelse för fallet kommer att presenteras här.

Omständigheterna i fallet var att ett svenskt bolag åtagit sig att leverera maskinutrustning till ett amerikanskt bolag. Avtalet omfattade tillverkning av material och installation. Maskinerna skulle vara installerade och redo för produktionsstart per den 1 januari 1991. Produktionsstarten blev dock försenad till mars 1991 och därefter uppstod vissa tekniska problem med maskiner som leverantören fick bygga om. Parterna träffade per den 14 augusti en särskild överenskommelse på grund av de nya omständigheterna om bland annat straffavgifter för leverantören på grund av bristen i maskinerna. Vidare angavs att maskinerna skulle vara på plats och fungera tillmötesgående per den 30 september 1991.

Vid en gemensam besiktning i januari 1992 konstaterades att vissa maskiner dock ännu inte var leveransgilla. Vissa åtgärder som köparen ansåg nödvändiga vitsordades av leverantören och vissa bestreds. Konflikt uppstod härefter om huruvida maskinerna var åtgärdade eller inte samt om köparen skulle erlægga resterande köpesumma, något som köparen vägrade. I april 1992 angav köparen att man avsåg färdigställa anläggningen på leverantörens bekostnad. Leverantören svarade att detta ej kunde accepteras och motsatte sig en ombyggnation av anläggningen.

I skiljenämnden yrkade köparen på vite på grund av att den särskilda överenskommelsen inte uppfyllts, på skadestånd på grund av dröjsmål, på avhjälpandekostnader på grund av att anläggningen varit behäftat med fel vid överlämnande per mars 1992, på skadestånd på grund av att anläggningen avvek från vad som avtalats samt prisavdrag.

Leverantören angav att en maxsumma för vite avtalats och att den särskilda överenskommelsen inte inskränkt denna maxsumma. Leverantören menade vidare att avtalet inte gav utrymme för andra påföljder än avhjälpande och hävning/vite varför skadestånd eller andra påföljder inte kunde bli tillämpliga.

Skiljenämnden skulle således bland annat ta ställning till om köparen har en principiell rätt till prisavdrag och skadestånd på grund av fel även om så ej avtalats.

⁷⁷ Stefan Lindskog, *Avtalstolkning; särskilt om bortavtalande av köprättsliga felpåföljder*, JT 1994-95 s. 539-548

Skiljenämnden konstaterade bland annat i enlighet med 3 § köplagen att avtalet är utgångspunkten för regleringen av avtalsförhållandet. Avtalet ska således styra så länge det reglerar situationen. Om avtalet är oklart eller ofullständigt får ledning sökas i det för situationen specifika materialet, det vill säga i vad som framgår av avtalets lydelse, vad som parterna gemensamt avsett och vad som framkommit vid avtalsförhandlingarna.

Skiljenämnden konstaterade i det aktuella fallet att avtalet var giltigt eftersom det inte var så bristfälligt att det kunde bortses ifrån. Det framkom dock ingenstans i avtalet att parterna avtalat bort, eller avsett avtala bort allmänna köprättsliga principer vilka anger att en principiell rätt till prisavdrag och skadestånd existerar. Skiljenämnden fann således att köplagen kunde komplettera avtalet i den mån någon punkt var oklar eller saknades eftersom avtalet inte var exklusivt och inte uteslöt köprättsliga principer eller andra allmänna principer.

Slutsatsen från skiljedomen blir således att köplagens regler kan komplettera avtal även om avtalet anger vissa specifika påföljder som ska bli tillämpliga vid avtalsbrott, om inte köplagens regler avtalats bort.

3.3.2 KÖPLAGEN HAR UTTRYCKLIGEN AVTALATS BORT

Svenska avtal influeras mer och mer av det angloamerikanska avtalsskrivandet som innebär långa och detaljerade avtal genom vilka den dispositiva rätten avtalas bort.⁷⁸ Det är alltså inte ovanligt att köplagen avtalas bort i företagsöverlåtelseavtal.⁷⁹ Att avtala bort köplagen kan dock få effekten att osäkerhet uppstår vid tillämpning av avtalet.⁸⁰ Många rättsvetare är dock överrens om att de principer som lagen innehåller ändå kan komma att tillämpas vid tvist eftersom köplagens regler ofta ger uttryck för allmänna rättsliga principer.

Även om avtalet specifikt klargör att köplagens regler inte ska tillämpas vid tvist går det alltså inte att avtala bort köprättsliga principer. Dessa allmänna köprättsliga principer ska gälla trots att köplagen avtalats bort.⁸¹ Effekten av detta blir således att en skiljeman

⁷⁸ Ramberg, Ramberg, *Allmän avtalsrätt*, s. 22.

⁷⁹ Kihlman, *Warranties, Representations and Due Diligence in Swedish law*, s. 158.

⁸⁰ *Ibid.*

⁸¹ Håstad, *Köprätt*, s. 36.

eller domare, i brist på vägledning av köplagen, troligtvis kommer att hänvisa till *generella principer* i svensk lag, vilka på köprättens område förekommer i köplagen.⁸²

Även om parterna väljer att uttryckligen avtala bort köplagens tillämplighet kommer alltså köplagens principer ändå kunna tillämpas på avtalet.

3.4 AVSLUTANDE KOMMENTARER OM TILLÄMPLIG LAG

Det framgår tydligt av köplagen 1 § 1 p. att lagen är tillämplig på aktieöverlåtelser eftersom aktier är lös egendom. Dessutom är doktrin och praxis i stort sett eniga om att köplagen ska tillämpas när det gäller överlåtelser av alla aktier i ett bolag. Förarbetet ger dock utrymme för att tillämpa andra regler vid sidan av, eller istället för lagen, bland annat när överlåtelserna gäller aktier, om det är motiverat.

Jag är enig med Hultmarks resonemang att en aktie per definition inte är ett skuldebrev men till skillnad från Hultmark och i enlighet med Lindskog och Håstad menar jag att kommentaren i förarbetet innebär att felansvaret enligt skuldebrevslagen ändå ska tillämpas i vissa fall. Hultmark tycks mena att köplagen inte ger något utrymme för en tillämpning av någon annan lag vid bestämmande av felansvaret vid överlåtelser av aktier. Lagstiftningen är tydlig; köplagen ska tillämpas på alla köp av lös egendom, dock lämnas utrymme i förarbetet för att annan lag kan tillämpas i vissa fall. Lagstiftaren måste således ha ansett att ett sådant utrymme var nödvändigt för att köplagens regler inte skulle tillämpas där så ej passar. Lindskog tydliggör för problematiken när han nämner exemplet där en säljare vill överlåta endast ett fåtal marknadsnoterade aktier. Är det rimligt att begära att en sådan säljare ska ha så god insikt i bolaget att köparen ska kunna kräva ett felansvar enligt köplagens felregler? Jag tror att lagstiftaren har haft situationer som ovan exempel i åtanke när de lämnade utrymme för tillämpning av annan lag i vissa fall. Detta är nödvändigt för att lagen inte ska tillämpas för strikt och således leda till antingen ett partsbruk där lagens regler ej respekteras eller till en situation där den strikta tillämpningen innebär hinder för aktiehandel. Det kan således vara nödvändigt med en sådan öppning i förarbetet för tillämpning av annan lag än köplagen i de fall då köplagens regler ej uppfyller syftet med regleringen, även om det innebär att tillämpningen blir aningens svårtolkad.

⁸² Kihlman, *Warranties, Representations and Due Diligence in Swedish law*, s. 158.

Alla köp av lös egendom; detta är ett vitt tillämpningsområde och jag menar att det är rimligt att anse att köplagens regler ej kan eller bör tillämpas på alla sådana rättsförhållanden. Jag menar även att det är rimligt att anse att köparen borde förstå att ett sådant strikt ansvar som köplagen innebär inte kan utkrävas av säljaren i vissa fall där säljaren inte haft eller bort haft insikt. Jag instämmer därför med bland annat Lindskog att utrymme bör lämnas för tillämpning av annan lag bland annat vid överlåtelse av mindre aktieposter där säljaren ej kan förväntas ha insikt i bolagets interna angelägenheter.

Doktrin som hänförs till den gamla köplagen från 1905 tycks mena att skuldebrevslagen ska tillämpas som huvudregel på alla aktieöverlåtelser.⁸³ När det däremot gäller överlåtelse av större aktieposter enligt den nya köplagens ordning där säljaren haft ett bestämmande inflytande i bolaget, eller överlåtelser av samtliga aktier i ett bolag, anser jag att både lag, doktrin och praxis talar för att sådana överlåtelser ska omfattas av felansvaret i köplagen. Säljaren har då haft möjlighet att sätta sig in i bolagets interna angelägenheter och bör ha betydligt bättre insikt i bolaget än en köpare. Även om en säljare, trots sina förutsättningar, valt att inte sätta sig in i bolagets interna angelägenheter, måste köparen kunna lita på att så ändå är fallet och köplagens felregler bör således alltid tillämpas på sådana överlåtelser om inte annat framgår av avtalet.

Även om slutsatsen således blir att köplagen är tillämplig vid förvärv av större aktieposter är det dock viktigt att tänka på att köplagens regler är dispositiva och endast ska tillämpas om avtalet ej reglerar situationen. Köplagen kan dock tillämpas utfyllande och kompletterande om parterna ej specifikt har avtalat bort dess tillämplighet. I vissa fall kan dock köplagen bli tillämplig trots att parterna avtalat bort den. Denna situation kan uppstå om parterna avtalat bort köplagens tillämplighet men missat att reglera en viss situation i avtalet. Om vägledning ej kan finnas genom traditionell avtalstolkning får köprättsliga principer, vilka framgår av köplagen tillämpas.

⁸³ Almén, Eklund, *Om köp och byte av lös egendom*, s. 580.

4 KÖPARENS UNDERSÖKNINGSPLIKT⁸⁴

Caveat emptor eller *köparen må akta sig* är en grundläggande princip inom den dispositiva rätten. Uttrycket innebär att säljaren undkommer ansvar för det försålda eftersom köparen själv ska bära risken för det.⁸⁵ En sådan ojämn riskfördelning är dock inte alltid att föredra i en överlåtelse. Lagstiftning och praxis för olika överlåtelssituationer har därför tagits fram i syfte att jämna ut riskfördelningen mellan parterna. Bland annat har regler kring köparens undersökningsplikt tagits fram i detta syfte.

Nedan ska köparens undersökningsplikt behandlas utifrån olika överlåtelssituationer. Först ska undersökningen vid fastighetsköpet undersökas bland annat eftersom det är ett i praxis välprövat område som kan ge vägledning vid tillämpning av undersökningsplikten vid köp av företag. Vidare ska undersökningsplikten vid köp av lös egendom undersökas för att ge en allmän överblick av köplagens regler. Hur dessa regler sedan ska tillämpas och vad de får för effekt på ett köp av företag ska sedan behandlas. Avslutningsvis ska den vid företagsöverlåtelser vanliga och omfattande undersökningstypen *due diligence* utredas för att på ett mer praktiskt sätt redogöra för vad en köpare och säljare bör tänka på när en sådan undersökning vidtas.

4.1 UNDERSÖKNINGSPLIKTEN VID FASTIGHETSKÖP

Undersökningsplikten vid fastighetsköp regleras i 4 kap. 19 § 2 st. jordabalken och har utvecklats och tydliggjorts genom omfattande praxis på området. Omfattningen av köparens undersökningsplikt vid fastighetsköp är således ett välbeprövat rättsområde varför dessa regler kan fungera som en jämförelse och vägledning vid utredning av undersökningsplikten vid andra typer av köp, såsom exempelvis vid köp av företag.

För att utreda felansvar enligt jordabalkens regler måste först klargöras huruvida ett fel föreligger eller ej. Om ett fel kan konstateras måste sedan utredas huruvida felet är relevant eller inte, det vill säga om felet är upptäckbart eller dolt. Om ett fel är dolt vid

⁸⁴ På grund av att köparen inte har någon lagstadgad plikt eller skyldighet att undersöka, kan det anses vara felaktigt att benämna den undersökning som genomförs i samband med ett köp för *undersökningsplikt*. Ordet undersökningsplikt används dock vanligen för att beskriva den undersökning som köparen genomför i samband med ett köp, varför ordet används även här i detta syfte.

⁸⁵ Hultmark, *Kontraktsbrott vid köp av aktie*, s. 81.

köpet är det relevant, och säljarens ansvar för relevanta fel är som regel strikt.⁸⁶ Utgångspunkten för bedömningen om felet ska anses vara relevant eller inte är objektiv och beroende av vad en "normalt bevandrad och erfaren, lekman skulle kunna upptäcka vid en tillräckligt noggrann undersökning".⁸⁷ Utöver den objektiva undersökningen kan bedömningen också göras subjektivt och vara beroende av omständigheterna i det enskilda fallet. Det är således möjligt att köparen i det enskilda fallet har erhållit uppgifter som kan reducera eller utöka dennes undersökningsplikt.⁸⁸

Grauers har, utifrån ett antal HD domar, identifierat en bedömning som HD fäst stor vikt vid i ett flertal domar. Innebörden av denna bedömning är att om köparen inte känner till ett fel som denne borde ha upptäckt vid en undersökning, har han själv att bära risken för det felet.⁸⁹ Säljarens felansvar är alltså beroende av huruvida köparen har genomfört en noggrann undersökning eller ej.⁹⁰

Köparen har alltså som utgångspunkt en skyldighet att till den omfattning det är rimligt undersöka fastigheten.⁹¹ Undersökningsplikten kan antingen ha en normal omfattning, en utökad omfattning eller en reducerad omfattning. Den normala omfattningen tar sin utgångspunkt i en objektiv bedömning, det vill säga i vad en normalt bevandrad och erfaren köpare borde upptäcka och förstå.⁹² Som huvudregel ska alltså en expert inte behöva anlitas.⁹³ Köparens undersökningsplikt kan dock utökas om köparen i det enskilda fallet exempelvis upptäcker ett felsymptom som denne borde undersöka vidare eller om säljaren lämnat uppgifter som kan anses utöka undersökningsplikten.⁹⁴ Om felsymptom upptäcks kan det alltså krävas att köparen anlitar en expert för att uppfylla den utökade undersökningsplikten som då uppstår.⁹⁵ Köparens skyldighet att anlita en expert illustreras bland annat i NJA 1985 s. 871 där en bristfällig elinstallation ansågs vara ett upptäckbart fel eftersom den inte såg fackmannamässig ut. HD ansåg i fallet att köparen kunde behövt anlita "någon som har erforderliga kunskaper på området"⁹⁶

⁸⁶ Grauers, *Fastighetsköp*, s. 204f.

⁸⁷ *Ibid.*, s. 202.

⁸⁸ *Ibid.*, s. 203.

⁸⁹ *Ibid.*, s. 207.

⁹⁰ *Ibid.*

⁹¹ Prop. 1989/90:77 s. 41.

⁹² Grauers, *Fastighetsköp*, s. 208.

⁹³ Prop. 1989/90:77 s. 41.

⁹⁴ Grauers, *Fastighetsköp*, 212f.

⁹⁵ Prop. 1989/90:77 s. 41.

⁹⁶ Citat från NJA 1985 s. 871, s. 877.

eftersom köparen själv inte kunde undersöka elinstallationen på ett tillfredsställande sätt. Vidare kan undersökningsplikten reduceras i vissa fall om säljaren lämnat lugnande eller bagatelliserande uppgifter. Ju mer preciserad en uppgift från säljaren är, desto mer reducerad kan undersökningsplikten bli.⁹⁷ I rättsfallet NJA 1978 s. 301 ansågs säljarens kommentar om att vattnet i fastighetens brunn var "utmärkt, friskt och kallt" inte tillräckligt för att köparens undersökningsplikt skulle anses bortfalla eftersom detta snarare ansågs vara ett allmänt värdeomdöme om vattnet. Däremot ansågs i NJA 1983 s. 858 en preciserad arealuppgift vara en utfästelse som innebar att undersökningsplikten helt bortföll. Säljarens uppgifter kan således ha olika tyngt beroende av hur precisa de är. En utfästelse från säljaren som har karaktären av en garanti bör dock helt befria köparen från undersökningsplikt.⁹⁸

Vid fastighetsköp gäller alltså att en köpare har en omfattande undersökningsplikt. Säljaren ska endast ansvara för dolda fel, men vad som ska anses vara ett dolt fel eller inte är beroende av omständigheter i det enskilda fallet.⁹⁹ Bedömningen av vad säljaren ska ansvara för är alltså beroende av köparens undersökningsplikt. Fel som köparen borde ha upptäckt vid en undersökning kan ej åberopas gentemot en säljare och resultatet av en dåligt utförd undersökning kan således bli att en köpare själv får stå för de öppna fel som fanns i fastigheten vid köpetillfället.

Om köparen ej upptäcker fel som denne borde ha upptäckt vid en undersökning före köpet enligt 4 kap. 19 § 2 st. jordabalken, får köparen själv bära risken för felet. Köparen får således endast göra dolda fel gällande gentemot säljaren. Om felet är relevant, det vill säga dolt, måste dock köparen reklamera felet till säljaren inom skälig tid för att få göra felet gällande gentemot denne.¹⁰⁰ Har dock inte felet upptäckts inom 10 år ska dock säljarens felansvar preskriberas.¹⁰¹

4.2 UNDERSÖKNINGSPLIKTEN VID KÖP AV LÖS EGENDOM

Vid köp av lös egendom är en vara felaktig om den avviker från den standard som framkommer av 17 § köplagen. I vissa fall är det dock nödvändigt att köparen, i likhet

⁹⁷ Grauers, *Fastighetsköp*, s. 211.

⁹⁸ Prop. 1989/90:77 s. 41.

⁹⁹ Grauers, *Fastighetsköp*, s. 206.

¹⁰⁰ 4 kap. 19 a § jordabalken samt Grauers, *Fastighetsköp*, s. 201.

¹⁰¹ Grauers, *Fastighetsköp*, s. 201.

med vad som krävs vid fastighetsköpet, undersöker varan för att kunna göra gällande fel gentemot säljaren.

Felbedömningens huvudregel i 17 § 3 st. köplagen anger att en vara är felaktig om den avviker från vad köparen med fog kunnat förutsätta, och om så är fallet står säljaren risken för avvikelsen.¹⁰² Risken för fel delas således mellan köparen och säljaren. Säljaren bär risken för fel om varan avviker från standarden i 17 § köplagen, men vad köparen vet vid köpet eller alternativt får reda på vid en undersökning före köpet återför risken på köparen.¹⁰³

Köplagens regler om köparens undersökning skiljer sig något från reglerna om undersökning i jordabalken. Köparen kan i enlighet med köplagen företa tre olika typer av undersökningar; (1) en undersökning före köpet i enlighet med 20 § köplagen; (2) en undersökning efter köpet i enlighet med 31 § köplagen; och en undersökning innan betalning sker i enlighet med 49 § köplagen.

Det huvudsakliga syftet med en undersökning av lös egendom är att köparen ska upptäcka fel i tid för att kunna reklamera i enlighet med 32 § köplagen.¹⁰⁴ 31 § köplagen anger således huvudregeln för undersökning vid köp av lös egendom. Denna undersökning är den enda undersökning enligt köplagen som har en självständig betydelse.¹⁰⁵ Om inte köparen reklamerar i tid förlorar denne alltså sin rätt att göra felet gällande gentemot säljaren. Den undersökning som köparen kan genomföra före köpet i enlighet med 20 § är således en *de facto* undersökning som köparen genomför på eget initiativ eller på säljarens anmaning. En sådan undersökning innebär således ingen generell plikt att undersöka för att få göra ett fel gällande gentemot säljaren, vilket 31 § kan anses utgöra.¹⁰⁶

Att undersökningsplikten i köplagen skiljer sig från undersökningsplikten i jordabalken illustreras bland annat av fallet NJA 1996 s. 598.

I NJA 1996 s. 598 behandlades en situation där två personer, R.E och B.R, bytte husbil med varandra. R.E, som bytte sin Volvo mot B.R:s Mercedes, genomförde två okulära

¹⁰² Sevenius, SvJT 2007 s. 499, s. 502.

¹⁰³ 20 § köplagen samt Sevenius, SvJT 2007 s. 499, s. 502.

¹⁰⁴ Prop. 1988/89:76 s. 120f.

¹⁰⁵ *Ibid.*, s. 121.

¹⁰⁶ *Ibid.*, s. 120.

besiktningar av Mercedesen innan bytet genomfördes och eftersom Mercedesen värderades högre än Volvon erlade R.E även en mellanskillnad vid bytet. Vid den andra besiktningen anmärkte R.E:s hustru att Mercedesen luktade mögel varpå B.R svarade att mögellukten inte funnits i bilen tidigare och att eftersom bilen stått ute på vintern skulle lukten ha kunnat uppkomma därav. Detta svar antogs av R.E och hans hustru varpå bytet genomfördes. För båda bilarna angavs att de överläts i befintligt skick.

Efter köpet kommenterade R.E och hans hustru än en gång mögellukten till B.R varpå ännu ett lugnande besked lämnades, men efter att makarna R.E använt bilen på en resa, ca tre månader efter bytet, reklamerade de bilen till B.R och yrkade på hävning på grund av mögellukten. B.R bestred yrkandet och menade att bilen var såld i befintligt skick och att den dessutom inte var felaktig.

Vid en undersökning av husbilen kunde mycket höga fukthalter i bilen uppmätas på flera ställen och bilen var angripen av omfattande röta som uppenbarligen funnits i bilen under flera års tid. Fuktskadorna konstaterades vara betydligt större än vad som med hänsyn till husbilens ålder var sedvanligt. Dessutom upptäcktes bland annat att extra lång skruv använts för att skruva fast plåt i rötangripet virke. Frågan som domstolen hade att ta ställning till gällde alltså om fel förelåg i husbilen och om R.E kunde häva köpet trots att besiktning genomförts och trots att förbehållet om befintligt skick införts i bytesavtalet.

HD konstaterade med stöd av 19 § 1 och 3 st. köplagen att fel förelåg i husbilen. Husbilen var i väsentligt sämre skick än vad R.E med fog kunnat förutsätta och dessutom hade B.R lämnat uppgifter innan bytet som kunde antas ha inverkan på bytets genomförande. Frågan kvarstod dock om felet kunde åberopas gentemot B.R eller om felet ansågs ha varit upptäckbart vid den besiktning som R.E genomförde innan bytet. HD:s resonemang tog sin utgångspunkt i köplagens undersökningsplikt. Köplagens regler innebär förvisso ingen allmän skyldighet för köparen att undersöka varan men om en undersökning genomförs får fel som köparen borde ha upptäckt vid en sådan undersökning inte åberopas gentemot säljaren. Om köparen genomfört en undersökning baseras felprövningen på undersökningens omfattning samt på vad köparen under sina förutsättningar borde ha upptäckt. HD konstaterade vidare att den undersökning som genomförts inte var särskilt omfattande och vidare att ingen sakkunnig anlåtats. Däremot hade R.E och hans hustru fått ett "lugnande och närmast bagatelliserande"¹⁰⁷ besked av B.R på frågan om mögellukten varför R.E under

¹⁰⁷ Citat från NJA 1996 s. 598, s. 606.

föreliggande omständigheter inte kunde förväntats upptäcka felet. R.E fick således rätt att trots bestämmelsen i 20 § 2 st. köplagen göra gällande felet gentemot B.R. Därmed förpliktigades B.R att återta Mercedesen mot betalning av bilens köpesumma jämte ränta till R.E.

Rättsfallet illustrerar hur köplagens regler om undersökningsplikt fungerar. HD konstaterar i fallet att det inte föreligger någon allmän skyldighet för köparen att vidta en undersökning. Trots att ingen sådan skyldighet föreligger ger köplagen tre tillfällen för köparen att undersöka köpeobjektet. Det kan anses ligga i köparens bästa intresse att undersöka en vara innan ett köp, bland annat för att få en bättre inblick i vad det är som köps. I vissa fall är det dock snarare en nödvändighet för köparen att undersöka varan för att inte förlora rätten att åberopa ett fel gentemot säljaren. I vissa fall bör köparen även undersöka varan innan betalning sker för att vara säker på att varan är avtalsenlig. Det ligger alltså i köparens intresse att företa åtminstone en undersökning i samband med köpet.

4.2.1 KÖPARENS UNDERSÖKNING FÖRE KÖPET

Köparens undersökning av köpeobjektet före köpet aktualiseras bland annat av 20 § köplagen där det anges att köparen antingen kan undersöka varan på eget initiativ eller på säljarens anmaning och de fel som borde ha upptäckts vid en sådan undersökning eller fel som köparen känt till vid köpet får ej åberopas gentemot säljaren.¹⁰⁸ I 20 § köplagen framkommer alltså två situationer där undersökningsplikten aktualiseras; (1) om säljaren uppmanat köparen och undersöka och (2) om köparen undersöker varan på eget initiativ.

Den största skillnaden mellan undersökningen enligt 20 § köplagen och undersökningen vid fastighetsköp är att köparen av lös egendom, trots en försummad undersökningsplikt enligt 20 §, får göra även öppna fel gällande gentemot säljaren efter köpet. Detta gäller dock inte om felet var känt för köparen vid köpet eller om säljaren uppmanat köparen att undersöka varan före köpet.¹⁰⁹ Om köparen inte genomför en undersökning efter säljarens uppmaning att undersöka varan förlorar köparen sin rätt

¹⁰⁸ 20 § 1 st. köplagen.

¹⁰⁹ Även det fall då säljaren gör köpeobjektet tillgängligt för köparens undersökning utan en uttrycklig anmodan om att en undersökning bör vidtas kan uppfattas som en sådan situation där säljaren är skyldig att företa en undersökning av varan. Se vidare om detta i Prop. 1988/89:76, s. 94 samt Håstad, *Köprätt*, s. 89.

att åberopa ett eventuellt fel som skulle kunna föreligga i varan, om inte en godtagbar anledning att inte undersöka föreligger.¹¹⁰

Köparen har således ingen skyldighet att undersöka varan före köpet, utan en sådan undersökning genomförs enbart i köparens eget intresse.¹¹¹ En anledning för köparen att ändå genomföra en sådan undersökning är för att införskaffa information om köpeobjektet vilket bland annat ger en bättre förhandlingsposition. Om köparen väljer att genomföra en undersökning på eget initiativ överförs dock risken för öppna fel på köparen som får svara för de fel som borde ha upptäckts genom undersökningen.¹¹²

4.2.2 KÖPARENS UNDERSÖKNING EFTER KÖPET

Köplagen ger även köparen en möjlighet till undersökning efter köpet. Det är denna undersökning som främst skiljer köplagens regler om undersökning från jordabalkens och det är denna som är den mest kritiska för köparen eftersom undersökningen är integrerad med reklamationsrätten.¹¹³ Detta innebär att köparens rätt att reklamera en felaktig vara gentemot säljaren är beroende av huruvida köparen genomfört en undersökning efter köpet eller ej och om köparen genom en sådan undersökning upptäckt fel som varit upptäckbara. Om köparen ej genomför en sådan undersökning och ett fel som hade upptäckts genom undersökningen sedan visar sig i varan, kan effekten bli att köparen inte får åberopa felet gentemot säljaren.¹¹⁴

32 § köplagen anger att en köpare förlorar sin rätt att åberopa att varan är felaktig gentemot säljaren om inte säljaren meddelas om felet inom skälig tid från det att köparen märkt eller borde ha märkt felet. Vad köparen borde ha märkt är dock beroende av vad som framgår i 31 § köplagen som säger att köparen ska undersöka varan i enlighet med god affärssed så snart omständigheterna medger det.¹¹⁵ Köparen ska sedan "inom skälig tid"¹¹⁶ reklamera varan till köparen om varan har ett fel som säljaren ska svara för enligt 17 § köplagen.¹¹⁷ Om felet däremot är dolt och således ej upptäckbart för köparen vid en undersökning enligt 31 § gäller som huvudregel en

¹¹⁰ Hultmark, *Kontraktsbrott vid köp av aktie*, s. 174.

¹¹¹ *Ibid.*, s. 173.

¹¹² 20 § 2 st. köplagen.

¹¹³ Ramberg, *Köplagen*, s. 378.

¹¹⁴ *Ibid.*

¹¹⁵ *Ibid.*, s. 388.

¹¹⁶ 32 § köplagen.

¹¹⁷ Håstad, *Köprätt*, s. 102.

reklamationsfrist på två år.¹¹⁸ Denna reklamationsfrist är framtagen i säljarens intresse för att säljaren ska kunna utgå från att risken för ansvar på grund av fel i det försålda ska försvinna efter en viss tid.¹¹⁹ Om ett fel som visar sig inom reklamationsfristen avhjälps av säljaren, men avhjälpandet misslyckas gäller att ny reklamationsfrist på två år börjar löpa för det felet från det att avhjälpningsförsöket avslutats.¹²⁰ Om ett fel dock visar sig efter att reklamationsfristen på två år löpt ut får köparen som huvudregel ansvara för felet, om inte säljaren i enlighet med 33 § köplagen handlat grovt vårdslöst eller i strid mot tro och heder, det vill säga handlat grovt illojalt gentemot köparen.¹²¹ Eftersom avtalsfrihet råder inom köprättens område är det dock fritt för parterna att förhandla fram en annan reklamationsfrist än den på två år.¹²²

För att få göra gällande ett fel gentemot säljaren krävs således att köparen reklamerar i tid. Om reklamation ej görs inom skälig tid kan köparen gå miste om rätten att åberopa felet gentemot säljaren och istället själv få bära felansvaret. Vad som är skälig tid kan dock variera beroende på köparens förutsättningar och omständigheterna i det enskilda fallet.¹²³ Om köparen exempelvis är en näringsidkare med sakkunskap kan i regel krävas att reklamationen sker inom en kortare tid än om köparen är en privatperson utan särskilda sakkunskaper.¹²⁴

4.2.3 KÖPARENS UNDERSÖKNING INNAN BETALNING

Om köparen underlåter att reklamera ett fel och på så vis förlorar sin rätt att åberopa fel gentemot säljaren har köparen därigenom även förlorat sin rätt att motsätta sig betalning av köpeskillingen på grund av felet.¹²⁵ I annat fall föreligger nämligen en rättighet för köparen att med hänvisning till 49 § 2 st. genomföra en undersökning av varan även innan betalningen erläggs. Denna undersökning innebär en slags undersökningsrätt för köparen och villkoras av sedvänja som avgör inte enbart rätten att undersöka utan även omfattningen av den undersökning som kan vidtas.¹²⁶

¹¹⁸ 32 § 2 st. köplagen.

¹¹⁹ Ramberg, *Köplagen*, s. 392 och Håstad, *Köprätt*, s. 102.

¹²⁰ Ramberg, *Köplagen*, s. 393f.

¹²¹ *Ibid.*, s. 399f.

¹²² 3 § köplagen och Ramberg, *Köplagen*, s. 395.

¹²³ Prop. 1988/89: 76, s. 124.

¹²⁴ *Ibid.*

¹²⁵ Ramberg, *Köplagen*, s. 392.

¹²⁶ *Ibid.*, s. 492.

Undersökningens syfte är att fungera i köparens intresse eftersom det kan vara riskabelt att erlägga betalning innan köparen beretts tillfälle att kontrollera varans beskaffenhet.¹²⁷ Undersökningen är dock av betydligt mindre omfattande än den som sker i enlighet med 31 § köplagen.¹²⁸

4.2.4 AVSLUTANDE KOMMENTARER

Den största skillnaden från vad som gäller vid fastighetsköp är således att det utvecklats en praxis inom fastighetsområdet som innebär att en köpare förlorar sin rätt att åberopa fel gentemot säljaren om denne ej före köpet undersöker fastigheten på eget initiativ och utan att säljaren föreslagit det.¹²⁹ Inom köprättens område är dock felansvaret beroende på om köparen har en reklamationsrätt gentemot säljaren vilket i sin tur är beroende av om felet är öppet eller dolt, samt om köparen genomfört en undersökning efter köpet eller ej. Vidare är felansvaret beroende av vad köparen borde ha vetat vid överlåtelsen och vad köparen borde vetat är beroende av om köparen företagit en undersökning före köpet eller ej. Ingen allmän skyldighet föreligger för köparen att undersöka varan vid köp av lös egendom,¹³⁰ men en sådan undersökning ligger dock i köparens största intresse.

Om en undersökning har genomförts får köparen svara för fel som borde ha upptäckts och säljaren svara för fel som köparen inte borde ha upptäckt vid undersökningen, det vill säga dolda fel.¹³¹ Utöver detta påverkar även vad köparen känt till vid köpet huruvida något ska klassas som ett fel enligt 17 § eller ej. Om köparen känt till felet vid köpet avviker inte varan från vad köparen med fog kunnat förutsätta, varför varan inte ska anses vara felaktig.¹³² Frågan är då var gränsen går mellan vad köparen borde ha upptäckt och vad som anses vara dolda fel. Det vill säga, om säljaren uppmanat köparen att undersöka varan före köpet, eller om köparen företar en undersökning efter köpet, hur omfattande är då köparens undersökningsplikt?

¹²⁷ Håstad, *Köprätt*, s. 166.

¹²⁸ Ramberg, *Köplagen*, s. 493.

¹²⁹ Hultmark, *Kontraktsbrott vid köp av aktie*, s. 175.

¹³⁰ Prop. 1988/89:76, s. 94.

¹³¹ Johansson, SvJT 1990 s. 81, s. 84.

¹³² Håstad, *Köprätt*, s. 88.

Enligt förarbetet till köplagen ska omfattningen av undersökningsplikten bedömas olika från fall till fall beroende på de förhållanden som råder det enskilda fallet.¹³³ Utgångspunkten för bedömningen är vad som kan krävas av "en person i köparens ställning"¹³⁴. Köparens kunskaper och erfarenheter i det enskilda fallet blir således avgörande för vad köparen måste ha ansetts upptäcka vid en undersökning och lägger därmed grunden för köparens ansvar. Omfattningen av undersökningen vid en företagsöverlåtelse kommer att behandlas mer ingående nedan.

4.3 FÖRETAGSÖVERLÅTELSENS SÄRSKILDA KARAKTÄR

Som framkommit ovan¹³⁵ är köp av företag en mycket speciell överlåtelse typ där köplagens regler inte alltid kommer till sin rätt vid tillämpningen. Detta förhållande illustreras tydligt när det kommer till köparens undersökningsplikt, särskilt vid aktieöverlåtelser.

4.3.1 KÖPARENS BEFOGADE FÖRVÄNTNINGAR

Vid köp av ett aktiebolag är det inte i första hand bolagets fysiska tillgångar, såsom exempelvis inventarier och fastigheter som ska undersökas, utan den huvudsakliga undersökningen tar sin utgångspunkt i bolagets räkenskaper.¹³⁶ Enligt köplagens regler ska ett köpeobjekt anses felaktigt om det avviker från vad köparen med fog kunnat förutsätta.¹³⁷ Eftersom varje företag är unikt kan det dock ifrågasättas om det finns någon normal standard som köparen skulle kunna förvänta sig vid köp av ett företag.¹³⁸ Sevenius anser snarare att en köpare inte har någon anledning att ha någon befogad förväntning när det kommer till köp av ett företag just på grund av dess specifika karaktär och att ett företag snarare borde ses som ett utpräglat specieobjekt i köprättslig mening.¹³⁹ Vissa egenskaper i ett företag har dock ansetts grundläggande¹⁴⁰ och i förhållande till dessa egenskaper kan köparen således ha befogade förväntningar, vilket innebär att företaget ska anses vara felaktigt om någon av dessa egenskaper

¹³³ Prop. 1988/89:76, s. 94.

¹³⁴ Citat från Prop. 1988/89:76, s. 94.

¹³⁵ Se kap. 3.

¹³⁶ Hultmark, *Kontraktsbrott vid köp av aktie*, s. 175.

¹³⁷ 17 § 3 st. köplagen.

¹³⁸ Sevenius, SvJT 2007 s. 499, s. 502f.

¹³⁹ *Ibid.*, s. 503.

¹⁴⁰ Johansson, SvJT 1990 s. 81, s. 96.

avviker från köparens förväntningar.¹⁴¹ Bland dessa egenskaper finns exempelvis god redovisningssed och tillstånd och rättigheter, det vill säga egenskaper som är mycket grundläggande och praktiskt taget självklara.¹⁴² För dessa grundläggande egenskaper står alltså säljaren risken för fel vilket innebär att köparen står risken för de egenskaper för vilka ingen befogad förväntning finns. På grund av köpeobjektets specifika karaktär kan alltså riskfördelningen mellan säljare och köpare vid köp av ett företag se lite annorlunda ut än vid köp av en mer standardiserad vara.

Även Hultmark menar att förutsättningsläran, det vill säga vad köparen med fog kunnat förutsätta, påverkar vad som ska anses falla inom säljarens riskzon. Hultmark menar att om köparen ej haft fog att förutsätta en viss egenskap, utan istället haft fog att misstänka fel, det vill säga om det har förelegat en medveten osäkerhet om företagets förhållande, kan köparens undersökningsplikt aktualiseras i och med att en sådan misstanke ligger nära vad köparen faktiskt känt till enligt 20 § 1 st. köplagen.¹⁴³ Om en undersökning ej genomförs efter en sådan misstanke kan således köparen förlora rätten att åberopa felet gentemot säljaren.

Riskfördelningen mellan parterna vid köp av företag är som regel till säljarens fördel eftersom köparen, på grund av företagets särskilda natur ej har fog att förutsätta annat än grundläggande egenskaper i bolaget. På grund av denna riskfördelning är det således av högsta relevans, särskilt för köparen, att inga otrevliga överraskningar dyker upp efter överlåtelsen. Det är därför viktigt att en noggrann undersökning genomförs av köparen före köpet trots att ingen skyldighet att så göra föreligger.

4.3.2 SÄLJARENS UPPLYSNINGAR

Riskfördelningen mellan parterna kan dock utjämnas något genom att säljaren lämnar uppgifter om företaget som inskränker köparens undersökningsplikt. Garantier som säljaren lämnat i överlåtelseavtalet ska diskuteras vidare nedan¹⁴⁴, men även andra uppgifter som säljaren lämnar före överlåtelsen kan få relevans för riskfördelningen och därmed även för undersökningens omfattning. Hultmark menar att en köpare kan ha en giltig anledning att inte undersöka bolaget om säljaren lämnat konkreta uppgifter om

¹⁴¹ Sevenius, SvJT 2007 s. 499, s. 503.

¹⁴² *Ibid.*

¹⁴³ Hultmark, *Kontraktsbrott vid köp av aktie*, s. 177.

¹⁴⁴ Se kap. 5.3.

något förhållande i det som kan anses inskränka undersökningsplikten.¹⁴⁵ I NJA 1961 s. 330 ansågs inte köparen ha brutit i sin undersökningsplikt då denne inte undersökt huruvida det fanns tillräckliga myndighetstillstånd för den frukt- och caférörelse som förvärvades eftersom säljaren uttalat att affären var den enda i Göteborg ”som kunde få sådana papper”.

Vissa uttalanden från säljaren inskränker dock inte undersökningspliktens omfattning. Allmänna lovordanden och lättkontrollerade uppgifter är exempel på sådana uttalanden.¹⁴⁶ Om säljaren lämnat uppgifter som kan anses inskränka undersökningsplikten omfattning, men köparen trots detta undersöker det som omfattas av säljarens uttalande, återgår dock risken för fel till köparen.¹⁴⁷ Om säljaren däremot vill friskriva sig från ansvar på ett visst område är det däremot rimligt att köparen anar oråd och därför får en utökad undersökningsplikt på det området.¹⁴⁸

4.3.3 AVSLUTANDE KOMMENTARER

Som utgångspunkt kan konstateras att den riskfördelning som råder när det gäller köp av företag innebär att köparen tar en större risk än vid köp av en annan, mer standardiserad vara. På grund av företagets särskilda natur är det inte rimligt att en köpare kan ha fog för några förväntningar på företaget mer än de rent grundläggande, varför säljarens risk, utöver risken för dolda fel, blir begränsad till dessa grundläggande förväntningar.

Vidare gäller vid köp av företag att hävning inte är en påföljd som rimligen kan bli aktuell om köparen gör ett fel gällande gentemot säljaren och får rätt. För att kunna häva ett köp krävs att köpeobjektet kan återställas i väsentligen oförändrat skick.¹⁴⁹ Ett företag är som regel ständigt i förändring och kan se betydligt olika ut före ett köp och efter att en tvist om fel har lösts.¹⁵⁰ Ett företag kan alltså svårligen återställas i väsentligt oförändrat skick varför hävning av köpet är en påföljd som mycket sällan är aktuell vid företagsöverlåtelser.

¹⁴⁵ Hultmark, *Kontraktsbrott vid köp av aktie*, s. 187

¹⁴⁶ *Ibid.*, s. 188.

¹⁴⁷ *Ibid.*

¹⁴⁸ *Ibid.*

¹⁴⁹ 66 § köplagen.

¹⁵⁰ Hultmark, *Kontraktsbrott vid köp av aktie*, s. 218ff.

Den risk det innebär att köpa ett företag och den risk det innebär att inte kunna häva köpet är således två starka skäl till att köparen bör vidta en noggrann och omfattande undersökning av överlåtelseobjektet före köpet, en så kallad due diligence.

4.4 DUE DILIGENCE

Termen due diligence innebär tillbörlig omsorg och används främst inom företags- och affärsbranschen.¹⁵¹ Med uttrycket due diligence menas normalt en företagsgranskning eller företagsbesiktning¹⁵², alltså en grundläggande undersökning av det tilltänkta köpeobjektet. Undersökningen syftar till att ge köparen en djupare förståelse för företaget och hur det fungerar, men kan även ge köparen argument att använda i förhandling mot säljaren om svagheter upptäcks.¹⁵³

Några tydliga regler för hur en due diligence ska genomföras finns inte,¹⁵⁴ utan istället får parterna själva reglera den tidsplan som ska gälla och den procedur som ska följas.¹⁵⁵ Detta görs vanligtvis i det Letter of Intent som tas fram mellan parterna.

Att genomföra en due diligence kan vara en tidskrävande process men det är trots detta viktigt att köparen genomför den noggrant och utförligt eftersom resultatet av undersökningen är av högsta relevans för överlåtelsen som helhet.¹⁵⁶ En due diligence är köparens undersökning av företaget och eftersom risken för fel vid köp av företag till stor del belastar köparen är det viktigt att "vända på alla stenar" för att slippa obehagliga överraskningar efter köpets genomförande.¹⁵⁷

4.4.1 GENOMFÖRANDE AV DUE DILIGENCE

Vid undersökning av ett företag får köparen som regel tillgång till en stor mängd information om köpeobjektet och en due diligence innebär oftast ett omfattande arbete för köparen och dennes ekonomiska och juridiska rådgivare.¹⁵⁸ Eftersom undersökningen begränsas av bland annat tid, personal, kostnader etc. är det praktiskt

¹⁵¹ Sevenius, SvJT 2007 s. 499, s. 514.

¹⁵² *Ibid.*, s. 499.

¹⁵³ Malmaeus, Edler, *Sälja företag*, s. 98.

¹⁵⁴ Sevenius, SvJT 2007 s. 499, s. 515.

¹⁵⁵ *Ibid.*, s. 507.

¹⁵⁶ Aiello, Watkins, *The fine art of friendly acquisition*, s. 29.

¹⁵⁷ *Ibid.*, s. 29f.

¹⁵⁸ Orrbeck, *Företagsförvärv i praktiken*, s. 77.

taget omöjligt att undersöka alla aspekter i bolaget.¹⁵⁹ Det är därför viktigt att köparen genomför den undersökning som är möjlig att genomföras på ett så strukturerat och noggrant sätt som möjligt så att inga uppenbara problem förbises.¹⁶⁰

Undersökningens omfattning avgörs som utgångspunkt av vad som aktualiserat den.¹⁶¹ Om det bara är ett visst område i verksamheten som innebär misstanke för köparen eller om säljaren anvisar ett visst område som borde undersökas, bör köparens undersökning begränsas till detta område.¹⁶² Om köparen däremot genomför en mer generell undersökning blir den genast mycket mer omfattande. I de fall då en mer generell undersökning genomförs har bland annat Hultmark, med stöd av rättsfallet NJA 1979 s. 790, identifierat de omständigheter som ska anses utgöra ramen för undersökningens omfattning.¹⁶³ Med hänsyn till dessa omständigheter ska alltså avgöras huruvida en köpare har uppfyllt sin undersökningsplikt eller inte: (1) Är omständigheterna lätta eller svåra att undersöka? (2) Hur stor är sannolikheten för att företaget typiskt sett är behäftat med fel? (3) Har säljaren gjort uttalanden som inskränker undersökningsplikten? (4) Hur stor är köparens sakkunskap? (5) Står parterna i förtroendeförhållande till varandra?¹⁶⁴ Undersökningspliktens omfattning varierar således från fall till fall och är beroende av vad som ska undersökas samt omständigheterna i det enskilda fallet.¹⁶⁵

En due diligence genomförs vanligen i tiden mellan ett preliminärt avtal och ett bindande avtal och omfattas oftast av ett sekretessavtal.¹⁶⁶ Granskningen genomförs i regel på två plan; (1) granskning av köpeobjektet, alltså företaget och (2) granskning av marknaden som företaget finns på.¹⁶⁷ Den granskning som görs av objektet delas sedan in i ytterligare två delar; (1) den legala granskningen och (2) den finansiella granskningen.¹⁶⁸ Vid den legala granskningen undersöks de juridiska rättigheterna såsom exempelvis huruvida företaget är inblandat i någon tvist, om alla avtal är giltiga vid en överlåtelse och huruvida säljaren har rätt att ingå avtal om försäljning av

¹⁵⁹ Bing, *Due Diligence – Planning, Questions, Issues*, s. 1.

¹⁶⁰ *Ibid.*, s. xi.

¹⁶¹ Hultmark, *Kontraktbrott vid köp av aktie*, s. 179.

¹⁶² *Ibid.*

¹⁶³ Dessa omständigheter kommer att behandlas mer ingående nedan, se kap. 4.4.3.

¹⁶⁴ Hultmark, *Kontraktbrott vid köp av aktie*, s. 179.

¹⁶⁵ Kriterierna för omfattningen av köparens undersökningsplikt kommer behandlas vidare nedan, se kap. 4.4.3.

¹⁶⁶ Bing, *Due Diligence – Planning, Questions, Issues*, s. 1f.

¹⁶⁷ Orrbeck, *Företagsförvärv I praktiken*, s. 76.

¹⁶⁸ *Ibid.*, s. 78f.

företaget.¹⁶⁹ Vid den finansiella granskningen kontrolleras istället företagets ekonomiska förhållanden såsom exempelvis om bolaget är lönsamt och om säljaren har förberett för en försäljning genom att på kort sikt förbättra bolagets resultat.¹⁷⁰

Vid genomförande av en due diligence är samarbete mellan säljare och köpare av största vikt eftersom säljaren tar fram underlaget som köparen ska studera. Det material som ska undersökas sammanställs i ett så kallat *datarum* där köparen i lugn och ro kan gå igenom materialet.¹⁷¹ Köparen får då obegränsad tillgång till materialet men får av sekretessskäl ej kopiera något eller ta med sig något ut.¹⁷² Om något förhållande sedan fortfarande är oklart sammanställer köparen en frågelista som säljaren får svara på och därigenom bringa klarhet över situationen.¹⁷³

4.4.2 INFORMATIONSENTJÄMNANDE

Enligt Howson genomförs en due diligence av tre anledningar; (1) för att upptäcka både faktiska, framtida och eventuella krav och skyldigheter i bolaget; (2) för att upptäcka juridiska eller avtalsmässiga hinder och; (3) för att utgöra basen till och utgångspunkten för det slutgiltiga förvärvsavtalet.¹⁷⁴ Undersökningen genomförs alltså bland annat för att jämma ut det informationsövertag som säljaren inledningsvis har över köparen.

Köparen får dock enligt 20 § 2 st. ej åberopa vad som framkommit vid en undersökning eller vad som borde ha upptäckts vid en undersökning. Genom att genomföra en ingående undersökning kan hävdas att köparen inskränker säljarens riskzon och att risken ytterligare omfördelas från säljaren till köparen.¹⁷⁵ I ett sådant fall skulle riskfördelningen mellan parterna bli ännu mer ojämn. Enligt den ursprungliga riskfördelning som gäller mellan parterna vid överlåtelse av företag bär dock, såsom beskrivits ovan, köparen redan innan undersökningen en större risk än säljaren eftersom köparen på grund av överlåtelseobjektets särskilda karaktär, ej kan ha mer än grundläggande befogade förväntningar på ett bolag. Det kan därför diskuteras huruvida den omfattande undersökningen verkligen är till nackdel för köparen på grund av att

¹⁶⁹ Orrbeck, *Företagsförvärv I praktiken*, s. 78.

¹⁷⁰ *Ibid.*, s. 78f.

¹⁷¹ Malmaeus, Edler, *Sälja företag*, s. 101.

¹⁷² *Ibid.*

¹⁷³ Bing, *Due Diligence – Planning, Questions, Issues*, s. 2.

¹⁷⁴ Howson, *Due Diligence: The Critical Stage in Acquisitions and Mergers*, s. 68.

¹⁷⁵ Sevenius, SvJT 2007 s. 499, s. 504.

den skulle inskränka säljarens riskzon ytterligare. Den omfattande undersökningen kanske snarare får en utjämnande effekt mellan parterna. Eftersom köparen är den part som står den största risken vid överlåtelsen är det enligt min mening snarare till dennes fördel att undersöka bolaget så ingående som möjligt för att skapa sig en klar uppfattning om vad som ska förvärfvas. Om köparen upptäcker brister vid undersökningen kan detta då antingen föranleda att köparen använder bristerna till att förhandla med säljaren om exempelvis nedsättning av köpeskillingen, eller till och med att köparen drar sig ur affären helt och därmed undkommer en dålig affär. På så vis jämnas alltså förhållandena ut. Vid en undersökning är det alltså viktigt att köparen får tillgång till all väsentlig fakta och utifrån det fattar ett beslut angående om affären ska gå vidare eller ej. Om köparen istället väljer att dra sig ur köpet i detta läge är det med stor sannolikhet så att köparen, genom att utföra en due diligence, fått insikter om förvärvsobjektet vilka bidragit till en sådan slutsats. Uttrycket "*A deal that dies at the due diligence stage almost always dies for the right reasons*"¹⁷⁶ sammanfattar väl lärdomen av detta.

Genom att utföra en grundlig undersökning av bolaget och därmed ta del av en omfattande mängd information om det, får således köparen en bättre bild av förvärvsobjektet vilket kan vara avgörande för hur köparen väljer att gå vidare i processen. Ju mer information köparen har desto mer välgrundat blir dennes beslut.

4.4.3 UPPTÄCKBARA ELLER DOLDA FEL

En av de största svårigheterna som undersökningsplikten innebär är själva riskfördelningen. En första analys av riskfördelningen har presenterats ovan, men problematiken kvarstår om ett fel upptäcks efter köpet trots att en undersökning har genomförts före köpet. Frågan är då var gränsen går mellan fel som köparen enligt 20 § 2 st. borde ha upptäckt vid en undersökning och fel som ska anses dolda och därigenom falla inom säljarens riskzon.

Såsom nämnts ovan¹⁷⁷ har HD i NJA 1979 s. 790 utrett frågan om omfattningen av köparens undersökningsplikt. Trots att fallet gäller köp av fastighet kan vägledning tas i

¹⁷⁶ Aiello, Watkins, *The fine art of friendly acquisitions*, s. 29.

¹⁷⁷ Se kap. 4.4.1.

de slutsatser som domstolen kommer fram till eftersom undersökningsplikten vid fastighetsköp, vilket också redogjorts för ovan¹⁷⁸, är mycket strikt.

Fallet gällde köp av en fastighet som enligt säljaren hade en ”modern bostad med vatten och avlopp”¹⁷⁹. Det visade sig dock efter övertagandet bland annat att avloppet var underdimensionerad samt att avloppsvatten lyckades ta sig över till färskvattenbrunnen och därigenom kontaminerat vattnet däri. HD konstaterade att fel förelåg och huvudfrågan blev således huruvida köparen borde ha upptäckt felet vid en undersökning eller ej.

HD konstaterade att för att genomföra undersökningen hade krävts att köparen undersökte sjunkbrunnen som var förlagd under jord. En sådan undersökning skulle inte behöva genomföras om inte någon särskild anledning förelåg som kunde antas ge köparen en skyldighet att undersöka brunnen, något HD ej ansåg föreligga i detta fall.¹⁸⁰ Vidare ansåg HD att felet inte hade upptäckts även om undersökningen genomförts med omsorg och sakkunskap eftersom säljaren haft en ovanligt låg vattenförbrukning.¹⁸¹ Köparen hade inte heller någon anledning till oro över vattnet eftersom avloppsanläggningen var ny. Dessutom hade säljaren inte påpekat något som gett köparen någon anledning till att utöka undersökningen och inte heller förelåg andra omständigheter som skulle kunna föranleda misstanke hos köparen.¹⁸² Köparen fick därför rätt mot säljaren och blev berättigad till avdrag på köpeskillingen.

De slutsatser som kan dras från fallet, vilket också nämnts ovan¹⁸³, är således att omfattningen av undersökningsplikten kan inskränkas i vissa fall. Dessa fall ska bedömas enligt följande kriterier;

1. Är omständigheterna i fallet lätta eller svåra att undersöka? Vad borde köparen ha märkt vid en undersökning och har det varit möjligt att genomföra en utförlig undersökning? Kriteriet ställer också krav på säljaren eftersom en köpare inte har brustit i sin undersökningsplikt om säljaren inte hållit bolaget tillgängligt för undersökning.¹⁸⁴

¹⁷⁸ Se kap. 4.1.

¹⁷⁹ NJA 1979 s. 790, s. 791.

¹⁸⁰ *Ibid.*, s. 800f.

¹⁸¹ *Ibid.*, s. 801.

¹⁸² *Ibid.*

¹⁸³ Se kap. 4.4.1.

¹⁸⁴ Hultmark, *Kontraktsbrott vid köp av aktie*, s. 179f.

2. Hur stor är sannolikheten att köpeobjektet typiskt sett är behäftat med fel? Om omständigheterna i fallet ger köparen anledning till oro, exempelvis om köparen får en indikation om att bolaget är dåligt skött, är det troligt att undersökningsplikten utökas.¹⁸⁵ Om inga sådana indikationer ges och om det vid första anblick inte finns någon anledning till oro, är undersökningsplikten i regel mindre omfattande.¹⁸⁶
3. Har säljaren gjort uttalanden som inskränker undersökningsplikten? Denna fråga har behandlats ovan¹⁸⁷ och som regel kan konstateras att om säljaren lämnar uppgifter om ett visst förhållande finns ingen anledning till att köparen inte ska kunna lita på uppgiften varför undersökningsplikten då inskränks.¹⁸⁸

Vidare diskuterar Hultmark ytterligare två situationer som kan påverka omfattningen av köparens undersökningsplikt;¹⁸⁹

4. Köparens sakkunskap. En köpare kan enligt 20 § köplagen inte yrka som fel det som denne borde ha märkt vid en undersökning. Frågan är då om detta kriterium är objektivt eller om det innebär att vad den enskilda köparen i det enskilda fallet borde ha märkt inte kan åberopas. Förarbetet uttrycker att hänsyn kan tas till vad som kan krävas av en person i köparens ställning.¹⁹⁰ Hultmark menar att detta uttalande i förarbetet talar för att viss hänsyn ska tas till den individuella köparens sakkunskap varför huvudregeln får antas vara att en köpare med mer sakkunskap har ett större ansvar att utföra en mer omfattande undersökning än en köpare som inte besitter sådan sakkunskap.¹⁹¹ Hultmarks resonemang bekräftas av NJA 1996 s. 598¹⁹² där HD konstaterade att det är vad köparen i det enskilda fallet undersökt som avgör omfattningen av undersökningen, och vad köparen då borde ha upptäckt baseras på dennes förutsättningar. Köparens sakkunskap är således ett subjektivt rekvisit som får avgöras från fall till fall.

¹⁸⁵ Hultmark, *Kontraktbrott vid köp av aktie*, s. 182.

¹⁸⁶ *Ibid.*

¹⁸⁷ Se kap. 4.3.2.

¹⁸⁸ *Ibid.*, s. 187.

¹⁸⁹ *Ibid.*, s. 179.

¹⁹⁰ Prop. 88/89:76 s. 94.

¹⁹¹ Hultmark, *Kontraktbrott vid köp av aktie*, s. 183.

¹⁹² NJA 1996 s. 598 som refererats under kap. 5.2.

5. Står parterna i förtroendeförhållande med varandra? I det norska rättsfallet NRt 1935 s. 1079 ansågs vänförhållandet mellan säljaren och köparen ha föranlett att köparen litade på säljarens uttalanden. Domstolen fann att köparen på grund av relationen inte varit skyldig att undersöka bolaget. Rättsfallet talar för att undersökningsplikten kan inskränkas även i de fall parterna varit goda vänner vilket föranlett att köparen fäst förtroende till säljarens uppgifter.¹⁹³

Kriterierna fungerar alltså riskfördelning mellan parterna. Fel som kan härledas till dessa fem kriterier kan alltså bedömas såsom dolda fel vilka säljaren ska svara för. Om felet däremot inte kan härledas till något av dessa kriterier är det således tal om ett upptäckbart fel, alltså ett fel köparen borde ha upptäckt vid en undersökning, varför köparen har att svara för felet. Om felet är upptäckbart krävs alltså att köparen upptäcker felet för att kunna göra det gällande gentemot säljaren.

Såsom framkommit ovan¹⁹⁴ är utgångspunkten för riskfördelningen mellan parterna att säljaren ansvarar för dolda fel och för grundläggande fel, det vill säga fel som köparen ej har fog att förvänta sig. Köparen bär risken för alla andra öppna fel. Detta innebär alltså att köparen bär risken för eventuella missar som denne gör i undersökningen. Såsom påpekats ovan¹⁹⁵ är en undersökning av ett företag ofta mycket omfattande och en köpare hinner med stor sannolikhet inte undersöka alla förhållanden i företaget. Att köparen under dessa förutsättningar ska bära all risk för öppna fel kan därför i vissa fall uppfattas som en orättvis riskfördelning men trots detta talar praxis tydligt om att så ska vara fallet om inte parterna avtalat om en annan fördelning. Vägledning för denna slutsats kan bland annat finnas i danska och amerikanska rättsfall¹⁹⁶ där köparen hävdar att för mycket information har lämnats och att informationen därför varit svårhanterlig.¹⁹⁷ Den slutsats som kan dras utifrån dessa rättsfall är att en köpare förväntas undersöka informationen noggrant oavsett om mängden information köparen fått ta del av är mycket omfattande, och om köparen missar någon brist i företaget får

¹⁹³ Hultmark, *Kontraktsbrott vid köp av aktie* s. 189f.

¹⁹⁴ Se kap. 4.2.

¹⁹⁵ Se kap. 4.4.

¹⁹⁶ Se redogörelse för rättsfallen UfR 1929 s. 303H och UfR 1966 s. 293SH samt *Leasco Corporation v. Taussig*, 473 F.2d 777 (1972) och *Boland v. Allen*, 526 F.Supp. 178 (1981) i: Hultmark, *Kontraktsbrott vid köp av aktie*, s. 180f.

¹⁹⁷ Hultmark, *Kontraktsbrott vid köp av aktie*, s. 180.

denne själv bära risken för fel. För mycket information är således ingen ursäkt för köparen att inte företa en tillräckligt utförlig undersökning av företaget.¹⁹⁸

4.4.4 SÄLJARENS ROLL

Säljarens roll vid en due diligence är främst att tillhandahålla den information som köparen baserar sin undersökning på. För säljaren innebär en av köparen väl utförd due diligence ett skydd mot framtida anspråk varför det är i säljarens intresse att ta fram ett utförligt granskningsmaterial.¹⁹⁹ I vissa situationer presenterar dock säljaren ogärna all information om företaget för den potentielle köparen.²⁰⁰ Om säljaren inte presenterar all information för köparen och det sedan visar sig att företaget var behäftat med ett fel, klassificeras dock felet som dolt eftersom köparen inte haft möjlighet att få reda på det innan överlåtelsen.²⁰¹

En due diligence genomförs som regel före köpet. Detta innebär för säljaren att företagshemligheter kan behöva lämnas ut till köparen innan säljaren vet om köpet blir av eller inte. Även om användandet av den information som tillhandahålls vid en undersökning oftast regleras med sekretessavtal kan utlämnandet av sådan information innebära en risk för säljaren.²⁰² Om exempelvis köparen är en konkurrent till säljaren kommer köparen genom due diligence-materialet få ta del av information som denne vanligtvis inte har tillgång till, alltså material som kan användas i syfte att konkurrera med säljaren om ett köp inte blir av.²⁰³ För att undvika att lämna ut känslig information till en köpare får säljaren istället välja att inte förmedla den informationen till köparen varför riskfördelningen för fel som skulle kunna upptäckas i det materialet, överförs till säljaren.²⁰⁴

Säljaren kan även i vissa fall företa en så kallad vendor due diligence, det vill säga en due diligence utförd av säljaren som sedan skriver en rapport som köparen får ta del av.²⁰⁵ Syftet med en vendor due diligence är att det oftast snabbar på processen och den används vanligtvis om försäljningen av företag sker genom kontrollerad auktion eller

¹⁹⁸ Hultmark, *Kontraktsbrott vid köp av aktie*, s. 180.

¹⁹⁹ Malmaeus, Edler, *Sälja företag*, s. 99.

²⁰⁰ Hultmark, *Kontraktsbrott vid köp av aktie*, s. 180.

²⁰¹ 20 § 1 st. köplagen.

²⁰² Sevenius, SvJT 2007 s. 499, s. 511.

²⁰³ *Ibid.*, s. 513.

²⁰⁴ 20 § 2 st. köplagen.

²⁰⁵ Malmaeus, Edler, *Sälja företag*, s. 100f.

om det gäller stora affärer.²⁰⁶ Eftersom syftet med denna uppsats inte är att undersöka hur sådana transaktioner går till kommer vendor due diligence inte vidare att behandlas här.

²⁰⁶ Malmaeus, Edler, *Sälja företag*, s. 101.

5 SÄLJARENS UPPLYSNINGSPLIKT

Vid ett avtals ingående är det viktigt att det föreligger någon form av lojalitet mellan parterna. Att parterna kan lita på varandra lägger grunden för en avtalsrelation där vardera parten har motpartens intresse för ögonen vilket bland annat kan fungera konflikthämmande.²⁰⁷ Önskan om lojalitet mellan parterna tar sig inte uttryck i avtalslagen genom någon utförlig upplysningsplikt för säljaren, utan istället får vägledning tas från reglerna i avtalslagens tredje kapitel där upplysningsplikten indirekt regleras. Reglerna om ocker i 31 §, om förklaringsmisstag i 32 §, om tro och heder i 33 § och om jämkning av oskäligen avtalsvillkor i 36 § utmärker de yttre gränserna för vad som anses vara illojalt beteende av en avtalspart och effekten av att en part handlar illojalt kan således bland annat bli att prestationerna återgår eller att motparten kan föra skadeståndsanspråk.²⁰⁸

Det kan således talas om att det existerar en form av lojalitetsplikt mellan parterna. Frågan är dock hur långt denna lojalitetsplikt sträcker sig och om omfattningen av den skulle kunna innebära en plikt för en part att upplysa sin motpart om omständigheter som inte är kända vid avtalsslutet.

Hultmark menar att det kan anses föreligga en upplysningsplikt mellan avtalsparter.²⁰⁹ I sin bok på ämnet²¹⁰ diskuterar hon om det kan anses föreligga en automatisk upplysningsplikt för en part att upplysa även på områden som inte diskuterats mellan parterna.²¹¹ För att en sådan automatisk upplysningsplikt ska anses föreligga behöver dock tre krav uppfyllas. För det första måste en faktisk kännedom ha förelegat, vilket innebär att den part som kan ha en upplysningsplikt måste ha känt till det förhållande som föranledde upplysningsplikten.²¹² För det andra måste kausalitet föreligga mellan bristen i upplysningen och avtalet. Alltså, underlåtenheten att upplysa måste ha varit av betydelse för motparten i en sådan grad att om upplysningen hade lämnats på rätt sätt hade avtalet sett annorlunda ut.²¹³ För det tredje måste insiktsrekvisitet uppfyllas. Den upplysningspliktige måste alltså ha insett att motparten inte känt till förhållandet och att

²⁰⁷ Hultmark, *Upplysningsplikt vid ingående av avtal*, s. 10.

²⁰⁸ *Ibid.*, s. 25f.

²⁰⁹ *Ibid.*, s. 12.

²¹⁰ Hultmark, *Upplysningsplikt vid ingående av avtal*.

²¹¹ *Ibid.*, s. 20.

²¹² *Ibid.*, s. 21f.

²¹³ *Ibid.*, s. 23.

vetskapen om förhållandet hade varit av betydelse för denne.²¹⁴ Först om den upplysningspliktige har en sådan insikt kan det talas om ett medvetet vilseledande gentemot motparten.²¹⁵ Hultmark menar således att man kan tala om en automatisk upplysningsplikt om dessa tre rekvisit är uppfyllda.

Frågan om omfattningen av säljarens upplysningsplikt berördes ingående i rättsfallet NJA 2007 s. 86²¹⁶. Här kommer huvudpunkterna i rättsfallet redogöras på ett övergripande sätt i syfte att belysa de slutsatser som domstolen kom fram till.

M.A, som sökte ett sommarboende i Bohuslän, förvärvade den 1 mars 2002 fastigheter (vilka fortsättningsvis kommer benämnas *fastigheten*) från G.K. Efter köpet visade det sig dock att buller från en närliggande motorcrossbana tydligt hördes på fastigheten. M.A som attraherats av fastighetens lugna läge ansåg att bullret utgjorde ett faktiskt fel av väsentlig betydelse i fastigheten och hävde köpet. G.K godtog dock inte hävningen. Det var ostridigt i fallet att G.K känt till bullret och vidare hade själv ansett att det var en stor olägenhet. De viktigaste frågorna som domstolen därför fick ta ställning till var huruvida M.A brustit i sin undersökningsplikt och om G.K haft en upplysningsplikt som denne brustit i.

HD fann att bullret från motorcrossbanan utgjorde ett fel enligt 4 kap. 19 § jordabalken. Eftersom M.A utan svårigheter hade kunnat upptäcka felet, skulle M.A i normalfallet inte kunna åberopa det. HD konstaterade dock att en köparens undersökningsplikt kan reduceras i de fall säljaren lämnat uppgifter som kan anses inskränka undersökningsplikten. Det kunde inte visas i fallet att G.K utfäst att buller ej förekom på fastigheten. Frågan som då kvarstod var för HD att utreda huruvida G.K haft en plikt att upplysa M.A om de bullernivåer som förekom.

HD konstaterade att det inte föreligger någon generell upplysningsplikt vid fastighetsköp. Om underlåtenheten att upplysa innebär att säljaren agerar svikligt eller ohederligt gentemot köparen, bör dock inte säljaren kunna hävda att köparen brustit i sin undersökningsplikt. Vidare menade HD att det i praxis lämnats utrymme för att en köpare av fast egendom kunde åberopa som fel något säljaren känt till, trots att

²¹⁴ Hultmark, *Upplysningsplikt vid ingående av avtal*, s. 23.

²¹⁵ *Ibid.*

²¹⁶ Eftersom rättsfallet fått mycket kritik (se bland annat Grauers, *Upplysningsplikt vid fel i fastighet på diskutabla grunder*, JT 2006-07, s. 890-906) bör försiktighet vidtas vid tillämpning av fallet. Jag vill inte ansluta mig till diskussionen om huruvida HD:s domslut var riktigt eller ej, utan tar upp fallet i syfte att tydliggöra att domstolen har funnit att en upplysningsplikt för säljaren kan existera, samt för att illustrera den analogitolkning domstolen gör till köplagen.

köparen själv brustit i sin undersökningsplikt. Införandet av 19 § 1 st. 2 p. i köplagen, som innebär att en säljare ansvarar för fel även om varan är såld i befintligt skick om denne brustit i sin upplysningsplikt, ansågs också ge stöd för att säljaren av fast egendom skulle ha en upplysningsplikt. HD menade att det var ogrundat att högre krav ställs på en köpare av fast egendom än på en köpare av lös egendom eftersom det inte heller vid köp av fast egendom finns ett allmänt intresse av att säljaren kan utnyttja köparens okunskap. På dessa grunder fann HD stöd för att en säljare ska vara skyldig att upplysa om vissa förhållanden till köparen. Även om 33 § avtalslagen om tro och heder skulle kunna tillämpas, är det således inte nödvändigt att konstatera att säljaren brustit i detta hänseende för att ett säljaransvar ska uppkomma.

HD fann således att G.K borde ha upplyst M.A om bullret på fastigheten. Eftersom han inte gjort så fann HD att köpet kunde hävas på grund av att felet var väsentligt.

5.1 UPPLYSNINGSPLIKT ENLIGT KÖPLAGEN

Enligt reglerna i 1905 års köplag var det nödvändigt för köparen att visa att säljaren förfarit svikligt för att kunna visa felansvar från säljarens sida på grund av bristande upplysningsplikt. Detta hårt ställda krav innebar ofta bevissvårigheter för köparen som måste visa att säljaren avsett att svikligen förleda köparen att ingå köpet.²¹⁷ Detta var aktuellt om köparen kunde visa exempelvis att säljaren agerat vilseledande genom att lämna felaktiga uppgifter eller genom att helt enkelt inte lämna några uppgifter alls, trots att de var relevanta.²¹⁸ Bevissvårigheterna för köparen uppstod således i och med att det först och främst skulle visas att säljaren känt till felet vid avtalets ingående. Dessutom skulle visas att säljaren agerat svikligt genom att inte upplysa köparen om förhållandet. Utöver detta måste hänsyn tas till att en säljare kan tänkas utgå från att köparen tagit reda på allt relevant vid en undersökning.²¹⁹

I förarbetet till den nya köplagen tydliggörs emellertid att lagstiftaren ansett att det i vissa fall är angeläget att säljaren åläggs en upplysningsplikt gentemot köparen.²²⁰ Denna plikt innebär att säljaren ska upplysa köparen om eventuella brister i varan.²²¹

²¹⁷ Ramberg, *Köplagen*, s. 283.

²¹⁸ *Ibid.*

²¹⁹ *Ibid.*

²²⁰ Prop. 1988/89:76, s. 34.

²²¹ *Ibid.*, s. 35.

Omfattningen av en sådan upplysningsplikt är beroende av den undersökning som köparen gör av varan före köpet enligt 20 § köplagen.²²²

I köplagen aktualiseras säljarens felansvar i 17 §. I paragrafens tredje stycke anges att varan är felaktig om den avviker från vad köparen med fog kunnat förutsätta. Köparens felansvar är således till stor del beroende av köparens befogade förväntningar.²²³ Paragrafen anger dock inte om säljarens felansvar skulle vara beroende av en upplysningsplikt eller inte.²²⁴ Enligt bestämmelsen i 17 § blir dock säljaren, oavsett om en upplysningsplikt skulle anses föreligga eller ej, ansvarig för fel i varan. Det som avgör felbedömningen är alltså inte vad säljaren känt till eller borde ha känt till, utan vad köparen måste antas ha känt till vid köpet. Om köparen känt till felet kan det inte göras gällande gentemot säljaren på grund av bestämmelsen i 20 § 1 st. köplagen²²⁵.

Köparens upplysningsplikt aktualiseras däremot uttryckligen genom 19 § 2 p. köplagen där det anges att en vara är felaktig om säljaren inte upplyst köparen om egenskaper som måste varit kända för säljaren och som köparen med fog kunnat räkna med att bli upplyst om, även om varan är såld i befintligt skick. Denna *lex specialis* regel i köplagen ger således ett bättre skydd för en köpare av lös egendom än vad tredje kapitlet avtalslagen innebär. Köparen behöver således inte visa att säljaren handlat illojalt utan bedömningen ska istället baseras på följande tre rekvisit.²²⁶ Det ska för det första vara fråga om ett väsentligt förhållande. Varan ska alltså vara i väsentligt sämre skick än vad köparen med fog kan förutsätta och det räcker således inte om förhållandet är av mindre betydelse.²²⁷ För det andra måste säljaren antas ha känt till förhållandet. För det tredje ska köparen med fog kunna räkna med att bli upplyst om förhållandet. Denna tredje punkt är beroende av den undersökning som köparen kan göra enligt 20 §. Köparen har inte fog att räkna med att bli upplyst om förhållanden som kunde ha upptäckts om en sådan undersökning hade genomförts. Vad köparen kan antas ha fog för är dock beroende av andra omständigheter, såsom exempelvis varans pris.²²⁸ Om priset är lågt i

²²² *Ibid.*, s. 92.

²²³ Ramberg, *Köplagen*, s. 251f.

²²⁴ Hultmark, *Kontraktsbrott vid köp av aktie*, s. 105.

²²⁵ Ramberg, *Köplagen*, s. 251f.

²²⁶ Såsom beskrivet av Ramberg i Ramberg, *Köplagen*, s. 286.

²²⁷ Ramberg, *Köplagen*, s. 287.

²²⁸ *Ibid.*

förhållande till vad som är normalt för varan bör köparen nödvändigtvis inte ha fog att förutsätta att varan är i perfekt skick.

Säljarens upplysningsplikt enligt 19 § ska dock enligt 1 st. endast tillämpas om varan har sålts i befintligt skick. En viktig fråga att utreda är dock om reglerna i 19 § kan tillämpas även i de fall då varan ej sålts i befintligt skick.

Martinson menar att 19 § köplagen endast är tillämplig när varan faktiskt sålts i befintligt skick.²²⁹ Att så skulle vara fallet framgår även av förarbetet till paragrafen som anger:

”Det bör understrykas att bestämmelsen blir tillämplig endast i det fall att säljaren faktiskt har gjort ett förbehåll. Om en vara säljs utan sådant förbehåll tillämpas således de allmänna felreglerna (jfr. 17 och 18 §§), vilka medför ansvar för säljaren i alla de fall där reglerna i förevarande paragraf skulle kunna medföra ansvar”²³⁰.

Med hänvisning till förarbetet och Martinson är det alltså tydligt att 19 § endast ska tillämpas i de fall en vara sålts i befintligt skick. Trots detta tydliga besked menar Håstad att 19 § ändå kan vara generellt tillämplig. Han menar att formuleringen som inleder paragrafen; ”även om varan har sålts i befintligt skick”²³¹ talar för en sådan generell tillämpning. Dessutom menar han att det är orimligt att en säljare skulle komma lindrigare undan om denne friskrivit sig, än om så ej gjorts.²³² Håstad menar således att principerna i 19 § åtminstone skulle kunna tillämpas analogt även om en vara säljs utan förbehåll.²³³

Jag instämmer visserligen med Håstads rimlighetsbedömning att det skulle vara konstigt om lagstiftaren endast velat ge denna uttryckliga upplysningsplikt till en säljare som önskat friskriva sig från ansvar. Dock anser jag att lagstiftaren tydligt uttryckt att 19 § endast ska tillämpas om det föreligger en situation där varan är såld i befintligt skick. Resultatet av dessa två avvägningar anser jag således blir att säljaren ska anses ha ett ansvar att upplysa köparen likt det som gäller enligt 19 § vid befintligt skick. Jag anser

²²⁹ Claes Martinson, *Säljarens upplysningsplikt – en fråga om att gå över ån efter vatten*, JT 1992-93 s. 436

²³⁰ Prop. 1988/89:76, s. 91.

²³¹ 19 § köplagen.

²³² Håstad, *Säljarens upplysningsplikt*, JT 1992-93, s. 607, s. 608f.

²³³ *Ibid.*, s. 608.

dock att detta ansvar måste anses framgå av ansvarsreglerna i tredje kapitlet avtalslagen samt av 17, 18 och 20 §§ köplagen. Att så skulle vara fallet framgår även av propositionen som anger att felreglerna i 17 och 18 §§ medför ansvar i alla de fall där 19 § skulle kunna medföra ansvar.²³⁴

5.2 UPPLYSNINGSPLIKTEN VID FÖRETAGSÖVERLÅTELSE

Vid företagsöverlåtelser bestäms felbegreppet och säljarens ansvar för fel i huvudsak av avtalet eftersom köplagen är dispositiv. Avtalet bestämmer således den standard och de egenskaper som köpeobjektet ska ha och om köpeobjektet avviker från vad som bestämts i avtalet föreligger alltså ett fel i enlighet med 17 § köplagen.²³⁵ De icke uttömmande exemplen i första och andra stycket i § 17 köplagen, tillsammans med huvudregeln i tredje stycket, anger när en vara ska anses vara felaktig.²³⁶ Det är således inte relevant att tala om en upplysningsplikt när fel görs gällande enligt 17 § eftersom säljaren ändå ska ansvara för sådana fel. Vem som ska bära felansvaret enligt 17 § handlar istället om riskfördelningen mellan parterna. Om exempelvis säljaren, som bland annat bär risken för dolda fel, lämnar upplysningar till köparen om eventuella dolda fel som finns i företaget, försätts köparen i ond tro varpå fel ej längre kan göras gällande i enlighet med 20 §.

Såsom även nämnts ovan²³⁷ har säljaren ett ansvar även om företaget är sålt i befintligt skick enligt 19 § köplagen, vilket innebär att felansvar kan utkrävas av säljaren även om denne friskrivit sig från ansvar. Paragrafen innebär således ett skydd för köparen om säljaren agerat illojalt genom att underlåta att upplysa om väsentliga förhållanden i företaget.

I rättsfallet NJA 1991 s. 808 prövade HD huruvida en säljare av en glass- och konfektyrrörelse haft en upplysningsplikt gentemot köparen avseende avsaknaden av myndighetstillstånd att bedriva rörelsen i den aktuella lokalen. HD konstaterade att en avsaknad av ett myndighetstillstånd är ett så kallat rådighetsfel, det vill säga ett fel som innebär att en köpare inte kan använda den köpta egendomen på grund av lag,

²³⁴ Prop. 1988/89:76, s. 91.

²³⁵ Håstad, *Köprätt*, s. 73.

²³⁶ *Ibid.*, s. 78.

²³⁷ Se kap. 5.1.

författning eller myndighetsbeslut. HD ansåg vidare att "allmänna köprättsliga grundsatser"²³⁸ som erlägger säljaren ett ansvar för rådfel i den försålda varan då måste vara tillämpliga om säljaren uttryckligen utfäst det, om säljaren uppträtt på ett sätt som innebär att köparen inte haft anledning att anta att sådant fel existerade, eller om säljaren känt till felet men underlåtit att meddela köparen om det. HD konstaterade att säljaren känt till att felet i bolaget var större än vad köparna förutsatt och köparna berättigades därför ett prisavdrag på köpeskillingen.

Rättsfallet illustrerar således att HD vid rättstillämpning ansett att en upplysningsplikt ska föreligga för säljaren, åtminstone om rådfel föreligger.

Även situationen där säljaren lämnat uppgifter som visat sig vara felaktiga har prövats i en skiljedom.²³⁹ Jag ska här redogöra övergripande för omständigheterna i fallet och för skiljenämndens beslut.

Skiljedomen behandlade en överlåtelse av ett företag. Säljaren hade garanterat bolagets balansräkning per den 31 december men för tiden mellan den 31 december och då överlåtelsen skedde i maj hade inga garantier lämnats. Säljaren lämnade däremot resultatrapporter för den tiden och även prognoser angående det kommande årets utveckling. Efter köpet visade det sig dock att resultatrapporterna varit felaktiga och att resultatutvecklingen i bolaget varit mycket svag varför prognoserna inte heller uppfylldes. Köparen yrkade på prisavdrag på grund av att bolagets substans och lönsamhet varit lägre än vad han haft anledning att räkna med. Säljaren bestred prisavdrag och angav att kontraktet, vilket exklusivt reglerade parternas mellanhavanden, ej innehöll någon reglering om säljarens ansvar utöver den garanti som lämnats för balansräkningen per den 31 december.

Skiljenämnden fann att eftersom kontraktet inte innehöll någon förklaring om att det skulle utgöra den slutliga regleringen mellan parterna kunde köparen åberopa allmänna köprättsliga regler till stöd för sin talan. Det av köparen åberopade felet att företaget avvek från vad denne med fog kunnat förutsätta ansågs utgöra en generell rättsprincip som alltså kunde åberopas av köparen. Frågan för skiljenämnden blev

²³⁸ Citat från NJA 1991 s. 808, s. 815.

²³⁹ Skiljedom, Publicerad i *Svensk och internationell skiljedom 1986*, Årsskrift från Stockholms handelskammares skiljedomsinstitut, Redogjord av Lindskog, *Något om köprättsligt fel i rörelsedrivande aktiebolag*, Festskrift till Gotthard Calissendorff, s. 129.

således att utreda vem av parterna som skulle bära risken för att "förväntningarna visat sig vara för optimistiska"²⁴⁰.

Skiljenämnden konstaterade att en säljare inte kan hållas ansvarig för uppgifter i prognoser eller budgetar eftersom sådana uppgifter alltid är behäftade med en viss osäkerhet. Ett sådant ansvar kan bara bli aktuellt om säljaren i princip garanterat uppgifterna eller avsiktligt har förlett köparen. Vad gällde uppgifterna som säljaren lämnat i resultatrapporter ansåg dock skiljenämnden att ett ansvar kunde utkrävas eftersom en resultatrapport likt ett bokslut baseras på redan uppvisade resultat och därför får relevans för att avgöra företagets standard. Skiljenämnden fann således att substansen i bolaget avvikit från vad köparen med fog kunnat förutsätta med hänsyn till vad som framgått av rapporterna varför köparen ansågs vara berättigad till prisnedsättning motsvarande den substansavvikelse som felet innebar.

Med hänvisning till bland annat lagtext och praxis kan således konstateras att det föreligger en slags upplysningsplikt för säljaren i vissa fall. Vid köp av företag där säljaren vanligtvis har ett informationsövertag över köparen aktualiseras även frågan om hur omfattande upplysningsplikten i sådant fall ska vara. Såsom ovan konstaterats är säljarens plikt att informera om eventuella fel eller brister som kan föreligga i företaget beroende av om köparen genomfört en undersökning enligt 20 § eller ej, och om köparen genom en sådan undersökning har, eller kunde ha upptäckt det eventuella felet eller bristen. Om köparen inte kan antas ha upptäckt felet, det vill säga om felet är dolt, har alltså säljaren en upplysningsplikt. Detta innebär att säljaren behöver informera köparen om felet för att undvika felansvar för det.

5.3 SÄLJARENS GARANTIER

Efter att företaget har överlåtit till köparen är en önskan för säljaren att i så stor omfattning som möjligt undkomma riskåtaganden i bolaget.²⁴¹ Säljaren vill uppnå en så kallad *clean exit*. Köparen å andra sidan utsätter sig för ett enormt risktagande genom att köpa ett företag. Köparen kan omöjligen vara helt säker på att allt står rätt till i bolaget vid övertagandet, trots att en noggrann undersökning har genomförts och trots

²⁴⁰ Citat från skiljenämnden, se redogörelse av Lindskog, *Något om köprättsligt fel i rörelsedrivande aktiebolag*, Festskrift till Gothard Calissendorff, s. 132.

²⁴¹ Knabe, *Företagsöverlåtelser – en probleminventering*, s. 86.

en god relation med säljaren.²⁴² Genom att säljaren garanterar vissa egenskaper och viss funktion i bolaget samt viss informations riktighet kan denna riskfördelning mellan parterna åtminstone till viss del utjämnas.

En garanti från säljaren är att likställa med en utfästelse eller en tillförsäkran. Detta innebär alltså att en garanti har en stark och tydlig innebörd som medför ett större ansvar för säljaren än vad andra påståenden som säljaren lämnar i överlåtelseprocessen medför.²⁴³ Säljaren ansvarar visserligen ändå för andra typer av påståenden som lämnats, men för köparen innebär en garanti som regel en större trygghet. Bland annat medför garantin att köparen kan få rätt till skadestånd även för indirekta förluster²⁴⁴ om fel upptäcks i det garanterade.²⁴⁵ Som huvudregel har en köpare inte rätt till skadestånd för indirekta förluster²⁴⁶ men om varan avviker från vad säljaren särskilt har utfäst, det vill säga garanterat, eller om säljaren har agerat försumligt, ska skadeståndet även omfatta de indirekta förlusterna som köparen kan ha drabbats av.²⁴⁷ Effekten av garantin innebär att felet presumeras ha funnits i varan vid riskövergången^{248,249}

Det finns två olika typer av garantier; Alméngarantin som garanterar varans beskaffenhet vid köpet, och funktionsgarantin som garanterar en viss funktion i varan under en viss tid efter köpet.²⁵⁰ Alméngarantin, som också är den svagare av de två garantierna, innebär att säljaren ansvarar för en viss funktion vid tillträdet.²⁵¹ Om sådan garanti lämnas ska alltså risken för felet åläggas säljaren om felet fanns vid överlåtelse tillfället,²⁵² vilket presumeras under garantitiden.²⁵³ Presumtionen innebär att bevisbördan för att felet fanns vid överlåtelsen ligger på säljaren. Säljaren undgår dock ansvar om denne kan visa att felet inte förelåg vid överlåtelsen. Den andra garantitypen, funktionsgarantin, som är den starkare av garantierna, innebär att säljaren åtar sig ansvar för en viss funktion under hela garantitiden.²⁵⁴ Om säljaren lämnar en

²⁴² *Ibid.*, s. 85.

²⁴³ Ramberg, Ramberg, *Allmän avtalsrätt*, s. 209.

²⁴⁴ Vad som är indirekta förluster anges av 67 § 2 st. köplagen.

²⁴⁵ Hultmark, *Kontraktsbrott vid köp av aktie*, s. 145.

²⁴⁶ 40 § 2 st. köplagen.

²⁴⁷ 40 § 3 st. köplagen.

²⁴⁸ Tidpunkten för riskövergången avgörs av 21 § köplagen.

²⁴⁹ Hultmark, *Kontraktsbrott vid köp av aktie*, s. 145.

²⁵⁰ Ramberg, Ramberg, *Allmän avtalsrätt*, s. 208.

²⁵¹ Knabe, *Företagsöverlåtelser – en probleminventering*, s. 86.

²⁵² *Ibid.*

²⁵³ Prop. 1988/89:76, s. 96.

²⁵⁴ Knabe, *Företagsöverlåtelser – en probleminventering*, s. 86.

sådan garanti kan denne alltså hållas ansvarig för fel i det garanterade som uppstår under hela garantitiden,²⁵⁵ och kan således inte undgå ansvar även om det är visat att varan var kontraktsenlig vid överlåtelsen.

5.3.1 INNEBÖRDEN AV GARANTIerna

Vid företagsöverlåtelser är det vanligt att säljaren åtar sig ansvar genom långa garantikataloger i överlåtelseavtalet.²⁵⁶ Att så sker är av stort intresse för köparen, bland annat på grund av det informationsövertag säljaren har med hänsyn till sin insikt i överlåtelseobjektet.²⁵⁷ Existensen av en omfattande garantikatalog innebär dock inte enbart att felansvaret enkelt kan bestämmas, utan ibland kan tolkningsproblem uppstå. Ett exempel på problem som kan uppstå är om ett fel som säljaren inte garanterat uppkommer efter överlåtandet. Frågan är då vilka regler som ska tillämpas i en sådan situation. Ska säljaren ens bära ansvar för fel som inte innefattas i garantikatalogen?²⁵⁸ Det är viktigt att parterna reglerar vad som ska gälla om en sådan situation uppstår. Antingen kan existensen av garantier tolkas som att säljaren inte ska ansvara för fel som inte inryms i garantikatalogen, alternativt kan garantierna tillämpas analogt på felet eller så kan parterna reglera om att dispositiv lag då istället ska avgöra felansvaret.²⁵⁹

Att tolkningsproblem kan uppkomma när det gäller innebörden av en garanti illustreras bland annat i NJA 1941 s. 205.

Omständigheterna i målet var att säljaren sålt en fastighet bestående av ett antal lägenheter till köparen. Fastigheten såldes i befintligt skick men i köpeavtalet infördes en garanti om att lägenheterna i fastigheten skulle inbringa hyra av ett visst belopp för köparen under en viss tid. Efter övertagandet visade det sig dock att två av vindslägenheterna i fastigheten blivit felaktigt inredda och därför stred mot gällande byggnadsbestämmelser. Byggnadsnämnden beslutade därför att fastigheten skulle återställas.

Köparen yrkade på ansvar för säljaren och menade att säljaren genom garantin åtagit sig ansvar för att vindslägenheterna skulle vara i uthyrbart skick. Säljaren bestred

²⁵⁵ *Ibid.*

²⁵⁶ Orrbeck, *Företagsförvärv i praktiken*, s. 130.

²⁵⁷ Forssman, *Företagsöverlåtelser – en introduktion till den legala processen*, s. 64 och Orrbeck, *Företagsförvärv i praktiken*, s. 130.

²⁵⁸ Ramberg, Ramberg, *Allmän avtalsrätt*, s. 210.

²⁵⁹ *Ibid.*

ansvar och angav att garantin inte innefattat någon utfästelse om lägenheternas skick. Dessutom hade ju avtalats om att fastigheten såldes i befintligt skick. Det var i målet ostridigt att säljaren inte känt till att lägenheterna inte varit i godtagbart skick.

HD angav att säljaren varit ovetande om att lägenheterna inte uppfyllde gällande byggnormer samt att säljarens utfästelse inte avsett vindslägenheternas skick, varför säljaren inte kunde hållas ansvarig för felet. Säljaren ansågs alltså ej ansvarig för felet och undkom därför skadeståndsansvar.

Domen visar således att det är viktigt att förstå innebörden och omfattningen av en garanti eftersom det annars lätt kan uppstå tolkningsproblem som kan leda till tvist mellan parterna.

Ett annat problem som kan uppstå om parterna inte är uppmärksamma vid avtalsslutandet är frågan om reklamationsfrist och preskription för återopande av felansvaret. Frågan om garantierna ska höra till felbedömningen enligt köplagen eller om de ska vara fristående är av högsta grad relevant.²⁶⁰ Om inget annat avtalas kan nämligen garantier inskränkas av lag vilket var fallet i NJA 1976 s. 341. I fallet hade parterna nämligen inte avtalat om någon annan reklamationsfrist än vad som gällde enligt köplagen. HD ansåg att i de fall inget annat avtalats skulle köplagens regler tillämpas för att på bästa sätt uppnå förutsebarhet mellan parterna. HD angav vidare att om parterna ansåg att köplagens regler var olämpliga borde avtalet uttryckligen ange vad som ska gälla istället. Köparen blev således på grund av reklamationsfristen på ett år som gällde enligt den gamla köplagen förhindrad att göra fel gällande gentemot säljaren trots att säljaren lämnat garantier.

5.3.2 GARANTINS EFFEKT PÅ UNDERSÖKNINGSPLIKTEN

Något som även behandlats ovan²⁶¹ är faktumet att vissa uppgifter från säljaren kan anses inskränka köparens undersökningsplikt. Hultmark menar att undersökningsplikten kan bortfalla när säljaren garanterar något men att vissa garantier genom sin formulering kan antyda att undersökningsplikten kvarstår.²⁶² Johansson anger att garantier istället kan användas för att begränsa köparens

²⁶⁰ Hultmark, *Kontraktbrott vid köp av aktie*, s. 146.

²⁶¹ Se kap. 4.3.2.

²⁶² *Ibid.*, s. 187f.

undersökningsplikt.²⁶³ Vidare anger Johansson att det föreligger skillnad i uppfattningen av garantins effekt mellan praktiker och teoretiker. Han menar att praktiker i regel är av uppfattningen att garantier helt befriar köparen från undersökningsplikten.²⁶⁴ Däremot är teoretiker av en annan uppfattning och anser istället att garantier har en mindre långtgående effekt på köparens undersökningsplikt.²⁶⁵ Johansson menar att diskussion förts av teoretiker om huruvida en garanti kan anses vara neutraliserad i de fall säljaren, trots en lämnad garanti, uppmanar köparen att undersöka köpeobjektet, samt i de fall då köparen känt till fel i bolaget.²⁶⁶ Att så skulle vara fallet skulle dock begränsa förutsebarheten i överlåtelseavtalet.²⁶⁷ Om säljaren endast genom att uppmana köparen att undersöka bolaget inför köpet skulle kunna undgå ansvar för de garantier som lämnas, skulle garantier i överlåtelseavtal inte kunna medföra någon säkerhet för köparen vilket skulle resultera i en än mer ojämn riskfördelning mellan parterna. Johansson menar dock att det kan finnas skäl för säljaren att uppmana köparen till undersökning trots att en garanti lämnats. Denna situation skulle aktualiseras i de fall garantin är mycket allmänt hållen och säljarens uppmaning till köparen att undersöka är preciserad, eftersom effekten av köparens undersökning då skulle bli att garantin begränsas.²⁶⁸

Garantin kan även få en effekt på köparens undersökningsplikt om köparen vid överlåtelsen känner till felet. Om köparen känner till felet vid överlåtelsen kan han som huvudregel inte göra felet gällande gentemot säljaren. Om felet är känt för köparen, och säljaren trots detta lämnat en garanti som omfattar felet kan två situationer bli aktuella. Först och främst kan båda parter ha känt till felet men säljaren genom garantin åtagit sig att ansvara för det. I detta fall bör köparen kunna åberopa felet trots vetskap om det.²⁶⁹ Den andra situationen är då felet är känt för köparen men inte för säljaren. I detta fall är det orimligt att köparen skulle få åberopa felet utan bör istället klargöra situationen för säljaren genom att uppmärksamma säljaren om felet.²⁷⁰

²⁶³ Johansson, SvJT 1990 s. 81, s. 96.

²⁶⁴ Johansson, SvJT 1990 s. 81, s. 96.

²⁶⁵ *Ibid.*

²⁶⁶ *Ibid.*

²⁶⁷ *Ibid.*, s. 97.

²⁶⁸ *Ibid.*

²⁶⁹ *Ibid.*, s. 98.

²⁷⁰ *Ibid.*

6 ANALYS

I detta avsnitt ska jag tydliggöra den huvudsakliga problematiken inom uppsatsens olika delar och vidare diskutera några av de frågor som uppkommit under arbetets gång. Syftet är att förmedla den huvudsakliga problematiken kring riskfördelningen som jag avsett redogöra för i uppsatsen, på ett sådant sätt att parter i en företagsöverlåtelse kan finna vägledning för vad som är viktigt att tänka på innan ett överlåtelseavtal ingås.

6.1 NÄR UPPSTÅR BUNDENHET FÖR PARTERNA?

Om parterna inte särskilt har avtalat om när bundenhet ska uppstå ska avtalslagens modell om anbud och accept gälla, om inte annat framgår av handelsbruk eller annan sedvänja. Denna fråga är av hög relevans när det gäller köp av företag. När ska parterna anses bundna av överlåtelsen? Företagsöverlåtelseavtalet är ett speciellt avtal i den meningen att avtalslagens regler om anbud och accept inte passar eftersom det slutgiltiga överlåtelseavtalet som regel sluts först efter omfattande undersökningar och förhandlingar mellan parterna. Fram till dess att ett överlåtelseavtal slutits kan situationer uppstå som gör att en part önskar dra sig ur affären. Frågan är dock, hur långt in i affären det är möjligt att dra sig ur? När uppstår bundenheten för parterna?

Avtalslagens regler innebär att när en uttalad partsvilja och partsavsikt överensstämmer ska ett avtal anses ingånget. Ett avtal kan alltså uppstå redan tidigt i överlåtelseprocessen om parterna uttrycker sig så att en gemensam partsavsikt kan anses föreligga. Det är inte nödvändigt att ha rätt ut alla detaljer kring köpet innan avtal ska ha anses ingånget, utan sådana detaljer kan diskuteras i efterhand. Det är sällan parterna i en företagsöverlåtelse har en önskan om att ett avtal ska anses ingånget redan på förstadiet i förhandlingen. För att undkomma att avtal ska anses ingånget kan parterna således komma överrens om vissa ramar för avtalsslut. Sådana ramar kan formuleras i ett föravtal mellan parterna, ett så kallat Letter of Intent.

6.2 KÖPLAGENS TILLÄMPLIGHET OCH LÄMPLIGHET

Det har diskuterat ovan om köplagen ska vara tillämplig på köp av företag. Efter att olika rättskällor vägts emot varandra är den koherenta slutsatsen av diskussionen att köplagen måste anses utgöra den huvudsakliga regleringen av sådana överlåtelser.

Eftersom förarbetet dock ger utrymme för att annan lag kan tillämpas, kan således skuldebrevslagens ansvarsregler tillämpas i vissa fall. I enlighet med teorin om defeasibility utgör alltså köplagen normen medan skuldebrevslagen kan tillämpas i undantagsfall. Frågan om vilken lag som ska tillämpas bör således avgöras av ett rimlighetsavvägande. Är det rimligt att en säljare av enbart ett fåtal aktier och utan ett bestämmande inflytande i bolaget ska bära ett ansvar för dessa aktier enligt köplagens felregler? Jag anser att skuldebrevslagens felregel kan tillämpas i ett sådant fall. Däremot anser jag att det är rimligt att utkräva ett ansvar enligt köplagens felregler för en säljare av en större andel aktier i ett bolag om denne har ett bestämmande inflytande i bolaget. Om dessa förutsättningar föreligger anser jag att en köpare kan kräva att säljaren har en sådan insikt i bolaget som är rimligt att kräva i enlighet med köplagens regler.

Huruvida köplagen är tillämplig eller ej kan dock även diskuteras utifrån en annan kontext. Är köplagens regler passande vid reglering av ansvar vid köp av företag? Köplagens syfte är att vara en bred lagstiftning som anger normen för vad som ska gälla vid köp av lös egendom. Eftersom köp av lös egendom är ett mycket brett område kan det då anses att dessa regler inte passar för reglering av vissa situationer. Köp av aktier och köp av företag är två exempel på lös egendom som inte alltid passar in i den ram som köplagen ställer upp. Lagstiftaren är medveten om att lagen inte passar på alla köp av lös egendom och har därför lämnat utrymme i förarbetet för att annan lag kan tillämpas istället för köplagen. Trots detta har domstolar och skiljenämnder valt att tillämpa köplagens regler och principer även i de fall parterna redan avtalat om vad som ska gälla, och även om parterna helt skulle avtala bort köplagens tillämplighet kan lagens principer avgöra parternas mellanhavanden.

Det är alltså i praktiken mycket svårt att frångå att köplagens regler tillämpas på avtalet om tvist uppstår. För att helt undkomma detta måste således parterna helt avtala bort köplagens tillämplighet genom att specifikt reglera vad som istället ska gälla i alla möjliga situationer som kan uppstå. I praktiken kan detta få till följd att den svenska, något korta och koncisa avtalsformen, får ge vika till förmån för angloamerikanskt inspirerade, omfattande överlåtelseavtal.

Köplagen med sin breda form kan således i nuläget tillämpas utfyllande på alla avtal rörande köp av lös egendom, även om köplagens regler inte alltid är passande. Anledningen till detta är att köplagens regler är ett uttryck för allmänna köprättsliga

principer. Är det då rimligt att köplagen påtvingas som komplettering och utfyllnad av avtalet eller ska rättstillämparen vidta en större försiktighet vid tillämpandet av lagen?

Faktumet att köplagens regler ska tillämpas styr i viss omfattning hur riskfördelningen mellan parterna kommer se ut, vilket får effekten att riskfördelningen inte är särskilt jämn vid en företagsöverlåtelse. Detta ska behandlas mer ingående nedan.

6.3 RISKFÖRDELNING MELLAN PARTERNA

Köplagens regler uppställer i viss mån den riskfördelning som ska gälla för parterna. Enligt denna modell ska säljaren bära risken för det som framgår ur 17 § köplagen. Bland annat ska alltså företaget stämma överrens med vad som följer av avtalet och företaget ska uppfylla köparens befogade förväntningar. Köparen ska då bära risken för allt som inte faller in under detta. Som utgångspunkt är alltså köplagens riskfördelning väldigt säljarvänlig. Utöver detta påverkas riskfördelningen också av att köparen inte kan ha särskilt omfattade befogade förväntningar på ett företag eftersom ett företag är av en sådan särskild karaktär. Detta faktum innebär att säljarens riskzon minskar en del medan området för vad köparen får stå risken för utökas. Frågan är dock om denna riskfördelning mellan parterna är rimlig. Säljaren som känner sitt företag har ju således inte bara ett informationsövertag utan bär också en mindre risk för fel i bolaget än vad köparen gör.

6.3.1 UNDERSÖKNINGSPLIKTENS EFFEKT

Riskfördelningen kan dock påverkas av annat än vad som framgår ur 17 §. Bland annat kan den påverkas om köparen genomför en undersökning av företaget, en så kallad due diligence. En due diligence, som är en undersökning som genomförs före köpet, påverkar riskfördelningen eftersom 20 § köplagen anger att köparen inte får göra gällande som fel det som upptäcks eller det som köparen borde ha upptäckt vid en sådan undersökning. Till skillnad från vad som gäller vid fastighetsköp är dock inte omfattningen av köparens undersökning vid köp av ett företag fastställt av någon norm, utan är istället beroende av köparens egen kunskap och insikt. Omfattningen av en undersökning som genomförs vid fastighetsköp ska avgöras av vad en normalt bevandrad och erfaren lekman skulle kunna upptäcka vid en tillräckligt noggrann undersökning. Vid köp av företag avgörs omfattningen istället av vad köparen faktiskt har undersökt och vad denne då borde ha

upptäckt. Allt det som köparen borde ha upptäckt genom en sådan undersökning faller således efter en genomförd undersökning inom köparens riskzon, även om det ursprungligen var något som säljaren skulle bära risken för. Detta gäller under förutsättningen att säljaren ej agerat illojalt mot köparen. En due diligence får således effekten av att den utökar köparens riskzon och minskar säljarens.

Varför genomför då köparen en due diligence? Jo, dels så kan säljaren ha uppmanat köparen att undersöka men dels kan köparen ha valt att genomföra en sådan undersökning på eget initiativ. Att köparen själv vill genomföra en sådan undersökning kan dock ligga i köparens bästa intresse. Vilket nämndes inledningsvis har säljaren ett informationsövertag över köparen vilket också innebär att säljaren har ett övertag vid förhandlingen. En due diligence får alltså effekten för köparen att detta informationsövertag jämföras något. Köparen blir genom en undersökning mer informerad om företaget och kan således fatta ett mer välgrundat beslut. Om köparen inte genomför en undersökning före köpet, köps ju praktiskt taget "grisen i säcken". Visserligen får ju köparen en andra chans till undersökning efter köpet genom 31 § köplagen, men att enbart undersöka varan efter köpet är riskabelt i den mån att vissa påföljder, såsom exempelvis hävning, svårligen kan genomföras efter att övertagande av företaget har skett. Om köparen endast genomför en undersökning av företaget efter köpet och det då visar sig att företaget är behäftat med fel, kan visserligen prisavdrag och skadestånd vara aktuella påföljder, men på grund av att hävning inte alltid kan vara aktuellt kan köparen således bli fast med ett dåligt företag. Detta är extremt riskabelt och jag anser att det inte bara ligger i köparens eget intresse att så ej sker, utan även är ett samhällligt intresse eftersom fler dåliga köp då skulle kunna undvikas, vilket skulle kunna leda till färre tvister.

Det faktum att köparen får en större riskzon för fel om en undersökning genomförs bör således vägas mot det faktum att köparen genom att genomföra en undersökning fattar ett mer välgrundat beslut angående huruvida företaget alls ska köpas. Köparen får också en bättre förhandlingsposition vilket skulle kunna innebära att företaget kan köpas till en lägre köpeskilling alternativt med en längre garantikatalog. Jag tror att en köpare som fick dessa två alternativ presenterade för sig skulle välja det andra alternativet, alltså att fatta ett mer välgrundat beslut, eftersom detta beslut får mer långtgående effekter för köparen.

Jag anser att lagstiftaren borde uppmuntra köparen till att undersöka ett företag före köpet eftersom att göra så är så fördelaktigt för köparen själv. I praktiken tror jag att de flesta köpare av företag genomför någon slags undersökning av företaget före köpet eftersom ett köp av ett företag ofta innebär stora summor, men det skulle inte skada att mer incitament skulle finnas för köparen. Exempelvis skulle en undersökningsplikt som den som gäller vid köp av fast egendom kunna införas i lagen, det vill säga att köparen efter köpet bara kan åberopa fel gentemot säljaren som varit dolda för köparen vid köpet. En sådan reglering skulle antagligen få effekten att köpare praktiskt taget alltid undersöker företaget före köpet.

Om en sådan reglering införs är det dock nödvändigt att på något sätt begränsa hur omfattande undersökningen ska vara. Enligt 20 § 2 st. köplagen får köparen inte åberopa som fel vad som borde ha upptäckts vid en undersökning. Vad som borde ha upptäckts vid en undersökning är dock beroende av bland annat hur omfattande undersökningen är. Eftersom ett företag kan vara ganska svårundersökt är det rimligt att undersökningen kan begränsas något så att vad som ska anses ha upptäckts vid en undersökning och vad som ska anses vara dolda fel bedöms mer generöst om en sådan reglering införs.

6.3.2 HAR SÄLJAREN EN UPPLYSNINGSPLIKT?

Ris fördelningen mellan parterna kan även påverkas av huruvida säljaren ska anses ha en upplysningsplikt eller inte. Om säljaren borde ha lämnat en viss uppgift till köparen före köpet men inte gjort så kan detta få effekten att ett fel ska anses föreligga i företaget. Ett sådant fel kan köparen göra gällande gentemot säljaren efter köpet. Detta fördelar risken något mellan parterna och får effekten att säljaren får anses bära risken för fel som denne borde känna till i företaget och som är väsentliga.

Eftersom lagen ser ut som den gör uppträder dock en del frågetecken angående även detta. Köparens upplysningsplikt är tydligt reglerad i 19 § 2 p. köplagen men denna paragraf behandlar endast situationen där varan sålts i befintligt skick. För varor som inte har sålts i befintligt skick finns således ingen sådan utförlig upplysningsplikt som den som framgår av 19 §. Att lagstiftarens syfte varit att endast betunga säljaren med en upplysningsplikt i det fall denne sålt en vara i befintligt skick verkar orimligt. Det förefaller rimligare att anta att lagstiftaren haft en önskan om att säljaren som

huvudregel ska anses ha en upplysningsplikt, men att 19 § tydliggör att säljaren ej får undanhålla viktig information bara för att varan är såld i befintligt skick, utan att en upplysningsplikt ska existera även i detta fall. I förarbetet till köplagen kan utläsas att lagstiftarens intention verkar ha varit att säljarens upplysningsplikt ska existera även om varan inte har sålts i befintligt skick och förarbetet antyder att så bör framkomma ur 17-18 §§.

Med hänsyn till ovanstående förefaller det således rimligt att lagstiftarens intention varit att säljaren ska ha en upplysningsplikt även om varan inte sålts i befintligt skick. Att så bör kunna utläsas ur 17 och 18 §§ håller jag dock inte helt med om. För att köparen ska kunna yrka fel enligt 17 § krävs inte att säljaren ska ha brustit i någon upplysningsplikt. Däremot krävs för att kunna yrka fel enligt 18 § att uppgifter lämnade av säljaren är felaktiga. Ingenstans i dessa två paragrafer nämns att säljaren ska ha en skyldighet att upplysa om uppgifter som kan vara väsentliga för köparen i likhet med vad som krävs enligt 19 §. Om lagstiftarens intention är att en upplysningsplikt ska kunna identifieras i 17 och 18 §§ bör detta tydliggöras ytterligare.

Trots denna otydlighet och detta dubbelbudskap från lagstiftarens sida, menar jag att den mest koherenta slutsatsen är att säljaren med anledning av ovanstående ska kunna åläggas en upplysningsplikt i likhet med den som säljaren åläggs enligt 19 §.

6.3.3 UPPLYSNINGSPLIKTENS EFFEKT

Eftersom upplysningsplikten ska anses föreligga för säljaren, får säljaren således bära risken för väsentliga fel som denne borde känna till, men inte meddelar köparen om före köpet. Risken för dessa fel får således bäras av säljaren.

En fråga som kan uppkomma när det gäller köp av företag och säljarens upplysningsplikt är den om vad effekten blir om säljaren underlåter att upplysa köparen om väsentlig information om företaget. Eftersom hävning av köpet svårligen kan ske skulle det kanske vara rimligt att misstänka att säljaren agerar illojalt gentemot köparen i syfte att få till en bra affär.

Jag tror dock att det inte finns något belägg för en sådan oro. För att säljaren skulle få för sig att agera illojalt behöver de ekonomiska incitamenten tala för att det skulle löna sig att agera illojalt, vilket de inte gör. Även om hävning inte blir aktuellt, kan prisavdrag

och skadestånd bli aktuellt både genom köplagens och avtalslagens regler. De ekonomiska incitament som fanns för att vilseleda köparen i ett ursprungligt läge bör inte överstiga de ekonomiska incitament som talar för att inte vilseleda köparen varför detta problem ej bör existera i praktiken.

6.3.4 GARANTIERNAS EFFEKT

Som huvudregel innebär en garanti från säljaren enligt 40 § köplagen att säljaren får bära risken för fel i det garanterade. Risken för fel i det garanterade ska dock enligt 20 § köplagen som huvudregel återgå till köparen om köparen haft vetskap om felet. Även denna huvudregel har dock undantag. I och med att köplagen är dispositiv är det dock möjligt för avtalsparter att själva avgöra riskfördelningen dem emellan. En garanti som uppkommer genom att en köpare och säljare som alltså kommer överens om att säljaren ska bära risken för ett fel som båda parter känner till ska alltså gälla. I de fall köparen men inte säljaren känt till felet är det inte möjligt att parterna kommer överens om att garantin ska gälla trots 20 § köplagen varför 20 § köplagen ej kan anses ha blivit bortavtalad utan risken för felet får i sådant fall bäras av köparen.

En annan fråga som kan uppkomma vid avgörandet av garantiers effekt på riskfördelningen är den om säljaren ska bära risken för fel i annat än det garanterade. Kärnan av frågan är således om säljarens garantier kan anses innebära att parterna har avtalat bort säljarens felansvar i övrigt.

Om frågan behandlas utifrån ett riskfördelningsperspektiv framgår vad säljaren ska bära risken för av köplagens riskfördelningsregler. Om parterna avser inskränka reglerna i köplagen måste detta göras på ett uttryckligt sätt genom att så tydligt framgår av parternas avtal. Om parterna ej tydligt angett vad som ska gälla istället för köplagen måste således köplagens regler anses gälla. En garanti innebär att säljaren utfäster en viss egenskap eller liknande i företaget. En garanti i sig själv innebär således inget bortavtalande av köplagens regler utan får enbart en riskfördelande effekt mellan parterna i enlighet med 40 §. Att garantier har tagits upp i avtalet innebär således inte att parterna avtalat bort köplagens regler i övrigt varför riskfördelningen som ej behandlats av garantier kvarstår. Detta innebär således att säljaren ska bära risken för även sådant som inte har garanterats.

7 SLUTSATS

Slutsatsen av det angivna är således att det föreligger en viss riskfördelning enligt köplagens regler som kan få en någorlunda sneddrivet uttryck när reglerna tillämpas på köp av företag. Bland annat innebär den due diligence som ofta genomförs vid en företagsöverlåtelse en inskränkning i säljarens riskzon vilket ytterligare belastar köparen. Riskfördelningen kan dock utjämnas något genom den för säljaren gällande upplysningsplikten samt genom att parterna avtalar om säljargarantier. Det är dock viktigt att både säljaren och köparen är medvetna om de risker som föreligger vid köp av ett företag och att båda parter gör sitt bästa för att överlåtelseprocessen går så smärtfritt till som möjligt så att tvister undviks i största möjliga mån.

Jag anser att köplagen i viss mån ej är passande att tillämpa på köp av företag. Reglerna är framtagna för att vara allmänt hållna och främst för att tillämpas på köp av lösa saker. Jag anser dock att det är viktigt att det finns lag som kan ge vägledning och tolkningsunderlag för de fall där avtalet brister. Inget avtal kan vara perfekt och det är därför en trygghet för parterna att veta att det finns något att falla tillbaka på. Om köplagen eller köprättsliga principer inte skulle kunna tillämpas på bristfälliga avtal skulle detta kunna få mycket oönskade effekter. Jag menar således att en revidering av köplagen är nödvändig för att den bättre ska passa även köp av företag, eller mer allmänt, köp som kräver omfattande förhandlingar och undersökningar innan avtalet ingås. Mitt förslag är således som följer;

7.1 FÖRSLAG DE LEGE FERENDA

Jag föreslår således ett tillägg till köplagen med regler som ska gälla för köp av företag och andra liknande transaktioner. Reglerna bör fungera som *lex specialis*, det vill säga som specialregler för just dessa specifika transaktioner och bör därför placeras i ett friliggande kapitel. På grund av dess syfte att endast tillämpas i vissa situationer bör köplagens andra regler således inte påverkas.²⁷¹ De regler som detta kapitel bland annat bör omfatta är alltså;

²⁷¹ Lagstiftaren bör dock vidta försiktighet vid införande av nya rättsregler i syfte att undvika inkohärens med andra redan existerande rättskällor.

- (1) Regler om skriftform för bundenhet. Genom sådana regler skulle osäkerhet om när bundenheten uppstår, helt bortfalla.
- (2) Regler om att köparen endast kan reklamera dolda fel efter köpet. Sådana regler skulle innebära att köparen behöver upptäcka öppna fel före köpet för att få åberopa dem gentemot säljaren, såsom är fallet vid fastighetsköp.
- (3) Tydliga regler angående att säljaren upplysningsplikt ska föreligga även om varan inte är såld i befintligt skick.

8 KÄLLHÄNVISNING

8.1 OFFENTLIGT TRYCK

Prop. 1988/89:76, Ny köplag.

Prop. 1989/90:77, Om konsumentskyddet vid förvärv av småhus, m. m.

8.2 LITTERATUR

Aiello, Robert J., Watkins, Michael D., *The fine art of friendly acquisition*, I: *Harvard Business Review on Mergers and Acquisitions*, Harvard Business School Publishing Corporation, Boston, MA, USA, 2001, s. 23-43.

Almén, Tore, Eklund, Rudolf, *Om köp och byte av lös egendom - Kommentarer till lagen den 20 juni 1905*, 4 uppl., P. A. Norstedts & söners förlag, Stockholm, 1960.

Bing, Gordon, *Due Diligence – Planning, Questions, Issues*, Praeger Publishers, Westport, CT, USA, 2008.

Forssman, Magnus, *Företagsöverlåtelser – En introduktion till den legala processen*, Norstedts Juridik, Stockholm, 2011.

Gorton, Lars (red.), *Due diligence – Garantier och undersökning vid olika avtalstyper*, Studentlitteratur, Lund, 2002.

Howson, Peter, *Due Diligence – The critical stage in acquisitions and mergers*, Gower Publishing Limited, Abingdon, Oxon, Storbritannien, 2003.

Hultmark, Christina, *Kontraktbrott vid köp av aktie – Särskilt om fel*, Juristförlaget, Stockholm, 1992.

Hultmark, Christina, *Upplysningsplikt vid ingående av avtal*, Juristförlaget, Stockholm, 1992.

Håstad, Torgny, *Köprätt – och annan kontrakt rätt*, 6 uppl., Iustus förlag, Uppsala, 2009.

Karnell, Gunnar, *Om värdefel vid överlåtelse av rörelsedrivande aktieföretag*, I: *Festskrift till Knut Rodhe*, P A Norstedt & söners förlag, Stockholm, 1976, s. 271-297.

Knabe, Anders, *Företagsöverlåtelser – En probleminventering*, Juristförlaget, Stockholm, 1989.

Lindskog, Stefan, *Något om köprättsligt fel i rörelsedrivande aktiebolag, I: Festskrift till Gotthard Calissendorff*, Norstedts förlag, Stockholm, 1990, s. 129-143.

Malmaeus, Hans, Edler, Niklas, *Sälja företag – så får du ut fullt värde*, Liber, Malmö, 2008.

Martinson, Claes, *En struktur över kredit- och exekutionsrätten*, 3 uppl., Juridiska institutionen, Handelshögskolan vid Göteborgs Universitet, Göteborg, 2009.

Orrbeck, Martin, *Företagsförvärv i praktiken*, Studentlitteratur, Lund, 2006.

Ramberg, Jan, Herre, Johnny, *Köplagen*, Fritzes Förlag AB, Stockholm, 1995.

Ramberg, Jan, Ramberg, Christina, *Allmän avtalsrätt*, 8 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 2010.

Sevenius, Robert, *Företagsförvärv – en introduktion*, Studentlitteratur, Lund, 2003.

8.3 PERIODISKT TRYCK

Håstad, Torgny, *Säljarens upplysningsplikt*, JT 1992-93 s. 607-619.

Johansson, Anders, *Undersökningsplikt vid aktiebolagsförvärv - Frågor beträffande köplagens tillämpning vid förvärv av aktiebolag*, SvJT 1990 s. 81.

Kihlman, Jon, *Warranties, representations and due diligence in Swedish law*, Executive View Media Limited, Mergers, acquisitions & joint ventures, 2010 digital guide, s. 158-160, www.avtalsrätt.com/images/stories/Warranties_Representations_and_Due_Diligence_in_Swedish_Law.pdf (hämtad 2011-10-25).

Lindskog, Stefan, *En avhandling om aktieöverlåtelser*, SvJT 1993 s. 97.

Lindskog, Stefan (red.), *Innebär en avtalad rätt till prisavdrag att hävningsrätt uteslutits*, JT 1992-93, s. 707-708.

Lindskog, Stefan (red.), *Avtalstolkning; särskilt om bortavtalande av köprättsliga felpåföljder*, JT 1994-95, s. 539-548.

Martinson, Claes, *Säljarens upplysningsplikt – en fråga om att gå över ån efter vatten*, JT 1992/93 s. 436-455.

Peczenik, Alexander, *Juridikens allmänna läror*, SvJT 2005 s. 249.

Sevenius, Robert, *Om "due diligence" – företagsbesiktningens betydelse i svensk rätt*, SvJT 2007 s. 499.

Åhman, Ola, *Betydelseprövningen vid företagsöverlåtelser*, SvJT 1990 s. 479.

8.4 ELEKTRONISKA KÄLLOR

Stockholms Handelskammars Skiljedomsinstitut, *Ännu ett starkt år för SCC*, <http://www.sccinstitute.se/statistik.aspx> (Hämtad 2011-10-07).

8.5 RÄTTSFALLSREGISTER

8.5.1 NJA

NJA 1941 s. 205.

NJA 1961 s. 330.

NJA 1976 s. 341.

NJA 1978 s. 301 .

NJA 1979 s. 790.

NJA 1983 s. 858.

NJA 1985 s. 871.

NJA 1991 s. 808.

NJA 1996 s. 598.

NJA 2007 s. 86.

8.5.2 SKILJEDOMAR

Skiljedom meddelad av Gotthard Calissendorff, Birgitta Blom och Thomas Huldén, Refererad i Lindskog, Stefan, *Något om köprättsligt fel i rörelsedrivande aktiebolag*, Festskrift till Gotthard Calissendorff, Norstedts Förlag, Stockholm, 1990.

Skiljedom meddelad 1991-09-10 av Gunnar Ehrner, Björn Edgren och Dag Wersén, Refererad av Lindskog, Stefan (red.), i JT 1992-93 s. 707.

Skiljedom meddelad av Anders Litzén, Jan Ramberg och Eric Ager, Refererad av Lindskog, Stefan (red.), i JT 1994-95 s. 539.

INFORMATION OM REGISTRERING OCH EXAMINATION

Första registrering på kursen: Höstterminen 2011, kursstart 2011-08-31.

Examinationstillfälle: 2012-01-10.