

Lars Gorton (red.), **Due diligence – garantier och undersökning vid olika avtalstyper**. Lunds universitet, Juridiska fakulteten, 2002, 288 s.

Volymen innehåller ett par examensarbeten beträffande företeelsen ”due diligence”. Som praktiker med inriktning mot denna verksamhet har jag funnit det särskilt intressant att lyfta blicken för att försöka utvärdera den på ett mer vetenskapligt plan. I detta syfte har jag vid flera tillfällen varit behjälplig som handledare eller intervjuobjekt för studenter i olika juridiska och ekonomiska uppsatsarbeten i ämnet. Det är således med förväntan jag läser volymen, inte minst på grund av att det finns begränsat tryckt material på svenska.

Uppsatserna i volymen är *Parternas förpliktelser vid företagsförvärv* av Lucas Jonsson och Nicklas Liljegren samt *Due diligence och immateriella rättigheter – hantering av patent, varumärken och upphovsrätter vid företagsförvärv* av Bo Tarras-Wahlberg. Författarna har från olika utgångspunkter analyserat den praktiska företeelsen i relation till olika rättsområden. Den första uppsatsen är en köprättslig analys som framför allt tar upp aspekter kring det köprättsliga felbegreppet, upplysningsplikt och undersökningsplikt.¹ Den andra uppsatsen är som titeln avslöjar en analys av hanteringen av immateriella rättigheter vid företagsförvärv. Volymen innehåller även en tredje uppsats om det intressanta ämnet *Covenants i svensk och internationell kreditgivning* av Susanna Torbrand, vilken dock inte kommenteras här.

Det första som bör fixeras vid en behandling av företeelsen är användandet av själva termen ”due diligence”. Denna anglosaxiska term används i Sverige med olika intonation, och ibland med något varierande betydelse, av såväl praktiker som akademiker. Genomgående tvingas man iaktta märkliga och otypliga sammansättningar av svenska och engelska ord, exempelvis ”due diligencegranskning”, ”duediligenceprövningen”, ”en Due Diligence”, ”due diligenceundersökningen” och ”due diligencen”. Detta är nu inte särpräglat för volymen utan allmänt förekommande. En ordagrann översättning av termen förslår inte till att ange betydelsen eller funktionen av företeelsen, vilket verkar förvillande bl.a. för dess precisering och förståelse. I denna anmälan kommer ordet *företagsbesiktning* att användas som svensk term för företeelsen som beskrivits i uppsatserna. Denna term är vald i anslutning till termer för andra företeelser som med snarlikt syfte är inriktade mot att iaktta avvikelser från en förväntad eller överenskommen standard, exempelvis fastighetsbesiktning och bilbesiktning.

Om förståelsen ska underlättas är det särskilt viktigt att välja en term som är signifikant i förhållande till definitionen av företeelsen. I sin inledande kommentar till uppsatserna använder Gorton definitionen ”en procedur som köparen

¹ Liknande ansats har bl.a. uppsatserna av Jennica Göransson, Säljarens och köparens felansvar i samband med due diligence, examensarbete vid Stockholms universitet, 1998 och Anders Wamhammar, Due diligence vid företagsförvärv, examensarbete vid Lunds universitet 2000.

av ett företag genomför för att ett företags (målbolaget) ekonomiska ställning och andra förhållanden skall penetreras som förutsättning för ett förvärv” (s. 3). Utan att gå in på detaljer är detta en relativt tillfredsställande definition av företagsbesiktning som den generellt kommer till användning i praktiken. Företagsbesiktning förekommer framför allt i förvärvssituationer, även om det finns andra användningsområden som t.ex. börsintroduktioner och kreditgivning. Termens historiska konnotation – omsorgsplikt – har rötter i romersk, engelsk och amerikansk rätt,² men är otydlig i dess moderna svenska tappning. Det främjar därför förståelsen att betona företagsbesiktningen som en särskild procedur, eller process, med eget syfte och logik. På basis därav kan exempelvis den praktiska processen vid företagsbesiktning beskrivas genom att dela in den i olika faser: informationsinsamling, analys och rapportering.³ Företagsbesiktningen utgör i sin tur en central del av transaktionsprocessen vid företagsförvärv, eftersom den tillgodoser det nödvändiga behovet att i strukturerad form överföra information om målföretaget från säljare till köpare.

En anledning till att vara noggrann vid definitionen av företagsbesiktning är att visa att den fyller en särskild funktion i transaktionsprocessen som inte nödvändigtvis skall sammanblandas med bl.a. företagsvärdering. Uppsatsskrivarna har inte helt förmått att hålla isär dessa två transaktionsmoment. Tarras-Wahlberg gör en kreativ uppdelning mellan kvalitativ värdering (företagsbesiktning) och kvantitativ värdering (företagsvärdering) av immateriella rättigheter (s. 130). Till försvar för sammanblandning kan dock sägas att transaktionsprocessen inte är så pass standardiserad att företagsbesiktning och företagsvärdering fullständigt kan särskiljas. Det kan även sägas att företagsbesiktningen delvis syftar till att prissätta företaget (vilket dock är skilt från att värdera företaget). Eftersom syfte och metodik vid företagsvärdering är väsensskild finns dock skäl att inte sammanblanda dessa två transaktionsmoment, inte minst ur ett juridiskt perspektiv, eftersom de köprättsliga konsekvenserna är olika. En företagsvärdering och dess antaganden torde normalt inte påverka rättsförhållandet mellan parterna, medan en företagsbesiktning kan omfördela säljarens och köparens risk.

En grundläggande frågeställning för volymen är företagsbesiktningens köprättsliga konsekvenser, närmare bestämt hur den förhåller sig till den undersökning som regleras av 20 § 2 st. köplagen. Enligt Gortons inledande kommentar till uppsatserna ”följer [det] av Köplagens bestämmelser att köparen bör göra en undersökning av det köpta föremålet” (s. 3). Samma slutsats drar inte Jonsson och Liljegren efter sin analys av företagsbesiktningens koppling till köplagen; utgångspunkten för köplagen är att en generell plikt att undersöka målföretaget inte åläggs köparen (s. 80). Det senare överensstämmer bättre med 20 § 2 st.

² Se Lajoux, Alexandra Reed och Elson, Charles M, *The art of M&A due diligence – navigating critical steps and uncovering crucial data*, McGrawHill, 2000, s. 4.

³ Se vidare i Pettersson, Christina och Sevenius, Robert, *Due diligence – en allt viktigare process men inte någon fastställd standard*, Balans nr 10, 2000, s. 33.

köplagen jämte 17 § 3 st. Den intressanta frågan är således om köparen bör göra en företagsbesiktning på eget initiativ oavsett köplagen.⁴ En köpare som utan uppmaning från säljaren genomför en företagsbesiktning av målföretaget, allt annat lika, ökar sin risk eftersom köparen skaffar sig kunskap som kan aktualisera 20 § 2 st. Köplagens modell lägger ett större ansvar på säljaren än den princip om "caveat emptor" (köpare akta sig) som ofta förknippas med de rationella argumenten för företagsbesiktning.⁵ Frågan kan dock troligen inte besvaras på ett så pass generellt plan utan kräver beaktande av de olika förhållanden i företaget som kan komma ifråga för undersökning. Vissa förhållanden har ibland ansetts utgöra återkommande risker som typiskt sett faller in under antingen säljarens eller köparens sfär, exempelvis god redovisningssed, tillstånd för verksamheten och framåtriktad finansiell information.⁶ Oavsett rimligheten i denna abstrakta riskfördelning kan sådana förhållanden och argumentationen kring dessa bilda en utgångspunkt för att bedöma om en företagsbesiktning på eget initiativ bör genomföras eller inte – i praktiken borde bedömningen bli i vilken omfattning företagsbesiktning på eget initiativ skall ske.

Jonsson och Liljegren undersöker ifall omfattningen av en undersökning enligt köplagen överensstämmer med omfattningen av en företagsbesiktning. Enligt författarna är företagsbesiktningen mer omfattande än en undersökning enligt köplagen (s. 104). Denna slutsats är anmärkningsvärd bl.a. eftersom den ställer två obestämda företeelser mot varandra. Troligen har författarna påverkats av de informationslistor (centrala verktyg för företagsbesiktningen) de tagit del av och jämfört dem med de få uttalanden i doktrinen som gäller undersökningsområden vid företagsförvärv. Uppställer köplagen över huvud taget några krav på en undersöknings omfattning och i så fall vilka är de? I samstämmighet med författarna har uttalats att företagsbesiktningen åtminstone måste vara av viss omfattning så att köparen verkligen upptäcker sådant han borde ha upptäckt och dennes rätt att påtala fel inte begränsas,⁷ d.v.s. företagsbesiktningens omfattning underordnas implicit 20 § 2 st. köplagen. Flera olika faktorer tillåts dock påverka omfattningen av en köplagsundersökning, exempelvis att målföretaget är svårundersökt och det sätt på vilket undersökningen aktualiserats.⁸ Bedömningen av vad som borde ha upptäckts skall också utgå från den undersökning som faktiskt företagits, d.v.s. i praktiken företagsbesiktningen. En faktisk undersökning som varit ytlig bör innebära mindre förskjutning av parternas

⁴ Parantetiskt kan nämnas att Jonsson och Liljegren utgår från att normalfallet är att köparen genomför en företagsbesiktning på eget initiativ (s. 82), vilket inte helt överensstämmer med den praktiska upptakten.

⁵ Se Hultmark, Christina, Kontraktsbrott vid köp av aktie, Juristförlaget JF AB, 1992, s. 81 et seq.

⁶ För en översikt, se Sevenius, Robert, Är det rätt att göra due diligence?, Balans nr 5, 2002 passim.

⁷ MacDowall, Paul, Var försiktig med "due diligence", Dagens industri, 13 januari 1999.

⁸ Hultmark s. 179 et seq.

risksfärer än en grundlig genomgång.⁹ Vad gäller det andra ledet i jämförelsen – företagsbesiktningen – kan det ifrågasättas om den är en enhetlig företeelse som på generell grund kan jämföras med undersökningar enligt köplagen. Omfattningen av en företagsbesiktning är i högsta grad beroende av enskilda målsättningar och egenskaper hos de inblandade parterna i det specifika fallet. Exempelvis ger målföretagets verksamhet, köparens förkunskaper och informationsbehov, budget för företagsbesiktningen, sekretess, säljarens villighet att tillmötesgå informationsbegäran och transaktionsprocessens tidsramar skäl till begränsning eller utvidgning av företagsbesiktningens omfattning.

Som slutkläm diskuterar Jonsson och Liljegren *de lege ferenda* en ”obligatorisk skyldighet att undersöka företaget innan förvärvet” (s. 98). Denna skyldighet skulle enligt författarna främja rättseffektiviteten och harmonisera juridiken med praktiken. Motsvarande ordning, varifrån författarna hämtat inspiration, finns i fastighetsrättens JB 4:19 2 st. Den undersökningsplikt som nu är kodifierad i sagda lagrum har utvecklats genom praxis och det är därför inte helt osannolikt att den praktiska utvecklingen inom företagsbesiktning kan få samma återverkan. Denna linje har även tilltalat mig eftersom köprätten, som författarna visat, intar en relativt njuigg inställning till den praktiskt viktiga företagsbesiktningen. Åtminstone två saker talar dock emot sådan rättsutveckling vad gäller företagsförvärv. Det ena är att företagsförvärv inte regelmässigt inkluderar företagsbesiktning. Det torde inte finnas någon samlad statistik på hur många företagsbesiktningar som genomförs i förhållande till antalet transaktioner. Det är således vanskligt att säga att företagsbesiktning är allmänt bruk. Bland sådana fall då företagsbesiktning normalt inte förekommer är transaktioner där köpare och säljare har närmast identiska intressen, som vid koncerninterna transaktioner och vid generationsskiftet. Även i till fullo kommersiella sammanhang kan företagsbesiktning förbigås, till exempel p.g.a. sekretessskäl eller tidspress. Därmed inte sagt att den är en marginell företeelse, tvärtom, många transaktioner med betydande värde har företagsbesiktningens processen som bärande moment. Trots att företagsbesiktningar är vanliga och viktiga delar av dagens företagsförvärv är de således långt ifrån branschpraxis.¹⁰ Någon sedvanerättslig regel kan därmed inte utvecklas. Det andra argumentet mot ett särskilt obligatorium avseende företagsbesiktning är hur köplagens regel om säljarens ansvar för köparens befogade förväntningar logiskt skall relateras till en sådan undersökningsplikt. Enligt Kihlman kan inte dessa två regler logiskt kombineras – oberoende av vilken regel som överordnas så konsumeras den andra.¹¹ Om köparens befogade förväntningar är utgångspunkt för felbedöm-

⁹ Kihlman, Jon, Fel – särskilt vid köp av fast och lös egendom, Norstedts Juridik AB, 1999, s. 177.

¹⁰ Jonsson och Liljegren är av samma uppfattning. Av annan uppfattning är dock bl.a. Sacklén, Mats, Om felansvaret vid aktieköp, Svensk Juristtidning s. 1993, s. 832 och Lars Johansson (enligt artikel av Margaretha Levander, Telekombolag i kris ger juristerna mycket jobb) i Dagens industri, 24 september 2002.

¹¹ Se Kihlman s. 170 et seq.

ningen – vilket är rimligt, fyller undersökningsplikten ingen självständig funktion utan tjänar bara som påminnelse om att köparen inte har fog för särskilt högt ställda förväntningar. En obligatorisk företagsbesiktning vid företagsförvärv synes därmed inte vara eftersträvansvärd, eftersom den varken för juridiken närmare praktiken eller ens klargör rättsläget.

Avslutningsvis skall sägas att uppsatserna om företagsbesiktning är välartikulerade och intresseväckande. Behovet av ytterligare korrekturläsning drar i någon mån ned intrycket. Volymen är ett utmärkt bidrag för att höja medvetenheten om och intresset för frågorna kring företagsbesiktning.

Robert Sevenius