

## **Blendow Lexnova Expertkommentar - Affärsjuridik, oktober 2009**

I oktober månads expertkommentar i affärsjuridik behandlar Robert Sevenius avknoppning. Avknoppningen innehåller många spännande gränsdragningar mellan det allmänna och det privata samt mellan juridik och företagsekonomi.

- Avknoppning har den senaste tiden varit en het fråga och vi kan förvänta oss en spännande fortsättning av de kommunala avknoppningarna, kanske lite väl spännande, skriver Robert Sevenius.

### **När avknoppningar brister**

Avknoppningar av verksamheter inom kommunerna och landsting har varit en het fråga under de senaste månaderna. Frågan är en ideologisk vattendelare och är även intressant ur ett juridiskt perspektiv. Avknoppningen är inte en tydligt avgränsad företeelse men innehåller många spännande gränsdragningar mellan det allmänna och det privata samt mellan juridik och företagsekonomi. Ett antal avknoppningar av olika verksamheter, framförallt i Stockholmsområdet, har gett upphov till flera domar och skrivelser i fråga om lagligheten och lämpligheten, men osäkerheten kring avknoppningarna består.

Ett av de mest kända fallen är Täby kommuns avknoppning av Tibble gymnasium till företaget till Tibble Fristående Gymnasium TFG AB, ägt av rektorn och en av lärarna. TFG betalade 9,2 miljoner för skolan och priset baserade sig på en bedömning av värdet av inventarier och utrustning. Ingen fundamental värdering av rörelsen gjordes men en konkurrent uppskattade värdet till mellan 20 och 40 miljoner, dvs ca 2 – 4 ggr köpeskillingen. Överlåtelsen överklagades av flera kommunmedlemmar och fallet har avgjorts av Kammarrätten i Stockholm (mål nr [584-08](#)). Domstolen slog fast att överlåtelsen stred mot kommunallagen.

Tibble-fallet och liknande avgöranden sätter ifråga formerna för och utbytet av många privatiseringar i kommuner och landsting. Avknoppning är inte något vedertaget uttryck utan är mer av en metafor för en samling rättshandlingar som sammantaget leder till att en verksamhet avskiljs från en organisation och ställs på egna ben under ny huvudman. Avknoppningar förekommer ofta i det privata näringslivet där ett företag försöker renodla sin verksamhet och avyttra sådana verksamheter som inte tillhör kärnverksamheten. I fallet med offentliga verksamheter har avknoppning ofta givits betydelsen verksamhetsövergång till de anställda, men kan lika gärna innefatta de verksamheter som staten säljer av (bl.a. V&S Vin & Sprit AB).

Avknoppningarna har i många fall, som rörande Tibble, bestått av följande delar:

- kommunen avslutar en etablerad och avgränsad verksamhet,

- ett privat bolag, bildat av en eller flera personer ur personalen, förvärvar inventarierna som använts i verksamheten,
- kommunen hyr ut verksamhetslokalerna till bolaget och
- bolaget startar verksamheten som kommunen avslutat med samma kundunderlag och kännetecken.

Syftet med avknoppningarna är att främja valfrihet, konkurrens och mångfald inom verksamhetsområdet. Men avknoppningen innebär att en och samma verksamhet läggs ned och startar upp så resultatet är snarast att antalet leverantörer av tjänsterna är detsamma (givet att kommunen inte bibehåller verksamhet inom området). Att verksamheterna övertas av den personal som är engagerad och anställd för att bedriva densamma är både logiskt och ekonomiskt tilltalande. Ett större personlig engagemang och ansvarstagande kan förutspås om de anställda som utför verksamheten också skördar frukterna av denna, detta diskuterade redan Adam Smith i sin *The Wealth of Nations* (1776). Detta moment av affären torde således gagna såväl kvalitet som effektivitet.

Formen för avknoppningarna, som beskrivits ovan, är dock rättsligt problematiskt. Problemen med verksamhetsövergångar i inkråmsform har redan uppmärksammats av lagstiftaren på europeisk nivå och medfört att det finns en särskild arbetsrättslig skyddslagstiftning (i Sverige har denna lagfäst genom 6b § lag (1982:80) om anställningsskydd). Ett antal viktiga kriterier har utvecklats i praxis ifråga om outsourcing (bl.a. Spijkers-fallet, EG-domstolens mål C-24/85) där verksamhetens art, övergång av materiella tillgångar, värdet av immateriella tillgångar, andel anställda, övertagande av kunder, verksamhetens likhet, tidsperiod avgör om en affär ska likställas med en fullständig rörelseöverlåtelse. Upphandlingsreglerna, bl.a. lag (2007:1091) om offentlig upphandling, tillämpliga på situationen när en kommun ska tilldela ett kontrakt rörande varor och tjänster. Reglerna har dock inte tillämpats i de ifrågavarande fallen eftersom verksamheten från kommunens utgångspunkt lagts ned och det istället skett en avyttring/upplåtelse från kommunens sida. Avknoppningar liknar dock i strukturell mening upphandling men affärerna regleras tyvärr inte genom regelverket.

Den arbetsrättsliga och upphandlingsrättsliga situationen är således tämligen tydlig. Den civilrättsliga överlåtelsen av inventarier och upplåtelsen av lokaler är inte heller något som vållar oro, avtalspraxis rörande rörelseöverlåtelser är väl utvecklad. Det problematiska är istället den del som rör valfrihet, konkurrens och mångfald. Avknoppningar enligt den visade modellen innebär att kommunen riktar erbjudandet till specifika individer och att erbjudandet är sammankopplat med ett ekonomiskt fördelaktigt vederlag.

I ett exempel, som rapporterades i *Dagens Nyheter* (3 september 2009), knoppade Stockholms stad av fyra förskolor i Årsta till förskolechefen för priset 0,6 mkr. Efter ett år kunde hon inkassera 0,6 mkr i lön, 0,9 mkr i styrelsearvode (delad med övriga styrelsen) och 3,2 mkr i utdelning. Från priset på transaktionen kan beräknas en p/e-multipel (vinstmultipel) om 0,2 – vilket kan jämföras med den genomsnittliga värderingen på börsen som brukar ligga ungefär runt 15. Priset var alltså ca 1% av värdet av ett genomsnittligt noterat bolag (ett onoterat företags värde sägs allmänt motsvara ca 50% av värdet i ett noterat bolag).

Den offentligrättsliga bedömningen av avknoppningar försvåras genom att situationen endast indirekt regleras i de offentligrättsliga regelverken. I kommunallagen och EG-rätten regleras huruvida det allmänna kan stödja enskilda privata näringsidkare. Huvudregeln är att sådant

statsstöd är förbjudet. I 2 kap. 8 § kommunallagen stadgas att en kommun allmänt får främja näringslivet men individuellt riktat stöd endast får lämnas om det finns synnerliga skäl. Synnerliga skäl kan t. ex. vara att kommunen försöker upprätthålla en viss minimistandard inom kommunens service till kommunmedlemmarna.

EG-rätten överensstämmer i detta fall med kommunallagen. Enlig art. 87 och 88 EG-fördraget är stöd som snedvrider konkurrensen genom att gynna vissa företag oförenliga med den gemensamma marknaden, förutom särskilt uppräknade undantag. Statsstöd ska föränmälas till kommissionen som har att övervaka området och kommunerna har en upplysningsskyldighet. Kommissionen kan inleda en granskning av statsstöd och kan besluta att staten ska upphäva stödåtgärderna samt att ogiltigt stöd ska återkrävas från mottagaren. I ett fall där Åre kommun sålde en obebyggd fastighet till livsmedelskedjan Konsum för 2 mkr trots att konkurrenten Lidl bjudit 6,6 mkr tvingades Konsum betala ytterligare 4,6 mkr (Kammarrätten i Sundsvall, mål nr [1715-06](#)). Rörande överlåtelse av fastigheter har kommissionen utarbetat en vägledning för medlemsstaterna i vilken två olika former för överlåtelse beskrivs: antingen ett öppet och ovillkorat anbudsförfarande där bästa anbudet antas eller en affär som baseras på en oberoende värdering på grundval av allmänt accepterade marknadsindikatorer och värderingsstandarder.

Kommunernas uppfattning om värdet på de avknoppade rörelserna i de omtalade fallen präglas av aningslöshet på gränsen till vårdslöshet. Eftersom kommunerna uppfattar sig lägga ner rörelsen och överlåta de fysiska tillgångarna anser de att det inte finns någon annan grund för värdet än andrahandsvärdet av de begagnade inventarierna och utrustningen. Det skulle därmed vara motiverat med en form av substansvärdering där de materiella anläggningstillgångarna utgör den enda tillgången i en situation där rörelsen avvecklas. Beslutsfattarna verkar inte ta någon notis om att det faktiskt är en pågående rörelse som går över, inkluderade kundstock (exempelvis elever med medföljande skolpeng), kompetent och tränad personal, anpassade lokaler, långvarig marknadsbearbetning m.m. Rörelsen genererar ett kassaflöde som med relativ stor säkerhet kan uppskattas och prognostiseras. Det korrekta och etablerade sättet att värdera en rörelse med stabila kassaflöden är att göra en diskonterad kassaflödesvärdering i vilken kassaflödena diskonterade till nuvärde utgör grunden för företagsvärdet. Denna värderingsmetod genererar ett värde baserat på en rörelses framtidsförutsättningar och risk, inte det tillfälliga värdet av begagnade anläggningstillgångar. Avknoppningarna bygger således på en bristande metod för värdering av ifrågavarande typer av rörelse; en värderingsmetod som regelmässigt underskattar värdet.

Till viss del har skillnaderna mellan värderingsmetoder i de aktuella fallen kommit att kläs i ordet goodwill. I Tibble-fallet resonerar kommunen att ”skolan kommer att granskas hårdare än andra skolor, varför den eventuella goodwill som TFG möjligen ha kunnat ’ärva’ av Tibble gymnasium kan ifrågasättas” och ”Den goodwill som TFG förhoppningsvis bygger upp kommer följaktligen att skapas av TFG och ingen annan.” Kommunen tycks stödja sig på dels formen för överlåtelsen (där man anser att endast inventarierna övergått, inte ett bolag, och bortser personalen som medföljer genom arbetsrättslagstiftningen, eleverna som redan valt skola samt att hyreskontrakten rör redan anpassade lokaler), dels att immateriella värden inte existerar eller förfarits genom granskning och kritik (på intet sätt anser man sig överlåtit en verksamhet med ”omsättningsbar goodwill” och bortser från värdet av den fortsatta rörelsen). Kammarrätten anser dock att marknadsvärdet ska avspegla det totala värdet av verksamheten och finner det närmast uteslutet att totala värdet endast skulle motsvara värdet av inventarierna. Kommunen anser vidare att priset utgör ett marknadsvärde eftersom det var vad marknaden, bestående av TFG, var villig att betala vid tillfället. Kammarrätten har inte tagit

ställning till detta men en marknad bestående av en enda budgivare är knappast ett vederhäftigt marknadsunderlag.

Eftersom avknoppningarna har stött på en rad problem så har företeelsen blivit föremål för utredningar: Statskontoret (genom docent Olle Lundin, Uppsala universitet) har på uppdrag av regeringen gjort en analys av rättsläget rörande prissättningen. Dessutom har Sveriges Kommuner och Landsting (SKL) gjort en utredning rörande avknoppning av skolor. Båda dessa studier presenterades 2008 men har delvis motstridiga slutsatser. Statskontoret konstaterar att avknoppning, i meningen att riktat erbjudande till anställda utgår från kommunen, inte är att betrakta som rättsenlig. SKL å andra sidan menar att det inte finns några lagliga hinder för att knoppa av en skola till en privat aktör men att man bör upprätta särskilda riktlinjer inom kommunen. Sammantaget ställer utredningarna följande krav på avknoppningar:

- 1, En marknadsvärdering av rörelsen (inklusive s.k. goodwillvärde).
- 2, Ett öppet anbudsförfarande.
- 3, En ägarförändringsklausul (hembud).

Marknadsvärderingen bör göras av en oberoende och extern part och i enlighet med etablerade värderingsmetoder företagsvärdering. Oavsett om formerna för upplägget innebär en inkrämsöverlåtelse av endast materiella tillgångar måste en värdering av den fullständiga rörelsen genomföras. Ett problem härvidlag är att verksamheten utifrån kommunernas sida inte varit paketerad på detta sätt utan att verksamheten involverar tillgångar och avtal spridda på flera håll i kommunen. En del av förberedelsearbetet bör därför vara en rättslig analys (företagsbesiktning) av verksamheten. Utifrån en uppfattning av vad som verkligen ska överföras kan en extern värderare genomföra en saklig och fullständig värdering.

Ett anbudsförfarande med principen att högsta budet vinner uppfattas som en garanti för ett affärsmässigt korrekt beslut men kan enligt min uppfattning leda fel. De senast högkonjunkturåren ledde till en veritabel boom på företagsförvärvsmarknaden där företags säljare kunde sätta tuffa villkor för budgivare i s.k. kontrollerade auktioner, priserna trissades upp till höga nivåer utan att grundläggande information kommunicerades eller ingående företagsbesiktningar kunde utföras. Eftersom det fanns gott om riskvilligt kapital så kunde affärer slutföras på dessa nivåer och vi får nu se effekterna av de upptrissade prisnivåerna. Även företag med en underliggande god rörelse och positivt kassaflöde har tvingats i konkurs och rekonstruktion i händerna på banker och riskkapitalister. Det är baksidan av högsta budets princip. Knappast ett apptitligt scenario för samhällsviktiga skolor och vårdinrättningar.

Det kan även diskuteras om den privata aktören ska ha rätt att sälja verksamheten vidare. Det viktiga hos kommunerna har säkerligen varit att verksamheten drivs vidare av personer som de vet har kompetens att göra detta enligt tidigare standard. Därför kan det vara viktigt för kommunen att få garantier att skolan eller vårdinrättningen inte överläts vidare till någon som inte för denna tradition vidare. Detta kan man försöka säkra genom att avtala om någon form av hembud, dvs. en återgång av verksamheten om ägandet övergår till annan, alternativt en option att återköpa verksamheten. De civilrättsliga möjligheterna att ska ägarförändringsklausuler (change-of-control) är många och används flitigt i det privata näringslivet. Samtidigt kan det inte ligga i kommunernas intresse att återfå verksamheter som

en gång överlåtits till privata aktörer. Det kan lätt bli så att kommunerna får överta rörelser som förlorat sin företagsekonomiska bärkraft.

Tibble-fallet slutade i ett haveri. Trots att kammarrätten slog fast att avknoppningen var olaglig har inte kommunen vidtagit rättelse. Kommunen lät bli att överklaga och anser att man inte kan frångå de civilrättsliga avtalen (kommunen har dock stoppat en annan avknoppning och antagit riktlinjer för fortsatta avknoppningar). Risken är, som i fallet med Konsum i Åre kommun, att den privata företaget som tagit emot stöd tvingas återbetala detta genom att tillskjuta skillnaden mellan betalt pris och fastställt marknadsvärde.

EU-kommissionen uppmärksammat de svenska avknoppningarna och har ställt frågor till regeringen, varvid Näringsdepartementet skickat frågorna till kommunerna och inväntar svar. Vi kan med andra ord vänta en spännande fortsättning av de kommunala avknoppningarna, kanske lite väl spännande.



**Robert Sevenius**

Robert Sevenius Ekon. lic., jur.kand., verksam som rådgivare inom Transaction Services samt lärare vid Stockholms universitet, Företagsekonomiska Institutet m fl.