

Tilläggsköpeskillning och lojalitet vid företagsöverlåtelser*

CHRISTINA RAMBERG

Högsta domstolen har i NJA 2021 s. 943 "Omsättningsmålet" gett banbrytande vägledning för företagsöverlåtelser, särskilt om tilläggsköpeskillningar. Sådana klausuler leder ofta till tvist. Avgörandet analyseras i denna artikel och avslutas med fem konkreta lärdomar för avtalskrivare.

Inledning

Äntligen har vi genom NJA 2021 s. 943 "Omsättningsmålet" fått ett prejudikat om företagsöverlåtelser, en avtalstyp som HD inte behandlat i modern tid (senast i NJA 1991 s. 808). Eftersom nästan alla tvister om företagsöverlåtelser är föremål för skiljeförfaranden, är det av intresse att försöka mjölka ut så mycket information som möjligt ur det nya HD-avgörandet.

Omsättningsmålet behandlar tilläggsköpeskillning, vilket är ett vanligt förekommande tvisteämne. Köparen – som tagit över ansvaret för att driva målbolaget vidare – vill ha frihet att sköta målbolaget på det sätt som köparen anser bäst. Säljaren, däremot, är ofta mån om att köparen driver målbolaget vidare på ett sätt som maximerar säljarens tilläggsköpeskillning. Det krävs ingen stor fantasi för att föreställa sig att en sådan grundläggande motsättning ofta ger upphov till tvister.

Allmänt om tilläggsköpeskillning vid företagsöverlåtelser

Det är svårt att fastställa vad målbolag är värda, främst eftersom värderingen i hög grad handlar om hur målbolaget kommer att utvecklas framöver. Därför är det vanligt att köparen och säljaren kommer överens om att priset för målbolaget ska avgöras en tid efter tillträdet när parterna kan konstatera

* Har tidigare publicerats i LEXNOVA september 2022.

hur målbolaget utvecklats. Detta åstadkommer parter vanligen genom att köparen betalar en grundköpeskillning i samband med tillträdet och därefter en tilläggsköpeskillning, vars storlek är beroende av hur målbolaget utvecklas.

Tilläggsköpeskillningen handlar om att begränsa köparens risk att affären blir oförmånlig samtidigt som säljaren slipper att en ge köparen en rabattpremie för risken att köparen felvärderar målbolaget. På så vis sammanjämkas parternas olika antaganden om målbolagets värde. Tilläggsköpeskillningsmetoden är (i alla fall i teorin) robust på så sätt att köparens och säljarens intressen sammanfaller så att båda två tjänar på att målbolaget går bra efter tillträdet; även om köparen behöver betala högre köpeskillning till säljaren, gör köparen en vinst på att målbolaget utvecklas positivt.

Avtalsvillkor om tilläggsköpeskillningar är konstruerade på olika sätt. Det är ganska vanligt att säljaren får tilläggsköpeskillning som en procentuell andel av vinsten under en eller flera perioder. Vinsten kan bestämmas på olika sätt med hänvisning till olika vinstmått (t.ex. EBIT, EBITDA). Det förekommer att tilläggsköpeskillningen anknyter till målbolagets omsättning eller hur många kvadratmeter boyta som en fastighetsexploatering leder fram till.

Twister om beräkning av tilläggsköpeskillningar är vanliga. Det är särskilt vanligt med tvister om periodisering, dvs. frågan om kostnader och intäkter ska tas upp före eller efter den relevanta avstämningstidpunkten. Det är svårt att uttala något generellt om detta, men utgångspunkten är att målbolaget ska tillämpa samma redovisningsprinciper som vid tiden för tillträdet – även om det inte framgår uttryckligen av kontraktstexten.

Ibland är tilläggsköpeskillningen konstruerad med trösklar/trappor, på så sätt att säljaren kanske inte får någon tilläggsköpeskillning om vinsten uppgår till 10 Mkr per avstämningsdagen men 1 Mkr om vinsten överstiger 10 Mkr och 3 Mkr om den överstiger 20 Mkr. Trösklar/trappor leder till fler tvister än ”raka gradkonstruktioner”, av typen 10 % av omsättningen från noll upp till max 100 Mkr i omsättning. Att trösklar/trappor orsakar tvister beror på att gränfallen kan medföra stora skillnader, vilket ökar risken för att köparen på olika mer eller mindre tillåtna sätt försöker skjuta fram delar av vinsten eller omsättningen till efter avstämningstidpunkten.

Ytterligare en anledning till tvister om tilläggsköpeskillningar är styrningen av målbolaget efter tillträdet. Som ny ägare till målbolaget vill köparen driva det på bästa sätt och kanske göra stora förändringar i verksamheten. Förändringsbehovet kan köparen ha planerat redan före köpet eller komma till insikt om senare. Det förekommer att köparen och säljaren kommit överens om verksamhetsförändringar som köparen senare inte önskar genomföra.

Genomförda och uteblivna verksamhetsförändringar kan påverka tilläggsköpeskillingen. Säljaren har därför ett kvarvarande intresse i hur målbolaget styrs, trots att säljaren vid tillträdet avhändert sig den bolagsrättsliga bestämmanderätten över målbolagets verksamhet.

Det förekommer att parterna i sitt avtal på olika sätt reglerar hur köparen ska bedriva verksamheten i målbolaget eller att säljaren enligt avtalet behåller ett inflytande över verksamheten även efter tillträdet. Men sådana avtalskonstruktioner hindrar inte köparen från att med stöd av *bolagsrättsliga* regler styra målbolaget på annat sätt.

Köparens argumentation lyder: Jag måste få frihet att bestämma vad som är bäst för målbolaget. Det är min aktiebolagsrättsliga skyldighet och jag behöver inte (och får inte) ta hänsyn till tidigare ägares intressen.

Säljarens argumentation lyder: Köparen får göra vad den vill med målbolaget aktiebolagsrättsligt. Men avtalsrättsligt kan köparen inte avvika från vad parterna uttryckligen eller underförstått kommit överens om rörande hur målbolagets verksamhet ska bedrivas i syfte att bestämma det slutliga priset. Om köparen med stöd av bolagsrättsliga regler avviker från sin avtalade förpliktelse, ska säljaren få den avtalade ersättningen som i så fall ska beräknas hypotetiskt (tilläggsköpeskillningens storlek om köparen agerat i enlighet med avtalet). Den hypotetiska bedömningen ska vara till förmån för säljaren eftersom köparen är skuld till att parterna inte kunnat göra en konkret avstämning.

Rättsfallet

NJA 2021 s. 943 ”Omsättningsmålet” rörde köp av ett svårvärderat aktiebolag. Parterna kom överens om att köparen skulle betala en symbolisk summa (500 kr) vid tillträdet. Köparen skulle dessutom betala 350 000 kr i tilläggsköpeskillning samt överta hälften av säljarens borgensåtagande (hälften motsvarade 400 000 kr i värde). Allt detta skedde avtalsenligt utan tvist. Parternas tvist rörde ett villkor i köpavtalet att köparen skulle överta resten av säljarens borgensåtagande under förutsättning att målbolaget hade omsatt minst 10 Mkr. Detta motsvarar ett avtalsvillkor om tilläggsköpeskillning med tröskel.

Villkorets lydelse: ”När bolagets årsomsättning övergår 10 000 000 sek eller när bolaget omsatt totalt 10 000 000 sek från tillträdesdagen (tillträdesdagen beräknas som omsättning 0 sek), skall köparen överta resterande borgen i Handelsbanken för lån [...]”

Efter tillträdet bestämde köparen att målbolaget skulle överlåta allt inkråm (hela verksamheten) till ett annat bolag som också ägdes av köparen (alltså till ett systerbolag). Därefter gick målbolaget i konkurs utan att ha nått upp till tröskeln 10 Mkr i omsättning.

Köparen ansåg sig inte skyldig att överta borgensåtagandet (betala tilläggsköpeskillingen) med hänvisning till att villkoret om 10 Mkr i omsättning inte var uppfyllt. Köparen menade dessutom att målbolaget aldrig skulle ha nått 10 Mkr i omsättning om verksamheten varit kvar i målbolaget.

Säljaren blev tvungen att infria sitt kvarvarande borgensåtagande på 400 000 kr till målbolagets bank. Säljaren hävdade att köparen gjort sig skyldig till avtalsbrott och därför var skyldig att betala skadestånd motsvarande borgensåtagandet samt att målbolaget skulle ha omsatt 10 Mkr om verksamheten legat kvar.

HD tog som utgångspunkt att målbolaget skulle ha omsatt 10 Mkr om verksamheten bedrivits vidare i målbolaget. HD prövade alltså inte vad som hypotetiskt skulle ha hänt om inkråmet legat kvar i målbolaget (kausalitetsfrågan). HD prövade inte heller köparens påståenden om att säljaren innan köpet lämnat oriktiga uppgifter om målbolagets skulder och tillgångar.

HD gav säljaren rätt till hela tilläggsköpeskillingen. HD ansåg att köparen hade en underförstådd skyldighet (an implicit comittment) att agera lojalt samt att köparen brutit mot denna skyldighet. HD uttalade:

”Avtalet föreskriver **inte någon uttrycklig skyldighet** för köparna att driva verksamheten vidare i [målbolaget]. Det anges enbart en skyldighet för köparna att överta det återstående borgensåtagandet när den angivna omsättningen i [målbolaget] har uppnåtts. Likväl måste **klausulen anses bygga på en gemensam uppfattning** hos avtalsparterna om att verksamheten skulle drivas vidare i [målbolaget].”

HD utvecklade att lojalitetsskyldighetens omfattning är beroende av ”*motpartens rimliga förväntningar*”.

HD tog fasta på syftet med tilläggsköpeskillingen och uttalade: ”*Om köparna inte skulle ha någon som helst skyldighet att verka för att omsättningsmålet uppnås framstår klausulen som tämligen innehållslös för säljaren. [...] Ett skäl till att koppla övertagandet av borgensåtagandet till ett omsättningsmål får antas ha varit att begränsa köparnas risk om det skulle visa sig att förvärvet inte blev framgångsrikt. Säljaren fick därmed bära en risk för att [målbolaget] efter överlåtelsen inte gav det utfall som förväntades. Samtidigt förlorade säljaren, sedan aktierna hade tillträtts, möjligheten att i någon reell mening påverka*

verksamheten. Detta ställde särskilda krav på köparna att agera så att avtalet genomfördes på ett lojalt sätt. HD beaktade att ”parterna var inställda på att verksamheten i [målbolaget] både kunde och skulle drivas vidare” samt att parterna ”därför enligt avtalet haft att efter bästa förmåga verka för att bolaget uppnådde detta”.

HD menade alltså att säljaren inte nödvändigtvis är en förlorare om den inte förbehåller sig en uttrycklig rätt att påverka målbolagets verksamhet efter tillträdet. Men HD påpekade att köparen har ett visst spelrum att agera rationellt. HD uttalade: ”... i vissa situationer får godtas att en part vidtar för parten **ekonomiskt rationella dispositioner**, även om det kan få vissa negativa effekter för motparten [...] Parterna var vid avtalstidpunkten medvetna om att [målbolaget] var likvidationspliktigt och att ekonomin i [målbolaget] var minst sagt bekymmersam. Köparna får mot denna bakgrund anses ha varit fria att vidta åtgärder för att [målbolaget] skulle kunna drivas vidare på ett **ekonomiskt sunt sätt**. Den aktuella klausulen uteslöt inte heller att köparna, om det visade sig vara företagsekonomiskt nödvändigt, avvecklade bolagets verksamhet”.

Därefter konstaterade HD att köparen inte visat att åtgärderna i målbolaget varit företagsekonomiskt nödvändiga.

Köparen hade i det aktuella fallet agerat mycket illojalt (klandervärt) genom att

- kreditera målbolagets fakturor till bolag som var närstående till köparen
- underlåta att fullfölja ineliggande kundorder
- omdirigera verksamheten i målbolaget till köparen närstående bolag
- inte genomföra kapitaltillskott som köparen enligt avtalet skulle tillföra målbolaget

HD framhöll att köparens åtgärder ”var mycket långtgående. ... Åtgärderna motverkade direkt det mellan parterna förutsatta omsättningsmålet”. Eftersom köparen i det aktuella målet var extremt illojal/klandervärd, ger domen ingen konkret vägledning om vad som gäller för mindre allvarliga former av illojalt/klandervärt beteende.

Fem lärdomar för avtalsskrivare

1. Ska avtalsskrivaren adressera och försöka **precisera vad köparen får göra?** Är det lämpligt med en lista som specificerar hur köparen ska agera/inte får agera?

Det kanske kan vara en bra idé att uttryckligen i avtalstexten kommunicera att köparens handlingsutrymme är begränsat, d.v.s. att köparen inte helt fritt kan trola bort säljarens rätt till tilläggsköpeskillning. Det är emellertid svårt att formulera exakt var gränserna går. En sådan klausul riskerar att skapa nya problem, bl.a. om klausulen ska tolkas extensivt eller restriktivt samt om det finns en underförstådd lojalitetsplikt vid sidan av en sådan uttrycklig avtalstext.

2. Ska avtalsskrivaren ta med **ordet lojal** (good faith) i avtalstexten?

Strängt taget är det överflödigt att ha med ett uttryckligt åtagande om lojalitet. Det beror på att HD har bestämt att lojalitet gäller beträffande villkor om tilläggsköpeskillningar även om det inte framgår uttryckligen av avtalet. Det är nog ändå bra att uttryckligen markera att köparen är skyldig att agera lojalt, i syfte att förhindra köpare att bokstavstolka avtalet och tro att det är OK att vara översmart.

3. Ska avtalsskrivaren ha en klausul om **samråd** – alltså att köparen ska samråda med säljaren innan köparen gör förändringar i målbolagets verksamhet?

Det kan vara lämpligt med samråd i syfte att få parterna att diskutera lösningar innan det är för sent (och i värsta fall kasta bort pengar på ett dyrt skiljeförfarande). Men en samråds klausul lider av samma sorts problem som omförhandlingsklausuler, nämligen vad som ska hända om parterna inte kommer överens. Parterna kan avtala om olika rättsföljder för det fall parterna inte kan enas vid samrådet, t.ex.:

- Köparen är helt fri att genomföra verksamhetsförändringar utan att tilläggsköpeskillningen påverkas.
- Säljaren har rätt till maximal tilläggsköpeskillning.
- En neutral medlare ska bestämma tilläggsköpeskillningens storlek.
- Ingenting händer annat än att tvisten om tilläggsköpeskillningen får lösas genom skiljeförfarande.

4. Ska avtalsskrivaren ta med en **vitesliknande konstruktion** som innebär att köparen vid brott mot lojalitetsskyldigheten i tilläggsköpeskillningsklausulen ska betala en viss summa, t.ex. maximal tilläggsköpeskillning?

Det kan vara svårt för säljaren att få köparen att gå med en sådan vitesliknande konstruktion. Men en stark säljare, som är villig att chansa på att mål-

bolaget utvecklas positivt och gå med på en låg tillträdesköpeskillning, kanske kan lyckas förhandla till sig ett sådant villkor.

Faran med viteskonstruktionen är att den kan fungera som incitament att lösa tvisten i skiljeförfarande – och alltså inte hitta en förlikningslösning – eftersom det finns mycket att vinna/förlora (jfr problemet med trösklar/trappor, som behandlats ovan). Fördelen med viteskonstruktionen är att parterna slipper den svåra hypotetiska frågan om hur målbolaget skulle ha utvecklats om köparen agerat annorlunda. Tvisten begränsas alltså till att endast handla om den binära frågan om köparen brutit mot sin avtalade skyldighet att agera på visst sätt efter tillträdet – ja eller nej. En annan fördel med viteskonstruktionen är att köparen kommer att ha ett starkt incitament att i förväg förankra verksamhetsförändringar hos säljaren.

5. Ska avtalsskrivaren konstruera tilläggsköpeskillningsklausuler med **trappor/trösklar**?

Svaret är kort: Nej.

Sammanfattning och avslutning

NJA 2021 s. 943 ”Omsättningsmålet” är ett viktigt prejudikat som ger vägledning till skiljenämnder som prövar tvister om tilläggsköpeskillningar. HD:s vägledning går i korthet ut på att en tilläggsköpeskillningsbestämmelse ska kompletteras med underförstådda lojalitetsförpliktelser så att syftet med tilläggsköpeskillningen tillgodoses, nämligen köparens intresse av att minska risken för att förvärvet inte blir framgångsrikt och säljarens intresse av att få ett pris som motsvarar målbolagets värde om verksamheten bedrivits på av parterna förutsatt sätt.

Omsättningsmålet har stor relevans för alla kommersiella avtal, alltså även andra avtal än avtal om tilläggsköpeskillning vid företagsöverlåtelser. Det behandlar jag inte i denna kommentar. Se om detta www.avtalslagen2020.se, kapitel 5, särskilt 5.3, samt Niklas Arvidsson, lojalitet och egenintresse inom avtalsrätten – några reflektioner med anledning av ”Omsättningsmålet”, JT 2021–22 s. 666.

