

Identifiering och hantering av miljörisker vid köp av bolag och verksamheter



En handbok

Redaktör: Nicklas Skår

Förord

Sanering av mark är normalt mycket kostsamt. Saneringskostnader på 0,5–2 miljoner kronor per objekt är vanliga men kostnader som uppgår till något eller några tiotals miljoner kronor är inte ovanliga. Emellanåt kan saneringskostnaden uppgå till hundratals miljoner kronor. Av en undersökning av konsultföretaget WSP från 2014, Effektivitet i statliga saneringar slutförda år 2008 till 2013, kan man dra slutsatsen att den sammanlagda kostnaden för de 15 000 högst prioriterade områden skulle kunna komma att uppgå till 735 miljarder kronor.

En särskilt problematik finns kring det faktum att den som övertar en verksamhet kan ådra sig ansvaret för den tidigare verksamhetsutövarens förorening. Detta gäller även om den tidigare verksamheten bedrivits i enlighet med alla krav och villkor och verksamhetsutövaren inte på något sätt försökt dölja skador eller på annat sätt agerat brottsligt eller ens moraliskt tvivelaktigt.

Särskilt för små och medelstora företag kan konsekvenserna av ett företagsförvärv bli mycket dramatiska. Sällan eller aldrig har man tillräcklig kunskap om vad reglerna innebär eller vilket ansvar man kan ådra sig genom sitt förvärv. Redan idag ser man en tydlig tendens att företag inte vill ta över eller expandera verksamheter som bedrivs på befintlig industrimark.

Av dessa anledningar har Svenskt Näringslivs SME-kommitté konstaterat att det finns ett behov av en enkel och tydlig vägledning för vad små och medelstora företag måste tänka på i samband med företagsförvärv.

Denna handbok ger en översikt av de viktigaste aspekterna man bör ta i beaktande vid företagsförvärv. Av naturliga skäl går det inte att redogöra för alla frågor och situationer som kan bli aktuella. I konkreta fall är det därför lämpligt att konsultera juridisk expertis.

Handboken är utarbetad vid Advokatfirman Fröberg & Lundholm.

Stockholm i december 2014

Nicklas Skår
Ansvarig för miljöjuridiska frågor

Innehåll

Förord	1
1 Inledning	3
2 Olika sätt att överta ansvar	5
2.1 Utgångspunkter för ansvaret	5
2.2 Principiella skillnader mellan bolags- och verksamhetsförvärv	5
2.3 Bolagsförvärv	7
2.4 Verksamhetsförvärv	9
3 Riskbedömning och kostnadsuppskattning	13
3.1 Inledande due diligence	13
3.2 Fördjupade bedömningar	16
4 Riskhantering	18
4.1 Allmänt	18
4.2 Affärsstrukturen	18
4.3 Prisfrågor	19
4.4 Avtalsreglering	20
4.5 Försäkringslösning	22
Översikt - Bolagsförvärv	24
Översikt - Verksamhetsförvärv	25

1 Inledning

Den som överväger att köpa en verksamhet måste känna till de risker som kan vara förenade med förvärvet. De flesta är medvetna om vikten av att kontrollera att de tillgångar eller personal som behövs verkligen följer med vid förvärvet. Likaså brukar de flesta känna till att man bör hantera skatte- och försäkringsfrågor med mera.

När det gäller frågor som hänger samman med påverkan på miljön är det dock fortfarande vanligt att förvärvare inte fullt ut ser risker med ett förvärv eller känner till hur man kan hantera dem. Att drabbas av ett ansvar för efterbehandling (sanering) av ett förorenat område kan emellertid bli mycket kostsamt. Saneringskostnader på 0,5–2 miljoner kronor är vanliga men kostnader som uppgår till något eller några tiotals miljoner kronor är inte ovanliga. Mer sällan kan saneringskostnaden uppgå till hundratals miljoner kronor. Risken för att drabbas av kostnader på sistnämnda nivå är dock inte negligierbar. Därför är det viktigt att känna till vilka risker som kan aktualiseras vid förvärv av aktiebolag och verksamheter.

För att kunna bedöma vilka miljörisker som är förenade med ett förvärv är det viktigt att ha vissa kunskaper om skillnader mellan att förvärva ett bolag eller en verksamhet, miljölagstiftningens krav och syn på ansvar samt bolagets eller verksamhetens historik. Ett *aktiebolag* som i dag är till exempel ett förvaltande bolag utan nämnvärd miljöpåverkan kan tidigare ha bedrivit en miljöfarlig verksamhet som har orsakat föroreningsskador. I en *verksamhet* kan tidigare ha ingått miljöstörande delar som i och för sig inte ingår i förvärvet men ändå anses utgöra en del av verksamheten enligt miljölagstiftningen. Detta benämns ibland bolagets eller verksamhetens *miljöskuld*.

I denna handbok redovisas grunderna för identifiering och hantering av miljöskulder, det vill säga risker som är hänförliga till föroreningar eller andra miljöskador som redan har inträffat, vid förvärv av bolag och verksamheter. I detta ingår även skadeståndsansvar enligt 32 kap. miljöbalken. I vissa fall kan risken för skadestånd fordra särskilda lösningar i samband med transaktionen, men dessa berörs inte här.

Utöver miljöskulder finns andra miljöfrågor som också bör beaktas vid förvärv av en verksamhet eller ett bolag. Man bör till exempel undersöka att erforderliga tillstånd finns men också att de kan vidmakthållas på rimliga villkor eller att verksamheten i övrigt är förenlig med gällande och, i den mån det är möjligt, kommande miljölagstiftning.

Redovisningen är med nödvändighet översiktlig och förenklad, vilket innebär att handboken inte kan ersätta rådgivning från miljöjuridisk och miljöteknisk expertis i det enskilda fallet.

Handboken är disponerad enligt följande. I avsnitt 2 redogörs för hur man som köpare av ett aktiebolag eller en verksamhet kan drabbas av ett ansvar för föroreningar som har inträffat före förvärvet. I avsnitt 3 ges en översiktlig redogörelse för hur man går till väga för att identifiera, avgränsa och kostnadsuppskatta en misstänkt föroreningsförekomst som skulle kunna ge upphov till ett ansvar enligt miljöbalken. I avsnitt 4 diskuteras grunderna för hantering av de risker som identifieras vid den granskning som genomförs enligt avsnitt 3. Handboken sammanfattas i ett flödesschema i bilaga 1 (bolagsförvärv) och 2 (verksamhetsförvärv).

- Saneringar kan kosta från en halv miljon till hundratals miljoner.
- För att bedöma risker med förvärv behöver man känna till
 - o skillnader mellan att förvärva bolag eller en verksamhet,
 - o vilken historik som finns i det man avser förvärva samt
 - o vilka krav lagstiftningen ställer.

2 Olika sätt att överta ansvar

2.1 Utgångspunkter för ansvaret

Ansvaret för föroreningsskador vilar enligt miljöbalken primärt på den som har orsakat föroreningsskadan, verksamhetsutövaren. Ansvaret omfattar dels utredning av skadan (vilket innefattar förekomsten av föroreningar, bedömning av risker för människors hälsa och miljön samt vilka åtgärder som kan vara aktuella), dels så kallade efterbehandlingsåtgärder (eller med ett annat ord sanering) om det behövs. Om flera verksamhetsutövare har orsakat föroreningsskadan är ansvaret dem emellan solidariskt. Det innebär att tillsynsmyndigheten kan välja att ställa krav på utredning eller efterbehandling mot endast en av dem som bidragit till föroreningen. Den verksamhetsutövare som åläggs att utföra utredningen/efterbehandlingen får sedan vända sig mot övriga ansvariga för att i sin tur (ofta benämnt regressvis) kräva ersättning från dessa, eventuellt i en domstolsprocess.

- Ansvaret för föroreningar omfattar både utredning av skadan och åtgärderna (saneringen).
- Om det finns fler ansvariga kan myndigheten välja vem de vill rikta krav mot.

Ansvaret gäller föroreningar som har (eller kan ha) orsakats av en verksamhet som har varit i faktisk drift efter den 30 juni 1969. Ansvaret påverkas också av när i tiden föroreningarna inträffade. För äldre föroreningar, sådana som inträffade före 1969, finns det ett utrymme för jämkning av ansvaret, se vidare avsnitt 3.2.

2.2 Principiella skillnader mellan bolags- och verksamhetsförvärv

Vid bedömningen av om ett eventuellt ansvar för miljöskulder kan följa med vid ett förvärv måste man veta hur verksamheten ska förvärvas. Detta kan ske antingen genom övertagande av aktierna i ett aktiebolag eller de enskilda tillgångarna i verksamheten.

Vid förvärv av aktier i ett bolag fortsätter verksamheten att bedrivas i samma juridiska person (det vill säga med oförändrat organisationsnummer) som tidigare. Med bolaget följer dess tillgångar och skulder, inklusive eventuella miljöskulder, även om de har uppkommit före överlåtelsen.

Även vid fusion av bolag följer samtliga tillgångar och skulder med. I en fusion går två eller flera bolag samman antingen genom att samtliga tillgångar och skulder övergår till det ena bolaget eller genom att båda bolagens skulder och tillgångar övergår till ett helt nytt bolag. Det överlåtande bolaget eller bolagen upphör att existera och eventuella miljöskulder hamnar på så sätt i det övertagande eller nya bolaget.

Det går inte att begränsa till exempel ansvaret vid en fusion till att endast gälla vissa tillgångar och skulder, det vill säga att man inte kan hävda att miljöskulder – lika lite som skatteskulder – inte ska följa med.

Det är emellertid också viktigt att undersöka om det eller de bolag man står i begrepp att förvärva eller fusionera med *tidigare* har upptagit något bolag med miljöskulder genom förvärv eller fusion. Det är, och har under lång tid varit, ganska vanligt att gamla industribolag fusioneras in i förvaltningsaktiebolag eller bolag som i dag är vilande, men som kan finnas kvar i en bolagsstruktur till exempel som ett dotterbolag.

Verksamhetsförvärv, eller inkråmsförvärv som det också kallas, innebär förvärv av de enskilda tillgångarna i verksamheten. Vid verksamhetsförvärv finns det säljande bolaget kvar. Det kommer efter affären vara ansvarigt för eventuella skulder som har uppkommit i verksamheten och vara part i eventuella avtal. Skulder och andra avtalsförpliktelser kan övertas av köparen bara om det säljande bolagets respektive avtalsparter godkänner övertagandet. De tillgångar som överläts vid ett verksamhetsförvärv är enbart de tillgångar som omfattas av avtalet. Det är därför viktigt att köparen och säljaren noggrant specificerar vilka tillgångar som avses i förvärvet.

Den som förvärvar en verksamhet och blir ny verksamhetsutövare enligt miljölagstiftningen kan bli ansvarig för verksamhetens miljöskulder. Detta gäller om den nya verksamhetsutövaren övertar hela verksamheten och fortsätter att bedriva den i stort sett oförändrad. Det har således ingen betydelse *vem* som bedriver eller har bedrivit den förorenade verksamheten. Om fastigheter ingår i förvärvet följer även ett subsidiärt fastighetsägaransvar med verksamheten.

Ansvar som följer med för miljöskulder vid ett verksamhetsförvärv är med andra ord långtgående. Det ska understrykas att till exempel motsvarande *rättigheter* inte nödvändigtvis följer med verksamheten. Tillstånd kan behöva sökas på nytt och den nya verksamhetsutövaren kan behöva anmäla bytet av utövare till berörda myndigheter för att få rätt att bedriva verksamheten.

- Vid förvärv av aktiebolag följer dess tillgångar och skulder, inklusive eventuella miljöskulder med.
 - Det gäller även vid fusion av bolag.
- Vid verksamhetsförvärv följer i princip bara de tillgångar och skulder med som man avtalat om.
 - Notera att frågan om vilket miljöansvar som ingår vid ett verksamhetsförvärv är en av de svåraste miljörettsliga frågorna.
 - Om hela verksamheten övertas och fortsätter att drivas i stort sett oförändrad följer dock ansvaret med.

2.3 Bolagsförvärv

Ett förvärv av ett bolag som har bedrivit förorenande verksamhet är i praktiken ett förvärv av ett verksamhetsutövaransvar enligt miljöbalken.

Det är därför viktigt att undersöka bolagets historik vad gäller den bedrivna verksamheten i tidigare förvärvade bolag eller verksamheter men också vilka åtaganden som kan finnas i övrigt. På motsvarande sätt måste man också kontrollera eventuella dotterbolag.

2.3.1 Bolagets verksamhetshistorik

Man bör så långt som möjligt utreda vilken verksamhet bolaget har bedrivit samt om, och i så fall när i tiden, föroreningar kan ha inträffat. Om det är möjligt bör man utreda vilka typer av förorenande ämnen som har använts i bolagets olika verksamheter.

2.3.2 Bolagets fusionshistorik

Om ett eller flera bolag har fusionerats in i det bolag man överväger att förvärva bör verksamheten i de överlåtande bolagen utredas på samma sätt som verksamheten i det bolag man avser att förvärva, se avsnitt 2.3.1 ovan.

2.3.3 Bolagets förvärvshistorik

Om hela eller en del av bolagets verksamhet har förvärvats från en annan verksamhetsutövare bör det utredas under hur lång tid verksamheten har pågått och vad som har ingått i verksamheten. Som utvecklas i avsnitt 2.4.4 följer miljöskulder oftast med verksamheten vid verksamhetsförvärv, vilket kan innebära att aktiebolag har ett miljöansvar som är mer omfattande än vad bolagets nuvarande verksamhet antyder.

Det är vidare viktigt att känna till om bolaget förvärvat en förorenad fastighet efter den 31 december 1998. Om så är fallet har bolaget nämligen ådragit sig ett så kallat fastighetsägaransvar enligt miljöbalken. Fastighetsägaransvaret är subsidiärt i förhållande till verksamhetsutövaransvaret. Det betyder att det inte aktualiseras så länge det finns ansvariga verksamhetsutövare som kan utföra eller betala för de åtgärder som behövs och kan krävas. Finns det inte ansvariga verksamhetsutövare kan fastighetsägare hållas ansvariga i samma utsträckning som verksamhetsutövarna hade kunnat hållas ansvariga om de hade varit tillgängliga och haft möjlighet att stå för nödvändiga åtgärder.

2.3.4 Bolagets civilrättsliga åtaganden

Det kan även finnas risk för att man behöver ansvara för miljöskulder som inte är direkt synliga som en följd av verksamheten eller på grund av fusioner eller förvärv utan är kopplade till försäljning av bolag eller verksamheter som tidigare ingått.

I samband med överlåtelse av verksamheter eller aktiebolag förekommer det nämligen att säljaren åtar sig att stå för miljörelaterade kostnader såsom kända eller okända föroreningar i den överlåtna verksamheten. Ett bolag kan till exempel vid något tillfälle ha ändrat fokus i sin verksamhet och därför överlåtit en del av verksamheten eller ett dotterbolag. I samband med överlåtelsen kan bolaget, gentemot säljaren, ha åtagit sig att svara för vissa undersöknings- eller saneringskostnader förknippade med dotterbolagets verksamhet. Sådana åtaganden kan i vissa fall löpa över en relativt lång tid (10 år förekommer och undantagsvis även mer). Detta innebär att det är viktigt att undersöka transaktionshistoriken långt tillbaka i tiden.

2.3.5 Bolagets dotterbolag

På grund av praxisutvecklingen på miljörättens område finns det även skäl att uppmärksamma dotterbolag, även om dessa inte ingår

i transaktionen – särskilt om de har gått i konkurs eller likviderats. Huvudregeln i svensk aktiebolagsrätt är att ett moderbolag inte ansvarar för sitt dotterbolags skulder och åtaganden. Undantag från den regeln har endast aktualiserats om moderbolaget har förfarit illojalt mot dotterbolagets gäldenärer, till exempel genom att hålla dotterbolaget tydligt underkapitaliserat i förhållande till den verksamhet som bolaget bedriver.

I miljörättspraxis har den aktiebolagsrättsliga huvudregeln i praktiken kringskurits något genom att ett moderbolag har ansetts vara ansvarigt för en miljöskada som orsakats av dess dotterbolag på grund av att moderbolaget, under den tid som föreningen uppkommit, hade möjliggjort den föörenade verksamheten genom att lämna koncernbidrag till dotterbolaget. På grund av sin starka ställning som ensam aktieägare och koncernbidragsgivare ansågs moderbolaget ha haft ett så stort inflytande över dotterbolaget att det hade kunnat påverka hur dotterbolaget bedrev sin verksamhet. Moderbolaget ansågs därför vara *verksamhetsutövare* jämte dotterbolaget. Det var alltså inte fråga om ett undantag från den aktiebolagsrättsliga huvudregeln ovan utan om en tillämpning av det miljörättsliga verksamhetsutövarbegreppet, det vill säga en fråga om vem som ska anses ha faktisk och rättslig rådighet över en verksamhet. Eftersom praxis är begränsat till ett avgörande är det svårt att förutse med någon exakthet i vilka situationer ett moderbolag kan hållas ansvarigt för ett dotterbolags miljöskulder. Inför ett bolagsförvärv kan det dock vara viktigt att utreda om bolaget kan anses ha orsakat miljöskador genom ett eller flera dotterbolag vars verksamhet möjliggjorts genom ekonomiska bidrag.

- Vid förvärv av aktiebolag tänk på att kontrollera:
 - Vilken verksamhet som bedrivits.
 - Om bolaget har fusionerat in andra bolag eller förvärvat verksamheter eller fastigheter.
 - Om bolaget ställt ut några garantier, till exempel i samband med försäljning av verksamheter.
 - Om bolaget har haft dotterbolag som har bedrivit miljöpåverkande verksamhet.

2.4 Verksamhetsförvärv

Omfattningen av det miljöansvar som ingår vid ett verksamhetsförvärv är en av de riktigt svåra miljörättsliga frågorna.

Lagstiftningen skulle kunna tolkas så att det är *den som har orsakat* en förorening som kan hållas ansvarig för utredning och efterbehandling, det vill säga den faktiske förorenaren. Det skulle innebära att det är den före verksamhetsutövaren som ska hållas ansvarig om verksamheten överläts efter det att en miljöskada har inträffat.

Emellertid har inte gränsen dragits så i domstolspraxis. Istället är det avgörande vilken *verksamhet* som har orsakat föroreningen. Om man övertar den förorenande verksamheten övertar man, med detta synsätt, även ansvar för föroreningarna.

2.4.1 Verksamheten och dess historiska omfattning

Den som står i begrepp att förvärva en verksamhet kan inte nöja sig med att riskbedöma verksamheten så som den ser ut vid förvärvstillfället. Det är också nödvändigt att utreda hur verksamheten har bedrivits historiskt. Om annan, mer miljöstörande hantering, avfallsdeponering eller liknande har bedrivits tidigare inom ramen för samma verksamhet riskerar köparen att få överta ansvaret även för den historiska verksamheten. Det finns ett flertal exempel på detta i domar.

- Skrotåtervinningsverksamhet hade bedrivits av olika bolag, vid olika tidpunkter och med olika typer av skrot (skrot innehållande PCB respektive skrot utan PCB-förekomster). Miljööverdomstolen ansåg ändå att det var fråga om en och samma verksamhet och höll den som hade bedrivit skrotverksamhet *utan* PCB-förorenade komponenter ansvarig för de i målet aktuella PCB-föroreningarna (MÖD 2003:127).
- Tillverkning av en viss typ av tjärprodukter hade orsakat PAH-föroreningar. Den faktiska driften av den produktionen hade upphört senast 1961. En annan typ av tjärprodukter tillverkades till och med 1974. Miljööverdomstolen ansåg att de båda verksamheterna skulle betraktas som en och samma och höll bolaget ansvarigt även för de föroreningar som hade orsakats före 1961 (MÖD 2005:30).
- I pappersmassaproduktion hade kvicksilverhaltigt slembekämpningsmedel använts till 1968 men inte därefter. Verksamhetsutövaren menade att den förorenande verksamheten hade upphört före 1969 och att miljöbalken därför inte var tillämplig. Miljööverdomstolen delade inte verksamhetsutövarens uppfattning utan menade att massatillverkning med och utan kvicksilver i processen utgör samma verksamhet (MÖD 2006:36).

- En mattproducent hade under åren 1966 och 1967 deponerat avfall inom en fastighet som var belägen åtta kilometer från mattfabriken. Fastighetsägaren uppgavs ha använt avfallet till att fylla ut en grusgrop. Miljööverdomstolen konstaterade att produktion i mattfabriken hade pågått efter den 1 juli 1969, vilket enligt domstolen innebar att miljöbalkens ansvarsbestämmelser kunde tillämpas på verksamheten. Deponin som uppstått ansågs således ingå i mattverksamheten (MÖD 2008:11).

Även fastighetsägaransvar för föroreningar kan ingå om verksamhetsförvärvet innefattar fastigheter, se närmare avsnitt 2.4.2.

2.4.2 Särskilt om fastighetsförvärv

Vid fastighetsförvärv följer ansvaret för utredning och efterbehandling med fastigheten även om den verksamhet som har orsakat eller bidragit till föroreningen inte har bedrivits av köparen (eller säljaren). Ansvaret är dock subsidiärt, vilket innebär att det endast aktualiseras om det inte finns någon verksamhetsutövare som kan utföra eller bekosta efterbehandling och fastighetsägaren vid förvärvet var medveten om eller borde ha upptäckt föroreningarna (10 kap. 3 § miljöbalken). Ansvaret gäller endast förvärv som skett efter den 31 december 1998. Begränsningen är viktig att känna till men är av underordnad betydelse vid verksamhetsförvärv eftersom fastighetsägaransvar i sådana fall kan utlösas endast om fastigheter ingår i den verksamhet som förvärvas.

Om verksamhetsutövaren endast kan utföra eller bekosta en del av efterbehandlingen kan fastighetsägaren åläggas att svara för den återstående delen. Fastighetsägarens efterbehandlingsansvar kan dock aldrig bli större än verksamhetsutövarens. Om verksamhetsutövarens ansvar är begränsat av någon anledning ska fastighetsägarens ansvar begränsas i samma utsträckning.

Ansvaret vid fastighetsförvärv är uttryckligen kopplat till vad fastighetsägaren kände till eller borde ha känt till vid förvärvet. Det är därför särskilt viktigt att fastighetsförvärvare fullgör sin undersökningsplikt genom att utföra noggranna undersökningar, om det finns anledning att misstänka förekomst av föroreningar. Beroende på fastighetens beskaffenhet eller vilka verksamheter som har bedrivits på platsen eller i omgivningen kan mer eller mindre utförliga undersökningar behöva göras.

Det är i princip omöjligt att undgå ansvar med hänvisning till att man inte har upptäckt eller borde ha upptäckt en förorening vid förvärv av näringsfastigheter.

Slutligen ska framhållas att förvärv av ett fastighetsägende bolag inte är att jämställa med ett fastighetsförvärv. Endast om det fastighetsägende bolaget har förvärvat fastigheten efter miljöbalkens ikraftträdande (den 1 januari 1999) kan fastighetsägaransvar aktualiseras.

- Vid förvärv av verksamhet tänk på att kontrollera:
 - o Vilken verksamhet som har bedrivits historiskt - även verksamhet på andra platser än den nuvarande.
 - o Fastighetsägare blir ansvariga om
 - det inte finns någon verksamhetsutövare som kan utföra eller bekosta efterbehandling och
 - fastighetsägaren vid förvärvet var medveten om eller borde ha upptäckt föroreningarna.
 - o Fastighetsägares ansvar kan aldrig bli större än verksamhetsutövarens.

3 Riskbedömning och kostnadsuppskattning

3.1 Inledande due diligence

Om det finns en risk för att den verksamhet eller det bolag som ska förvärfvas har orsakat eller utsatts för föroreningskador är det av central betydelse att försöka identifiera och bedöma eventuella miljörisker. En sådan undersökning görs normalt inom ramen för en så kallad due diligence-process som görs vid förvärv av bolag eller verksamheter. Due diligence är den engelska termen för företagsbesiktning och den term som normalt används på marknaden. Termen används därför även här.

Syftet med en due diligence är att köparen ska uppmärksammas på eventuella risker (och möjligheter) inför en affär. Processen går ut på att köparen samlar in och analyserar information om bolaget eller verksamheten som ska köpas, för att skapa sig en bild av behovet av riskhantering i transaktionen. En due diligence ger också underlag för en värdering och kan alltså påverka köpeskillingen, men framför allt ger den information som inhämtas av köparen en bättre förhandlingsposition gentemot säljaren.

Normalt omfattar en due diligence en mängd olika frågor, varav miljöfrågan är en. Alla transaktioner medför risker av större eller mindre omfattning. I Sverige är utgångspunkten att säljaren står risken för avvikelser från köparens befogade förväntningar om förvärvsobjektets egenskaper (17 § *tredje stycket* köplagen) medan köparen står risken för sådana problem som denne känt till eller bort känna till vid förvärvet (20 § köplagen). Det är därför viktigt att som köpare ta reda på så mycket som möjligt så att riskerna vid behov kan omfördelas i överlåtelsedokumentationen.

En due diligence kan vara mer eller mindre omfattande beroende på förvärvsobjektets storlek eller komplexitet. Om man som köpare är väl förtrogen med förvärvsobjektet kan en mer begränsad besiktning vara tillräcklig. Det finns inga regler om vem som ska utföra en due diligence. I praktiken anlitas dock oftast externa konsulter, i miljöfrågor oftast miljötekniska konsulter och miljöjurister.

Parterna råder själva över vilka moment som ska ingå. Processen varierar beroende på förvävsobjektet och undersökningens inriktning. Generellt är emellertid följande steg vanligt förekommande.

1. Köparen upprättar en frågelista, det vill säga en lista över information som köparen vill att säljaren ska tillhandahålla, och översänder den till säljaren.
2. Säljaren sammanställer informationen. Eftersom dokumentationen kan innehålla företagshemligheter sänds den ofta inte till köparen utan tillhandahålls i ett så kallat datarum där köparen får ta del av informationen på egen hand eller genom sina rådgivare. De som tar del av informationen brukar åläggas att underteckna ett sekretessavtal. Ett datarum kan vara beläget hos säljaren eller hos en extern konsult/advokatbyrå. Det förekommer också så kallade virtuella datarum. Informationen i datarummet organiseras ofta utifrån köparens frågelista. I miljöhänseende granskas vanligen tillstånd, tillståndsansökningar, förelägganden och beslut från eller korrespondens med miljömyndigheter, rapporter från markundersökningar, äldre due diligence-rapporter och avtal som reglerar miljöförhållanden. Vanligtvis väcks frågor vid granskningen av informationen i datarummet. Sådana frågor kan lämnas skriftligen till säljaren och/eller ställas muntligen i samband med företagspresentationer som ofta sker parallellt med due diligence-processen.
3. Den information som har granskats brukar sammanställas i en due diligence-rapport. Oftast är rapporten problemorienterad, det vill säga den sammanfattar inte all granskad information utan fokuserar på de risker som kan behöva hanteras eller de frågor som kan behöva besvaras i processen.
4. Om den information som har tillhandahållits i datarummet är tillräcklig för att ge köparen en uppfattning om vilka risker som behöver hanteras, upprättar köparen ett förslag till riskhantering – ofta i form av en revidering av ett utkast till överlåtelseavtal som har tillhandahållits av säljaren. Om informationen inte är tillräcklig, bör köparen försöka få till stånd fördjupade undersökningar.

Om det kommer fram information om att det finns föroreningar och därmed förknippade risker måste det potentiella juridiska ansvaret analyseras. Det är inte givet att ett identifierat efterbehandlingsbehov innebär att verksamhetsutövaren kan åläggas att stå för hela efterbehandlingskostnaden. Enligt miljöbalken ska nämligen den som är ansvarig för att avhjälpa en föroreningskada i skälig omfattning utföra eller bekosta det avhjälpande som på grund av föroreningen behövs för att förebygga, hindra eller motverka att skada eller olägenhet uppstår för människors hälsa eller miljön. När ansvarets omfattning bestäms ska det beaktas hur lång tid som har förflutit sedan föroreningen ägde rum, vilken skyldighet den ansvarige hade för att förhindra framtida skadeverkningar och omständigheterna i övrigt. I praxis har detta sammanfattningsvis tolkats på följande sätt.

1. En skälighetsbedömning ska göras i två steg:
 - a. Först ska det utredas vilka efterbehandlingsåtgärder som är miljömässigt motiverade och rimliga från kostnadssynpunkt. Det anses normalt inte vara skäligt att ställa krav på förädling av ett markområde. Ett exempel på förädling är att göra om marken så att den istället för att användas som industrimark ska kunna användas för bostadsbyggande, så kallad känslig markanvändning.
 - b. Därefter sker en bedömning av ansvarets omfattning enligt punkt 2 nedan.
2. Tidsaspekten kan medföra jämkning av en verksamhetsutövares ansvar. Om inte annat är känt, kan man utgå ifrån att föroreningarna har inträffat jämnt fördelat över tiden. Under sådana förhållanden ska ansvaret normalt jämkas enligt följande:
 - a. Ansvar för föroreningar som uppkommit före och under 1950-talet jämkas till noll.
 - b. Ansvar för föroreningar som uppkommit under perioden 1960 till 1969 medför ett begränsat ansvar.
 - c. Ansvaret för föroreningar som har uppkommit efter 1969 jämkas inte.
3. Om det är känt att en stor del av föroreningarna uppkom före 1960, kan jämkningen bli mer omfattande än vad som följer av det som anges i punkt 2.

Om den ansvarige åläggs att svara för en del av de efterbehandlingsåtgärder som anses vara miljömässigt motiverade och skäliga ska frågan om vem som är ansvarig för resterande åtgärder klarläggas av tillsynsmyndigheten. Om den verksamhet man står i begrepp att förvärva har bedrivits under mycket lång tid kan det med andra ord finns förutsättningar för jämkning av efterbehandlingsansvaret. Detta bör beaktas i den kommersiella riskbedömningen.

- Due diligence är den engelska termen för företagsbesiktning och syftar till att uppmärksamma köparen på eventuella risker.
- Framkommer information om att det finns föroreningar behöver det juridiska ansvaret analyseras.
 - Den ansvarige ska i skälig omfattning avhjälpa föroreningen för att förebygga, hindra eller motverka att skada eller olägenhet uppstår för människors hälsa eller miljön.
 - Ansvaret kan jämkas utifrån hur lång tid som har förflutit sedan föroreningen ägde rum, vilken skyldighet den ansvarige hade att förhindra skadeverkningar och omständigheterna i övrigt.

3.2 Fördjupade bedömningar

Om granskningen visar att det kan finnas en risk för föroreningar i mark, vatten eller byggnader, bör köparen försöka avgränsa risken. Detta kan göras genom miljötekniska undersökningar. En miljöteknisk konsult utför då provtagningar av mark, grundvatten och eventuella sediment med mera och proverna analyseras av ett ackrediterat laboratorium. Syftet med provtagningen är att få en uppfattning om graden av föroreningsförekomsten och helst kunna avgränsa den. Om det inte är möjligt att avgränsa denna efter de inledande undersökningarna kan fortsatta undersökningar vara nödvändiga.

Om föroreningen kan avgränsas är det normalt möjligt att bedöma vilka miljö- och hälsorisker som kan vara förenade med föroreningsförekomsten. Detta innebär att det kommer att vara möjligt att bedöma vilken typ av efterbehandlingsåtgärder som kan aktualiseras och kostnaderna för dessa.

I praktiken är dock miljö- och hälsoriskbedömningen liksom åtgärdsutredningen bedömningsfrågor, vilket innebär att man måste räkna med att olika personer (konsulter, myndighetstjänstemän och domstolar) kan göra olika bedömningar. Det är också svårt att på den relativt korta tid som normalt står till buds i en transaktion göra helt

tillförlitliga utredningar beträffande föroreningsförekomsten och åtgärdskostnaderna. Det är inte ovanligt att utredningar inför en sanering tar flera år i anspråk. Ofta värderas därför risken i olika scenarier, till exempel ett värsta fall, ett bästa fall och ett ”rimligt” fall. Vilket scenario som används som grund för riskhanteringen beror på förutsättningarna i det enskilda fallet.

Att utföra en fördjupad bedömning av miljö- och hälsorisker är en komplex uppgift som ställer höga krav på utföraren. Det är därför viktigt att anlita kunnig expertis. Att ha tillgång till sådan expertis i förhandlingar med säljaren är också viktigt eftersom det kan vara svårt att tolka en miljö- och hälsoriskbedömning. Framför allt är det svårt att på egen hand fullt ut se sambandet mellan identifierade föroreningar, risker och kostnader.

Slutligen ska framhållas att en säljare kan vara tveksam till att låta köparen utföra markundersökningar inom aktuella fastigheter. Det beror på att den som äger eller brukar en fastighet är skyldig att underrätta tillsynsmyndigheten om föroreningar som kan medföra risker för människors hälsa eller miljön påträffas. Tillsynsmyndigheten kan då ställa krav på ytterligare undersökningar och vid behov efterbehandlingsåtgärder. Skulle överlåtelsen av någon anledning inte ske kan alltså undersökningar medföra problem för säljaren.

Å andra sidan är det svårt för köparen att ta risken att inte undersöka föroreningsförekomsten. Omfattande eller komplexa föroreningar kan medföra betydande undersöknings- och efterbehandlingskostnader. Det förekommer att pågående förhandlingar avbryts för att säljaren inte tillåter undersökningar och köparen inte är beredd att genomföra förvärvet utan att få utföra sådana.

- Om en granskning visar att det kan finnas en risk för föroreningar bör man försöka avgränsa risken genom miljötekniska undersökningar.
- I praktiken är miljö- och hälsoriskbedömningar liksom åtgärdsutredningar bedömningsfrågor, vilket innebär att man måste räkna med att olika personer (konsulter, myndighetstjänstemän och domstolar) kan komma till olika slutsatser.
- Ofta värderas därför risk i olika scenarier, till exempel ett värsta fall, ett bästa fall och ett ”rimligt” fall.

4 Riskhantering

4.1 Allmänt

Miljörelaterade risker som har identifierats i due diligence-processen kan hanteras på olika sätt. Vilka möjligheter som står till buds beror på om man avser att förvärva aktierna i ett bolag eller inkråmet i en verksamhet. När det gäller miljöfarlig verksamhet är det oftast omöjligt att helt eliminera miljöriskerna, men med rätt riskhantering kan de hållas på en rimlig nivå.

Miljörisker kan reduceras genom regleringar i överlåtelseavtalet och, dock mindre ofta förekommande, genom försäkringslösningar. Det är i vissa fall också möjligt att ”skära ut” risken ur transaktionen och låta förvärvaren överta endast de riskfria eller mindre riskutsatta delarna av verksamheten. Om sannolikheten för att efterbehandlingskostnader ska aktualiseras är relativt stor kan köparen också kompenseras genom ett omedelbart avdrag på köpeskillingen.

- Det är oftast omöjligt att helt eliminera miljöriskerna, men med riskhantering kan de hållas på en rimlig nivå.
- De vanligaste sätten att reducera miljörisker är
 - genom affärsstrukturen, förvärvaren tar till exempel endast över de riskfria eller mindre riskutsatta delarna av verksamheten eller genom ett omedelbart avdrag på köpeskillingen,
 - genom prisavdrag,
 - i överlåtelseavtalet till exempel genom garantier och skadelöshetsåtaganden, eller
 - genom, mindre ofta förekommande, försäkringslösningar.

4.2 Affärsstrukturen

När man förvärvar ett *aktiebolag* följer ansvar för föroreningar som bolaget har orsakat oavsett var detta har skett och oavsett om den föroreande verksamheten är i drift eller inte. Om man överväger att förvärva ett aktiebolag som tidigare har haft verksamhet på ett flertal olika platser kan man därför överväga att istället göra ett verksamhetsförvärv (inkråmsförvärv). Ett alternativ är att överföra inkråmet till ett nytt aktiebolag som inte har någon tidigare verksamhetshistorik. På så sätt kan man undvika att överta ett ansvar för verksamhet som tidigare har bedrivits på *annan* plats.

Ansvar för den verksamhet som faktiskt tas över kan man dock inte undgå genom en viss affärsstruktur.

Om det är möjligt att dela upp en pågående verksamhet i två separata, och från varandra oberoende, verksamheter kan det också vara möjligt att endast förvärva den del av verksamheten som medför mindre miljörisker. Detta kräver dock att de olika verksamhetsdelarna paketeras i olika aktiebolag och att köparen endast förvärvar det nya bolaget, det vill säga ett bolag utan tidigare verksamhetshistorik.

Vid rena *verksamhetsöverlåtelser* är det svårare att skära bort miljörisker genom att strukturera förvärvet på ett visst sätt. Ansvar för en verksamhet beror på hur verksamheten definieras miljörättsligt och begreppet ges en vid definition enligt praxis. På samma sätt som vid bolagsförvärv kan det dock vara möjligt att dela upp en pågående verksamhet i separata delar och låta förvärvet endast omfatta en del av verksamheten. Det är emellertid viktigt att det anges tydligt i överlåtelsehandlingarna vad som ingår respektive inte ingår i förvärvet.

Vid verksamhetsöverlåtelser ingår ibland fastigheter. Som har angetts ovan utlöser förvärv av fastigheter ett subsidiärt ansvar för föroreningar på fastigheten. Detta kan undvikas genom att fastigheten inte förvärvas. Verksamheten kan till exempel fortsättningsvis bedrivas med stöd av någon form av nyttjanderättsavtal. Ett annat sätt att undvika kända föroreningar kan vara att förorenade områden styckas av och lämnas utanför förvärvet. Detta förutsätter dock att en fastighetsreglering kan genomföras på önskat sätt.

Ett flertal varianter på ovanstående kan aktualiseras beroende på förutsättningarna i det enskilda fallet. Det är normalt att rekommendera att miljöjuridisk expertis anlitas för en bedömning av vad som är möjligt att åstadkomma i den aktuella transaktionen.

4.3 Prisfrågor

Om förekomsten av föroreningar är väl avgränsad och kostnadsuppskattningen för efterbehandlingsåtgärder är relativt säker kan parterna kanske komma överens om att köpeskillingen sänks i en omfattning som motsvarar åtgärdskostnaderna. Detta är avtalstekniskt sett en enkel lösning eftersom inga särskilda garantier eller skadelöshetsåtaganden behöver förhandlas och säljaren – i alla fall vid bolagsförvärv – kan vara säker på att slippa drabbas av efterbehandlingskostnader i framtiden. Vid verksamhetsförvärv kan en prisreduktion behöva kompletteras med skadelöshetsåtagande från köparen till säljaren för det fall tillsynsmyndigheten adresserar ett krav på utredning eller åtgärder till säljaren.

I praktiken kan det dock vara svårt för parterna att enas om en nivå för prisavdraget. Det finns nästan alltid någon osäkerhet i en riskbedömning eller kostnadsuppskattning som kan ifrågasättas av någon av parterna. Ännu vanligare är att det är svårt för parterna att enas om hur sannolikt det är att kostnaden faktiskt aktualiseras, det vill säga om det kommer att framställas något krav från berörda myndigheter.

4.4 Avtalsreglering

Det vanligaste sättet att hantera miljörisker är genom avtalsregleringar. I avtalet kan parterna fördela risken för miljörelaterade kostnader nästan på vilket sätt som helst. Det är dock viktigt att notera att avtalet endast är bindande mellan avtalets parter. Om en myndighet vill rikta ett krav på utredning eller efterbehandling mot en av parterna utgör avtalet inget hinder.

Ett överlåtelseavtal innehåller normalt ett antal garantier från säljaren beträffande överlåtelseobjektets beskaffenhet. Garantierna kan även avse miljöfrågor, till exempel kan säljaren garantera att ingen förorenande verksamhet har bedrivits inom fastigheter som överläts. Till den så kallade garantikatalogen kopplas ersättningsbestämmelser, det vill säga regler om hur köparen ska kompenseras vid garantibrist. Ersättningsbestämmelserna innehåller ofta begränsningar såväl i tid som till belopp. Till exempel kan garantierna gälla under ett eller några år och högst ge en total ersättning om ett belopp motsvarande köpeskillingen eller en del av denna. Det kan också finnas en nedre beloppsgräns, till exempel att kostnader till följd av en garantibrist inte ersätts om kostnaden inte når upp till ett i avtalet angivet tröskelbelopp.

Att reglera miljöfrågor endast i allmänna garantier är normalt mer lämpligt i situationer där man inte har anledning att befara, men ändå inte kan utesluta, att miljörelaterade kostnader kan uppstå. Det kan också vara en lämplig lösning i fall där säljaren under en begränsad tidsperiod är beredd att bära större delen av risken, till exempel för att få ett snabbt avslut på förhandlingarna. Som köpare bör man under sådana omständigheter vara observant på att de flesta garantier oftast gäller under en relativt kort tid och kanske även till relativt begränsade belopp samtidigt som det kan dröja flera år innan en miljöskada upptäcks och kostnaderna för att åtgärda problemet kan bli betydande. Det är därför viktigt att få till stånd en garanti som gäller under en längre tidsperiod (helst 5 eller 10 år) och till ett högre belopp i miljödelen.

När det gäller miljöskador som har dokumenterats och bekräftats under due diligence-processen kan det vara lämpligt att införa särregleringar i avtalet. På så sätt kan riskerna fördelas helt fritt oberoende av hur frågan om ersättning för garantibrist regleras. Det är till exempel möjligt att låta säljaren bära risken inledningsvis, under något eller några år, och sedan – successivt eller omedelbart – låta köparen överta risken för miljöskadan.

I engelskspråkiga avtal benämns allmänna garantier *warranties* medan mer specifika skadelöshetsregleringar ofta benämns *specific indemnities*.

Såväl garantier som skadelöshetsåtaganden kan kopplas till en rad begränsningar. Det är till exempel rimligt att bestämmelserna gäller förhållandena på tillträdesdagen. Om föroreningar tillkommer där-efter framstår det sällan som skäligt att låta säljaren ansvara för dessa. Vidare kan garantier och skadelöshetsåtaganden begränsas om köparen utför mer omfattande markarbeten i det förorenade området eftersom det kan påverka risken för föroreningsspridning och således ge upphov till kostnader som annars inte skulle ha uppstått.

Riskbedömningar och utredningar om åtgärds-kostnader gäller bara vid en specificerad typ av markanvändning. Om markanvändningen ändras kan kostnaderna öka samtidigt som fastighetens värde kan öka. Det är därför vanligt att säljarens åtaganden gäller under förutsättning att markanvändningen förblir oförändrad. Däremot är det svårt att med bindande verkan reglera den fortsatta markanvändningen. Köparen kan ju överlåta verksamheten eller fastigheten till en ny förvärvare. Det finns exempel på sådana regleringar i Sverige, men det är oklart vilken rättsverkan de har.

Om parterna är överens om att köparen – direkt eller efter en viss tid – ska ta över hela miljörisken för verksamheten finns det, åtminstone vid verksamhetsöverlåtelser, skäl att överväga ett skadelöshetsåtagande till förmån för säljaren. Tillsynsmyndigheten behöver inte ta hänsyn till avtalet mellan säljaren och köparen och kan, med hänvisning till miljöbalkens regler om solidariskt ansvar för föroreningar, rikta ett krav på utredning eller efterbehandling till säljaren oavsett hur saken regleras i avtalet. I sådana fall kan säljaren behöva ha en möjlighet att vända sig till köparen för kompensation av de kostnader som då drabbar säljaren.

Ett avtal som innebär att motparten kan tvingas utge ersättning på grund av garantibrott har ett värde endast om motparten har tillräcklig betalningsförmåga. För mycket omfattande åtaganden kan det därför finnas skäl att säkerställa att det finns medel om miljörisken materialiseras. Detta kan ske till exempel genom ett borgensåtagande från en solvent aktör, genom att en del av köpeskillingen avsätts som säkerhet eller på något annat sätt.

I avtal med näringsidkare är de rättsliga begränsningarna för avtalets utformning mycket få. De viktigaste begränsningarna att hålla i minnet är (i) att avtalet inte gäller mot berörda myndigheter och (ii) att preskriptionslagen föreskriver att en fordran preskriberas tio år efter tillkomsten, om inte preskriptionen avbryts dessförinnan. Preskriptionslagens exakta innebörd för miljögarantier/skadelöshetsåtaganden är något oklar. Om garantitiden inte regleras torde emellertid den tioåriga preskriptionen gälla. Det kan också vara så att en garantitid som är längre än tio år inte kan göras gällande om inte preskriptionsavbrott görs innan tioårsperioden har löpt ut.

Ovanstående innebär att det finns ett mycket stort antal variationsmöjligheter när det gäller utformning av avtalsbestämmelser om riskfördelning. Miljöjuridisk expertis bör därför anlitas för upprättande av skraddarsydda riskfördelningsbestämmelser.

4.5 Försäkringslösning

En verksamhetsutövarers företagsförsäkring omfattar ofta en ansvarsförsäkring som i varierande omfattning kan ge ersättning om verksamheten ger upphov till en föroreningsskada. Denna ersättning är dock ofta begränsad till att endast täcka skador från plötsliga och oförutsedda händelser. När det gäller ansvar för föroreningsskador bör försäkringen även täcka skador som uppkommer gradvis.

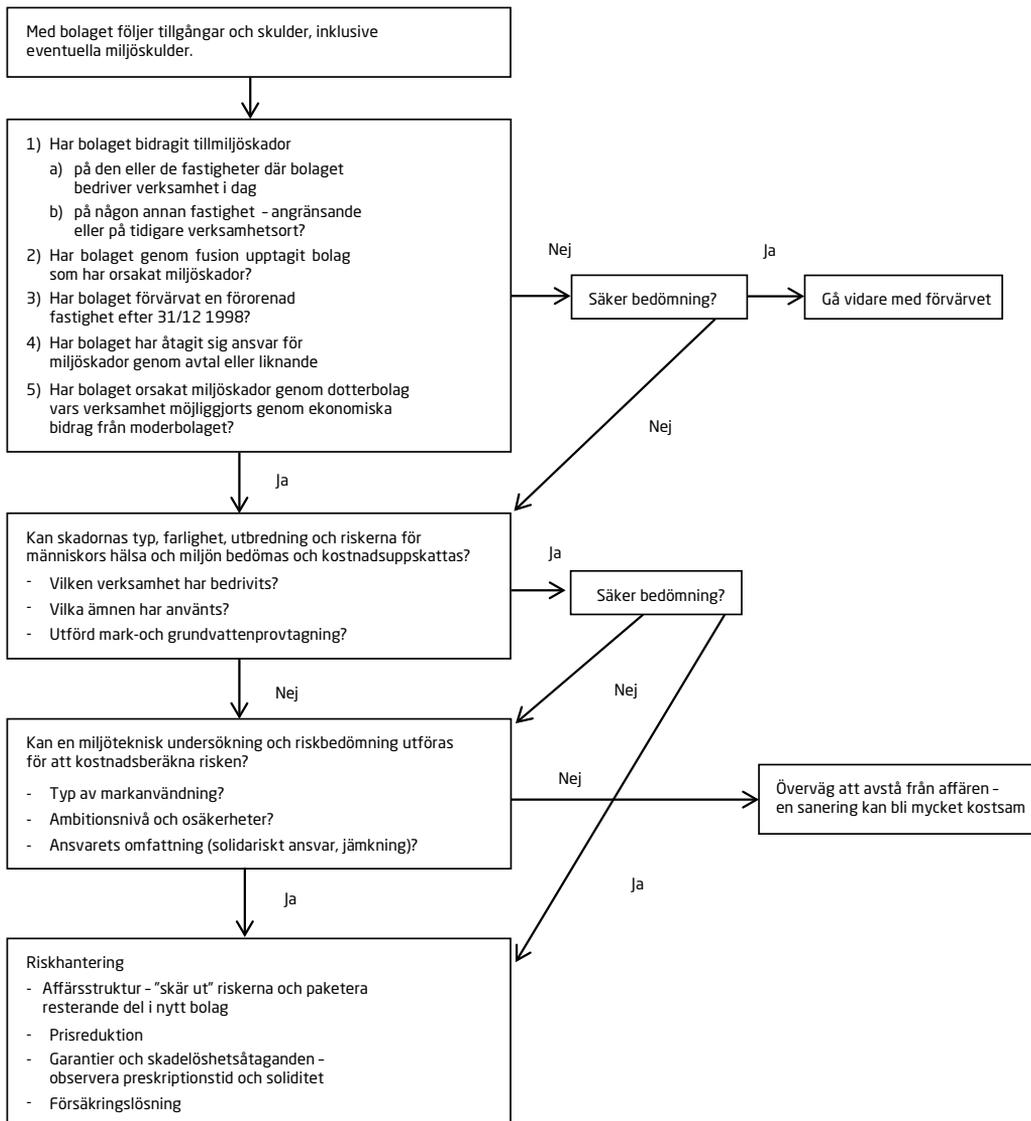
Det finns särskilda försäkringar som uteslutande avser miljörisker vid transaktioner. Försäkringsvillkoren tenderar att präglas av att miljöbalkens regelverk är komplext och svårtillgängligt. Det är därför viktigt att noggrant studera villkoren för att säkerställa att försäkringen har den omfattning som behövs, det vill säga att den täcker de skador och situationer som kan förväntas uppkomma.

Transaktionsförsäkringar är relativt ovanliga på den svenska marknaden. Försäkringsformen har av många uppfattats som allt för kostsam. Såväl villkor som premier bestäms emellertid av privata försäkringsbolag, varför utvecklingen på området kan gå snabbt om

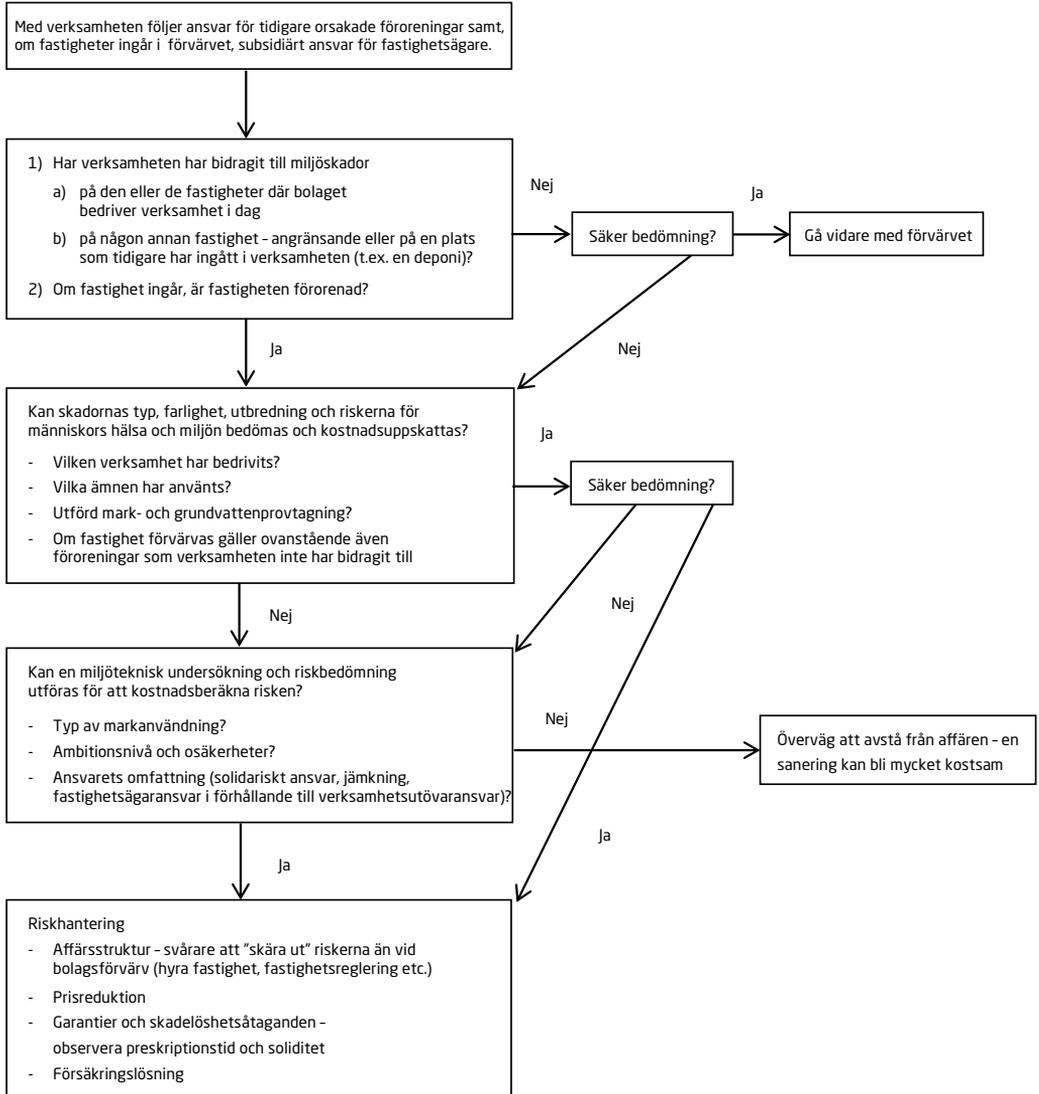
marknadsförutsättningarna är de rätta. Om fördelningen av miljöriskerna visar sig vara svårförhandlad bör man således överväga att kontakta ett försäkringsbolag som tillhandahåller transaktionsförsäkringar för att erhålla ett konkret och anpassat erbjudande att ta ställning till.

- Vid förvärv av ett aktiebolag som haft verksamhet på ett flertal olika platser kan man överväga att göra ett verksamhetsförvärv eller att verksamheten delas och endast en del förvärvas.
- Vid verksamhetsöverlåtelser är det svårt att skära bort miljörisker genom att strukturera förvärvet på ett visst sätt.
- Vid verksamhetsförvärv kan en prisreduktion behöva kompletteras med skadelöshetsåtagande från köparen till säljaren.
- Ett avtal är endast mellan avtalets parter och hindrar inte en myndighet att rikta krav mot den av parterna man anser mest lämpad.
- Allmänna garantier är sällan lämpliga för att reglera miljöansvar men kan ändå vara tillräckliga när man inte har anledning att befara att miljörelaterade kostnader kan uppstå.
- Dokumenterade och bekräftade skador kan det vara lämpligt att särreglera i avtalet.
- Om köparen ska överta miljörisker finns det, vid verksamhetsöverlåtelser, skäl att överväga ett skadelöshetsåtagande till förmån för säljaren, eftersom myndigheten kan välja vilken part man vill rikta krav mot.
- Transaktionsförsäkringar uppfattas ofta som kostsamma men kan vara en lösning om fördelningen av miljöriskerna är svårförhandlade.

Översikt - Bolagsförvärv



Översikt - Verksamhetsförvärv



www.svensktnaringsliv.se

Storgatan 19, 114 82 Stockholm

Telefon 08-553 430 00