

När dispositiva lagregler blir tvingande — om behov av kreativitet i det aktiebolagsrättsliga lagstiftningsarbetet

Av lektor HANNA ALMLÖF¹

Genom dispositiv lagstiftning erbjuds en flexibilitet för parter som finner att lagens utgångspunkt inte passar deras kontrakt. Forskning visar dock att dispositiviteten många gånger inte utnyttjas. I denna artikel diskuteras ekonomiska och psykologiska skäl till varför aktieägare avstår från att avtala bort bolagsrättsliga regler, trots att andra lösningar hade passat deras företag bättre. Det sagda får till följd att dispositiva aktiebolagsrättsliga lagregler likväl blir tvingande och sättet för lagstiftaren att bemöta detta är genom att överväga en annan regleringsteknik.

1 Inledning

I min forskning har jag riktat in mig på s.k. ägarledda aktiebolag.² Med detta avses företag där det råder ett slags identitet mellan aktieägarna och ledningen i bolaget, vilket torde vara fallet med i vart fall 80–85 % av samtliga aktiebolag i Sverige. Ett typiskt ägarlett aktiebolag består av upp till fyra aktieägare och har en övervägande överlappning mellan bolagets ägare och majoriteten av ledningen.³

Frågan huruvida aktiebolagslagens regelverk är tillräckligt anpassat för de ägarledda aktiebolagen har tagits upp vid otaliga tillfällen, bl.a. i form av diskussioner huruvida Sverige, liksom många andra europeiska länder, vore betjänt av ytterligare en bolagsform med begränsat ansvar. I förarbetena till nuvarande aktiebolagslag besvarades frågan jakande, dvs. att lagen är ändamålsenlig och tillräcklig för att tillgodose småföretagens behov, eftersom den erbjuder de mindre företagen en allt större flexibilitet.⁴ Denna flexibilitet tar sig uttryck på två

¹ Universitetslektor och Ragnar Söderbergpostdoktor vid Linköpings universitet samt forskare vid Ratio – Näringslivets forskningsinstitut och CeFEO — *Centre for Family Enterprise and Ownership*.

² Artikeln bygger på en del av den teoribildning som behandlas i min avhandlingsstudie *Bolagsorganens reglering och dess ändamålsenlighet — en aktiebolagsrättslig studie om ägarledda bolag*, JURE Förlag, 2014. Ett varmt tack riktas till professor Jan Andersson, som agerat huvudhandledare under avhandlingsprojektet och som även bidragit med värdefulla kommentarer till denna artikel.

³ Se Almlöf, *Bolagsorganens reglering*, 2014, avsnitt 1.5.2 för en genomgång av tillgänglig statistik.

⁴ Prop. 2004/05:85 s. 199–203. Denna ståndpunkt övergavs delvis redan 2007 då en särskild utredare fick i uppdrag att undersöka möjligheterna till förenklingar i

sätt. För det första genom att aktieägarna, där lagen så tillåter, kan avvika från den dispositiva aktiebolagsrätten genom att i bolagsordningen ta in en bestämmelse därom. Det andra sättet att avvika från lagen är genom den fastlagda principen om att regler som upprättats enbart i syfte att skydda aktieägarna kan åsidosättas genom en överenskommelse mellan samtliga aktieägare. I litteraturen benämns detta som den s.k. SAS-principen.⁵ I en tidigare studie har jag dock kritiserat lagstiftarens förlitan på denna princip, bl.a. på grund av att principens tillämpningsområde är otydligt och till och med dolt i lagtexten, vilket för med sig att inte ens den som besitter expertkunskap på området kan utröna principens användbarhet och absolut inte företagaren som kan vara betjänt av den.⁶

Förenklat sett så erkänns alltså att aktiebolagslagen inte alltid är anpassad till de ägarledda aktiebolagens behov, men påstås samtidigt att det inte gör något, eftersom lagen på två olika sätt är dispositiv och att aktieägarna därför kan välja andra lösningar som passar deras företagsspecifika situation bättre. I denna artikel argumenterar jag dock för att dessa regler, utifrån ett transaktionskostnadsperspektiv,⁷ är klart mer tvingande än vad deras utformning indikerar och att detta grundar sig i den regleringsteknik som den svenska lagstiftaren valt. Dispositiviteten blir således en chimär och om lagstiftaren vill uppnå verklig anpassbarhet för små och medelstora verksamheter måste andra regleringstekniker övervägas.

Artikeln disponeras på följande sätt. I avsnitt 2 ges en överblick över de två sätten att avvika från dispositiv aktiebolagsrätt och vilka regleringstekniker dessa motsvarar. I avsnitt 3 presenteras ekonomiska och psykologiska skäl till varför aktieägarna avstår från att utnyttja den flexibilitet som erbjuds inom aktiebolagsrätten. Genomgången visar att, beroende på deras utformning, är lagregler i olika grad dispositiva och i vissa fall i det närmaste tvingande. Hur lagstiftaren bör förhålla sig till den begränsade dispositivitetsgrad som vissa regleringstekniker för med sig diskuteras i avsnitt 4. Avslutningsvis, i avsnitt 5, presenteras några förslag på hur lagstiftningen i större utsträckning kan anpassas till de ägarledda aktiebolagens behov.

aktiebolagslagen för främst de små aktiebolagen, Dir. 2007:132. Arbetet resulterade i två utredningar, SOU 2008:49 Aktiekapital i privata aktiebolag: delbetänkande och SOU 2009:34 Förenklingar i aktiebolagslagen m.m.: slutbetänkande. Aktiekapitalet sänktes 2010, prop. 2009/10:61, men förslagen i övrigt har inte lett till några mer omfattande ändringar i aktiebolagslagen, se prop. 2013/14:86. Arbetet fortsätter delvis genom Dir. 2014:46 Förbättrat klimat för entreprenörskap och innovativt företagande, vilket vittnar om att en politisk vilja att fortsätta försöka förbättra villkoren för små och medelstora företag.

⁵ Se t.ex. Andersson, *Kapitalskyddet i aktiebolag*, 2010, s. 20, Stattin, *Företagsstyrning*, 2008, s. 134 och Sandström, *Svensk aktiebolagsrätt*, 2015, s. 20.

⁶ Almlöf, *Bolagsorganens reglering*, 2014, avsnitt 9.4.3.

⁷ Det anlagda perspektivet är alltså ekonomiskt betingat, ett perspektiv som är nog så viktigt att överväga tillsammans med andra både vid utvärderingar av befintliga lagregler och vid överväganden av framtida reglering.

2 Utgångspunkten för dispositiv aktiebolagsrätt

Aktiebolagslagen består av både tvingande och dispositiva regler. Med dispositiva bestämmelser avses utfyllande lagregler som gäller så länge parterna inte avtalat om annat. Aktiebolagsrättens dispositiva karaktär kommer till uttryck på två alternativa sätt.⁸ Som ett första alternativ kan aktieägarna besluta att frångå dispositiva lagregler genom intagande av en bestämmelse i bolagsordningen. Denna regleringsteknik utgör s.k. *opt out*-reglering, att parterna väljer bort lagbestämmelsen och skriver in en egen lösning i avtalet. Aktiebolagslagen anger uttryckligen vid vilka tillfällen detta är möjligt, exempelvis genom passusen *om inte annat föreskrivs i bolagsordningen*. Det som är typiskt för *opt out*-regler är att det i lagen inte anges vilket/vilka ytterligare alternativ som finns, utan det lämnas till parterna att själva utlösa. De flesta *opt out*-möjligheterna finns i 7 kap. och 8 kap. aktiebolagslagen. Som exempel kan nämnas 7 kap. 30 § enligt vilken det i bolagsordningen kan anges annat sätt att utse stämmans ordförande, 8 kap. 13 § enligt vilken styrelseledamöternas mandattid kan förlängas eller 9 kap. 1 § enligt vilken vissa aktiebolag kan välja bort revisor. Vid några få tillfällen använder sig lagstiftaren istället av en s.k. *opt in*-teknik. Med *opt in* avses lagbestämmelser som inte automatiskt är tillämpliga, utan kräver att bolagsstämman aktiverar dem genom att välja till reglerna. Ett *opt in*-system kan ha både dispositiv och tvingande karaktär. I det senare fallet är *opt in*-lösningarna uttömmande istället för exemplifierande och i så fall kan systemet beskrivas som tvingande med viss valfrihet. Exempel på *opt in*-lösningar är de i 4 kap. aktiebolagslagen angivna överlåtelsebegränsningarna som kan föras in i bolagsordningen, att använda euro som redovisningsvaluta, 3 kap. 2 §, och att bolaget ska vara ett avstämningsbolag, 1 kap. 10 §.

Det andra sättet, på vilket aktiebolagsrättens dispositiva karaktär kommer till uttryck, är att samtliga aktieägare kan fatta ett enhälligt beslut om att avvika från en dispositiv lagregel eller en bestämmelse i bolagsordningen. I svensk rätt uppnås detta genom den s.k. principen om samtliga aktieägares samtycke, eller SAS-principen, som regleringstekniskt även den utgör en *opt out*-lösning. Principen är spårbar i 7 kap. 26 § och 51 § 2 st. aktiebolagslagen, men kan därutöver ses som en i huvudsak okodifierad aktiebolagsrättslig regel, vars tillämpning är möjlig i alla frågor som, vid det aktuella tillfället, berör endast nuvarande aktieägares rätt. Detta gäller såväl formella som materiella regler. För att avgöra vilka lagregler i aktiebolagsrätten som är dispositiva och kan avvikas ifrån med stöd av SAS-principen, behövs således förståelse för vilket eller vilka lagstiftningsändamål som bestämmelserna är avsedda att tillgodose. Att identifiera en lagregels ändamål är i vissa fall enkelt, men i många fall komplicerat. Anledningar härtill kan vara att ändamål ibland inte kommer till uttryck —

⁸ Prop. 2004/05:85 s. 202.

varken i lagen eller i dess förarbeten —, att de är otydliga, inaktuella eller till och med obsoleta.⁹

Efter denna korta presentation av de två typerna av dispositiva bestämmelser kan det, enligt min mening, omvänt konstateras att med tvingande lagregler avses i ett aktiebolagsrättsligt sammanhang regler som inte kan frångås, varken genom en bestämmelse i bolagsordningen eller med stöd av SAS-principen.¹⁰

3 Hinder för dispositiva lagreglers verkan

3.1 Inledning

Utifrån den bakgrund som presenterats ovan diskuteras i detta avsnitt ekonomiska och psykologiska anledningar till varför aktieägarna i ägarledda verksamheter teoretiskt sett avstår från att utnyttja den flexibilitet som erbjuds inom aktiebolagsrätten. Utan en omfattande empirisk studie kan det inte bevisas att så verkligen är fallet. Det är emellertid välkänt att bolagsordningen som instrument endast i blygsam utsträckning används aktivt för att reglera aktieägarnas mellanhavanden. En anledning är att den registreras och därigenom kommer till allmänhetens kännedom, vilket också fört med sig en tradition att bolagsordningar hålls så neutrala som möjligt. Detta utgör även skäl till att aktieägarna ofta reglerar sina mellanhavanden i aktieägaravtal istället för i bolagsordningen,¹¹ men det finns indikationer på att även aktieägaravtal används i en begränsad utsträckning.¹²

Det bör också erinras att det finns ytterligare anledningar till att en part avstår från att försöka förhandla om att avtalet ska avvika från dispositiva lagregler än de som diskuteras nedan. Exempel på en sådan anledning är att parten är beroende av en fortsatt bra avtalsrelation med sin motpart och därför inte vill uppfattas som besvärlig under förhandlingen. En annan anledning till att inte avtala om något är att parterna tror att frågan löses på ett adekvat sätt genom lagstiftningen, utan att känna till dess innehåll.¹³

⁹ Jfr Grönfors, *Ändamålsförskjutning och rättssäkerhet* SvJT 1960 s. 12.

¹⁰ Begrepps bilden avviker från den systematik med fakultativa, obligatoriska och absolut obligatoriska lagregler som begagnas av Nerep och Samuelsson, se t.ex. *Aktiebolagslagen: en lagkommentar. D. 1, Kapitel 1-10*, 2013:1 [Elektronisk resurs] 1 kap. 1 §, avsnitt 1.3 (motsvarande text saknas dock i kommentaren sedan omvandling skett inom Karnov till nuvarande Lexino) och Arvidsson, *Aktieägaravtal*, s. 24, av den principiella anledningen att jag anser att båda sätten att avvika från ABL ska rymmas inom det dispositiva (fakultativa) området, se Almlöf, *Bolagsordnans reglering*, s. 222 f.

¹¹ Stattin och Svernlöv, *Introduktion till aktieägaravtal*, 2013, s. 19, Kansmark och Roos, *Aktieägaravtal*, 1994, s. 16 f. och Sandström, *Svensk aktiebolagsrätt*, 2015, s. 84.

¹² Se t.ex. Neville, 'Shareholders Conflicts in the European Private Company (SPE)' i *The European Private Company — Societas Privata Europaea (SPE)*, Hirte och Teichmann (red), *European Company and Financial Law Review Special Volume 3*, 2013, s. 213 f.

¹³ Neville, 'Conflicts in Small and Medium-sized Enterprises' i Andersen, Clausen och Skog (red) *Shareholder Conflicts*, 2006, s. 104.

Avsnitt 3 disponeras på följande sätt; först diskuteras transaktionskostnader i allmänhet, också kopplat till de aktiebolagsrättsliga sätten att avvika från lagen (avsnitt 3.2). Därefter kommenteras speciella transaktionskostnader i form av beslutskostnader (avsnitt 3.3), förlorende nätverksfördelar (avsnitt 3.4) och kostnader för s.k. *altering rules* (avsnitt 3.5). Avslutningsvis framhålls psykologiska anledningar till varför parter väljer att inte utnyttja aktiebolagsrättens dispositivitet (avsnitt 3.6).

3.2 Transaktionskostnader

Utifrån ett ekonomiskt perspektiv utgör förekomsten av transaktionskostnader en första logisk orsak till varför parter inte utnyttjar lagens dispositivitet. Något förenklat kan transaktionskostnader beskrivas vara av antingen *ex ante* eller *ex post* karaktär. *Ex ante*-kostnader är ett uttryck för kostnader som uppkommer innan transaktionen genomförs. Det kan exempelvis vara kostnader för att finna sin motpart, skapa kontakt, planera transaktionen och skaffa sig information. Nästa steg är att förhandla om pris och andra villkor samt eventuellt upprätta ett kontrakt. Kostnaderna avser både tiden för dessa moment och andra utgifter som rådgivning och resor. *Ex post*-kostnader avser transaktionskostnader som uppkommer i samband med genomförandet av transaktionen eller efteråt. Exempel på detta är administrativa kostnader, kostnader för att kontrollera att motparten hållit det den lovat och kostnader för eventuella efterspel, t.ex. förhandling, pådrivning, medling eller juridiska processer.¹⁴

En del av dessa kostnader kan tyckas försvinnande små för ägarledda aktiebolag, t.ex. att finna och skapa kontakt med sin motpart. Andra kostnader är dock betydligt mer påtagliga, såsom att skaffa sig information, vända sig till en jurist för rådgivning eller väcka talan mot den aktieägare som inte följer avtalet. Pondera exempelvis att tre vänner startar ett aktiebolag och har för avsikt att reglera framtida aktieöverlåtelser. Vännerna behöver nu skaffa information om olika överlåtelsebegränsningar. De tar hjälp av en jurist i frågan om vilken lösning som skulle passa deras önskemål bäst. Vännerna enas så småningom om att i bolagsordningen föra in en hembudsklausul och kombinerar detta med en treårig förbudsklausul samt en bestämmelse om inlösen vid kontraktsbrott och obestånd i aktieägaravtalet. Året därpå överväger de tre vännerna att låta en fjärde person bli aktieägare i bolaget, vilket ger dem anledning att revidera de valda lösningarna.

Vid en inventering av möjliga transaktionskostnader måste dock hänsyn även tas till de två möjligheterna att avvika från aktiebolagsrättsliga bestämmelser som diskuteras ovan, nämligen att inta en bestämmelse i bolagsordningen eller att fatta beslut med samtliga aktieägares samtycke.

¹⁴ Anderson, Bjuggren och Ohlsson, *Industriell ekonomi*, 2003, s. 44 och Dahlman, Glader och Reidhav, *Rättsekonomi: en introduktion*, 2004, s. 85–87.

I det första fallet, in ta en bestämmelse i bolagsordningen, följer en rad formaliakrav. Inledningsvis krävs att det hålls en korrekt kallad och genomförd bolagsstämma och att beslutet att ändra bolagsordningen tillkommer på ett rättsenligt sätt, t.ex. med krav på kvalificerad majoritet, 7 kap. 42–45 §§ aktiebolagslagen. Vidare ska enligt 7 kap. 48 § stämmoprotokoll upprättas. Därefter följer att styrelsen ska ombesörja registrering av beslutet enligt 3 kap. 5 §. Vid sidan av dessa lagstadgade krav kan den registrerande myndigheten påföra ytterligare villkor, som även de medför kostnader. Som exempel kräver Bolagsverket bestyrkta kopior av efterfrågade handlingar, såsom stämmoprotokoll.¹⁵ Ett sådant vidimeringskrav framgår alltså inte av lagen, utan uppkommer till följd av myndighetens administration.

I det andra fallet, om avsteg från en regel sker med samtliga aktieägares samtycke, råder inga formaliakrav. Även ett konkludent samtycke, eller till och med en tyst överenskommelse, kan vara giltigt för att beslutet ska kunna fattas med SAS-principen, men då med efterföljande bevissvårigheter. Att beslut fattas på ett formlöst sätt förutsätts också vara det vanligaste i ägarledda aktiebolag.¹⁶ Det avgörande problemet är dock att över huvud taget identifiera vilka lagregler som kan frångås med samtliga aktieägares samtycke, dvs. överkomma informationskostnaderna. Till skillnad från det första fallet, då det av lagtexten framgår vilka regler som kan avvika ifrån genom bestämmelser i bolagsordning, finns ingen sådan vägledning för vilka regler som kan frångås med stöd av SAS-principen, annat än vid formella fel i kallelsen, 7 kap. 26 § aktiebolagslagen. När lagtexten är tyst i frågan behövs en teleologiskt inriktad analys av lagregelns ändamål för att avgöra i vems intresse bestämmelsen är uppsatt. Om bestämmelsen vid det aktuella tillfället skyddar endast nuvarande aktieägares rätt, kan den frångås med stöd av SAS-principen. Utifrån perspektivet ägarledda aktiebolag ska det dock ifrågasättas om aktieägarna, ledarna eller ägarledarna har kompetens och/eller resurser att företa en sådan teleologiskt inriktad analys och om det ens är rimligt att de ska göra det.

3.3 *Kostnader i beslutsprocesser*

Något som komplicerar ovan beskrivna överblick över transaktionskostnader är förekomsten av kostnader för beslut, vilka kan kategoriseras som en särskild sorts transaktionskostnader. Det finns i vart fall två typer av kostnader i samband med beslutsprocesser. Om varje aktieägare, likt bolagsmännen i ett handelsbolag, har rätt att fatta beslut för kollektivets räkning finns alltid en risk att beslutet är suboptimalt eller till och med ofördelaktigt för en annan ägare. Detta leder till

¹⁵ Exempel på sådana instruktioner finns via Bolagsverkets blanketter <http://www.bolagsverket.se/pb/blanketter/blanketteraktiebolag> (tillgänglig 2016-12-06).

¹⁶ Se t.ex. SOU 2009:34 s. 209.

att beslutet, enligt ekonomisk terminologi, för med sig negativa externaliteter för andra ägare. Ett sätt att minska risken för kostnader för externaliteter är att uppställa majoritetskrav, eller till och med kräva enhällighet, för beslut. Den andra typen av kostnader i beslutsprocesser är kostnaderna för beslutet i sig såsom nämns i förgående avsnitt, t.ex. de resurser som tas i anspråk hos individen för att skaffa information inför beslutet, väga alternativ mot varandra och bestämma sig. Sådana beslutskostnader ökar dramatiskt i takt med antalet personer som involveras i beslutet. Då tillkommer nämligen koordineringskostnader, vilka inkluderar informationsspridning och förhandling mellan de olika individerna. Ju fler personer som inkluderas i beslutsfattandet, och vars samtycke behövs för ett giltigt beslut, desto högre blir beslutskostnaderna.¹⁷ Om kostnaderna för externaliteter är högre än beslutskostnaderna, kommer den rationella individen att engagera sig i beslutsfattandet och försöka motverka ofördelaktiga beslut. Men om kostnaderna för beslutet är högre än för externaliteterna är det inte lönt att försöka motverka dem.¹⁸

Teorierna om kostnader för beslut visar således att en aktieägare alltid riskerar att drabbas av externaliteter om majoriteten fattar ett ofördelaktigt beslut. Om majoritetskravet skärps till kvalificerad majoritet, minskar förvisso risken för kostnaderna för externaliteter, men samtidigt ökar beslutskostnaderna. Vid enhälliga beslut är risken för externaliteter minimerad, men då kan beslutskostnaderna vara så höga att enighet kan vara omöjligt att uppnå.

Det sagda innebär att om dispositiva lagregler utformas så att de kan frångås med stöd av SAS-principen, kan de avvikas ifrån endast så länge aktieägarkollektivet är rimligt begränsat, vilket således stödjer användandet av regleringstekniken för målgruppen ägarledda aktiebolag. Inom ett större kollektiv torde kravet på enhällighet föra med sig så omfattande beslutskostnader att lagregeln i det närmaste är tvingande.

3.4 Förlorande nätverksfördelar

En annan underkategori av transaktionskostnader som påverkar lagreglers dispositiva karaktär återfinns inom teorierna om s.k. nätverksexternaliteter. Här handlar det dock inte om uppkomna kostnader, utan snarare om kostnadsbesparande fördelar som går om intet.

Innebörden av nätverksexternaliteter är att vissa produkter blir mer värdefulla ju fler aktörer som använder dem. Ett klassiskt exempel är telefonen. Det finns två sorters nätverksfördelar. För det första kommer en *direkt* positiv effekt av att fler använder produkten, nämligen ökad användbarhet. För det andra kommer en *indirekt* fördel genom att med fler användare kommer en snabbare utveckling av produkten

¹⁷ Buchanan och Tullock, *The Calculus of Consent*, 1965, s. 43–45.

¹⁸ Buchanan och Tullock, *The Calculus of Consent*, 1965, s. 72.

och dess tilläggsvaror eller tjänster. Även regler är föremål för nätverksexternaliteter. Ju fler bolag som använder samma klausul — oavsett om den kommer till uttryck i bolagsordningen, i ett aktieägaravtal eller i lagstiftningen — desto mer gynnar det alla användare kollektivt, t.ex. genom att det underlättar tolkning av klausulen, att det utvecklas sedvänja eller branschpraxis och att frekvensen av användande får betydelse för utbudet och priset på juridiska tjänster.¹⁹

Teorin om nätverksexternaliteter kan användas för att argumentera för dispositiv lagstiftning. Genom valet av lagregler påverkar nämligen lagstiftaren kring vilka klausuler nätverket och dess kostnadsbesparingar byggs. Å ena sidan kan lagen alltså, vid val av rätt regel, bidra till välfärd genom att underlätta uppkomsten av de fördelar som utgör nätverksexternaliteter. Å andra sidan finns en risk att lagstiftaren väljer en regel som är lämplig för vissa aktiebolag, men otymplig eller onödig för andra, vilket blir särskilt problematiskt om teorierna om nätverksexternaliteter används för att advocera för tvingande regler. Slutsatsen är att utöver de ovan diskuterade transaktionskostnaderna, som parter som önskar avtala bort lagens dispositiva bestämmelser måste bära, tillkommer dessa förlorade nätverksfördelar, vilka således utgör ytterligare skäl till att kvarhålla suboptimala *opt out*-lösningar.

Inget hindrar dock lagstiftaren från att eftersträva optimala lagregler inte bara för en viss typ av aktiebolag, utan även för undergrupper, men detta kräver en annan regleringsteknik och större användning av *opt in*-lösningar. Om lagstiftaren skulle anamma detta synsätt bör flera undergrupper kunna identifieras, t.ex. helägda, ägarledda och börsnoterade aktiebolag.²⁰

3.5 Kostsamma villkor för att avtala bort dispositiv rätt

En avslutande kategori av transaktionskostnader är kostnader för s.k. *altering rules*, dvs. indirekta rättsliga krav på att avtala bort lagens dispositiva bestämmelser.²¹ Sådana kostnader finns i alla situationer då lagen är dispositiv och kan exempelvis bestå av skriftlighetskrav, processuella krav eller krav på avtalets formulering. Varje krav är förenat med kostnader och ju högre krav som ställs, desto dyrare och svårare gör lagstiftaren det för parterna att avvika från dispositiv rätt.

Ovan i avsnitt 3.2 diskuteras direkta kostnader för att avvika från dispositiva lagregler och att dessa skiljer sig beroende på vilken regleringsteknik som valts. Vid *opt out*-reglering måste parterna identifiera, värdera och välja vilken alternativ lösning som skulle passa deras företag bäst. Vid *opt in*-reglering underlättas parternas arbete genom att lagstiftaren ger vägledning om vad en alternativ reglering skulle

¹⁹ Klausner, *Corporations, corporate law, and networks of contracts* Virginia Law Review 1995, Vol. 81, s. 772–783.

²⁰ Klausner, *Corporations, corporate law, and networks of contracts* Virginia Law Review 1995, Vol. 81, s. 832 f. och 840.

²¹ Ayres, *Regulating Opt-Out: An Economic Theory of Altering Rules* The Yale Law Journal 2012, Vol. 121, s. 2034 f.

kunna vara, men det är fortfarande upp till parterna att värdera *opt in*-lösningen och företa de rättshandlingar som krävs för att aktivera den, t.ex. hålla bolagsstämma och ändra bolagsordningen.

Utöver detta kan lagstiftaren ställa indirekta krav på exempelvis tydlighet i parternas val, dvs. att parterna uttrycker sig så pass klart att det med säkerhet går att betrakta avtalet som ett avsteg från den dispositiva bestämmelsen. I vissa fall torde det till och med krävas att parterna anger något rimligt skäl till att de önskar avvika från den dispositiva lagregeln. I brist på denna tydlighet kommer den dispositiva lagregeln att ges företräde och således utfylla avtalet.²²

Ett aktiebolagsrättsligt fall som kan illustrera det sagda är NJA 1990 s. 286. I målet hade aktieägarna i ett fastighetsbolag väckt talan mot sitt revisionsbolag för brister i den utförda revisionen. Som processförutsättning förutsattes enligt 1975 års lag att bolagsstämman hade biträtt förslag om anställande av skadeståndstalan. I stämmoprotokollet stod att läsa att "*Förslag till åtgärder, innefattande bl a (...), samt skadeståndskrav mot revisorerna för bolaget*" hade biträtts av bolagsstämman. Tingsrätten menade att det av ordalydelsen i protokollet inte kunde utläsas att bolagsstämmans beslut avsåg att väcka talan mot revisorerna. Följaktligen ansågs inte processförutsättningen i lagen vara uppfylld. Hovrätten fastställde tingsrättens dom och menade att det av protokollet tydligt måste framgå att det är frågan om inledande av en rättegång som aktieägarna tagit ställning till.²³ Högsta domstolen hade därefter anledning att ta ställning till om annan bevisning skulle kunna accepteras istället för det otillräckligt utformade protokollet, vilket ansågs vara fallet och målet återförvisades till tidigare instans. Rättsfallet utgör således ett gott exempel på kostnader för indirekta rättsliga krav för att avvika från dispositiv rätt. Domstolarna underkände den lydelse aktieägarna valt och ställde högre krav på protokollets tydlighet. Från aktieägares sida innebär sådana tydlighetskrav att de på förhand måste identifiera kravet och förstå dess innebörd för att därefter på ett korrekt sätt kunna uppfylla det. Detta är förenat med kostnader.

3.6 Psykologiska orsaker

Ovan diskuteras ekonomiska anledningar till varför parter väljer att inte frångå dispositiva lagregler trots att andra lösningar skulle passa deras företagsspecifika behov bättre. I detta avsnitt framhålls avslutningsvis några psykologiska orsaker som verkar i samma riktning baserat på den s.k. *status quo*-tendensen.

Status quo-teorin, som är förankrad i den beteendevetenskapliga litteraturen,²⁴ innebär att en part sätter större värde på sin ursprungliga

²² Grönfors, *Avtalsfrihet och dispositiva rättsregler* Tidskrift utgiven av Juridiska föreningen i Finland 1988, s. 322 f.

²³ NJA 1990 s. 286 på s. 289.

²⁴ Korobkin, *The Status Quo Bias and Contract Default Rules* Cornell Law Review 1997/1998, Vol. 83, s. 631.

situation än möjligheten att förändra densamma genom avtal. Den huvudsakliga förklaringen till *status quo*-tendensen är att människan har större ånger för något hon aktivt gjort och som senare visade sig vara fel än för något hon inte gjort och det senare visar sig ha varit fel beslut. Exempelvis skulle jag vara mer ångerfull i situationen att jag köpt aktier som strax därefter faller i värde, jämfört med situationen att jag redan är aktieägare i samma företag och inte nappar på en försäljningsmöjlighet och kursen därefter faller. Alla avtalssituationer för med sig en inneboende risk att överenskommelsen, ur ett *ex post*-perspektiv, kommer att vara suboptimal: Tänk om värdet av det jag förhandlar om inte är så stort som jag tror eller att jag i framtiden inte värdesätter det lika högt som jag gör idag. Om något av dessa två osäkerhetsmoment finns leder det till att människan ofta väljer inaktivitet före aktivitet i syfte att undvika ånger.²⁵ *Status quo*-tendensen ger alltså parter anledning att inte avtala bort dispositiv rätt.

Status quo-tendensen kan inte förklaras av transaktionskostnader, dvs. att parterna kvarhåller en suboptimal lösning eftersom de inte anser det vara värt tid och ansträngning att förändra situationen. Transaktionskostnader är förvisso ytterligare en anledning till att människan väljer att vara inaktiv, men *status quo*-tendensens existens har visats även om transaktionskostnaderna är noll.²⁶ Samma sak gäller s.k. positiva nätverksexternaliteter.²⁷

Att psykologiska orsaker samvarierar med ekonomiska orsaker är dock tydligt. Som exempel har en amerikansk empirisk studie visat att vid införandet av ett *opt in*-system i vissa delstater i USA föreföll både aktieägare och ledning mer villiga att välja *opt in*-lösningen, jämfört med stater där samma lösning var tillåten, genom att lagstiftningen var dispositiv, men inte uttrycks i lagtexten. *Opt in*-reglering innebär således inte bara minskade transaktionskostnader i och med att alternativa lösningar är synbara och därmed identifierade på förhand, utan empirin visar även stöd för att lagstiftningen kan influera parternas val, genom att staten lagt fram ett alternativ och på så sätt på förhand godkänt det som lämpligt.²⁸

4 Regleringsteoretiska konsekvenser

Som ovan antytts påverkar förekomsten av transaktionskostnader aktiebolag på olika sätt. Aktieägarna till ett ägarlett aktiebolag drabbas exempelvis inte i nämnvärd utsträckning av koordineringskostnader i

²⁵ Korobkin, *Inertia and Preference in Contract Negotiations* Vanderbilt Law Review 1998, Vol. 51, s. 1622 f.

²⁶ Korobkin, *The Status Quo Bias and Contract Default Rules* Cornell Law Review 1997/1998, Vol. 83, s. 648-650.

²⁷ Korobkin, *Inertia and Preference in Contract Negotiations* Vanderbilt Law Review 1998, Vol. 51, s. 1593-1605.

²⁸ Hansmann, *Corporation and Contract* American Law and Economics Review 2006, Vol. 8(1), s. 12 och Ayres, *Regulating Opt-Out: An Economic Theory of Altering Rules* The Yale Law Journal 2012, Vol. 121, s. 4 f.

beslutsprocesser, men desto mer av SAS-principens otydliga tillämpningsområde eller kostsamma s.k. *altering rules*. Sammanfattningsvis föreligger dock ett antal ekonomiska och psykologiska skäl till varför parter, trots att lagen är dispositiv, inte avtalar bort lagens bestämmelser trots att andra lösningar skulle vara mer lämpliga i deras fall. Regleringstekniken med *opt out* resulterar således i att lagen inte är så dispositiv som den vid första anblick framstår vara. Detta faktum ger i sin tur lagstiftaren anledning till att noga överväga utformningen av dispositiv aktiebolagsrätt. I vart fall två regleringstekniska aspekter kan här framhållas.

För det första bör lagstiftaren, vid utformningen av *opt out*-regler, försöka finna de bestämmelser som bäst motsvarar behovet hos majoriteten avtalsparter, så att färre potentiellt önskar att frångå lagen. Teorier om bolagsrätten som ett standardkontrakt framhåller denna funktion hos lagstiftningen. Ett standardkontrakt, som parterna kan välja att stå kvar vid eller ändra genom avtal, underlättar parternas avtalsprocess genom att förenkla bl.a. förhandling, avtalsskrivande, uppföljning, m.m.²⁹ Innehållsmässigt kan lagregler dessutom fylla ut sådana aspekter som parterna ofta glömmer eller inte kunnat föreställa sig.³⁰ Detta gäller särskilt vid långvariga avtalsrelationer, såsom de mellan bolaget, dess ägare och dess ledning.³¹

Om lagstiftningen ska fungera väl som ett standardkontrakt bör de dispositiva reglerna spegla vad typiska avtalsparter hade avtalat om parterna hade kunna förutse allt och tagit upp detta vid förhandlingen, och om transaktionskostnader inte påverkat deras agerande. Innehållet i lagregler ska alltså motsvara vad typiska parter hade avtalat om transaktionskostnaderna hade varit noll.³² På svenska har begreppet *metakontrakt* använts för att beskriva ett sådant högst teoretiskt och idealiskt avtal.³³ Hur effektivt dispositiva lagregler kan sänka parternas transaktionskostnader är alltså beroende av hur väl reglerna motsvarar metakontraktet.³⁴

I detta sammanhang är det nödvändigt att uppmärksamma att aktiebolag utgör en heterogen grupp av företag med olika strukturer och behov som dessutom ändras över tiden. I engelskspråkig litteratur beskrivs bolagsrätten som ett standardkontrakt med metaforen att lag-

²⁹ Kraakman m.fl., *The anatomy of corporate law*, 2009, s. 20 f.

³⁰ Macey, *Svensk aktiebolagsrätt i omvandling: en rättsekonomisk analys*, 1993, s. 47.

³¹ Dahlman, Glader och Reidhav, *Rättsekonomi: en introduktion*, 2004, s. 187–189.

³² Se t.ex. Cheffins, *Company Law: Theory, Structure, and Operation*, 1997, s. 264 f. Easterbrook och Fischel, *The Corporate Contract* Columbia Law Review 1989, Vol. 89(7), s. 1445, och Macey, *Svensk aktiebolagsrätt i omvandling: en rättsekonomisk analys*, 1993, s. 44.

³³ Se t.ex. Lindell-Frantz och Roos, *Generös avtalstillämpning*, 1985, s. 20 och Skogh, *Marknadens villkor*, 1982, s. 25 f.

³⁴ Neville, 'Nordic Company Law Reforms' i Neville och Engsig Sørensen (red.) *The regulation of companies: a tribute to Paul Krüger Andersen*, 2003, s. 106.

stiftningen är som ett konfektionsplagg. Till skillnad från en skraddarsydd kostym är konfektionen billigare, men utformad efter standardmått. Om standardmått passar majoriteten klädköpare är plagget en given succé. Om konfektionskostymen däremot passar endast en begränsad grupp användare, leder det till att övriga måste vända sig till en skraddare, vilket är mer kostsamt. Alternativet är att en stor grupp människor går omkring i illasittande kostymer.³⁵ Till detta kommer att bolagens *mått* förändras över tiden. Svårigheten att hitta den mest lämpliga regeln under dessa föränderliga omständigheter är därför uppenbar. Oavsett hur noggrann och ambitiös lagstiftaren är kommer lagen inte att kunna vara anpassad efter alla aktiebolags behov. Således måste lagstiftaren erbjuda ett stort mått av flexibilitet och även om metakontraktet uppnås vid utformningen av bestämmelserna så måste lagen likväl vara dispositiv för att tillåta avvikelser för de bolag som har andra behov.³⁶ Det är därför viktigt att parterna är fria att, om de finner det behövligt och värt kostnaderna, skraddarsy sitt avtal.³⁷

Utifrån konfektionsmetaforen går det att dra slutsatsen att lagstiftningen bör utformas efter behoven i majoriteten av aktiebolag. Dessa torde vara relativt små med en begränsad ägarkrets. Det sagda innebär i så fall att de större aktiebolagen kommer att få bära kostnaderna för att få sina kostymer skraddarsydda. Förvisso går det att argumentera för att de större bolagen också är ekonomiskt mer lämpade att bära dessa kostnader. En än bättre lösning vore dock att aktiebolagsrätten kunde fungera som ett standardkontrakt inte bara för en huvudgrupp av aktiebolag, utan även för flera undergrupper. Detta förutsätter dock att även andra regleringstekniker än *opt out* används.

Den andra regleringstekniska aspekten av det faktum att *opt out*-reglering utgör en relativt tvingande variant av dispositiv rätt är således att lagstiftaren i större utsträckning bör begagna sig av *opt in*-reglering och s.k. menyer. Med menyer avses att lagstiftaren, eller annan utformare av regler, tillhandahåller två eller flera alternativa *opt in*-möjligheter.³⁸ Menyer kan bestå av hela uppsättningar regler eller av enstaka klausuler, beroende på område och syfte. Som exempel kan lagstiftaren erbjuda en eller två alternativa lösningar i en viss fråga anpassade för publika aktiebolag och motsvarande en eller två lösningar tänkta för småföretagens behov. På så sätt kan lagen fungera som ett standardkontrakt inte bara för en viss typ av aktiebolag, utan för flera undergrupper, och samtidigt kan regelverket sänka transaktionskostnader samt bidra till nätverks fördelar.

³⁵ Se t.ex. Cheffins, *Company Law: Theory, Structure, and Operation*, 1997, s. 258.

³⁶ Bergström och Samuelsson, *Avtalsfrihet i aktiebolagsrätten — en introduktion* TfR 1995, s. 360.

³⁷ Macey, *Corporate Law and Corporate Governance* Journal of Corporation Law 1992/93, s. 204.

³⁸ Ayres, *Menus Matter*, The University of Chicago Law Review 2006, Vol. 73, s. 3.

Styrkan i ett menysystem är dock beroende av att aktieägarna eller deras rådgivare har den kunskap som krävs för att välja den *opt in*-lösning som passar bolagets verksamhet bäst och inte den som t.ex. är vanligast. Att erbjuda flera *opt in*-lösningar anpassade för olika identifierade undergrupper av aktiebolag bidrar till att sänka parternas transaktionskostnader, men ju fler val som erbjuds, desto svårare och dyrare är det för aktieägarna att välja rätt. Utifrån en renodlad *pick and mix*-regim, dvs. att parterna väljer mellan en uppsjö av standardklausuler, är det troligt att regleringstekniken snarare ökar än minskar transaktionskostnader. Om valen blir så många att kostnaderna för att ta sig igenom menyn avskräcker från att göra ett eget val, kommer rationella parter att avstå från *opt in*-möjligheter och nöja sig med lagstiftningens utfyllande bestämmelser.³⁹ Detta ställer återigen stora krav på lagstiftaren att välja de dispositiva bestämmelser som bäst motsvarar metakontraktet.

Avslutningsvis vill jag, angående menysystem, framhålla att en uppdelning av aktiebolag i undergrupper i vissa aspekter kan framstå som relevant, t.ex. i frågan hur bolagsstämman ska fatta beslut, medan uppdelningen i andra frågor kan uppfattas som oväsentlig, t.ex. bolagsledningens ansvar. Det är alltså möjligt att differentiera mellan områden inom aktiebolagsrätten för vilka skillnaden mellan olika typkategorier av aktiebolag är betydelsefull, och således användningen av menysystem användbart, och områden där så inte är fallet. Detta är också en viktig insikt vad gäller lagstiftarens möjlighet att anpassa lagen till de mindre aktiebolagens behov utan att införa en ny bolagsform i svensk rätt.

Sammanfattningsvis är den främsta fördelen med att tillhandahålla *opt in*-lösningar att det sänker aktieägarnas transaktionskostnader för att avvika från lagens dispositiva huvudregel och följaktligen motverkar att parter av ekonomiska och psykologiska skäl håller fast vid suboptimala *opt out*-lösningar. Av den anledningen torde regleringstekniken med *opt in*-lösningar ha en högre dispositivetsgrad än dispositiva *opt out*-regler. Däremot torde ett fullständigt *pick and mix*-system, med en uppsjö av standardklausuler, vara så fördyrande att det motverkar ändamålet med menyer och minskar reglernas dispositivetsgrad.

5 Avslutning

Som beskrivs i inledningen erkänner den svenska lagstiftaren att aktiebolagslagen inte är anpassad till de mindre aktiebolagens behov. Därtill påstås att detta inte gör något, eftersom lagen i stor utsträckning är dispositiv, vilket innebär att aktieägarna i bolagsordningen eller

³⁹ Ayres, *Menus Matter* The University of Chicago Law Review 2006, Vol. 73, s. 14 och Ribstein, *Statutory forms for closely held firms* Washington University Law Quarterly 1995, Vol. 73(2), s. 380 f.

med enhälliga beslut kan frångå lagens dispositiva regler. Dispositiviteten baseras således på en *opt out*-reglering.

I denna artikel argumenterar jag för att detta förhållningssätt är olyckligt. *Opt out*-regleringen utgör i sig ett hinder för att parterna fullt ut ska kunna utnyttja lagens dispositivitet eftersom de av ekonomiska och psykologiska skäl inte avtalar bort dispositiv rätt, trots att andra lösningar passar deras företagsspecifika behov bättre. Om vi ska uppnå verklig anpassbarhet för små och medelstora verksamheter, måste andra regleringstekniker övervägas inom aktiebolagsrätten.

För det första måste den dispositiva utgångspunkten bättre svara upp mot metakontraktet, dvs. motsvara vad typiska parter hade avtalat om transaktionskostnaderna hade varit noll. Det flesta aktiebolag i Sverige är relativt små med en begränsad ägarkrets. För att motsvara dessa aktiebolags behov skulle exempelvis huvudregeln i privata aktiebolag kunna vara att aktierna är hembudspliktiga gentemot övriga aktieägare och inte fritt överlåtbara såsom gäller idag.⁴⁰ Nuvarande rättsläge tvingar nämligen ägare till den stora majoriteten aktiebolag att lägga inte obetydliga resurser på att genom bolagsordningen och aktieägaravtal kontrollera ägarkretsen.⁴¹ Ett annat exempel är att bolagsstämman som huvudregel ska kunna fatta beslut utan fysisk sammankomst, jfr § 5-7 i norska lov om aksjeselskaper. För att åstadkomma förslag till en sådan lagstiftning behöver dock bolagsrättslig forskning kompletteras med empiriska studier, vilket starkt talar för nyttan av interdisciplinära forskningsprojekt om ägarledda aktiebolag.

För det andra bör det övervägas om inte lagstiftningen i större utsträckning än idag kan berikas av *opt in*-reglering och menyer. Genom sådan reglering minskas parternas transaktionskostnader vad gäller identifierandet av både lagens dispositiva område och vilka andra lösningar som utgör alternativ till huvudregeln.

För det tredje, och avslutningsvis, bör lagstiftaren ha som ambition att löpande arbeta med att sänka parternas transaktionskostnader, inklusive kostnader för s.k. *altering rules*. I detta ligger att synliggöra aktiebolagsrättens dispositiva område, något som idag till stor utsträckning är dolt. Ett viktigt steg på vägen är att kodifiera SAS-principen på ett sätt som förtydligar principens både formella och materiella tillämpningsområde.⁴²

⁴⁰ Den vägen har exempelvis tagits av Norge, se Asl § 4-15(2)-(3), Nederländerna och Portugal, se De Kluiver, 'Towards a new Private Company Law — History of and Perspectives on the 2012 Fundamental Overhaul of Dutch Company Law', s. 418 och Olavo Cunha, 'The Portuguese Limited Liability Company (Sociedade por Quotas) and the Major Changes Over the Last Two Decades', s. 518 i Viera González och Teichmann (eds) *Private Company Law Reform in Europe: The Race for Flexibility*, 2015.

⁴¹ Se t.ex. Neville och Engsig Sorensen, *Promoting Entrepreneurship — The New Company Law Agenda* European Business Organization Law Review 2014, Vol. 15, s. 573 f.

⁴² Almlöf, *Bolagsorganens reglering*, 2014, avsnitt 9.4.3 där lagstiftarens ställningstagande i frågan redovisas och förslag på kodifiering av principen framförs.