



LUNDS
UNIVERSITET
Nationalekonomiska
institutionen

Optimal avtalslängd

- Är utvecklingstrenden med längre avtal ogynnsam för svenska företag vid inhemska affärer?

Vårterminen 2007

Av: Patrik G Andersson

Handledare: Professor Fredrik Andersson

Innehållsförteckning

Sammanfattning	s.3
Förord	s.4
1. Inledning	s.5
1.1 Bakgrund	s.5-6
1.2 Problembeskrivning	s.6-7
1.3 Syfte	s.8
1.4 Metod och avgränsningar	s.8-9
1.5 Disposition	s.10
2. Det ekonomiska perspektivet på avtal	s.11
2.1 Varför vi avtalar	s.11
2.2 Det ideala avtalet i en ideal värld	s.12
2.3 Varför inga avtal är heltäckande	s.13-14
2.4 Transaktionskostnader	s.14-20
2.5 Hur den optimala avtalslängden bestäms	s.20-24
2.6 Faktorer som har betydelse för avvägningen	s.24
2.6.1 <i>Den monetära faktorn och riskfaktorn</i>	s.24-26
2.6.2 <i>Komplexitetsfaktorn</i>	s.26-27
2.6.3 <i>Substitutionsverkan och relevanta faktorer</i>	s.27
2.6.3.1 <i>Dispositiv rätt</i>	s.27-28
2.6.3.2 <i>Relationen mellan avtalsparterna</i>	s.28-29
3. Empiri – advokaternas perspektiv	s.30
4. Slutlig analys	s.31-37
Källförteckning	s.38-39
Bilaga 1	s.40-52

Sammanfattning

Bland svenska advokater förs idag en diskussion om effekten av en befintlig trend som innebär att avtalen har blivit längre de senaste åren. Vissa advokater anser att avtalen idag har blivit onödigt långa, vilket är ogynnsamt för svenska företag, medan andra anser att det är bättre med dagens längre avtal och att svenska företag därmed endast gynnas av trenden. Den här uppsatsen syftar till att utreda vilken av dessa två ståndpunkter som ligger närmast sanningen. För att kunna avgöra vilken ståndpunkt som har rätt krävs att man kan fastställa om trenden innebär ett steg mot optimal avtalslängd eller ett steg ifrån. Enligt ekonomisk teori har nämligen varje avtal som upprättas en optimal avtalslängd eftersom det kostar pengar att upprätta avtal, dvs. det finns transaktionskostnader inblandade i avtalsprocesser och avtalen kan av detta skäl inte bli oändligt långa. Den optimala längden på ett avtal varierar från fall till fall och är beroende av samspelet mellan olika faktorer som t ex det värde som avtalet omfattar, affärens risker, komplexiteten i det som avtalet avser att reglera, parternas relation, dispositiv rätt, advokaternas timarvoden med mera. Avsteg från den optimala avtalslängden, vare sig detta sker genom ett kortare eller ett längre avtal, är således välfärdsminskande eftersom nyttan av avtalet ej längre är optimal.

Det mesta talar för att trenden med längre avtal är av nödvändighet påkallad. Dels har regleringsbehovet ökat, dels har vår förmåga att producera sofistikerade avtal förbättrats. Även den dispositiva rättens tillkortakommanden bidrar till utvecklingen. Internationalisering har vidare belyst behov vi i Sverige tidigare ej upplevt, men som i själva verket alltid funnits. Ett exempel på detta är nyttan av due diligence som är en relativt ny företeelse i Sverige. Den svenska advokaten har helt enkelt sett möjligheter till förbättring och anpassat sig därefter. Att advokater gärna drygar ut sina inkomster samt att klienter numera förväntar sig långa avtal förtar inte det faktum att den faktiska avtalslängden verkar röra sig i riktning mot optimal avtalslängd, ej ifrån. Utvecklingstrenden med längre avtal förefaller således ej vara ogynnsam för svenska företag vid inhemska affärer.

Det är dock viktigt att man som klient inte godtar alla långa avtal, utan gör en bedömning i varje enskilt fall. Vid denna bedömning bör affärens storlek och risker, vilket ofta sammanhänger med avtalstypen, ha avgörande betydelse. Även de avtalande parternas relation bör tillmätas viss betydelse. Man bör vidare som klient beakta dessa, affärstransaktionens faktorer, vid val av advokatbyrå. En stor advokatbyrå, med erfarenhet från främst stora affärer, kan eventuellt vara ett olämpligt val vid en liten affär.

Förord

Jag skulle vilja tacka all de personer som hjälp mig i mitt arbete med uppsatsen. Jag uppskattar högt att ni skänkt mig en bit av er tid och svarat uppriktigt på mina frågor. Härutöver skulle jag vilja rikta ett särskilt tack till min handledare Fredrik Andersson för hans goda råd.

Örebro, den 19 april 2007

Patrik Andersson

1. Inledning

1.1 Bakgrund

En direkt följd av globaliseringen är att svenska företag ingår allt fler affärer med utländska parter. Den här internationella kontakten har inneburit en utveckling av den svenska affärsjuristens arbetsmetoder. På hemsidan till Dagens Industri har den uppmärksamma läsaren kunnat följa en diskussion som har förts mellan jurister om utvecklingen av de svenska affärsavtalen. Alla parter verkar vara överens om att utvecklingstrenden inom svensk avtalsjuridik är den att avtalen som nyttjas blir allt mer komplexa och därmed längre. Inom det kommersiella affärslivet är det idag ofta förekommande att avtal upprättas i format som omfattar flera tiotals sidor. Beaktar man härvid de kostnader som en avtalsprocess med advokater inblandade medför, kan frågan rimligtvis ställas om dagens komplexa avtal är kostnadseffektiva. I frågan har skilda ståndpunkter framförts, en kritisk, en förespråkande samt en tredje som kan betraktas som en mellanväg.

Den kritiska rösten har bl.a. anförts av advokaterna Fredrik Ramberg och Henrik Karlström vid advokatbyrån Ramberg Advokater KB. De anser att den ökade juristintensiteten i dagens bolagsaffär riskerar att bli kontraproduktiv för inblandade parter. Vidare menar de att den importerade anglosaxiska arbetsmetoden med nästintill heltäckande avtal saknar samma värde i Sverige på grund av vår mer omfattande dispositiva rätt. De mer omfattande avtalstexterna ökar, enligt deras ståndpunkt, endast transaktionskostnaderna och därmed hotas relativt enkla affärer som egentligen bara kräver enkla avtal.¹

På den motsatta sidan förespråkar bl.a. advokaterna Jörgen Durban och Martin Börresen vid advokatbyrån Linklaters bruket av komplexa avtal. De anser inte att det internationella inflyandet på avtalsrätten hotar svenska affärer. Snarare ser de den internationella erfarenheten av affärstransaktioner som speglas i komplexa avtal som en möjlighet för svenska jurister att agera lika professionellt som internationella konkurrenter. Den anglosaxiska arbetsmetoden innebär att erfarenhet samlas på ett systematiskt sätt i avtalsmallar och därmed skapas en möjlighet att tänka efter före. Att välja enkla avtal till låga kostnader istället för omfattande avtal, som bygger på erfarenhet, till något högre kostnader kan i det längre loppet visa sig bli en mer dyrbar affär.² Mellanvägen har bl.a. framförts av advokat Johan Jacobsson vid advokatbyrån Herslow & Hol-

¹ På Dagens Industris hemsida www.di.se den 4 oktober 2005

² På samma hemsida den 8 oktober 2005

me.³ Han gör gällande att utgångspunkten alltid bör vara uppdragsgivarens behov och särskilda förutsättningar. Man bör enligt hans mening varken principiellt sträva efter omfångsrika avtal eller enkelhet till varje pris. Jurister bör således anpassa avtal efter kundens behov.

Det särskilda med den sistnämnda ståndpunkten är att den är helt korrekt under idealiserade omständigheter. Det är riktigt att kundens behov bör vara vägledande vid avtalsskrivning. Vad advokat Johan Jacobsson anför klarlägger dock inte vad kundens behov kräver i det enskilda fallet och därmed kan advokaterna Jörgen Durban och Martin Börresen vid advokatbyrån Linklaters hävda att kundens behov i en särskild situation kräver komplexa avtal medan advokaterna Fredrik Ramberg och Henrik Karlström vid advokatbyrån Ramberg Advokater KB kan hävda att det i samma situation är bäst för kunden om ett relativt enkelt avtal nyttjas.

Möjligen är anledningen till att inga konkreta och klarläggande slutsatser har kunnat framföras i den hitintills förda diskussionen den att vi jurister är vana med att analysera juridiska frågor, medan den aktuella diskussionen närmast är att ses som en ekonomisk frågeställning om nytto- och vinstmaximering. Det ekonomiska perspektivet på avtalsskrivning kan enligt min mening vara ett värdefullt redskap för oss jurister vid klarläggandet av frågan; vad är att föredra, enkla eller komplexa avtal? I den här uppsatsen som riktar sig till jurister utreds frågan utifrån ett ekonomiskt perspektiv.

1.2 Problembeskrivning

Det är inte bara advokaterna Fredrik Ramberg och Henrik Karlström som har fört kritik mot en överdriven detaljreglering i avtal. Advokatens alltför försiktiga natur har ofta kritiserats av ekonomer. Ekonomerna har i sin kritik anfört att advokaternas yrkesroll gör dem alltför inriktade på detaljer och att advokaternas riskaversion kan utgöra hinder för värdefulla affärer.⁴ Den ekonomiska tanken bakom kritiken kan bäst förklaras i en mycket förenklad form. Generellt kan man säga att avtal kommer till stånd när två eller fler parter förväntar sig att göra en vinst genom en överenskommelse. Eventuell vinst samt storleken på vinsten beror på de kostnader som avtalet medför. Högre kostnader givet en konstant inkomst⁵ minskar sannolikheten för vinst. Minskad sannolikhet för vinst leder i sin tur till att färre avtal träffas. Av det sagda följer att om trenden med alltmer komplexa avtal medför högre kostnader, i den bemärkelse som anges ovan, så kom-

³ På samma hemsida den 9 november 2005.

⁴ *Simplicity and complexity in contracts*, av Karen Eggleston, Eric A. Posner and Richard Zeckhauser, sid 33, fotnot 106

⁵ Att arbeta med två variabler (både inkomst och kostnad) skulle göra analysen onödigt komplicerad eftersom samma slutsatser kan illustreras med en given konstant inkomst.

mer färre avtal att slutas. Trenden kommer då att ha verkat välfärdsminskande.⁶

Relevant för uppsatsens behandlade ämne är således de kostnadseffekter som den aktuella trenden medför. En analys av dessa kostnadseffekter kräver att man behandlar både direkta kostnader⁷ och förväntade kostnader. Enkelt uttryckt kan direkta kostnader uttryckas som kostnader hänförliga till avtalsskrivandet. Advokaternas avgifter för upprättande av avtal är exempel på direkta kostnader. Förväntade kostnader⁸ kan å andra sidan uttryckas som kostnader som parter kan förvänta sig med viss sannolikhet efter det att avtal har knutits. T ex om kostnaden av att en viss händelse inträffar är 5 000 kr och den händelsen inträffar med 20 procents sannolikhet, då är den förväntade kostnaden 1 000 kr. Ekonomiska förluster till följd av framtida händelser som ej reglerats i avtal är exempel på förväntade kostnader.

Genom avtal syftar avtalande parter till att fördela och minimera sina risker. Ökade direkta kostnader hänförliga till nya avtalsklausuler kan således sänka den framtida förväntade kostnaden. På samma vis kan sänkta direkta kostnader genom färre avtalsklausuler öka den förväntade kostnaden. Det är detta samspel mellan direkta och förväntade kostnader som lägger grunden till det problem som den här uppsatsen ämnar utreda. Eftersom ökad total kostnad givet en konstant inkomst, liksom nämnts ovan, är ineffektivt då färre avtal knyts, kan frågan rimligen ställas: Ska jurister avtala enkelt och minska den direkta kostnaden eller avtala komplext och minska den förväntade kostnaden?

Utvecklingstrenden med komplexare avtal, även mellan två svenska avtalsparter, har således kritiserats, såsom det får tolkas, för att de direkta kostnaderna ökar mer än de förväntade kostnaderna minskar och att den totala kostnaden därmed ökar, vilket är ineffektivt och kontraproduktivt.⁹ Uppsatsens ämnar utreda om den här kritiken är befogad.

Följaktligen är frågeställningen;

Är utvecklingstrenden med längre avtal ogynnsam för svenska företag vid inhemska affärer?

⁶ Välfärd förlust förklaras mer ingående under avsnitt 2.4.

⁷ Direkta kostnader är i själva verket ett mer omfattande begrepp. Begreppet kommer att utvecklas närmare senare i uppsatsen.

⁸ Förväntade kostnader är i själva verket ett mer omfattande begrepp. Begreppet kommer att utvecklas närmare senare i uppsatsen.

⁹ Avtal kan även, annorlunda uttryckt, sägas syfta till att maximera ex ante värdet av affärstransaktioner. Leder komplexare avtal till att man minskar det här ex ante värdet av affärer så är komplexare avtal kontraproduktiva.

1.3 Syfte

En affärsjurist som idag tillbringar mycket tid med att utarbeta avtal har oftast en egen uppfattning om vad kundens behov kräver i det enskilda fallet. Uppfattningen baseras förmodligen på antaganden som oftast saknar fast teoretisk förankring och bygger på egna erfarenheter och slutsatser. Den ovan nämnda diskussionen klargör dock att jurister har olika erfarenheter och drar olika slutsatser. På grund av detta kommer en jurists åsikter inte alltid att delas av andra jurister. Syftet med den här uppsatsen är att klargöra de premisser som de olika anförda ståndpunkternas antaganden bygger på och tillföra den hitintills förda diskussionen en klarare och stabilare teoretisk förankring. Den teoretiska förankringen kommer att utgöras av de ekonomiska teorier¹⁰ som har betydelse för det problem som uppsatsen behandlar. Slutligen syftar uppsatsen självklart till att ge ett välgrundat svar på frågeställningen. Förhoppningen är att detta kan ske på ett för oss jurister lättillgängligt sätt och att analysen eventuellt kan vara till en viss marginell nytta för läsaren.

1.4 Metod och avgränsning

Uppsatsen har, i syfte att göra den slutliga analysen mer hanterbar, inriktats på att dels undersöka de faktorer som påverkar optimal avtalslängd och även dels undersöka de faktorer som endast påverkar den faktiska avtalslängden. Genom en analys av dessa faktorer samt deras betydelse är förhoppningen att slutsatser kan dras om den generella placeringen av optimal avtalslängd, dvs. om denna har ökat eller förblir den samma som tidigare, i förhållande till dagens längre avtal. Har den faktiska avtalslängden förts i riktning mot den optimala längden är detta gynnsamt samt vice versa.

Vid arbetet med denna uppsats har jag använt mig av en utredningsmetod som skiljer sig åt från den som vanligtvis används i juridiska uppsatser, dvs den rättsdogmatiska metoden. Den metod som har använts vid författandet av denna uppsats utgörs nämligen av både en teoretisk och en empirisk del. Det praktiska arbetet med uppsatsen har inletts med den teoretiska delen. Härvid har den befintliga forskningen inom kontraktsteorin undersökts. Av naturliga skäl har endast den kontraktsteorin undersökts som behandlar optimal längd och komplexitet på avtal. En grundläggande förståelse för avtalande som fenomen hade jag sedan tidigare från mitt yrke som jurist, det som närmare undersöktes var därför främst den ekonomiska mekanism som ligger bakom

¹⁰ Vissa teorier kommer att omarbetas i någon mån för att bli mer praktiskt hanterbara.

införandet av klausuler i avtal. När det ekonomiska perspektivet på avtalande hade utretts valde jag att därefter undersöka hur dessa ekonomiska teorier överensstämde med verkliga förhållanden, dvs. övergå till den empiriska delen. Eftersom affärsadvokater vanligtvis engageras i de avtalsprocesser som ligger till grund för större affärstransaktioner fann jag att den lämpligaste metoden att gå tillväga i detta avseende var att intervjua affärsadvokater. De personer jag valde att intervjua arbetar dagligen med upprättande av avtal och har således en stark anknytning till frågeställningen. Jag valde att utföra såkallade kvalitativa intervjuer vilka ”*utmärks bland annat av att man ställer enkla och raka frågor och på dessa enkla frågor får man komplexa svar, innehållsrika svar*”¹¹. Jag ägnade särskild uppmärksamhet åt att utforma mina frågor objektivt eftersom jag visste att det rådde väldigt delade meningar beträffande frågeställningen och jag ville undvika misstankar om subjektivitet. För att möjliggöra fler svar på mina frågor erbjöd jag advokaterna två alternativa intervjuformer, dock baserade på samma frågor. Advokaterna kunde antingen svara skriftligen eller muntligen på mina frågor. De muntliga intervjuerna spelades in på kassettband. Fördelen med de muntliga intervjuerna var att man kunde ställa följdfrågor. Jag intervjuade sammanlagt sju affärsadvokater som arbetar vid advokatbyråer av olika storlekar. Efter att ha avslutat mina intervjuer sammanställde jag intervjumaterialet och försökte urskilja eventuella mönster som kunde läggas till grund för den slutliga analysen. Även vissa andra relevant, icke mönstergivande, synpunkter tillfördes analysen.

Vid mitt arbete med analysen insåg jag snart att det särskilt beträffande en fråga krävdes ytterligare utredning. Advokaterna hade i intervjuerna redovisat motstående uppfattningar om den svenska dispositiva rätten och denna visade sig vara en viktig delfråga som krävde ett korrekt svar. Jag vände mig med anledning av detta till en av de mest kvalificerade beträffande den svenska dispositiva rätten, nämligen professor Christina Ramberg. Tack vare hennes insiktsfulla svar kunde jag fortskrida med min analys.

Inom den forskning som är relevant för uppsatsens ämne är matematiska beräkningsmodeller ofta förekommande. Dessa ekonomiska modellerna syftar vanligtvis till att påvisa samband mellan vissa undersökta premisser och optimal avtalslängd. I den här uppsatsen kommer dock inga matematiska beräkningsmodeller att användas. Uppsatsen kommer istället att fokusera på att redovisa och till jurister förmedla de samband som är av betydelse för frågan om optimal avtalslängd. Uppsatsen har vidare av utrymmesskäl dels avgränsats till att endast behandla frågan om trenden är gynnsam eller ej mellan två svenska avtalsparter, dels avgränsats på så vis att den i den teoretiska delen endast behandlar de mest avgörande faktorerna för optimal avtalslängd.

¹¹ Ståhl Victor (2006), *Offentlig service på entreprenad – exemplet på Nibblegården och Ärtan*, sid 5 som hänvisar till Trots Jan, *Kvalitativa metoder* (1997) sid.7

1.5 Disposition

Uppsatsen består huvudsakligen av tre delar, en inledande teoretisk del, en därpå följande empirisk del samt en avslutande analyserande del. Den inledande teoretiska delen behandlar det ekonomiska perspektivet på avtal. Här ges en förklaring på avtalande som fenomen samt den ekonomiska mekanism som enligt kontraksteori är avgörande för optimal avtalslängd. Här presenteras och genomgås bl.a. de premisser som påverkar ett avtals optimala längd samt komplexitet. Härfter, i den empiriska delen, behandlas advokaternas syn på, samt tillämpning av, optimal avtalslängd. Med andra ord, i denna del presenteras hur, de premisser som enligt ekonomisk teori är avgörande för optimal avtalslängd, påverkar advokaternas utformande av avtal i verkliga affärslivet. I denna del redovisas således advokaternas perspektiv på optimal avtalslängd. Slutligen ställs det ekonomiska perspektivet på avtal mot advokaternas perspektiv i en avslutande analys. I denna avslutande analys besvaras uppsatsens frågeställning.

2. Det ekonomiska perspektivet på avtal

2.1 Varför vi avtalar

Domstolar eller skiljedomstolar upprätthåller idag genom sin rättstillämpning ett fungerande marknadssystem tack vare statens tvångsmakt. Det praktiska värdet hos avtal är, till skillnad från vid rena transaktioner, att parter vid en dispyt om ett avtals innehåll kan påkalla rättssystemets stöd, vilket kan resultera i tvingande domar. Således har avtal en förpliktigande verkan. I ekonomisk kontraktsteori är ofta domstolens huvudsakliga uppgift att upprätthålla den här förpliktigande verkan hos avtal och länken till statens tvångsmakt är grundläggande.¹²

I den ekonomiska teorin anses även människan vara en nyttomaximerare. Alla våra beslut och handlingar kommer att baseras på vad vi upplever maximerar vår egen nytta. Avtal kommer till stånd eftersom det ökar vår nytta. Pareto-effektivitet är ett effektivitetsmått som innebär att minst en part i en transaktion får det bättre utan att någon part får det sämre. Alla avtal är till sin natur pareto-effektiva eftersom skulle någon få det sämre så skulle de vägra att delta som part i ett avtal. Pareto-effektivitet är dock oftast beroende av att båda parterna uppfyller sina specifika löften. Det som kan sätta hinder för att båda parterna uppfyller sina löften är en egenskap hos oss människor som i själva verket är en del av vår nyttomaximerande egenskap, nämligen opportunisten. Eftersom vi alltid maximerar vår *egen* nytta uppstår lätt situationer där vår nytta av att inte uppfylla en viss skyldighet i en överenskommelse vid en viss tidpunkt eller händelse ger oss mer nytta än den vi får av att följa överenskommelsen. Vårt opportunistiska beteende kan i denna situation förhindras genom att vi tänker på vårt rykte, något som är viktigt för de flesta företagare. Ibland kommer dock nyttan av att agera opportunistiskt att överväga den nytta vi hade erhållit av att behålla vårt rykte intakt.

Vetskapen om det mänskliga opportunistiska beteendet har negativa följder. Utan någon försäkran om att den andra parten kommer att uppfylla sin del i en transaktion, när detta blir aktuellt, kommer första parten vara obenägen att uppfylla sin egen del i överenskommelsen.¹³ En sådan osäkerhet är ofördelaktig för båda parterna eftersom den leder till att färre avtal ingås. Tack vare den förpliktigande verkan hos avtal kan dock fler pareto-effektiva överenskommelser säkerställas. Således ingås avtal för att säkerställa den löftesberoende nytta i överenskommelser.

¹² *Contractual choice*, av Scott E Masten, sid 1

¹³ *Ibid*

2.2 Det ideala avtalet i en ideal värld

Vi jurister baserar visserligen även vi våra analyser på olika premisser. Dessa skiljer sig dock avsevärt från de antaganden som ekonomer ofta använder när de förklarar sina teorier och modeller. Alla dessa antaganden kan möjligen skapa en viss skeptiskhet hos juristen. Denna skeptiskhet baserar sig dock på en oförståelse av ekonomens arbetsmetod. Ekonomen kommer genom olika antaganden att skapa en ideal värld i vilken hans eller hennes modeller kan illustreras med klarhet. Därefter kommer dessa antaganden att frångås en i taget vilket leder till att analysen anpassas till verkliga förhållanden. Genom den här metoden, med utgångspunkt ifrån en ideal värld, är det lättare att dra slutsatser om hur det förhåller sig i en mer komplicerad verklighet. Uppsatsen kommer i fortsättningen vara baserad på samma metod. I det följande kommer jag att visa hur det optimala avtalet ser ut i en ideal värld baserad på vissa antaganden. Därefter kommer jag att frånga dessa antaganden och visa hur verkliga förhållanden påverkar utformningen av det optimala avtalet.

I den ideala världen har alla parter perfekt information och alla omständigheter som påverkar affärstransaktionen är kända för parterna. Vidare så finns det inga transaktionskostnader, vilket innebär att upprättandet av ett avtal inte medför någon kostnad.

I en perfekt värld skulle man även kunna anta att domstolarna är perfekta, vilket innebär att de vid tolkning av olika avtals innehåll kan utreda parternas verkliga avsikter. Då skulle det dock vara onödigt att nedteckna parternas avsikter i klausuler, varför det antagandet utelämnas i den här uppsatsen.

Eftersom domstolarna inte är perfekta, och en domstol utan tydlig bevisning svårligen kan utreda vad parterna en gång enats om, måste avsikterna nedtecknas för att den verkliga partsavsikten skall framkomma vid en framtida tvist. Desto mer detaljerat och tydligt ett avtal är, desto lättare är det för en domstol att utreda vad parterna avsåg skulle gälla i en specifik fråga. Eftersom opportunism är en alltid närvarande faktor som parterna måste beakta, så är det optimala avtalet ett heltäckande avtal som på bästa möjliga sätt (nyttomaximerande) reglerar alla situationer där den ena parten kan tänkas utnyttja det faktum att situationen inte regleras i avtal. Eftersom det inte kostar något att upprätta avtal är detta möjligt i den ideala världen. Utgångspunkten är således att heltäckande avtal som reglerar alla eventualiteter på ett nyttomaximerande sätt är optimala avtal.

2.3 Varför inga avtal är heltäckande

Som nämnts ovan innebär perfekt information att en part redan på förhand känner till alla de händelser som han eller hon kan råka ut för och samtidigt har kunskap om hur han eller hon på bästa sätt skall förhålla sig till dessa händelser. Vid affärstransaktioner där vinsten av affären är beroende av många faktorer och inkomster och kostnader är oregelbundet fördelade, växer antalet reglerbara eventualiteter exponentiellt med antalet faktorer.¹⁴ Ser man t ex till antalet eventualiteter som kan påverka resultatet av en aktieöverlåtelse är det närmast fysiskt omöjligt att räkna upp eller reglera alla dessa specifika händelser. Antagandet att man kan reglera alla eventualiteter är förmodligen lika orealistiskt som antagandet om perfekt information.

Släpper man härvid antagandet om perfekt information framkommer ytterligare en anledning till att avtal inte är heltäckande. Människans rationalitet är i verkligheten begränsad och ingen människa kan se in framtiden och förutse alla händelser som skulle behöva regleras i avtal.

Det engelska uttrycket för denna begränsning är *bounded rationality*. Bounded rationality innebär mer specifikt att människans begränsade kognitiva förmåga hindrar oss från att behandla alltför mycket information och att lösa alltför komplicerade frågor. Vi har dessutom ofta en begränsad tid på oss att fatta olika beslut vilket leder till ytterligare begränsning av vår kapacitet. Människan har således vetskap om att oförutsägbara händelser kommer att inträffa och därför nyttomaximerar varje part utifrån en osäkerhet om framtiden.¹⁵

Bounded rationality i kombination med mänskligt opportunistiskt beteende leder oss vidare till en tredje anledning till att avtal inte är kompletta, nämligen det faktum att parter i verkligheten är asymmetriskt informerade. Med *asymmetrisk information* menas att kontrakterande parter besitter olika information om hur framtiden kommer att gestalta sig. Som en följd av att parter är asymmetriskt informerade kommer det oftast att finnas en part som har vetskap om en framtida händelse som en annan part saknar kännedom om. Den här informationsfördelen kan strategiskt utnyttjas i en förhandlingssituation.¹⁶ En informerad part, till skillnad från en oinformerad, har alltid möjligheten att antingen föreslå en reglering av den specifika händelsen som han har kännedom om eller lämna eventualiteten oreglerad. Är det rent strategiskt fördelaktigt för den informerade parten att den specifika händelsen inte regleras i avtalet behöver denne helt enkelt inte nämna eventualiteten. Skulle det dock visa sig att det är ofördelaktigt för parten att lämna den specifika händelsen oreglerad har denne alltid möjligheten att föra in frågan om reglering av eventualite-

¹⁴ *Complexity and contracts*, av W. Bentley Macleod, sid 214

¹⁵ Bounded rationality, Wikipedia

¹⁶ *The Economics of Contracting*, av okänd författare, s.1

ten i avtalsförhandlingen. Således kan avtal vara ofullständiga eftersom en part kan vinna strategiskt på att undanhålla den andra parten viss information.¹⁷

Den sista och förmodligen mest relevanta anledningen till att avtal är ofullständiga är existensen av *transaktionskostnader*.¹⁸ Att anlita advokater för att skriva, utforma och förhandla fram avtal kostar ofta ansevärd summor som baseras på den mängd arbete som advokaterna lägger ner på uppgiften. Av det faktum att avtalets komplexitet är positivt korrelerad med mängden arbete som advokaten lägger ner på uppdraget och därmed den direkta kostnaden för avtalets upprättande, följer att avtalet endast tillåts att nå en viss maximal nivå av komplexitet eftersom kostnaden för avtalets upprättande, med beaktande av att en förlustberäknad affär inte leder till avtal, aldrig får överstiga den inkomst som affärstransaktionen förväntas medföra. Givet dessa transaktionskostnader kommer avtal således inte att reglera alla de eventualiteter som är av betydelse för affären.¹⁹

Av ovan anförda framgår det att avtal i verkligheten, till skillnad från i den ideala världen, aldrig kommer att vara heltäckande eftersom;

1. alla eventualiteter inte kan regleras i avtal,
2. människan saknar förmågan att förutse alla specifika händelser,
3. parter av strategiska skäl inte vill reglera alla eventualiteter i avtal och
4. det inte är ekonomiskt lönsamt att avtalsreglera alla eventualiteter.

Närvaron av transaktionskostnader, punkten 4, är den faktor som har störst betydelse för den fråga som uppsatsen ämnar utreda. Därför kommer uppsatsen i det följande att fokusera på betydelsen av transaktionskostnader för optimal avtalslängd. Transaktionskostnadernas betydelse bör dock alltid ses i ljuset av övriga faktorer som t ex *bounded rationality*. Härvid kommer även dessa faktorer, vid behov, att inkluderas i den fortsatta diskussionen.

2.4 Transaktionskostnader

I den diskussion som refereras till i inledningen har den kritiska ståndpunkten talat om den negativa effekten av för höga transaktionskostnader. För att förstå vad som menas härmed kommer uppsatsen i det följande att förklara på vilket sätt transaktionskostnader orsakar välfärdsförluster.

¹⁷ *Simplicity and complexity in contracts*, av Karen Eggleston, Eric A. Posner and Richard Zeckhauser, sid 17

¹⁸ Begreppet "transaktionskostnader" kommer att utvecklas i nästa avsnitt.

¹⁹ *Simplicity and complexity in contracts*, av Karen Eggleston, Eric A. Posner and Richard Zeckhauser, sid 16

Detta skall dock föregås av en kort förklaring av hur ekonomer mäter välfärd samt innebörden av begreppet transaktionskostnader.

Välfärd kan beskrivas som nytta minus eventuella kostnader. På grund av detta kommer en välfärdsvärdering alltid att förutsätta någon sorts "cost-benefit analys". Av själva uttrycket "cost-benefit analys" framgår att det är kostnaden av en viss affär som vägs mot dess nytta.

Det som kan försvåra den här avvägning är det faktum att kostnad och nytta är breda begrepp som inte enbart inbegriper monetära variabler. T ex om två personer, varav den ena är en nära vän och den andra en främling, erbjuder samma pris för en gammal bil som du önskar sälja kommer det naturliga valet vara att du säljer bilen till din vän eftersom du förmodligen värdesätter vänskap. Detta illustrerar att det inte uteslutande är monetära variabler som har betydelse för vår välfärd. I ekonomisk teori antas dock monetära värden på ett förhållandevis bra sätt kunna spegla både monetära och icke-monetära variabler.²⁰ Av detta följer att man i ekonomisk teori, då man önskar maximera välfärden, oftast letar efter den nivå eller den handlingen som maximerar förmögenheten. Även den här uppsatsen kommer att skrivas utifrån denna premis.

När man talar om transaktionskostnader talar man ibland om de tre K:na; kontakt, kontrakt och kontroll.

Kostnad för kontakt – är en kostnad som alla köpare måste ta med i beräkningarna eftersom det oftast både kostar att hitta det man letar efter och att träffa den person som säljer varan för att kunna utbyta prestationer. Kostnader för undersökning av varan som skall köpas brukar också hänföras till kostnader för kontakt. Givetvis kan även en säljare ha motsvarande kostnader.

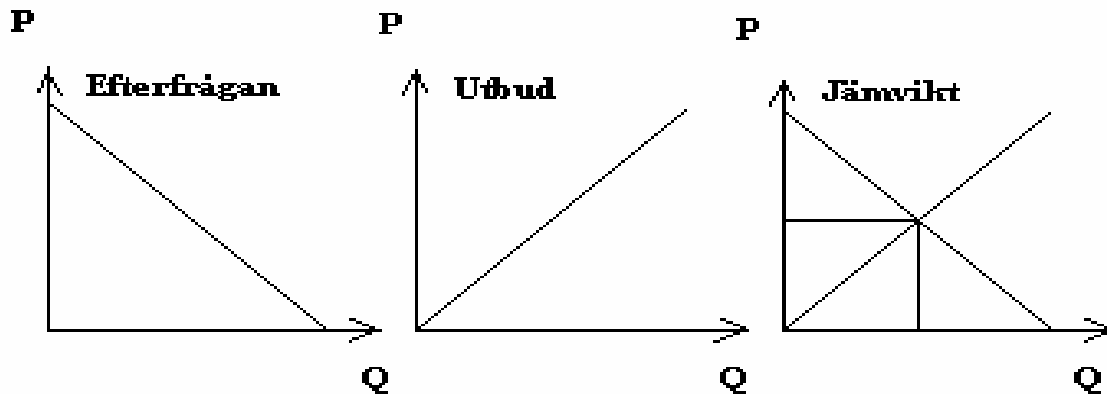
Kostnad för kontrakt – är en kostnad för att genom avtal reglera och fördela risker mellan parter. En sådan juridisk reglering av riskerna i en affär kräver ofta att juridiskt sakkunniga personer medverkar. Advokatkostnader är således hänförliga till kostnader för kontrakt. Den summa som en advokatbyrå debiterar en uppdragsgivare för upprättandet av ett avtal är således kontraktskostnaden.

Kostnad för kontroll – är en kostnad för att säkerställa den andra partens prestationer enligt avtalet. För en arbetsgivare är t ex kostnaden för att övervaka en arbetstagare hänförlig till kostnad för kontroll.

Av dessa tre sorters transaktionskostnader är det endast kontraktskostnaden som har betydelse för den fortsatta analysen. Detta beror på att den optimala längden på avtal styrs, liksom kommer att visas nedan, av en avvägning mellan den kostnad och den nytta en part har av att förlänga ett avtal. För att fullt ut förstå detta resonemang krävs dock att man först förstår betydelsen av transak-

²⁰ Analyser baserade på rena nyttotermer anses generellt vara omöjliga att utföra eftersom det är alltför svårt att värdera nytta.

tionskostnader för den allmänna välfärden vilket i sin tur kräver en förståelse av samspelet mellan efterfrågan och utbud. Detta samspel förklaras bäst med hjälp av diagram.



Diagrammet till vänster visar hur priset på en vara påverkar dess efterfrågan. Varje punkt på linjen representerar betalningsviljan för en viss vara hos potentiella köpare. Härav följer att arean under linjen kan ses som den totala betalningsvilligheten för en viss vara. Av den negativa lutningen framgår även att ju högre priset är på en vara desto mindre kommer att efterfrågas och motsatt, ju lägre priset är desto mer kommer att efterfrågas.

Diagrammet i mitten visar hur priset på en vara påverkar dess utbud. Varje punkt på linjen representerar det antal av en viss vara som företagare är villiga att producera och sälja till ett visst pris. Av den positiva lutningen framgår även att ju högre priset är på en viss vara desto fler företag kommer att vara villiga att producera och sälja den varan. Motsatt gäller att ju lägre priset är på varan desto mindre kommer företagare att vara villiga att producera och sälja.

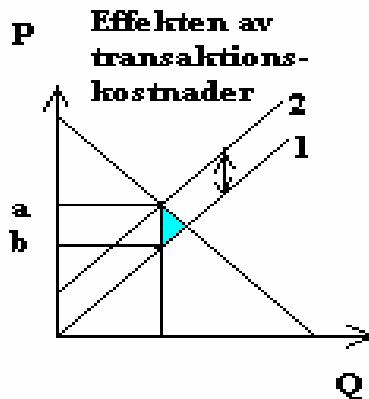
Diagrammet till höger visar relationen mellan efterfrågan och utbud i vad som brukar kallas jämviktsmodellen. Efterfrågans och utbudets skärningspunkt illustrerar hur priset på en viss vara bestäms och vilken kvantitet av samma vara som kommer att produceras och säljas.

Området över den linje som visar priset på varan men under efterfrågan kallas konsumentöverskottet. Konsumentöverskottet²¹ är den välfärdsvinst som skapas av att den verkliga betalningsviljan överstiger det pris som konsumenterna betalar för varorna. Ju större arean för konsumentöverskottet är, ju större välfärdsvinst görs av "köparna".

Området under den linje som visar priset på varan men över utbudet kallas producentöverskottet. Producentöverskottet är den välfärdsvinst som skapas av att det verkliga försäljningspriset överstiger det pris som producenterna hade varit villiga att producera och sälja varorna för. Ju större arean för producentöverskottet är desto större välfärdsvinst görs av "säljarna".

Av det ovan sagda följer att ju större den sammanlagda arean av konsument- och producentöver-

skottet är desto större är den totala välfärdsvinsten av byteshandeln. Värdet hos jämviktsmodellen ligger, således, i att man relativt enkelt kan studera effekterna av pris- och utbudsändringar. Med denna förståelse i bagaget kan välfärdseffekten av transaktionskostnader illustreras med hjälp av följande diagram.



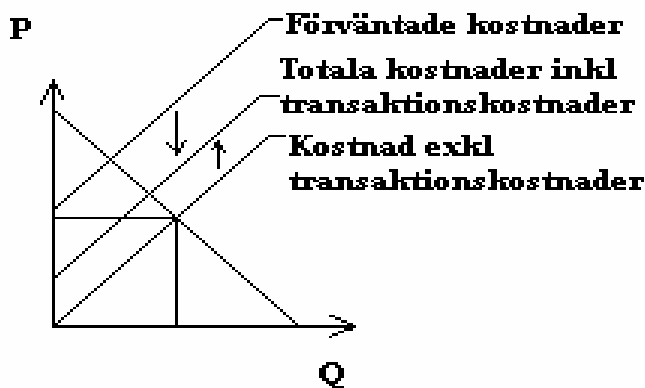
Transaktionskostnader har den egenskapen att de lägger sig ovanpå de ”vanliga” priserna. Således kommer effekten av transaktionskostnader vara den att utbudskurvan skiftar uppåt eftersom transaktionskostnader antas vara samma för alla priser enligt den ursprungliga utbudskurvan, nr 1. Transaktionskostnader har i detta hänseende samma effekt som en enhetsskatt skulle ha. Enligt den nya utbudskurvan, nr 2, kommer således en viss vara att kunna erbjudas till kostnaden för det pris som hade gällt enligt den ursprungliga utbudskurvan, nr 1, plus transaktionskostnaden. Eftersom priset enligt den nya utbudskurvan, nr 2, vid samma kvantitet som producerades och såldes enligt den ursprungliga utbudskurvan, nr 1, leder till att fler varor utbjuds än vad som efterfrågas kommer företagare att dra in på produktionen av varan till dess att priset når skärningspunkten för efterfrågekurvan och den nya utbudskurvan, nr 2. Priset för varan kommer nu att ligga över det ursprungliga priset som gällde då jämviktsmodellen inte tog hänsyn till effekten av transaktionskostnader, dock kommer denna prisökning att understiga transaktionskostnaden. Av diagrammet ovan framgår att den nya jämviktspunkten har omfördelat konsument- och producentöverskotten. Resultatet av omfördelningen är att den totala välfärden har minskat. Denna minskning representeras av den lilla färgade triangeln som benämns ”dödviktsförlust” eller ”dead weight loss” (DWL) på engelska. DWL visar på vilket sätt ”betalningsviljan” överstiger ”utbudsviljan” och därmed hur välfärdsförlusten uppstår. Generellt kan sägas att desto större arean är på DWL desto större är välfärdsförlusten. Den viktiga poängen med det ovan sagda, och det som har relevans för den fortsatta analysen, är det faktum att transaktionskostnader orsakar en välfärdsförlust.

²¹ Att ordet ”konsument” används har ej någon särskild betydelse för välfärdsanalysen. Samma logik gäller för vanli-

Transaktionskostnader är dock ofrånkomliga när avtal måste skrivas. Dessutom är det fel att säga att korta avtal är bättre än långa avtal eftersom transaktionskostnaderna därmed blir lägre. Vad har då det hittills anförda om effekten av transaktionskostnader för betydelse för ämnet optimal avtalslängd?

Svaret är att det hittills anförda belyser vad effekten är av *onödigt* höga transaktionskostnader, dvs. att en onödigt stor välfärdsförlust orsakas. Med onödigt höga transaktionskostnader menas högre transaktionskostnader än vad som är optimalt. Viktigt är således att ha kännedom om vad som är optimal avtalslängd.

Innan den optimala avtalslängden utreds är det dock viktigt att klargöra att det inte endast är alltför höga transaktionskostnader som orsakar en välfärdsförlust. Även lägre än optimala transaktionskostnader har denna effekt. Detta kan illustreras med hjälp av jämviktsmodellen, dock med ett tillägg i form av ytterligare en utbudskurva.



Den utbudskurvan som har tillkommit i diagrammet ovan är "Förväntade kostnader". Denna kurva skiljer sig på ett inte obetydligt sätt från den understa utbudskurvan, "Kostnad exkl transaktionskostnader". Den sistnämnda kurvan är nämligen tagen från den ideala världen och priset på den utbudna varan enligt utbudskurvan är den totala kostnaden för varan efter en optimal riskfördelning, dvs. då alla risker reglerats på ett optimalt sätt i avtal. Härvid kommer riskerna associerade med detta köp att vara lägre än när inget avtal har upprättats. En lägre risk betyder en lägre sannolikhet för tillkommande kostnader.

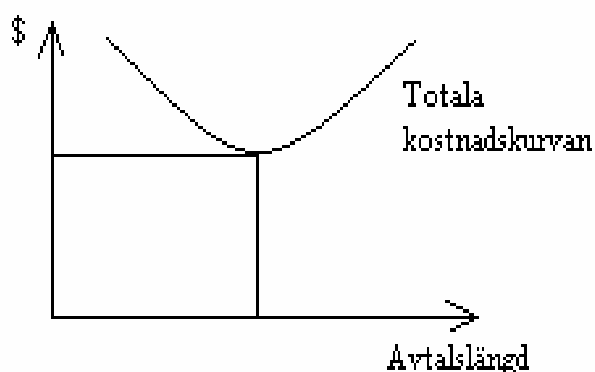
Omvänt, skulle köpet inte regleras av något avtal kommer riskerna att vara högre vilket betyder ökad sannolikhet för tillkommande kostnader. Härav följer att när köp är oreglerade, i brist på avtal, kommer de förväntade kostnaderna att vara högre och det är denna oreglerade situation som illustreras genom den övre utbudskurvan "Förväntade kostnader". Vid skärningspunkten för denna utbudskurva och efterfrågekurvan kommer färre affärer att slutas än vid skärningspunkten

ga köpare av en viss vara även om dessa ej är "konsumenter" i vanlig mening.

för utbudskurvan ”Kostnad exkl transaktionskostnader” och efterfrågekurvan. Detta i sin tur belyser att ju högre riskerna, och de därmed förknippade förväntade kostnaderna är, ju större välfärdsförlust görs. Detta följer logiskt av samma skäl som för transaktionskostnader (se förklaringen ovan om DWL).

Vidare så är köparna i den verkliga världen tvungna att använda sig av de förväntade kostnaderna i sina kalkyler. Det är i detta sammanhang som samspelet mellan förväntade kostnader och transaktionskostnader har en betydelse. Transaktionskostnader sänker nämligen de förväntade kostnaderna eftersom avtalsklausuler (kontraktskostnader) sänker köparens risker.

Om man härvid gör ett antagande som med all sannolikhet stämmer överens med verkliga förhållanden kan en viktig poäng illustreras. Antagandet är att nyttan av de första klausulerna i ett avtal, dvs. den sänkning av de förväntade kostnaderna som de medför, oftast kommer att överstiga den kostnad som det innebär att nedteckna dessa klausuler i avtal. Uttryckt annorlunda så sjunker de förväntade kostnaderna med mer en krona för varje krona som satsas på kontraktet initialt. Således blir det ekonomiskt lönsamt att upprätta avtal och utbudskurvan ”Förväntade kostnader” kommer att sjunka neråt med varje tillkommande avtalsklausul till dess att den optimala avtalslängden nås. Återigen uttryckt annorlunda, utbudskurvan kommer att sjunka neråt så länge de förväntade kostnaderna sjunker med mer en krona för varje krona som satsas på kontraktet. Efter det att den optimala avtalslängden nås kommer dock inte de förväntade kostnaderna att sjunka mer. Denna optimala avtalslängd och kostnadsnivå illustreras i jämviktsmodellen av utbudskurvan ”Totala kostnader inkl transaktionskostnader”. För varje härefter tillkommande avtalsklausul kommer istället de förväntade kostnaderna att öka. Detta resonemang kan relativt enkelt illustreras i ett diagram som visar hur den totala (förväntade) kostnaden varierar med avtalslängden.



Av det hittills sagda följer att *onödigt* låga transaktionskostnader kommer att leda till *onödigt* höga förväntade kostnader, vilket i sin tur leder till att en *onödigt* stor välfärdsförlust orsakas. Således kommer både alltför korta och långa avtal att orsaka välfärdsförluster i den meningen att man genom att söka den optimala avtalslängden kan göra välfärdsvinster. Att man kan göra väl-

färdsvinster beror på att den optimala avtalslängden ger maximalt incitament till investering och byteshandel.

Härav följer att den oro som advokaterna Fredrik Ramberg och Henrik Karlström framfört angående utvecklingen mot mer komplexa avtal, även mellan svenska avtalsparter, inte är obefogad. Oron grundar sig, som visats ovan, på ekonomisk teori om följderna av alltför höga transaktionskostnader. Å andra sidan följer det även av den ovan förda analysen att utvecklingstrenden med mer komplexa avtal kan vara gynnsam för svenskt näringsliv om avtalen bidrar till att öka eventuellt *alltför* låga transaktionskostnaderna. Frågan är således om utvecklingstrenden i sin helhet ökar eller sänker nyttan för svenskt näringsliv. Det är dock svårt att generalisera om fördelarna och nackdelarna med utvecklingstrenden och med anledning härav utreds frågan enbart senare i uppsatsen.

I den här delen av uppsatsen är det mer ändamålsenligt att konstatera att om utgångspunkten är att det i verkligheten förhåller sig så att vissa långa avtal bör vara kortare, medan andra kortare avtal bör vara längre, så kan stora effektivitetsvinster uppnås. Detta beror på att den maximala mängden affärer kommer att slutas om den *optimala* avtalslängden alltid eftersträvas eftersom de förväntade kostnaderna då kommer att hållas på sin lägsta nivå. Det som advokat Johan Jacobsson från advokatbyrån Herslow & Holme gjorde gällande om att utgångspunkten alltid bör vara uppdragsgivarens behov och särskilda förutsättningar ligger väl i linje med detta.

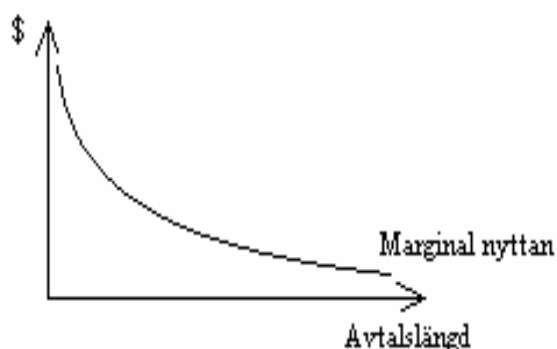
Ett förtydligande kan behöva göras innan uppsatsen övergår till att utreda hur den optimala avtalslängden bestäms. Ett långt avtal kan innehålla många enkla klausuler och ett långt avtal kan innehålla få komplexa klausuler. Det som därför i det följande avses med begreppen långa respektive korta avtal är den textmassa som enligt transaktionskostnadsteorin, som presenterats ovan, till stor del bestämmer avtalets kostnad. Det är denna innebörd som i det följande skall ges begreppen långa respektive korta avtal.

I det följande kommer uppsatsen att visa hur den optimala avtalslängden bestäms och därefter kommer de faktorer som betydelse härför att utredas mer ingående.

2.5 Hur den optimala avtalslängden bestäms

Optimal avtalslängd är, liksom har klargjorts ovan, den avtalslängd som maximerar nyttan och denna ”nytta” har hitintills analyserats utifrån en given konstant inkomst och varierande kostnader, varvid det har varit optimalt att minimera kostnaderna. Detta har varit nödvändigt för att ekonomiskt belysa vad effekten är av en trend som innebär att advokater upprättar *alltför* långa

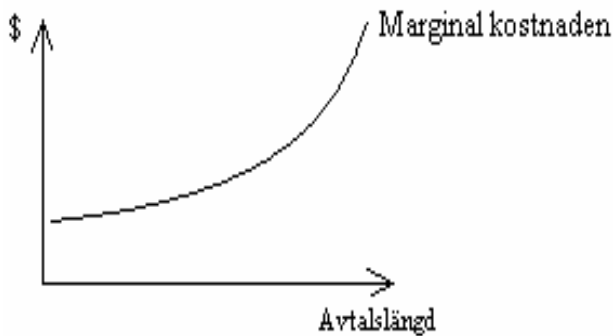
eller korta avtal, nämligen att färre avtal sluts, sett ur ett större perspektiv. Denna metod är dock inte rätt verktyg för att förklara hur den optimala avtalslängden bestäms och därför kommer uppsatsen i det följande att göra ett avsteg från denna ovan nämnda metod. Istället kommer den optimala avtalslängden att analyseras utifrån det mindre perspektivet, dvs. analysen kommer att utgå ifrån det enskilda avtalet. "Nytta" kommer härvid att ha en mer öppen innebörd och nytta av en avtalsklausul kan närmast beskrivas som det man vinner på att införa klausulen. Denna nytta kan även betecknas som den *marginella nytta* av varje tillkommande avtalsklausul. Ett generellt antagande om den marginella nytta av varje tillkommande avtalsklaus är den är avtagande, vilket ger den kurva som illustrerar den marginella nytta en negativ lutning. Detta följer naturligt av att varje affär kommer att ha vissa dominerande risker med hög sannolikhet och de största riskerna oftast kommer att regleras först. Vidare så kommer dessa dominerande risker att vara färre till antal än riskerna med låg sannolikhet. Den kurva som illustrerar den marginella nytta får på grund härav även en böjning mot origo. Följande diagram illustrerar den marginella nytta av tillkommande avtalsklausuler.



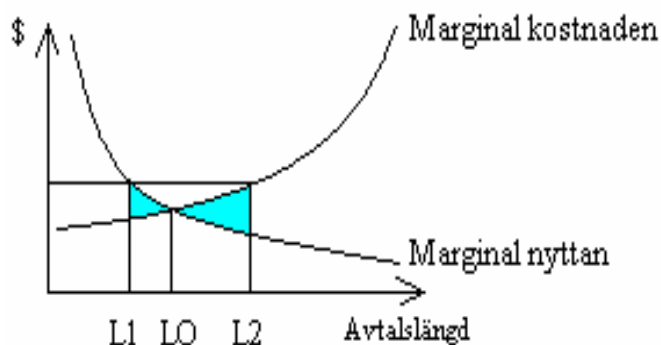
Ställt mot den marginella nytta finns den *marginella kostnaden* av varje tillkommande avtalsklausul. Den marginella kostnaden är kostnaden för att införa varje tillkommande avtalsklausul. Kostnaden för att förlänga ett avtal antas i den här uppsatsen vara en funktion av advokatens timarvode och den arbetstid som förlängningen av avtalet kräver. Skulle en advokat som debiterar 2 000 kr i timmen t ex behöva en halvtimme för att införa ytterligare en klausul i avtalet är det kontraktskostnaden 1 000 kr som skall vägas mot den nytta som den tillkommande klausulen medför. Även den marginella kostnadskurvan antas ha ett visst utseende. Kurvans utseende grundas på ett generella antagandet om att den marginella kostnaden för varje tillkommande avtalsklausul är tilltagande. Detta antagande baserar sig på att det är relativt enkelt att beskriva ett antal risker som bör regleras i varje affär. Allteftersom dessa risker regleras genom avtal kommer det dock att bli svårare och svårare att nå insikt²² om vilka ytterligare risker man skulle kunna reglera

²² Detta följer av bounded rationality, se ovan.

genom avtal. Det kommer således att bli mer tidskrävande att upprätta varje tillkommande klausul vilket medför att den marginella kostnaden även kommer att vara högre. Detta ger den kurva som illustrerar den marginella kostnaden en positiv lutning samt den böjningen som framgår av följande diagram.



Nytan av ett avtal kommer att vara maximal vid den optimala avtalslängden och enligt ekonomisk teori²³ är det en avvägning mellan den marginella nyttan och den marginella kostnaden som bestämmer denna längd. Den aktuella avvägningen illustreras i följande diagram.



I diagrammet ovan illustreras tre olika avtalslängder L1, LO och L2.

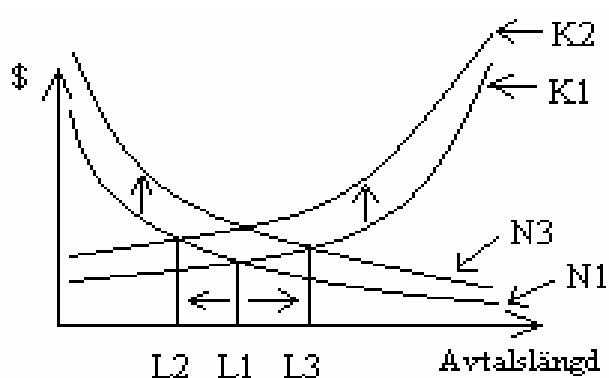
Den jurist som upprättar ett avtal med längden L1 bör göra avtalet längre. Anledningen härtill är att den marginella nyttan av tillkommande klausuler överstiger den marginella kostnaden. Den nyttoförlust som görs med anledning av det för korta avtalet är den markerade triangeln mellan L1 och LO och den uppstår eftersom nyttan av varje tillkommande avtalsklausul fram till längden LO (den optimala längden) överstiger dess kostnad. Således är nyttoförlusten, uttryckt annorlunda, i själva verket en potentiell nyttovinst. Nyttan av avtalet är således alltför låg.

Den jurist som ämnar upprätta ett avtal med längden L2 bör, å andra sidan, göra avtalet kortare. Detta eftersom de avtalsklausuler som tillkommer efter längden LO kostar mera att införa än den

²³ *Characteristics of IT Outsourcing Contracts*, av Benoit A Aubert, Jean-Francois Houde, Micheal Patry och Suzanne Rivard

nytta de medför, den marginella kostnaden är alltså mer än den marginella nyttan. Nyttoförlusten i detta fall beror således på en kostnadseffektivitetsförlust som orsakas av alltför höga kostnader. Vid längden LO finns slutligen varken skäl för att göra avtalet kortare eller längre. Att dra bort en klausul från denna längd innebär att man går miste om den nyttovinst som klausulen skulle medföra och att nedteckna ytterligare en klausul innebär att man förlorar mer än man gynnar på nedtecknandet.

Den längd på avtalet där den marginella nyttokurvan skär den marginella kostnadskurvan är således den optimala avtalslängden. Härav följer att den nyttomaximerande avtalslängden är beroende av hur dessa kurvor är utformade i verkligheten. Att så är fallet framgår tydligt av följande diagram.



Av diagrammet ovan framgår att om kurvorna N1 och K1 speglar de förhållanden som gäller för den aktuella affärstransaktionen så är L1 den optimala avtalslängden. Ändras dessa förhållanden kan även den optimala avtalslängden komma att ändras. Byter t ex uppdragsgivaren juridiskt ombud till en något dyrare advokat, med bortseende från eventuella skillnader i skicklighet, kommer detta att skifta den marginella kostnadskurvan uppåt från K1 till K2. På grund av detta förändrade förhållande kommer nu den marginella kostnadskurvan att skära den marginella nyttokurvan vid längden L2. Således innebär den något dyrare advokaten att den optimala avtalslängden nu är något kortare än tidigare.

På motsvarande vis kan det faktum att värdet på affärstransaktionen ökar skifta den marginella nyttokurvan uppåt från N1 till N3. Att kurvan skiftar uppåt beror att nyttan av varje specifik avtalsklausul ökar i samband med att uppdragsgivaren riskerar att förlora mer vid större affärer.²⁴ En garantiklausuls värde kommer t ex alltid att stiga i takt med det värde som står på spel skulle klausulen utelämnas ur avtalet. På grund av den ändrade storleken på affären kommer nu den marginella nyttokurvan, N3, att skära den marginella kostnadskurvan, K1, vid längden L3. Således kommer nu den optimala avtalslängden att vara något längre med anledning av att värdet på

²⁴ Detta förklaras mer ingående under avsnitt 2.6.1

affärstransaktionen har ökat.

Av det ovan anförda framgår att olika faktorer kan påverka resultatet av den avvägning som är styrande för den optimala avtalslängden. Uppsatsen kommer i det följande att utreda vilka dessa faktorer är och vilken betydelse de har för den aktuella avvägningen, dvs. på vilket sätt de påverkar den nyttomaximerande avtalslängden.

2.6 Faktorer som har betydelse för avvägningen

En slutsats av det hitintills anförda är att alla faktorer som påverkar nyttan och kostnaden av enskilda avtalsklausuler har betydelse för den optimala avtalslängden eftersom denna fastställs genom att man väger nyttan av en klausul mot dess kostnad. Härav följer nästa relevanta fråga; vilka faktorer påverkar nyttan och kostnaden av avtalsklausuler?

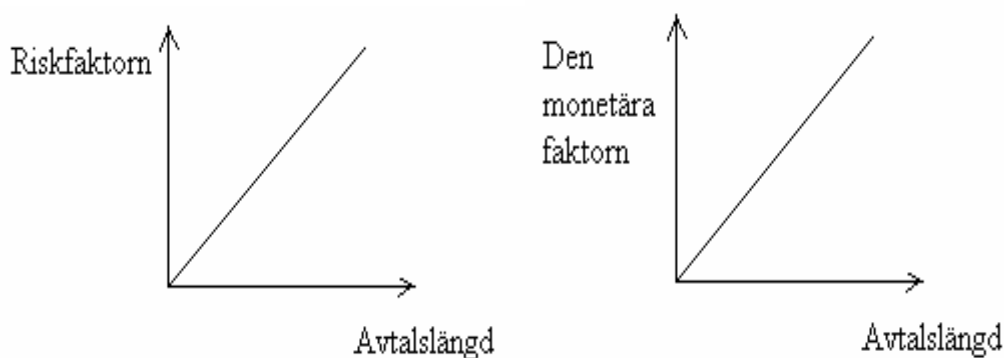
2.6.1 Den monetära faktorn och riskfaktorn

Avtalsklausuler inkluderas i avtal för att minska *riskerna* för *egna kostnader*.²⁵ Det är denna sänkning av de förväntade kostnaderna som är nyttan av avtalsklausuler. Nyttan beror således delvis på två faktorer som hör ihop, dels den potentiella egna kostnaden av ett visst önskat tillstånd, som även kan betecknas som den monetära faktorn, dels risken för att detta tillstånd inträffar, vilket är riskfaktorn. Att föra in en avtalsklausul i ett avtal blir ekonomiskt lönsamt när värdet av sänkningen av den förväntade kostnaden överstiger klausulens faktiska kostnad, dvs. att nedteckna den.

Den monetära faktorn hänför sig till värdet på den affärstransaktion som skall regleras genom avtal. Någon förenklat kan man säga att den monetära faktorn är det värde man kan förlora om allting går fel. För att illustrera varför denna faktor har en avgörande roll i sammanhanget kommer försäljningen av två bolag, ett litet och ett stort, att användas som exempel. Den monetära faktorn vid försäljningen av det lilla bolaget kommer av naturliga skäl att vara mindre än faktorn vid överlåtelsen av det stora bolaget. Givet att samma risker föreligger i de två transaktionerna, dvs. att sannolikheterna för riskerna är identiska, så kommer den monetära faktorn att vara avgörande för nivån på de förväntade kostnaderna. Av detta följer att en risk som det inte är lönsamt att reglera vid försäljningen av det lilla bolaget kommer med ökad sannolikhet att bli lönsamt att reglera vid överlåtelsen av det stora bolaget. Den monetära faktorn av en transaktion är, med hän-

syn till det ovan anförda, av stor betydelse för frågan om avtal bör vara korta eller långa. Relationen mellan avtalslängden och den monetära faktorn är således positiv (se diagrammet nedan) och desto större värdet är på en affärstransaktion ju större behov finns det av längre och mer heltäckande avtal.

Den andra faktorn som har stor betydelse för längden på det nyttomaximerande avtalet är riskfaktorn. Den riskfaktor som är relevant för det aktuella ämnet innefattar alla risker som genom avtal kan fördelas mellan två parter. Härav följer att operativa risker, finansiella risker, investeringsrisker, miljörisker och politiska risker är några risker bland flera som faller in under det för uppsatsen relevanta begreppet riskfaktor. Enskilda riskfaktorer kan sägas vara vissa givna sannolikheter för att ej önskvärda tillstånd skall inträffa. Dessa tillstånd är oftast ej önskvärda eftersom de medför ökade kostnader. Ett exempel på ett sådant tillstånd kan vara att en viss miljölagstiftning införts som leder till ökade kostnader. Om det antas att storleken på dessa ökade kostnaderna är på förhand kända för avtalsparterna kan en viktig poäng illustreras. Givet en konstant kostnad kommer nämligen sannolikheten för tillståndets inträffande att vara avgörande för om reglering av eventualiteten bör ske eller ej. Detta eftersom en hög sannolikhet för att en viss kostnad inträffar innebär högre förväntade kostnader än om sannolikheten vore låg. Således kommer ökade risker att leda till högre förväntade kostnader. Av detta följer att en potentiell kostnad, som det inte är lönsamt att reglera när sannolikheten för dess inträffande är låg, med ökad sannolikhet kommer att bli lönsam att reglera när dess sannolikhet ökar. Av det sagda följer att den risk som förknippas med en viss affärstransaktion kommer att ha stor betydelse för avtalets längd och omfattning. Enkla relativt riskfria affärstransaktioner brukar härav generellt leda till enkla och korta avtal medan riskfyllda affärstransaktioner leder till mer komplexa och långa avtal. Relationen mellan avtalslängden och riskfaktorn är således även den positiv (se diagrammet nedan).



Båda de ovan angivna faktorerna har, som sagt, positiva relationer till avtalslängden. Detta inne-

²⁵ Den egna kostnaden inkluderar även uteblivna vinster orsakade av att ett inte önskvärt agerande (opportunity costs).

bär att nyttan av enskilda avtalsklausuler ökar i samband med att faktorerna ökar i storlek. Den monetära faktorn och riskfaktorn hänger i praktiken intimt samman med nästa faktor som har betydelse för optimal avtalslängd.

2.6.2 Komplexitetsfaktorn

Komplexitet diskuteras ofta inom den för uppsatsen relevanta ekonomiska teorin. Ibland anförs att komplexa miljöer leder till enkla avtal och ibland anförs motsatsen. Denna motsägelse beror troligtvis på att komplexa miljöer kan orsaka både enkla och komplicerade avtalsklausuler.

I det följande kommer att hänvisas till enkla och komplexa miljöer. Det som avses med ”komplexa” miljöer är svårförutsägbarheten i det som avtalen rör. Förs diskussioner kring ett långsiktigt samarbete mellan två parter kan därför sägas att parterna för förhandlingar i en komplex miljö. Detta eftersom det är svårt att förutsäga vad parternas framtida relation kan komma att medföra för situationer. En komplex och svårförutsägbar miljö är till skillnad från en enkel och förutsägbar miljö självklart svårare att beskriva, vare sig detta sker muntligen eller i skrift.

Av relevans för detta arbete är implikationerna för avtalsprocessen varvid kan konstateras att ett avtals omfattning, under ideala förhållanden utan transaktionskostnader, ökar i takt med att den miljö som skall beskrivas blir mer komplex. Med andra ord, så kommer varje klausul i en komplex miljö att kräva en mer komplex utformning för samma nytta som en kortare klausul medför i en mindre komplex miljö. Detta kan under verkliga förhållanden med transaktionskostnader, med hänsyn till att kostnaderna för varje klausul ökar i takt med komplexitet och nyttan är konstant, medföra färre, dock mer komplexa, klausuler.

Å andra sidan kan komplicerade miljöer också leda till att klausuler utformas mindre komplicerade än i enkla miljöer. Att så kan ske beror på att det i komplexa miljöer kan vara mer fördelaktigt att lämna vissa regleringsbehov mer öppna, på grund av svårförutsägbarhet, än vad som är fallet i enklare miljöer, där det i vissa fall kan vara enklare att förutse de eventualiteter som kan behöva regleras. Med andra ord, en enkel reglering av en komplex situation kan ibland ge ett nyttoöverskott (nytta – kostnad) som överstiger nyttoöverskottet vid en komplex reglering eller ingen reglering alls.

Det ovan sagda, med hänsyn till den innebörd vi gett optimal avtalslängd (dvs. att det är textmassan som avgör om ett avtal skall benämnas kort eller långt), gör det omöjligt att generellt uttala sig om huruvida en komplicerad miljö gör avtalen långa eller korta. Det föreligger således inget klart samband mellan komplexitet och optimal avtalslängd. Klart är dock att komplexiteten i en affärstransaktion alltid lämnar sin enskilda särprägel på ett avtal.

I det följande skall sådana faktorer diskuteras som, tillskillnad från den monetära faktorn och riskfaktorn, har den verkan att nyttan av enskilda avtalsklausuler minskar i takt med att faktorerna ökar i storlek. Att faktorerna kan ha denna effekt beror på en substitutionsverkan.

2.6.3 Substitutionsverkan och relevanta faktorer

En faktor kan sägas ha substitutionsverkan om den har samma effekt som uttryckliga avtalsklausuler, dvs. erbjuder skydd inför eventuella risker. Detta eftersom samma sorts effekt innebär samma sorts nytta. Skulle t ex en avtalsklausul syfta till att avhålla en part från att agera på ett visst sätt så finns det oftast även andra faktorer som har denna avhållande verkan. Ibland har dessa faktorer till och med en nytta som mäts sig med avtalsklausuler och då saknas ofta skäl, med hänsyn till att dessa faktorer oftast inte medför direkta kostnader, till att reglera den aktuella eventualiteten genom avtal. Av detta följer begreppet substitution, nämligen att det går att avstå från en avtalsklausul då det finns substitut som erbjuder samma nytta.

Av det ovan sagda följer att avgörande för om en avtalsklausul införs i ett avtal eller ej är det nyttomervärde som en avtalsklausul medför i förhållande till övriga faktorer med substitutionsverkan.

Nyttomervärdet är nyttan av en avtalsklausul i frånvaro av övriga faktorer med substitutionsverkan minus nyttan av övriga faktorer med substitutionsverkan. Ökar nyttan av faktorer med substitutionsverkan så minskar nyttan av avtalsklausuler i motsvarande takt.

Det är nyttomervärdet som vägs mot kostnaden av att införa en klausul i den mekanism (se diagrammet ovan) som bestämmer optimal avtalslängd. Nyttan av faktorer med substitutionsverkan kommer således mot bakgrund härav att spela en indirekt roll i bestämmandet av optimal avtalslängd. Två faktorer som fungerar som substitut till avtalsklausuler är dispositiv rätt och relationen mellan de avtalande parterna.

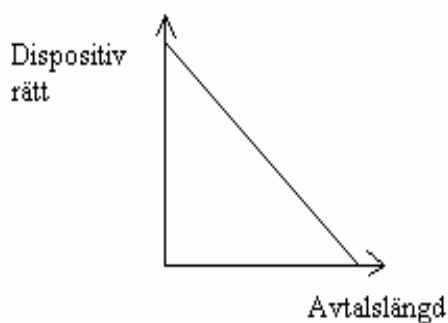
2.6.3.1 Dispositiv rätt

Då en tvistig situation inte har reglerats genom avtal träder dispositiv rätt in i avtalsförhållandet. Det kan då sägas att den dispositiva rätten, i brist på annan reglering, utgör avtalet mellan parterna. Köplagen är ett exempel på dispositiv rätt. Om en köpare och en säljare ingår ett avtal och t.ex. inte reglerar vad som händer vid fel i den vara som överlåts träder köplagens bestämmelser därför in i avtalsrelationen om varan senare skulle visa sig vara felaktig. Den dispositiva rätten

erbjuder således samma sorts skydd som avtalsklausuler.

Av detta följer att den dispositiva rätten även kan sägas erbjuda samma sorts nytta som avtalsklausuler. Det är vidare mot bakgrund av detta som den dispositiva rätten fungerar som substitut till uttryckliga klausuler vid avtalsförhandlingar. Det förekommer i varierande omfattning att advokater i avtalssituationer avstår från vissa regleringar i avtal eftersom de vet att den dispositiva rätten erbjuder motsvarande skydd.

Vid valet av om det skall avstås eller ej från en uttrycklig avtalsklausul är det nyttomervärdet av en avtalsklausul, i förhållande till bl.a. den dispositiva rätten, som vid en avvägning mot den kostnad som klausulen medför avgör om den medtas i avtalet eller ej. Nyttomervärdet är härvid nyttan av avtalsklausulen i frånvaro av den dispositiva rätten minus nyttan av den dispositiva rätten. Den dispositiva rätten spelar således en viktig roll i bestämmandet av den optimala avtalslängden eftersom den indirekt bestämmer en avtalsklausuls nyttomervärde. Detta samband kan också beskrivas på följande sätt. En förbättring av den dispositiva rätten skiftar den marginella nyttokurvan av tillkommande klausuler neråt, vilket i sin tur minskar den optimala avtalslängden (se diagrammet ovan). Sambandet mellan dispositiv rätt och optimal avtalslängd är alltså negativt.



2.6.3.2 Relationen mellan avtalsparterna

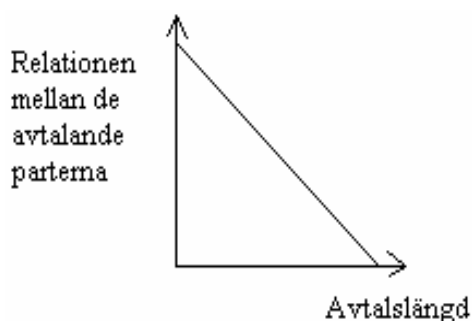
En annan faktor som fungerar som substitut till reglerande avtalsklausuler är relationen mellan de avtalande parterna. Detta sammanhänger med att ett kontrakt kan definieras som ett juridiskt verkställbart löfte. Att löften är viktiga för vårt samhälle beror på att de är en förutsättning för samarbete och det är genom samarbete som nyttan generellt maximeras. Löften har dock endast ett värde om man kan förlita sig på dem. Domstolens uppgift kan därför sägas vara att upprätthålla förtroendet för löften.

Förtroende för löften spelar således en viktig roll för samarbete mellan parter. Härvid har betydelse att förtroende för löften även kan uppkomma genom mänskliga relationer. Löften har näm-

ligen en förmåga att skapa och förstärka förtroende när de infrias. En stark relation kan därför sägas vara ett uppbyggt förtroende. Är detta förtroende starkt nog så kan det ersätta domstolens roll samt ligga till grund för ömsesidigt samarbete. Skall t.ex. en vara köpas genom förskottsbe- talning kommer vi som köpare i de flesta fall att kräva ett säkerställande av motprestationen om det rör sig om en sedan tidigare okänd motpart. Är motparten däremot en god vän eller en nära släkting kan många av oss förmodligen tänkas betala i förskott eftersom vi känner ett förtroende för vår motpart. Av detta framgår att ju starkare förtroendet är, dvs. ju starkare relationen är, des- to mindre är behovet och nyttan av avtalsreglering.

Att nyttan av avtalsklausuler minskar i takt med att styrkan i relationer ökar beror på att nyttan av avtalsklausuler består i det nyttomervärde i förhållande till relationer som avtalsklausuler medför. Nyttomervärdet är härvid nyttan av avtalsklausuler i frånvaro av en relation mellan de avtalande parterna minus nyttan av den relationen som verkligen föreligger mellan parterna. När nyttan av avtalsklausuler minskar till följd av en förbättrad relation skiftar den marginella nyttokurvan av tillkommande klausuler neråt, vilket i sin tur minskar den optimala avtalslängden (se diagrammet ovan). Relationen mellan de avtalande parterna spelar således en viktig roll i bestämmandet av den optimala avtalslängden eftersom den indirekt, liksom är fallet för dispositiv rätt, bestämmer den marginella nyttokurvan av tillkommande avtalsklausuler.

Sambandet mellan de avtalande parternas relation och optimal avtalslängd är alltså negativt.



3. Empiri – advokaternas perspektiv

Uppsatsen har fram tills nu utrett det ekonomiska perspektivet på avtalande. Detta perspektiv innefattar flera ekonomiska teorier om de faktorer som är avgörande för optimal avtalslängd. Dessa teorier kan, genom att erbjuda oss en grundläggande förståelse för avtalande, delvis hjälpa oss besvara den fråga som uppsatsen ämnar utreda, dvs. är det möjligt att utvecklingstrenden med mer komplexa avtal är välfärdsminskande för svenska företag? Teorierna erbjuder dock oss inte den heltäckande insikt i verkliga förhållanden som ett fullgott svar kräver. Mot bakgrund av detta har jag valt att genom intervjuer med affärsadvokater som dagligen arbetar med att utforma diverse kommersiella avtal försöka tillgodogöra mig denna insikt. Sex frågor har härvid utformats som syftar dels till att klargöra vad som bör styra avtalens längd och vad som faktiskt styr avtalens längd, dels till att utreda effekterna av trenden. De sex frågor är följande:

1. Vad har orsakat trenden?
2. Vilka faktorer är avgörande för den optimala längden på avtal samt vad avgör i slutändan om ett avtal blir kort eller långt?
3. Tror ni att det förekommer att företag i Sverige avstår från vissa transaktioner med den motiveringen att avtalsprocessen hade medfört alltför höga kostnader? Om ja, har detta något samband med den diskuterade trenden och på vilket sätt?
4. Är trenden (dvs. mer användning av den anglosaxiska modellen med långa avtal istället för den skandinaviska modellen med mer nyttjande av den dispositiva rätten) gynnsam eller ogynnsam för svenska företag?
5. Tar ni regelbundet med standardvillkor i avtalsförslag samt hur pass mycket reflekteras över behovet av klausulerna i avtalet? Till vilken grad bidrar standardvilkorens behandling i en avtalsprocess till att fördyra processen och är villkorens behandling ekonomiskt motiverat?
6. Hur ofta utnyttjar du dispositiv rätt i en avtalsprocess, dvs med flit avstår från att införa en klausul i avtalet då du vet att dispositiv rätt erbjuder betryggande skydd? Om svaret är sällan, varför avstås från dispositiv rätt?

För en redovisning av intervju svaren se bilaga 1.

4. Slutlig analys

Den fråga som uppsatsen ämnar utreda och som analyseras fortsättningsvis är följande:

Är utvecklingstrenden med längre avtal ogynnsam för svenska företag vid inhemska affärer?

Enligt ekonomisk teori har varje avtal som upprättas en optimal avtalslängd eftersom det kostar pengar att upprätta avtal, dvs. det finns transaktionskostnader inblandade i avtalsprocesser och avtalen kan av detta skäl inte bli oändligt långa. Den optimala längden på ett avtal varierar från fall till fall och är beroende av samspelet mellan olika faktorer som t ex det värde som avtalet omfattar, affärens risker, komplexiteten i det som avtalet avser att reglera, parternas relation, dispositiv rätt, advokaternas timarvoden med mera. Avsteg från den optimala avtalslängden, vare sig detta sker genom ett kortare eller ett längre avtal, är välfärdsminskande eftersom nyttan av avtalet ej längre är optimal.

Bland svenska advokater förs idag en diskussion om effekten av en befintlig trend som innebär att avtalen har blivit längre de senaste åren. Vissa advokater anser att avtalen idag har blivit onödigt långa medan andra anser att det är bättre med dagens längre avtal. För att kunna avgöra vilken ståndpunkt som har rätt krävs att man kan fastställa om trenden innebär ett steg mot optimal avtalslängd eller ett steg ifrån. Det som försvårar eller närmast omöjliggör ett sådant avgörande är att varje affärstransaktion har sin unika optimala avtalslängd. Ett säkert svar på frågan skulle således kräva att varje avtal som upprättas analyseras för sig, något som självklart är en omöjlig uppgift. Frågan måste därför angripas från en annan vinkel. Detta görs bäst genom att istället inrikta analysen på trendens orsaker och de specifika argument som anförts till stöd för trenden respektive mot den. Analysen, som självklart skall göras mot bakgrund av ekonomisk teori, blir på så vis mer hanterbar. Huvudfrågan kan därefter bemötas utifrån respektive argumentens tyngd. Första frågan att utreda är vad som har orsakat trenden. Förstår man inte vad som har orsakat trenden är det nämligen svårt att avgöra om den är gynnsam eller ej. Det kan härvid konstateras att de intervjuade advokaterna uppgett flertalet möjliga orsaker till trendens framväxt. Dessa möjliga orsaker redogörs för nedan.

De flesta advokater verkar vara överens om att trenden finner sitt ursprung i globaliseringen. Gränsöverskridande affärer har blivit vanligare och vid internationella affärer så är den anglosax-

iska metoden med längre avtal standard. Den svenska advokaten har således genom den ökade internationaliseringen anammat den anglosaxiska avtalsmodellen samt arbetsmetodiken vilket följaktligen har påverkat hur avtal utformas mellan enbart svenska företag.

Härutöver har vissa advokater bl.a. anfört att dagens teknik har förändrat förutsättningarna för advokatbyråer. Advokatbyråer kan numera bygga upp omfattande digitala mallbanker och enkelt klipp och klistra utifrån den aktuella avtalssituationen. Det har med andra ord blivit enklare att producera långa avtal.

Flera advokater har även anfört att en bidragande orsak till dagens längre avtal är att affärernas generella storlek och komplexitet ökat de senaste åren.

Vidare så har det anförts av en advokat och bekräftats av flera andra att det svenska samhället har förändrats såtillvida att det ej längre går att lita på en motpart i samma utsträckning som tidigare. Affärsklimatet har blivit hårdare. Detta har i sin tur ökat regleringsbehovet varvid avtalen har blivit längre.

Även en ökad specialisering bland advokatbyråer har anförts som skäl till de längre avtalen. Det är advokatbyråernas nischning som har gett ökad professionalitet och erfarenhet, vilket i sin tur har lett till längre avtal.

Enligt en annan åsikt skall internationaliseringen, med en därmed följande ökad kontakt med utländska klienter, ha bidragit till att försämra advokaternas kunskaper om den dispositiva rätten. Avtalen skall enligt denna åsikt ha svällt upp på grund av dessa bristande kunskaper. Detta eftersom man, trots en möjlighet därtill, inte avstår från vissa avtalsregleringar.

Slutligen skall advokatbyråernas klienter idag, tillskillnad från tidigare, ha högre förväntningar på långa avtal. Advokater tvingas således att anpassa sig till trenden eftersom det numera är klienternas önskemål. Enligt ytterligare en åsikt passar detta de flesta advokater eftersom det ger ökade inkomster.

Flera av de möjliga orsaker som angetts ovan utgörs av sådana faktorer som inom ekonomisk teori påverkar optimal avtalslängd. Det har ovan, i uppsatsens teoretiska del, redogjorts för hur dessa faktorer påverkar optimal avtalslängd. Klart är, mot bakgrund av den ekonomiska teorin, att om de affärstransaktioner som advokater skall reglera blir större, dvs. rör större värden, samt mer riskfyllda så ökar även regleringsbehovet. På direkt fråga så har så gott som alla de advokater som varit inblandade i detta arbete bekräftat att affärerna har vuxit i storlek de senaste åren. De avtal som idag förhandlas fram med advokater inblandade, rör ofta väsentligen större belopp än tidigare. De flesta av advokaterna har även uppgett att affärstransaktionerna blivit mer komplexa och att klienterna idag möter större risker än tidigare. Det är, liksom förklarats ovan under rubrik

2.6.1., svårt att generellt uttala sig om en ökad komplexitet i det som avtalsförhandlingarna rör leder till ett ökat eller minskat regleringsbehov. Med andra ord, om ökad komplexitet leder till kortare eller längre optimal avtalslängd. Däremot kan man med mer säkerhet uttala sig om vad större och mer riskfyllda affärer innebär för optimal avtalslängd. Större och mer riskfyllda affärer kommer enligt ekonomisk teori otvetydigt att öka regleringsbehovet i avtal. Större värden och risker i affärer innebär att mer står på spel och mer finns att vinna på avtalsreglering. Detta gäller oftast även om dispositiv rätt erbjuder visst skydd. Liksom varje affär har sin optimala avtalslängd har varje affär nämligen sin optimala balans och riskfördelning. Denna balans och riskfördelning beror på parternas relativa styrkeförhållanden. Vid större värden och risker kommer denna optimala balans och riskfördelning mellan parterna bli mer påtaglig och i vart fall en av parterna kommer att känna ett stärkt behov av att individualanpassa avtalsrelationen och reglera skriftligen i avtal. Så är dock inte fallet om den dispositiva rätten exakt skulle motsvara denna optimala balans och riskfördelning. Då föreligger självklart inte ett ökat regleringsbehov eftersom den dispositiva rätten innehåller exakt det som skulle ha skrivits ner i avtalet. Av det ovan sagda i kombination med att det verkar vara otvistigt att avtalen blivit större och mer riskfyllda följer att regleringsbehovet delvis har ökat i takt med trenden.

De verkar också vara så att vårt svenska samhälle har förändrats på så vis att affärsklimatet har blivit tuffare. Det går idag inte att i samma utsträckning som tidigare förlita sig på en motpart. Liksom förklarats ovan under rubriken 2.6.3.2. är förtroendet för en motpart och förmågan att lita på denne en faktor som påverkar optimal avtalslängd. En minskad förmåga att förlita sig på sin motpart kommer således även det att leda till ett ökat regleringsbehov. I takt med trendens framväxt förefaller, med hänsyn till det anförda, även regleringsbehovet ha ökat. Dagens svenska affärsklimat kan alltså sägas kräva längre avtal.

En ökad specialisering bland advokatbyråer har även anförts som en orsak till trenden. Det torde ej ifrågasättas att ökad specialisering har lett till ökad områdesmässig erfarenhet samt expertis. Ökad samlad erfarenhet kan vidare svårligen bortfärdas som någonting negativt. Den samlade erfarenheten är snarast en konkurrensfördel som bygger på en fördjupad kännedom om ett särskilt område. Denna fördjupade kunskap minimerar en klients risker med anledning av en affärstransaktion. Skälet härtill är att erfarenhet ger insikt om vilka risker som bör regleras och hur detta skall ske på bästa möjliga sätt. Detta kan i sin tur dels ha en transaktionskostnadssänkande effekt samt dels minska en klients förväntade kostnader. Att transaktionskostnaderna kan sänkas beror på att mindre tankeverksamhet kan behöva tillägnas varje enskild affärstransaktion då denna tan-

keverksamhet redan nedlagts i tidigare affärstransaktioner. Att de förväntade kostnaderna kan sänkas beror på att den ackumulerade erfarenheten ger insikt om hur riskerna för ens klient minimeras. Annorlunda uttryckt, en specialist kan ofta skapa samma avtal som en icke specialist till ett lägre pris, eller till samma pris som en icke-specialist skapa ett bättre och mer situationsanpassat avtal som minskar klientens risker.

En annan av flera advokater uppgiven bidragande orsak till trenden är datorernas intåg i våra liv. Dagens teknik, mer specifikt förekomsten av datorer, har förändrat förutsättningarna för advokatbyråer liksom för de flesta andra svenska företag. Genom datorer kan kunskap och erfarenhet lagras på ett väsentligen mer effektivt sätt än tidigare. Tidigare nedlagt arbete har kunnat sparas i mallbanker och kan vid behov plockas fram för nytt bruk. Mallbankerna erbjuder även möjligheten att ackumulera erfarenhet genom att bygga vidare på tidigare mallar. Detta har bidragit till att göra dagens avtalsmallar längre och mer komplexa. Härav följer att en advokats arbete numera oftast utgår ifrån mer omfattande information och fler regleringsalternativ än tidigare. Fler regleringsalternativ och mer information ökar i sin tur möjligheten att tänka efter före. Följaktligen krävs mindre arbete för att fundera ut de risker och regleringsbehov som redan framgår av avtalsmallarna. Den nya tekniken kan mot bakgrund av detta sägas medföra samma effekter som ökad specialisering, dvs. dels ha en transaktionskostnadssänkande effekt samt dels kunna minska en klients förväntade kostnader. Skulle avtalsmallen dock innehålla alltför mycket irrelevant information som måste genomarbetas, vilket torde vara sällan förekommande, så kan processen istället fördyras och den transaktionskostnadssänkande effekten utebli.

En förändrad arbetsmetodik har vidare anförts som en orsak till trenden. Med en förändrad arbetsmetodik menas den allt vanligare förekomsten av ”due diligence”²⁶. Due diligence är ett uttryck för att man vid sitt agerande skall iaktta normal aktsamhet. Skall man förvärva ett föremål så skall man på grund härav även undersöka varan dessförinnan. Detta särskilt med beaktande av att det efter förvärvet vid en tvist är köparen som måste bevisa att fel föreligger i den köpta varan. Due diligence processen syftar således till att ge ett bättre beslutsunderlag inför förvärv och investeringar. Asymmetrisk information innebär, liksom har förklarats under avsnitt 2.3 ovan, att den part som har ett informationsövertag även kommer att ha ett övertag vid en avtalsförhandling eftersom denne dels har kännedom om vad som bör regleras för eget skydd samt dels vet vilka

²⁶ Due diligence är en arbetsmetodik som i praktiken innebär att en köpare närmare undersöker det förvärvade föremålet. När jurister utför en due diligence av t ex ett bolag så utreds oftast bolagets rättsliga ställning genom en genomgång av alla juridiska dokument av relevans i bolag. Detta har betydelse för värderingen av bolaget eftersom man blir mer medveten om vilka risker som finns kopplade till det förvärvade föremålet.

regleringar denne bör avstå ifrån för egen vinning skull. Av det sagda följer att den ”ovetande” parten kan vinna på att minska motpartens informationsövertag. Genom due diligence processen, som blivit vanligare i Sverige, sker en informationsutjämning mellan parterna. Den part som tidigare var ”ovetande” kommer nu att ha bättre kunskap om vad denne bör reglera i avtalet. Mot bakgrund av det sagda kan konstateras att en förändrad arbetsmetodik som utjämnar eventuella informationsövertag kommer att leda till ökat regleringsbehov och följaktligen även till längre avtal.

Ökat regleringsbehov till följd av bättre beslutsunderlag, större och mer riskfyllda affärer samt förändrat affärsklimat kommer, liksom lägre kostnader för att producera avtal till följd av ökad specialisering och ny teknik, att leda till längre avtal enligt ekonomisk teori. Att så sker beror på att nämnda förändringar påverkar den avvägning som bestämmer optimal avtalslängd och som väger nyttan av en tillkommande klausul mot dess kostnad. Höjs nyttan eller sänks kostnaden av tillkommande klausuler så förlängs även följaktligen den optimala avtalslängden. Faktorer som inte påverkar denna avvägning saknar betydelse vid bestämmandet av optimal avtalslängd. Sådana faktorer kan dock fortfarande ha betydelse för frågan om trenden är gynnsam eller ej eftersom de påverkar den faktiska avtalslängden. Något förenklat kan man säga att om dessa faktorer för avtalslängden i riktning mot den optimala avtalslängden så är deras påverkar gynnsam och om de för avtalslängden i motsatt riktning så är de ogynnsamma. Det föreligger dock en problematik med att föra resonemang kring gynnsamheten av de faktorer som enbart påverkar den faktiska längden. Detta eftersom resonemangen förutsätter en viss kännedom om den optimala avtalslängden. Faktorer som endast påverkar den faktiska avtalslängden kommer med anledning av det ovan sagda först att diskuteras efter det att de faktorer som påverkar optimal avtalslängd har analyserats. Faktorer som internationaliseringen, klienternas förväntningar och advokaternas önskan att dryga ut sina inkomster kommer följaktligen att behandlas senare i analysen. Endast det anförda om bristande kunskap om den dispositiva rätten hos advokater kommer att beröras kort i det följande.

Som ovan nämnts har bristande kunskap om den dispositiva rätten hos dagens advokater angivits som en orsak till trenden. Det är naturligtvis så att om man inte vet vad som gäller enligt dispositiv rätt så kan man ej heller stödja sig mot den. Skulle det stämma att advokater idag har sämre kunskap om den dispositiva rätten så kommer naturligtvis även avtalen till följd av detta att vara längre. Bristande kunskap om den dispositiva rätten säger dock, liksom ovan nämnda faktorer, inget konkret om den optimala avtalslängden. Om vi däremot kan uttala oss om den dispositiva

rättens ändamålsenlighet samt förutsägbarhet så kan detta ge oss vägledning i frågan om optimal avtalslängd.

Den dispositiva rätten har stor betydelse vid en analys av den optimala avtalslängden. Att så är fallet beror på en för avtal gällande paradox, nämligen att avtal alltid både är ofullständiga och fullständiga.²⁷ Det är, liksom har förklarats i uppsatsens teoretiska del, omöjligt att upprätta heltäckande skriftliga avtal som erbjuder skydd mot varje möjlig situation som kan uppkomma i en avtalsrelation. Avtal kommer således alltid att vara ofullständiga. Domstolen har däremot som en funktion att bestämma avtalsinnehållet då detta ej reglerats i ett skriftligt avtal. Parternas avtal kommer således alltid att vara fullständigt. Det kan dock vid avtalstidpunkten råda större eller mindre säkerhet kring vad parternas avtalsrelation kommer att innehålla för det fall skriftlig avtalsreglering ej sker. Om den dispositiva rätten är tydlig och klar så vet parterna vad de har att förvänta sig och om den är motsatsen så råder osäkerhet beträffande avtalsinnehållet. För det fall den dispositiva rätten är tydlig behöver parterna endast reglera om de önskar en annan lösning än den som följer av den dispositiva rätten. Det kommer härvid att vara avgörande hur pass ändamålsenlig den dispositiva rätten är. Skulle den dispositiva rätten ej vara ändamålsenlig så kommer parterna att vara mer benägna att reglera eget avtalsinnehåll. Även för det fall det råder osäkerhet kring innehållet i den dispositiva rätten så kommer parterna att vara mer benägna att reglera eget avtalsinnehåll. Ändamålsenlighet och förutsägbarhet är således två viktiga kvalitéer hos den dispositiva rätten. En försämring av dessa kvalitéer ökar parternas regleringsbehov samt vice versa. Det råder oenighet bland de intervjuade advokaterna beträffande dessa två kvalitéer hos den dispositiva rätten. En åsikt har anfört att den dispositiva rätten i Sverige är utomordentligt bra, medan en annan har anfört att den är motsatsen. För avgörande av vilken ståndpunkt som är riktig krävs en särskilt bra insikt i frågan och med anledning därav kommer den slutliga analysen i det följande att stödja sig på professor Christina Rambergs²⁸ synpunkter²⁹ om det aktuella ämnet.

Professor Christina Ramberg anser att dagens dispositiva rätt i Sverige inte är i harmoni med det kommersiella affärlivets krav. Det råder dels stor osäkerhet beträffande rättsläget i de delar av den dispositiva rätten som inte avser köp, dels obalans i den dispositiva rätten sett som en helhet.

²⁷ *Incomplete Contracts in a Complete Contract World*, Scott Baker & Kimberly D. Krawiec, sid 1.

²⁸ Professor i avtalsrätt vid Handelshögskolan. För närvarande verksam vid advokatbyrån Vinge i Göteborg. Enligt författarens egen åsikt en av de mest kvalificerade i Sverige att yttra sig i frågan.

²⁹ Framgår av artiklarna *Mot en gemensam europeisk civillagstiftning, The Hidden Secrets of Scandinavian Contract Law och Makten över avtalsrätten*. Professor Christina Rambergs har, vid samtal per telefon, bekräftat dessa synpunkter.

Det är även, enligt professorn, en paradox att advokater i Sverige skriver relativt korta avtal trots att vi har bland världens minst tydliga dispositiva rätt. Professorn har vidare anfört att den svenska avtalsrätten är i stort behov av en genomarbetning och till dess att detta sker så kommer transaktionskostnaderna att förbli onödigt höga. Advokater måste nämligen, med beaktande av det ovan sagda, ofta upprätta långa avtal. Läger man dessa synpunkter till grund för den fortsatta analysen så förefaller den dispositiva rätten vara en faktor som snarast talar för ett ökat regleringsbehov.

Av detta anförda följer i sin tur även att skadeverkningarna av en eventuellt minskad kunskap om den dispositiva rätten begränsas. En minskad kunskap om en ändamålsenlig och förutsägbar dispositiv rätt hade däremot med all förmodan orsakat större negativa effekter. Klart är dock att det är av avsevärd vikt att svenska jurister idag inte förlorar ytterligare kunskap om den dispositiva rätten och därför förordas, i vart fall av professor Christina Ramberg, en förbättring samt modernisering av vår svenska dispositiva rätt. En förbättrad dispositiv rätt hade haft till följd att svenska juristers kunskap om den dispositiva rätten hade ökat. Transaktionskostnaderna hade därmed kunnat sänkas.

Av det hitintills anförda förefaller det mesta tala för att trenden med längre avtal är av nödvändighet påkallad. Dels har regleringsbehovet ökat, dels har vår förmåga att producera sofistikerade avtal förbättrats. Även den dispositiva rättens tillkortakommanden bidrar till utvecklingen. Internationalisering har vidare belyst behov vi i Sverige tidigare ej upplevt, men som i själva verket alltid funnits. Ett exempel på detta är nyttan av due diligence som är en relativt ny företeelse i Sverige. Den svenska advokaten har helt enkelt sett möjligheter till förbättring och anpassat sig därefter. Att advokater gärna drygar ut sina inkomster samt att klienter numera förväntar sig långa avtal förtar inte det faktum att den faktiska avtalslängden verkar röra sig i riktning mot optimal avtalslängd, ej ifrån. Utvecklingstrenden med längre avtal förefaller således ej vara ogynnlig för svenska företag vid inhemska affärer.

Det är dock viktigt att man som klient inte godtar alla långa avtal, utan gör en bedömning i varje enskilt fall. Vid denna bedömning bör affärens storlek och risker, vilket ofta sammanhänger med avtalstypen, ha avgörande betydelse. Även de avtalande parternas relation bör tillmätas viss betydelse. Man bör vidare som klient beakta dessa affärstransaktionens faktorer vid val av advokatbyrå. En stor advokatbyrå, med erfarenhet från främst stora affärer, kan eventuellt vara ett olämpligt val vid en liten affär.

Källförteckning

Artiklar och uppsatser

- Aubert A. Benoit, Houde Jean-Francois (2003), Patry Micheal & Rivard Suzanne, *Characteristics of IT Outsourcing Contracts*, Proceedings of the 36th Hawaii International Conference on System Sciences, January, p. 1-9
- Baker Scott & Krawiec D. Kimberly (2006), *Incomplete Contracts in a Complete Contract World*, ExpressO Preprint Series, Paper 1294, p. 1-26
- Battigalli Pierpaolo & Maggi Giovanni (2002), *Rigidity, Discretion and the Cost of Writing Contracts*, The American Economic Review, Vol. 92, No. 4, September, p. 798-817
- Bellia Jr J. Anthony (2002), *Promises, Trust, and Contract Law*, The American Journal of Jurisprudence (Vol.47), p 25-40
- Buhai Sebastian (2003), *Incomplete Contracts and the Theory of the Firm*, (http://www.tinbergen.nl/~buhai/papers/others/incomplete_contracts.pdf), p 1-12
- Calissendorf Axel & Gotthard (1999), *Utvecklingen av avtalen om förvärv av aktiebolag under senare delen av 1900-talet*, Rättsvetenskapliga studier till minnet av Tore Almén, Justus Förlag, mars, sid. 67-95
- Eggleston Karen, Posner A. Eric & Zeckhauser Richard (2000), *Simplicity and Complexity in Contracts*, John M. Olin Law & Economics Working Paper No. 93 (2D Series), The University of Chicago, January, p. 1-45
- Lyons R. Bruce (2001), *Incomplete Contract Theory and Contracts Between Firms: A Preliminary Empirical Study*, CCR Working Paper CCR 01-1, School of Economic and Social Studies, University of East Anglia, Norwich, UK, February, p. 1-28
- Masten E. Scott (1998), *Contractual Choice*, Working Paper No. 99-003, University of

Michigan Law School, August, p. 1-25

- Ramberg Christina (2004), *Mot en gemensam europeisk civillagstiftning*, Svensk Juristtidning, häfte 5/6, sid 459-474
(<http://www.umearattsakademi.se/Mot%20en%20Europeisk%20civilkod%20%20SvJT%205-6%2004.pdf>)
- Ramberg Christina (2007), *The Hidden Secrets of Scandinavian Contract Law*, Manuskript, Handelshögskolan vid Göteborgs universitet, skall under 2008 publiceras i skriften *Scandinavian Studies in Law*, p. 1-5
- Ramberg Christina (2007), *Makten över avtalsrätten*, Manuskript, Handelshögskolan vid Göteborgs universitet, skall under hösten 2007 publiceras i festskrift för Axel Adelcruetz, sid. 1-7
- Shavell Steven (1984), *The Design of Contracts and Remedies for Breach*, *The Quarterly Journal of Economics*, Vol 99, No. 1, February, p. 121- 148
- Ståhl Victor (2006), *Offentlig service på entreprenad – exemplet på Nibblegården och Ärtan*, Magisteruppsats, Nationalekonomiska institutionen, Ekonomihögskolan i Lund, Augusti, sid. 1-55

Elektronisk källa

- www.di.se

BILAGA 1

Redovisning av intervjusvar

1. Vad har orsakat trenden?

Intervju 1:

” Trenden började under inledningen av 90-talet. Orsaken var att fler investeringar gjordes i Sverige av utländska bolag. Genom "trenden" introducerades en annan typ av hantering av bl.a. förvärvsprocessen i Sverige. Begrepp som bl.a. "due diligence" blev inkorporerade i den svenska juristens språkbruk. Påverkan kom främst från den anglosaxiska rätten och förändrade bl.a. sät- tet att dokumentera en transaktion samt även i övrigt tillvägagångssättet i hela processen. Initialt gällde det i princip avtal där utländska parter var inblandade för att sedan även omfatta avtal med endast svenska parter men där det fanns behov av förståelse för innehållet och formen från t.ex. utländska potentiella investerare. Hanteringen har nu nått dithän att de större advokatbyrå- erna har byggt upp know how avdelningar där mallbanker med avtal upprättas för alla upptänk- liga transaktioner. Sannolikt för att göra hanteringen och förståelsen enklare har "trenden" fått fullt genomslag och det är nu inte längre endast överlåtelseavtal som är långa och svårforcerade utan även mer traditionella avtal som rör t.ex. fastighetsöverlåtelse och distribution i olika for- mer. Trenden har fått extra stort genomslag i storstäderna.

En annan kompletterande orsak till "trenden" kan vara den ökande specialiseringen bland juris- ter där varje specialområde värnar om sitt område och gör "juridik" av omständigheter som kan- ske tidigare inte berördes på grund av lagstiftning (immaterialrätt, sakrätt).

Som en kommentar till det ovan sagda tror jag att den svenske advokaten är väl medveten om att man inte behöver vara så komplex i sin hantering av dokumentation som lyder under svensk rätt. Men det finns ett behov av att vara tydlig och underlätta för inblandande och potentiella parter varför man oftast väljer att följa "trenden". Inte sällan uppstår diskussioner kring formen när advokater som följer "trenden" har att göra med det äldre gardet som helt förlitar sig på disposi- tiv rätt.”

Intervju 2

” a) Huvudorsaken är att den anglosaxiska metoden med längre avtal har påverkat hur interna- tionella affärer görs idag, dvs. den har blivit standard för internationella affärstransaktioner. I Sverige påverkar detta inte enbart hur vi går tillväga vid internationella affärer utan även hur vi

avtalar i rent inhemska affärer. I Sverige har således advokater alltmer konverterat till den anglosaxiska metoden att avtala, dock ännu inte fullt ut. Avtalen i den anglosaxiska världen är fortfarande längre. Vi använder oss t ex av två avtalsmodeller, en anglosaxisk modell och en modell som bättre reflekterar den nordiska avtalsmodellen. Vi anpassar dessa modeller till transaktionens särskilda karaktär. I en ren inhemsk affär där både parterna känner sig trygga med den nordiska modellen så lyfter vi ofta fram just den modellen som det eventuellt mer effektiva alternativet.

b) En annan orsak är att Sverige som samhälle delvis har förändrats. I ett samhälle där starka sociala normer har inflytande över parter spelar det skriftliga avtalet en mindre betydande roll. Tidigare fanns det i Sverige ett socialt tryck som utöver rena legala aspekter påverkade vårt sätt att göra affärer. Det svenska samhället har dock blivit mer öppet och diversifierat och då ett samhälle utvecklas på detta sätt så kan parterna till ett avtal i mindre utsträckning förlita sig på en homogen och gemensam uppfattning. Litar man inte på motparten vill man ju skriva ner allting i ett avtal. Det sociala trycket, som kan sägas bestå av sociala normer, har således tappat i betydelse varvid parter idag förlitar sig mer på skriftliga regleringar. Av detta skäl har det blivit viktigare med detaljerade skriftliga avtal. Japan är ett tydligt exempel på det ovan sagda. I Japan har nämligen den skriftliga delen av ett avtal alltid spelat en underordnad roll i en överenskommelse. Viktigast var alltid självaste handskakningen vilket medförde att de skriftliga avtalen var kortare förr.

c) Slutligen så har affärerna även blivit något större de senaste åren vilket leder till längre avtal.”

Intervju 3:

” Trenden beror på ett okritisk anammande av den anglosaxiska olaterna. Vet man inte vad den svenska dispositiva rätten innehåller så är det ganska enkelt att skriva vad man tycker avtalet skall innehålla. Det betungar avtalsdokumentet och gör det mer svårt att förstå för klienter. Orsaken är helt enkelt att man inte kan den dispositiva rätten och då är det praktiskt att anamma dessa extremt långa avtal. Det har nu gått så långt att numera så förväntar sig klienter att avtalen skall se ut på det viset, så kommer man med ett avtal på 3-4 sidor så tror de att man inte kan någonting. Kommer man däremot med ett avtal på 30-40 sidor så tror de att det representerar kunskap fastän det i själva verket är precis tvärt om. I början såg man nästan bara trenden i finansiella transaktioner. Banker och finansiella institut, ofta utländska, hade ofta en mycket stark ställning i förhandlingarna och då kom de med sina långa och ofta mycket besvärliga dokument som kredittagaren var tvungen att acceptera. Därefter har olaten spridit sig till även andra typer

av transaktioner som t ex företagsöverlåtelser.

Längden på avtalen i små affärer har vidare ökat proportionellt mer än i stora affärer. De stora affärerna har under en längre tid varit föremål för en omfattande avtalsskrivning, medan det i de små affärerna är först på senare tid man okritiskt har använt de här långa dokumenten som tidigare bara användes i stora affärer.”

Intervju 4:

”Orsaken är dels globaliseringen, dels klienternas tro på att ju längre av avtalen är desto bättre skydd erbjuder de samt dels den faktorn att advokater gärna tjänar pengar.”

Intervju 5:

”Trenden vill jag säga har orsakats av internationaliseringen. I många situationer agerar internationella eller multinationella företag på den svenska marknaden. De har ofta sina rötter i amerikansk och/eller anglosaxisk rättstradition och vill använda den juridiken också i Sverige. Därför blir avtalen gärna utformade utifrån den traditionen. En annan förklaring till trenden kan också rent allmänt vara den generellt ökande komplexiteten som också återspeglar sig i avtalen, som då blir längre. En ytterligare förklaring kan vara den nya tekniken som gör det möjligt att tämligen enkelt skapa stora textmassor, genom att ”klippa och klistra”.

Intervju 6:

”Det är internationaliseringen som har orsakat trenden. Mallar har anpassats till internationella affärer. Mallarna överensstämmer numera inte sällan med de som används i London. Dessutom är det i Sverige bara de senaste femton åren som företagsöverlåtelserna har skett på samma sätt som sker idag. Övriga bolagsaffärer har också blivit komplexare.”

Intervju 7:

”Jag har ingen aning, men skulle tro att det enkla faktum att engelskan är lingua franca och att man söker stöd i förlagor, vilka då naturligtvis ursprungligen härrörde från anglo-amerikanska avtalsförhållanden, inte skall underskattas.”

2. Vilka faktorer är avgörande för den optimala längden på avtal samt vad avgör i slutändan om ett avtal blir kort eller långt?

Intervju 1:

”Följande faktorer kan vara avgörande:

Parterna/ Om det är utländska parter får "trenden" fullt genomslag. Detta blir också fallet när det är svenska parter och där det är en finansiell köpare eller om banker är inblandade. Den finansiella köparen kan sällan för lite om bransch m m för att kunna bilda sig en uppfattning om bolaget och vill då ha mer garantier och ofta komplicerade lösningar avseende t.ex. köpeskilling med s.k. earn-out modeller m m. Industriella köpare har en lite mer lättsam attityd rent principiellt men beroende på vilken rådgivare man väljer så kan resultatet ändå bli detsamma.

Rådgivarna/ Det är rådgivarna som styr och arbetar du med någon av de större svenska advokatbyråerna eller med någon investmentbank så är "trenden", regel i princip utan undantag.

Affären/ Affärens storlek och komplexitet är naturligtvis avgörande.”

Intervju 2:

”a) Det beror först och främst på vilket sorts avtal det rör sig om. Handlar det t ex om en företagsöverlåtelse så kommer avtalen med all förmodan att skilja sig åt väsentligt från det avtal som t ex används vid ett större köp av bananer.

b) En annan faktor är domstolarnas effektivitet. I en jurisdiktion där domstolarna inte är effektiva, eftersom de antingen är korrupta eller osofistikerade, är det inte lönsamt att träffa långa skriftliga avtal.

c) En tredje faktor är mängden pengar involverade i en affärstransaktion. Det finns ett samspel mellan säkerhet och transaktionskostnader där vikten av säkerhet vägs mot de transaktionskostnader som korta respektive långa avtal medför. Långa avtal innebär ökad säkerhet men ökar transaktionskostnaderna. Det finns således en avvägning att göra mellan risken att det uppstår tvister senare eftersom det saknas skriftliga regleringar som täcker uppkomna situationer och hur mycket man spenderar på transaktionskostnader i form tid och pengar. Av denna anledning kommer transaktioner som involverar större belopp att vara mer reglerade i avtal en mindre transaktioner.

d) En sista poäng som också kan ha en viss betydelse är nyttan av breda klausuler i förhållande till detaljerade klausuler. Tittar man närmare på den Amerikanska konstitutionen så uppmärksammar man att den är väldigt kort. Detta beror inte på att livet i Amerika är mycket enkelt och att de därför endast behövs en kort konstitution. Att konstitutionen är kort beror snarare på att livet i Amerika kan förväntades vara mycket komplicerat, så till den graden komplicerat att man visste att man inte kunde förutsäga alla de situationer som skulle kunna uppstå. Med anledning härav konstruerade man breda principer som i framtiden skulle kunna tillämpas på oförutsedda händelser. Detta illustrerar att komplexa frågor ibland bäst regleras med breda klausuler istället

för detaljrika. I verkliga avtalssituationer så kan komplexitet skapa både breda/korta klausuler och detaljrika/långa klausuler. Ibland, om det finns tid och vilja, så kan en komplex situation leda till en mycket komplicerad utformning av ett avtal. Om parterna känner att de inte har tid eller att det inte är värt pengarna så kommer parterna, trots att det tydligt framgår att det rör sig om en komplicerad situation, ibland att undvika komplicerade utformningar och istället använda breda principer i avtalet och hoppas på att detta leder till en rimlig utgång. Typiskt sett så leder dock komplexa situationer till komplexa avtal vid större affärer. Anledningen härtill är att det i dessa större och oftast mer komplexa affärer är mer lönsamt, både finansiellt och tidsmässigt, för parterna att i förväg fundera ut de situationer som kan uppkomma och reglera detaljrikt vid utformningen av avtalet.”

Intervju 3:

”Komplexiteten i transaktionen skall vara avgörande för den optimala avtalslängden. Ett avtal kan indelas i ett par olika avsnitt. Det finns ett bakgrundsavsnitt, ett avsnitt som beskriver den kommersiella transaktionen, ett avsnitt som beskriver vad som händer om någonting går fel och så finns det ett avsnitt med allmänna bestämmelser. Det är fyra sinsemellan olika avsnitt. Om transaktionen blir mer komplicerad så blir möjligen första och andra avsnittet eventuellt längre, dvs. det kan behövas en mer noggrann reglering av vad parterna verkligen kommit överens om. Att dessa avsnitt kan behöva regleras något mer beror även på att det idag råder ett tuffare klimat med något mer kortsiktiga klienter. Däremot måste inte konsekvensavsnittet, dvs. det avsnittet som behandlar om någonting går snett, bli längre bara för att komplexiteten ökar eller att affärsklimatet hårdnar. Vi har vi ju den dispositiva rätten. Om den ena parten är väsentligt starkare än den andra parten så kanske den parten vill sätta den dispositiva rätten ur spel. I en sådan situation så kan det eventuellt även påverkade det tredje avsnittet genom att man skriver lite mer därför att man säger att man inte är nöjd med dispositiv rätt. I transaktioner mellan två jämbördiga parter däremot skulle bara avsnitt ett och framförallt avsnitt två bli längre och det rör sig oftast bara om ett par sidor för så komplicerade är inga transaktioner att de inte kan beskrivas på ett par sidor.

Det är idag delvis klienternas förväntningar som avgör längden på avtalen eftersom advokaterna okritiskt anpassar sig till dessa förväntningar. Det är oftast också lättare för advokater att skriva dessa långa avtal av två skäl. Det ena är att det är lättare att hålla ett långt tal än ett kort tal även om man med det långa talet inte säger mer än i det korta och det andra är bristande kunskap om det utomordentliga svenska dispositiva rättssystemet som ju täcker upp kanske hälften av det som täcks av de här avtalen. Man klarar sig bra med den dispositiva rätten.

Det finns en poäng i den synpunkten som har framförts om att det ligger ett värde i att parterna genom långa avtal vet vad som gäller dem emellan, men då har man ett väldigt långt avtal att skriva. För trots allt är den svenska och den internationella köplagen långa fabrikationer. Så egentligen gäller raka motsatsen. Vad man oftast gör när man skriver ett påföljdsavsnitt är att man krånglar till det hela. Det hänger inte ihop, det skrivna avtalet och den dispositiva rätten. Det blir motsägelsefullt. Oftast så kommer då ej heller konsekvensavsnitten att spegla parternas verkliga intentioner.”

Intervju 4:

”Parternas förhållande till varandra är en viktig faktor, rörelseöverlåtelse koncerninternt kräver t ex normalt sett betydligt enklare reglering än om parterna inte haft med varandra att göra tidigare. Vidare styr parternas förväntningar, ett duktigt ombud lyssnar av förväntad nivå på regleringen. Även storleken på affären ger implikationer på längden av avtalet.”

Intervju 5:

”Avgörande för den optimala längden på ett avtal är enligt min mening avtalstypen. T.ex. ett hyresavtal kan formuleras tämligen kortfattat om man använder de standardiserade formulär som finns. En viktig aspekt är även tiden som står till förfogande samt vilka kostnader som parterna är beredda att lägga på avtalen.”

Intervju 6:

”Riskerna i en affär och affärens specifika karaktär är avgörande för längden på avtalet. Dessutom finns det förväntningar på hur affärsavtalen ska se ut. Parterna vill även veta vad som gäller dem emellan och investmentbanker följer ofta checklistor som anger vad som skall finnas i avtalen.”

Intervju 7:

”Kunskapen om dispositiv rätt är ofta alltför dålig. Det leder till att många skriver mer än vad som är nödvändigt. Bara den som kan sin dispositiva rätt vet vad som behöver regleras i avtalet och vad som kan lämnas därhän.”

3. Tror ni att det förekommer att företag i Sverige avstår från vissa transaktioner med den motiveringen att avtalsprocessen hade medfört alltför höga kostnader? Om ja, har detta något samband med den diskuterade trenden och på vilket sätt?

Intervju 1:

”Detta händer nog sällan om den kommersiella delen av affären är bra. Större bolag har inte den infallsvinkeln alls. För dem känns det tryggt att anlita en välrenommerad advokatbyrå, vilket ger dem en garanti för att processen sköts på bästa sätt. I större affärer är dessutom kostnaden för den lega delen ofta endast en bråkdel av vad bolagen behöver betala till sina finansiella rådgivare (som ofta, utöver fast avgift, har success fee, vilket inte är möjligt för advokater med hänsyn till Advokatsamfundets regler). Mindre och mer ovana bolag får nog upp ögonen för transaktionskostnaden först när fakturan dimper ner. Nästa gång kanske de är mer skeptiska att gå in i liknande transaktioner om den kommersiella fördelen är svår att se i själva affären.”

Intervju 2:

” Jag tror att det, med undantag för väldigt små affärer, är ovanligt att företag avstår från affärstransaktioner av den anledningen att de legala kostnaderna är för höga. I mellanstora affärer kan man dock generellt säga att parter på ett mer grundligt och genomtänkt sätt beaktar alternativa regleringsmöjligheter och tar ställning till vad som är mest kostnadseffektivt. I en väldigt stor affär så spelar de legala kostnaderna i en affärstransaktion en liten roll i förhållande till andra aspekter, dvs. ju större affärerna blir desto mindre relevant blir det att beakta de legala kostnaderna. De legala kostnaderna har således en större betydelse vid mellanstora och små affärer. I dessa affärer blir det därför viktigare att tänka på avvägningen mellan de legala kostnaderna och den legala säkerheten. Att legala kostnader har en mer avgörande betydelse i mellanstora och små affärer beror också på att legala kostnader inte ökar i direkt proportion med storleken på affärer. Om man t ex arbetar med en affärstransaktion vars värde uppgår till 10 miljarden kronor så kommer de legala kostnaderna för denna transaktion förmodligen inte att skilja sig mycket åt från en affärstransaktion vars värde uppgår till 20 miljarder kronor. I en affärstransaktion vars värde uppgår till 100 miljoner kronor skulle det däremot kunna visa sig vara opassande att avtalsreglera till samma legala kostnader som i de stora affärerna.”

Intervju 3:

” Ja och det är främst om det finns andra alternativ som de höga transaktionskostnader påverkar affärerna. Ett typiskt exempel är värdepapperiseringstransaktioner där kostnaderna ibland blir flera tiotals miljoner kronor. Värdepapperiseringsavtalen är ju ofta flera hundra sidor och det rör sig om ett helt anammande av internationella avtal på området beroende på att det var där värdepapperisering som kommersiell företeelse först dök upp. Man har gjort det bekvämt för sig

genom att bara anamma dessa avtal. Om kostnaderna för värdepapperisering är för höga så kan man göra andra saker som t ex att finansiera sig med säkerställda obligationer eller med factoring eller andra liknande lösningar. Även vid företagsöverlåtelser förekommer det, dock är det mer sällsynt, att parter avstår från transaktionen med hänvisning till att transaktionskostnaderna hade blivit för höga.”

Intervju 4:

”Nej, det tror jag inte.”

Intervju 5:

”Det är möjligt att så sker men jag har själv inget exempel på att så skulle vara fallet.”

Intervju 6:

”Kanske mindre bolag avstår kanske om det handlar om mindre och mer osäkra affärer. Detta eftersom vissa affärsavtal kan vara väldigt kostsamma. Men så sker inte om bolagen är större”

Intervju 7:

”Nej, det tror jag inte.”

4. Är trenden (dvs. mer användning av den anglosaxiska modellen med långa avtal istället för den skandinaviska modellen med mer nyttjande av den dispositiva rätten) gynnsam eller ogynnsam för svenska företag?

Intervju 1:

”Den är gynnsam eftersom svenska företag visar att de har erfarenhet att göra denna typ av affärer, vilket underlättar för nya investeringar.”

Intervju 2:

”Om den anglosaxiska metoden tillämpas i rätt affärer så kan trenden vara gynnsam eftersom den leder till en mer omfattande skyddsreglering och därmed även till färre oönskade överraskningar. Den anglosaxiska metoden kan vara särskilt gynnsam vid större affärer. I mindre transaktioner så kan trenden leda till en onödig ökning av transaktionskostnaderna. Man kan idag se att den anglosaxiska metoden även börjar infinna sig vid små transaktioner, men det är fortfarande den nordiska metoden som dominerar i små inhemska affärer och det är bra att det fortfa-

rande är så. Den nordiska metoden är mer effektiv vid mindre affärer där avvägningen mellan risk och transaktionskostnader gör det olönsamt att spendera på transaktionskostnader.”

Intervju 3:

”Trenden är utomordentligt ogynnsam för svenska företag. Jag tycker den svenska modellen är en modell som man skulle kunna exportera. Vårt svenska rättssystem är mycket effektivt och har traditionellt medfört mycket lägre juristkostnader i Sverige än på andra håll i världen. Detta måste ju vara gynnsamt för svenska företag. Ingen yrkesgrupp bör leva på någonting som inte är av behov påkallat. Det är nationalekonomiskt slöseri. Vi är på väg att genom trenden tappa en konkurrensfördel som vi har och det är en oerhört svår trend att vända. Detta borde diskuteras på de akademiska institutionerna. Det är viktigt att nytexaminerade jurister kan jämföra de standardmallar som används med den dispositiva rätten. Idag tappar nytexaminerade studenter kunskap genom den metodik som trenden medför.

Det finns vidare ingen principiell skillnad mellan stora och små affärer, trenden är ogynnsam oavsett storlek. De stora respektive de små affärerna skiljer sig bara åt till beloppen, annars är problemställningarna precis dem samma. Köper man ett litet företag eller ett stort företag så är det samma juridik inblandad. Däremot kan man ju säga att en stor affär bättre kan bära de ökade kostnader som förknippas med ett längre avtal än vad en liten affär kan.”

Intervju 4:

”Frågan är svår att besvara eftersom gynnsam eller ogynnsam är ord som är subjektiva. Tvist uppstår ju när en förväntning går fel, med lite regleringar är utrymmet större för att parterna missförstår varandra, medan mycket regleringar kan få part att låsa sig till skrivningar och inte helheten.”

Intervju 5:

”Generellt torde trenden vara ogynnsam för svenska nationella företag eftersom vi inte har den traditionen och inte är upplärda med det sättet att tänka juridiskt eller skriva avtal utifrån de förutsättningarna.”

Intervju 6:

”Den måste vara gynnsam eftersom den minskar risken för tvister mellan företag.”

Intervju 7:

”Den är ogynnsam för företagande över huvud taget, eftersom den medför onödigt höga transak-

tionskostnader, men den är knappast särskilt ogynnsam för svenska företag.”

5. Tar ni regelbundet med standardvillkor i avtalsförslag samt hur pass mycket reflekteras över behovet av klausulerna i avtalet? Till vilken grad bidrar standardvilkorens behandling i en avtalsprocess till att fördyra processen och är villkorens behandling ekonomiskt motiverat?

Intervju 1:

”Ja, s.k. Boiler plates! Denna typ av standardvillkor är för det mesta reciproka och missgynnar sällan någon part (är ofta endast ordningsregler). De fördyrar endast processen i den mån motparten saknar förståelse för bestämmelsen och vill förhandla även dessa. Min erfarenhet är att detta sällan sker i förhandlingar mellan parter där rådgivare anammats "trenden".”

Intervju 2:

”Standardvillkoren fungerar för mig som en utgångspunkt för avtalsförhandlingarna, likt en lerklump som skall formas till en staty. Jag använde regelbundet standardvillkor. Standardvillkor är effektiva av följande skäl. Ju oftare en viss fråga dyker upp desto snabbare utvecklas det en branschpraxis som standardiserar ett hanteringssätt av den aktuella frågan. När denna branschpraxis utvecklas så kan avtalsförhandlingar bli mer effektiva eftersom den generella uppfattningen blir att vid en viss aktualiserad fråga så skall en viss klausul införas i avtalet. Man når således gemensamma standardlösningar vilket kan spara mycket tid och pengar eftersom man slipper föra utdragna förhandlingar kring de frågor som har standardlösningar.

Skulle slutligen vilja tillägga att det finns en uppfattning i Norden om att anglosaxiska advokater som använder boilerplates, dvs. standardvillkor, inte har en uppfattning om vad som i själva verket står i dem och att det bara är en massa ord som nyttjas eftersom alla andra nyttjar dem. Denna uppfattning är vanligtvis felaktig. De flesta duktiga advokater i Amerika, England och i Australien vet mycket väl vad de orden innebär. Det är därför farligt att anta att din motpart inte känner till standardvilkorens innehåll. Man skulle även kunna ställa det på sin spets och säga att det inte finns något sådant som ”bara boilerplates”, alla klausuler har betydelse.”

Intervju 3:

” Det har gått så långt nu att om vi håller i pennan vid en transaktion så förväntar sig klienterna att avtalen skall vara av en viss längd. Vi försöker hålla nere kostnaderna och skriva avtalen som täcker de väsentligaste delarna av klientens önskemål. Resten släpper vi åt den dispositiva rätten.

Vi försöker tänka igenom varje klausul som vi skriver i ett avtal trots att dessa ibland i någon mån kan se ut som standardklausuler för att de är klausuler som har en viss lydelse och de återkommer regelbundet i avtalen. Vi tänker igenom noggrant om klausulerna som vi använder passar ihop med den aktuella transaktionen. Vi försöker inte bara anpassa befintliga klausulen, vi ifrågasätter om klausulen verkligen behövs allt i syfte att hålla nere dokumentets längd. Detta förbilligar för klienten. I första delen av avtalsprocessen så kanske det blir något dyrare för det faktiskt längre tid att göra ett kort dokument än ett långt. Det låter kanske lite konstigt men så är det. Det rör sig bara om datoriserade papper som man trycker ut ur en dator. Om dokumentet är på 2 sidor eller på 200 sidor det spelar ingen roll, det går ungefär lika fort. Men att förkorta det 200 sidiga avtalet till ett kanske 20 sidigt avtal, det tar tid. Fördelen vinner man senare i processen där diskussionerna blir så ofantligt mycket enklare och snabbare mellan parterna. Förhandlingarna blir också mycket effektivare om man vet vad man talar om. Processen blir alltså kortare. Man diskuterar då inte sådant som inte har omedelbar bäring på den aktuella transaktionen. För man istället avtalsförhandlingar utifrån 200 sidor så diskuterar man saker som inte har direkt bäring på den aktuella transaktionen. Detta hade istället kunnat täckas upp av dispositiv rätt och ofta har parterna inte haft en tanke på att reglera sina inbördes förhållanden på det vis som följer av de 200 sidorna. Det argumentet som har framförts tidigare i diskussionerna om att innehållet i dessa 200 sidor skulle vara samlad erfarenhet är helt uppåt väggarna. De stora advokatbyråerna har regelbundet ett säljarvänligt dokument, ett köparvänligt dokument och ett mer balanserat dokument. Representerar man då säljaren så lägger man över det säljarvänliga dokumentet. Säljare och köpare har då överhuvudtaget aldrig tänkt i de banorna som följer av dessa 200 sidor. Det som sker är att köparens advokat ser det här och så sitter man i en till två månader och diskuterar dessa 200 sidorna och till slut om köparen och säljaren är ungefär lika starka så kommer man tillbaka till ett balanserat dokument. Det är inte 20 sidor, det är fortfarande 200 sidor, men det är 200 sidor balanserad text som hade täckts upp av de centrala 20 sidorna istället. Resultatet är att det har tagit två månader extra. Det måste dock medges att det säker rör sig om ett väl genomtänkt jättearbete, men en skicklig svensk affärsjurist bör se vilka klausuler som bör plockas bort. Den svenska köplagen är balanserad men den behöver i vissa hänseenden preciseras. Vill man ha ett tydligt avtal så kan man behöva precisera vissa bestämmelser för att det ska fungera. Det är tex reklamationsbestämmelser där man talar om skälig tid och vad är skälig tid. Då kan det vara bättre att precisera med antalet dagar. Sådana här förändringar förlänger dock inte avtalet med mer än någon sida. Så många olika avseende finns det egentligen inte att behandla.”

Intervju 4:

”Jag är rätt restriktiv med s.k. boilerplates. De säger inte särskilt mycket i många fall, men fördyrar inte.”

Intervju 5:

”Nej, inte regelbundet. Standardvillkor är ofta utarbetade för olika branscher och en typiskt sett ”starkare” part är oftast den som bestämmer om de skall med eller inte. För det fall man skall utarbeta nya standardvillkor fördyrar det processen väsentligt.”

Intervju 6:

”Ja, de är ofta en del av mallarna. Standardvillkoren kan användas som en checklista.”

Intervju 7:

”Jag undviker standardavtal, inte minst eftersom de i mitt tycke dels ofta är ganska dåligt konstruerade, dels ofta fördelar risker mellan parter på ett sätt som inte är affärsmässigt optimalt.”

6. Hur ofta utnyttjar du dispositiv rätt i en avtalsprocess, dvs. med flit avstår från att införa en klausul i avtalet då du vet att dispositiv rätt erbjuder betryggande skydd? Om svaret är sällan, varför avstås från dispositiv rätt?

Intervju 1:

”Relativt ofta”

Intervju 2:

” Inom mitt område, vilket är M&A, används dispositiv rätt sällan. Parterna, särskilt i större M&A transaktioner, föredrar att ersätta lagen med framförhandlade lösningar. Detta eftersom lagen inte alltid passar en större M&A transaktion. Köplagen kanske fungerar bra om man köper bananer, men inte om man säljer aktierna till ett moderbolag värt 8 miljarder kronor.”

Intervju 3:

”Jag använder ofta från dispositiv rätt. Min ambition är att alltid avstå från att ta med en klausul om den täcks av dispositiv rätt. Är jag osäker på om dispositiv rätt täcker viss aktuella situationen så tar jag reda på vad som gäller och visar det sig att dispositiv rätt täcker situationen så avstår jag från att reglera denna i avtal. Jag är fullständigt övertygad om att advokater hade bättre

koll på den dispositiva rätten för. Nyutexaminerade jurister tar ju idag inte ett steg utan att ha med sig ett mallavtal. Man har hamnat i något område mellan den anglosaxiska och den svenska metoden.”

Intervju 4:

”Framförallt i köprättsliga fall avstår jag från att beröra en fråga i avtal om dispositiv rätt finns, men är det ovana parter brukar jag notera att köplagen är tillämplig dem emellan. I mer komplexa regleringar t ex blandavtal köp och tjänst föredrar jag att reglera t ex fel, dröjsmål och sanktioner för att parterna skall slippa att fundera på vilket regelverk som skall gälla.”

Intervju 5:

”Jag försöker att så ofta som möjligt använda mig av den dispositiva rätten men om man har att göra med jurister eller andra med erfarenhet från den anglosaxiska världen så kan det ibland vara svårt eller rentav ogörligt. Jag avstår inte frivilligt från dispositiv rätt om jag tycker den är bra i situationen. Min sammanfattande uppfattning är att det inte finns någon som helst anledning att skriva långa avtal bara för sakens skull utan om avtalen är långa skall det finnas juridiskt sakliga anledning till detta.”

Intervju 6:

”Inte ofta sett mot antalet avtalsklausuler. Anledningen är främst att balansen i den dispositiva rätten inte är rätt.”

Intervju 7:

”Jag arbetar genomgående med stöd av dispositiv rätt och undviker så långt som möjligt att reglera sådant som har en för affären god reglering i dispositiv rätt.”