

Samarbejdsaftaler i biotek

(Collaboration agreements in biotech)

Hvordan kan samarbejdsaftaler indenfor bioteknologi konciperes, så de kan skabe mere værdi for virksomhederne?

(How can collaboration agreements in biotech be drafted so that they can create more value for the companies?)

Af

Jesper Hornstrup Dahl

Cand.merc.(jur.)

Afleveret d. 26. oktober 2009 / Efterår 2009

Vejledere: Peter Møgelvang Hansen og Lee Davis

Emne: Brugen af samarbejdsaftaler indenfor biotek

Antal anslag: 181592

Underskrift

Indholdsfortegnelse

Indholdsfortegnelse	2
English summary	4
Kapitel 1	5
Indledning.....	5
Hypotese	6
Problemformulering	6
Definition.....	7
Afgrænsning	8
Synsvinkel	9
Økonomisk metode.....	9
Juridisk metode.....	10
Kapitel 2	10
Hvordan kan samarbejdsaftalen beskrives som en governancestruktur ud fra Williamsons hostagemodel?	10
Samarbejdsaftalen som governancestruktur	10
Private Ordering	11
Valget af den specialiserede teknologi	12
Viden som den karakteristiske ydelse	13
Viden som en special purpose teknologi	14
Opportunistisk adfærd i forbindelse med specialiserede investeringer	15
Ekspropriation	16
Hold-up.....	16
Den bilaterale hostagemodel	17
Ensretning af incitamenter ved symmetriske investeringer	19
Ex post investeringsasymmetri.....	20
Delkonklusion	23
Kapitel 3	24
Hvad er gældende ret mellem parterne i forbindelse med krav om genforhandling som en konsekvens af efterfølgende ændringer i grundlaget for aftalen?	24
Viden som den karakteristiske ydelse	24
Informationsydelsen og de tre karakteristika ved samarbejdsaftalen.....	25
Informationsydelsen i et usikkert teknologisk landskab	27
Generelt om genforhandling af samarbejdsaftalen.....	27
Adgang til et ensidigt genforhandlingskrav	28
Loyalitetspligten	29
Genforhandling ud fra specifikt angivne omstændigheder	31
Hardship i samarbejdsaftaler	31
Genforhandlingskrav uden hjemmel i aftalen	33
Bristede forudsætninger	33
Retsmisbrug.....	37
Aftalelovens § 36 og samarbejdsaftalen.....	39
Beskyttelse af informationsydelsen ved ændret grundlag for aftalen	40
Delkonklusion	41
Kapitel 4	43
Empiri	43
Empiriske kilder	43

Karakteristisk af samarbejdsaftaler i biotek	49
Håndtering af opportunistisk adfærd	52
Kildekritik	53
Kapitel 5	54
Hvordan kan samarbejdsaftalen optimeres ved brug af relationel governance og hvordan kan dette blive inkorporeret i aftalen?	54
Problemstilling	54
Længerevarende kontrakter vs. Relationelle kontrakter	56
Tillid	62
Kontraktgovernance forenet med relationel governance – en model for indgåelse af samarbejdsaftaler	65
Kontraktgovernance til styring af markedsrelationen	67
Relationel governance til facilitering af den sociale relation	69
Juridiske implikationer af den nye model	71
Delkonklusion	71
Kapitel 6	72
Konklusion	72
Kapitel 7	74
Perspektivering – Vækst ved hjælp af creative commons	74
Litteraturliste	74

English summary

The purpose of this master thesis is to provide an answer to the question as to why the biotech business as a whole is incapable of being profitable. Research has shown, that in the lifetime of the biotech business (since the founding of Genentech in 1976), the business has not been able to create a profit. A hypothesis is created which explains the inefficient contracts as an expression of the parties' willingness to protect their prior knowledge.

The transaction economic bilateral hostage model by Williamson is used to analyze the collaboration agreement as a contract comprised of reciprocal investments in specialized assets, in the form of knowledge. Subsequently, a legal analysis of the possibility to renegotiate the collaboration agreement due to changed circumstances. Finally a solution to the problem is presented, that focuses on optimizing the market for knowhow, by creating a contracting model comprised of a mix of governance structures that addresses the different relationship between the contracting parties over time.

In the first period after the formation of the contract, the interaction between the parties is based on market norms and should therefore be based on a governance structure comprised of contractual governance. At the same time, a governance structure based on relational governance will be introduced in order to facilitate the emergence of social norms between the parties. Over time, trust and loyalty will develop around relational governance model, making the contractual governance model obsolete.

This governance mix will facilitate a high degree of knowledge sharing and joint solution of problems emerging during the collaboration. As a result of this, the collaboration agreements will function more efficiently and become drivers for renewed growth in the business.

Kapitel 1

Indledning

I bogen ”Science Business” (2006) redegør Harvard-professor Gary Pisano for indtjeningsmulighederne i den amerikanske biotekbranche siden dens fødsel med stiftelsen af firmaet Genentech i 1976. Pisano viser, at når man lægger alle amerikanske biotekfirmaers regnskaber sammen og betragter dem som ét selskab, giver branchen som helhed underskud. For at føje spot til skade, viser det sig, at de positive resultater i opgørelsen bliver båret af et meget lille antal virksomheder (Pisano 2006, s. 112-118). Årsagen skal findes i de store udgifter der er forbundet med at udvikle produkter (forske) og de lange tidshorisonter på mellem otte og tolv år før man kan se et afkast af investeringerne. Faktum er, at branchen som helhed ikke har været i stand til at tjene penge.

Hvorfor er der så overhovedet nogen der har lyst til at begive sig ud i det der vel bedst kan beskrives som en forretningsmæssig vandring efter vand i ørkenen, hvor der i langt de fleste tilfælde ikke vil være andet at finde end fatamorganaer? Svaret på dette spørgsmål findes på den ene side i den altruisme, der præger forskerverdenen, hvor den primære motivation ikke så meget ligger i at tjene styrtende med penge, men i at finde det lægemiddel der kan redde mennesker, eksempelvis gennem udvikling af ny cancermedicin. På den anden side i muligheden for at score den store gevinst, hvis det lykkes at udvikle det lægemiddel, der kan redde menneskeliv, hvilket utvivlsomt også frister mange investorer og forskere. Det er uden tvivl en højst risikabel investering, når en business angel eller venturekapitalist vælger at sætte sine penge i en biotekvirksomhed, men rammer man rigtigt og investerer i en virksomhed, for hvilken det lykkes at udvikle en ”blockbuster”, der sikrer en succesfuld exit, kan det være en særdeles god forretning.

Biotek er i særdeleshed en særegen størrelse, der ikke finder sin lige i andre erhverv. Det er eksempelvis ikke mange steder man begiver sig ud i udviklingsprojekter, hvor udfaldet af projektet er så uforudsigeligt, endsiges at der overhovedet kommer et produkt ud af anstrengelserne.

Den manglende evne til at sikre en indtjening i branchen har ledt til at strukturerne har ændret sig væsentligt gennem tiden. Fra en fokusering på at integrere de risikobetonede R&D enheder inden

for bioteknologien vertikalt¹ i pharmavirksomhederne, til at adskille de store marketingbaserede pharmavirksomheder og forskningsenhederne. Ved at adskille de to, kan man mindske udviklingsrisikoen for virksomheden, og i stedet opkøbe den relevante viden fra de enheder, der leverer lovende resultater (Pisano 2006, s. 164). På trods af dette, er der dog ikke mange indikatorer der peger i retning af, at dette har medført en forhøjet succesrate for biotekselskabernes lægemiddelkandidater.

Hypotese

Denne afhandling vil gå ud fra en hypotese, der peger på, at årsagen til at samarbejderne på tværs af biotekenheder ikke har betydet en forhøjet succesrate i branchen, er fordi branchen er stærkt præget af en høj aktivspecifitet, der har ført til asymmetrisk information, korte investeringshorisonter og en høj grad af IP beskyttelse (Pisano 2006, s. 164 ff.). **Dette medfører at samarbejdsaftaler indenfor biotek ikke bliver forhandlet optimalt, grundet en mangel på langsigtet tænkning og et for stort fokus på hensynet til beskyttelsen af intellektuelle rettigheder.**

Problemformulering

Den ovenfor formulerede hypotese, leder til følgende problemformulering:

Hvordan kan samarbejdsaftaler indenfor bioteknologi konciperes, så de kan skabe mere værdi for virksomhederne?

Herunder besvares:

- **Hvordan kan samarbejdsaftalen analyseres som en governancestruktur ud fra Williamsons hostagemodel?**
- **Hvad er gældende ret mellem parterne i forbindelse med krav om genforhandling som en konsekvens af efterfølgende ændringer i grundlaget for aftalen?**
- **Hvordan kan samarbejdsaftalen optimeres ved brug af relationel governance og hvordan kan dette blive inkorporeret i aftalen?**

¹ Over flere omgange har det været betragtet som det mest optimale, fuldt at integrere R&D virksomheder ind i det store pharmavirksomheder, hvorefter der er blevet etableret mastodonter der omtales FIPCO, Fully Integrated Pharma Company (Pisano, s. 88-90).

Definition

Hvordan samarbejdsaftaler konkret benævnes i erhvervslivet kan variere, alt efter hvilke parter der er involveret, og hvilke omstændigheder aftalen er indgået under. Således kan benævnelser som krydslicensaftaler, forsknings- og udviklingsaftaler, strategiske alliancer og barteraftaler, alle i givne situationer dække over en samarbejdsrelation. Fælles for disse aftaler er, at aftalekomplekserne i større eller mindre grad omfatter en udveksling af informationsydelser, der i mange tilfælde vil andrage en karakter af en gensidig rådighedsstilling af immaterialretlige retspositioner, såsom udnyttelsesrettigheder til patenter eller adgang til aftalepartens erhvervshemmeligheder i form af knowhow på et givent område. Til brug for denne afhandling vil disse aftaler blive benævnt samarbejdsaftaler, og vil i analyserne blive defineret som **et aftaleforhold, hvor der sker en gensidig udveksling af baggrundsviden over en længere årrække med det formål at frembringe ny kommercialiserbar viden.**

I virkelighedens verden findes den ovenstående definition i mange forskellige typer aftaler af varierende størrelse, der dækker over en lang række forskellige aktører med vidt forskellige agendaer og forhandlingsstyrke, blandt andet som en konsekvens af store forskelle i finansiell styrke og styrken af den pågældende aktørs baggrundsviden. Disse aktører omfatter pharmavirksomheder, mindre biotekvirksomheder og forskningsinstitutioner. Vedlagte pressemeddelelser (bilag 1², 2³ og 3⁴) fungerer som illustrationer i forhold til hvordan disse aftaler kan se ud mellem aktørerne.

Pressemeddelelserne viser hvordan samarbejdsaftaler kan have mange forskellige betegnelser og omhandle en udveksling af viden på forskellige stadier, fra tidlige prækliniske faser til stoffer i de kliniske testfaser, og ikke mindst hvordan der både kan være forskellige typer af følgebetalinger og køb af aktiekapital i den ene af virksomhederne, som en del af aftalen.

Valget ovenstående definition skyldes ønsket om at favne alle typer af aftaler i en samlet analyse af mulighederne for at bruge samarbejdsaftaler som en driver i markedet for knowhow. Samarbejdsaftalernes tilgang til muligheden for at udveksle viden er central i forhold til at arbejde med hypotesen beskrevet ovenfor. Netop aktørernes beskyttelseshensyn har haft den konsekvens, at

² Bilag 1 – GlaxoSmithKline og Genmab indgår global aftale om Humax-CD20. 19. december 2006.

³ Bilag 2 – Novo Nordisk, Cellartis og Lunds Universitet indgår samarbejdsaftale om udvikling af insulinproducerende celler ud fra stamceller til behandling af diabetes. 23. oktober 2008.

⁴ Bilag 3 – NeuroSearch offentliggør forsknings- og udviklingsalliance med Eli Lilly and Company. 17. februar 2009.

det har været vanskeligt at få adgang til information om virksomhedernes aftalepraksis til nærværende afhandling.

Afgrænsning

Denne afhandling beskæftiger sig, som beskrevet, med aftaler, hvor der sker en gensidig udveksling af viden. Dette betyder, at fokus er på netop de problemstillinger der er forbundet med en sådan udveksling, på trods af at mange af de pågældende aftaler også indeholder andre forpligtelser, som eksempelvis et køb af en aktiepost, som det er beskrevet i bilag 1. Disse biforpligtelser bliver ikke behandlet her.

Ovenstående definition medfører, at dette speciale ikke vil beskæftige sig med simple transaktioner i form af licensaftaler om distribution eller udvikling efter klart angivne specifikationer, da disse typer af transaktioner ikke omhandler en gensidig udveksling af viden. Ligeledes vil denne analyse tage for givet, at der er tale om transaktioner der er styret af kontrakter, der i integrationsniveau fungerer som en hybrid mellem den fulde horisontale eller vertikale integration på den ene side, og den simple transaktion, uden nogen form for integration mellem organisationerne, på den anden side. Disse to yderformer vil derfor ikke blive behandlet i analysen.

Angående immaterielrettighederne der ligger til grund for analysen af samarbejdsaftalerne, vil der ikke blive taget stilling til styrken af og indhold i øvrigt af patentrettighederne, da det formodes, at selve patentrettigheden garanterer for specialiseringsniveauet af den pågældende viden. Derudover tages det for givet, at patentindehaveren besidder de fornødne rettigheder over patentet og til at disponere over disse rettigheder i forbindelse med indgåelsen af samarbejdsaftalen.

Afhandlingen vil se på håndteringen af samarbejdsaftaler indenfor biotek med det formål at søge at gøre aftalerne mere efficiente for at optimere indtjeningen i branchen. For at holde dette sigte, vil analysen ikke beskæftige sig med de konkurrenceretlige problemstillinger i henhold til aftaler af denne type.

På trods af at der, som det kan ses i de ovenfor nævnte pressemeddelelser, meget ofte er tale om aftaler der involverer forskningsenheder i flere forskellige lande, vil denne afhandling udelukkende behandle aftaler med dansk lovvalg. Af hensyn til den begrænsede plads, vil afhandlingen ligeledes ikke skele til de særlige problemstillinger der er forbundet med interkulturelle aftaler, uagtet at dette uden tvivl er en kilde til mange udfordringer i flere forretningsforhold.

Synsvinkel

Afhandlingen vil beskæftige sig med de enkelte enheders indgåelse af samarbejdsaftaler, hvor der sker en udveksling af viden på et marked for knowhow. Synsvinklen anlægges derfor ud fra den enkelte virksomhed og ud fra en betragtning om, at dette vil skabe værdi for den samlede branche.

Økonomisk metode

Til brug for besvarelsen af problemformuleringen præsenteres Oliver E. Williamsons hostage-model, der bruges til at forklare, hvordan bilaterale specialiserede investeringer kan skabe en gensidig afhængighedsrelation, der eliminerer de særlige risici der er forbundet med at binde sig til en anden aktør ved specialiserede investeringer (Williamson 1985, s. 190). En nærmere forklaring på hvorfor netop denne model anvendes findes i kapitel 2, s. 11. Hostagemodellen bygger på transaktionsomkostningsteorien, som Williamson selv grundlagde som et forskningsprogram i 1970'erne, byggende på på Ronald Coases arbejde fra 1930'erne (Knudsen 1997, s. 206).

Vigtigt for forskningsprogrammet og forståelsen af modellen er de adfærdsformodninger, der ligger til grund for analyserne. Nemlig, at aktørerne formodes at handle bundent rationelt og opportunistisk (Williamson 1985, s. 44 ff.). Disse forudsætninger tilhører forskningsprogrammets hårde kerne og er dermed en central brik i forståelsen af transaktionsomkostningsteorien (Knudsen 1997, s. 213), og dermed også aktørernes handlinger i forhold til udviklingen af governancestrukturerne som behandles i denne afhandling.

I kapitel 5 vil en række artikler angående aspekter omkring de længerevarende kontrakter og relationalitet blive benyttet til at belyse aspekter omkring de selvregulerende kontrakter og tillid. Alle disse artikler hviler på transaktionsomkostningsteorien som forskningsprogram og nært beslægtede udløbere fra dette.

Som et led i etableringen af en model til skabelsen af mere effeciente samarbejdsaftaler i kapitel 5, vil den aktørforudsætning, at aktørerne handler bundent rationelt, blive udfordret ved anvendelsen af behavioral economics, der betegner aktørerne som irrationelt handlende (Ariely 2009). Denne nuancering, der tjener det formål at præsentere en alternativ vinkel på den relationelle kontrakt, skal udelukkende anses som netop en nuancering og ikke en afvigelse fra det altoverskyggende metodiske udgangspunkt, der hviler på transaktionsomkostningsteorien.

Juridisk metode

I kapitel 3 bliver den retsdogmatiske metode benyttet til brug for den juridiske analyse af samarbejdsaftaler inden for biotek. Retskilderne vil blive studeret for at finde frem til gældende ret i tilfælde af, at der opstår et ønske om at ændre aftalen i løbet af aftalens levetid, eksempelvis som en konsekvens af en ændring i det forudsætningsmæssige grundlag for aftalen.

Denne metodiske tilgang er baseret på en analyse af aftalen som den primære retskilde i forhold til fastlæggelse af retsstillingen mellem parterne ved et krav om genforhandling (Nielsen 2002, s. 91). Er spørgsmålet ikke reguleret i aftalen, vil det være nødvendigt at støtte ret på grundlæggende retsprincipper som forudsætningslæren (Bryde Andersen 2005, s. 459), eller deklaratorisk ret i form af aftalelovens bestemmelser, for at konstatere, hvorvidt der foreligger en sådan situation der kan medføre et gyldigt grundlag for et krav om genforhandling eller en opsigelse af aftalen.

I kapitel 5, vil den erhvervsjuridiske metode blive brugt til, med baggrund i de foregående kapitler, at finde frem til forslag til hvordan samarbejdsaftalerne kan konciperes anderledes ved anvendelse af teorierne om relationelle kontrakter, således at aftalerne kan fungere mere efficient i forhold til at skabe værdi på markedet for knowhow (Østergaard).øh

Kapitel 2

Hvordan kan samarbejdsaftalen beskrives som en governancestruktur ud fra Williamsons hostagemodel?

I dette kapitel vil Williamsons hostagemodel blive benyttet til at beskrive samarbejdsaftalen som en aftale, hvor der foretages en bilateral specialiseret investering i samarbejdet. Formålet med dette er at finde frem til hvilken betydning denne gensidige investering har for risikoen for opportunistisk adfærd.

Samarbejdsaftalen som governancestruktur

Williamsons hostagemodel (Williamson 1985, s. 163-205) skal bruges til at belyse hvordan samarbejdsaftaler, som defineret kap. 1 s. 7, kan beskrives som en governancestruktur, og ikke mindst finde frem til de særlige problemstillinger der er knyttet hertil.

Udgangspunktet er den umiddelbare konstatering, at samarbejdsaftalen består af lange tidshorisonter, en gensidig udveksling af investeringer med høj aktivspecifitet, en høj aftalefrekvens og en høj usikkerhed, hvilket leder til behovet for en governancestruktur, der på optimal vis kan favne denne definition.

Aktørerne formodes at handle bundent rationelt og opportunistisk, hvilket er den adfærdsforudsætning, der udgør grundlaget for en transaktionsomkostningsteoretisk analyse af samarbejdsaftalerne. Konsekvensen for analyserne kan blandt andet findes i en erkendelse af, at aktørerne formodes at handle rationelt i forbindelse med aftaleindgåelsen, men er begrænset af den information, som de er i besiddelse af på det givne tidspunkt og de kan derfor træffe inefficente beslutninger. Derudover forventes aktørerne at handle opportunistisk, hvilket har den konsekvens, at de til enhver tid vil søge at maksimere egne interesser. Dette omfatter, at aktørerne vil søge at udnytte situationer med asymmetrisk information som både kan opstå ex ante og ex post (Williamson 1985, s. 47 ff.). Det er governancestrukturens fornemmeste opgave at mindske omkostningerne forbundet med disse aktørbaserede problemstillinger (Hendrikse 2003, s. 214), hvilket vil være den centrale problemstilling i de følgende analyser.

Det erkendes, at den ensidige anvendelse af denne model medfører, at ikke alle vinkler på samarbejdsaftalen bliver belyst. Da formålet med nærværende kapitel imidlertid er at analysere samarbejdsaftalen som en governancestruktur, der involverer en gensidig udveksling af specialiserede ydelser, frembyder hostage-modellen det fundament der er påkrævet for at foretage en yderligere analyse i kapitel 5. Dette skal i sidste ende lede til modeller for mere effiente samarbejdsaftaler inden for biotek.

Private Ordering

Konsekvensen af definitionen som udarbejdet i kapitel 1, side 7, i relation til dette kapitel er den høje aktivspecifitet, frekvens og usikkerhed, der dermed er indeholdt i transaktionen. Grundet den begrænsede rationalitet og den opportunistiske kerne, der er adfærdsforudsætningerne for transaktionsomkostningsteorien, leder denne definition til et behov for at implementere strukturer der tager højde for den information der dukker op ex post, ved at skabe et incitament aktørerne imellem, til at løse konflikter ex post og skabe fælles værdi (Williamson 1992). Williamson (1985) benytter begrebet *private ordering* som en forudsætning i forhold til benyttelsen af governancestrukturer baseret på hostages. Det centrale i private ordering er et fokus på, at

governancestrukturerne skal være selvregulerende og ikke have behov for at løse konflikter ved domstolene⁵. I dette ligger en reaktion på den ukomplette natur, som især længerevarende kontrakter besidder, da det er umuligt at forudse alle fremtidige forhold, der kan have indvirkning på aftalerne. Som en følge af denne erkendelse, konciperes i stedet rammeaftaler der sigter imod at kunne blive tilpasset til ex post ændringer i forholdene omkring aftalen, og der lægges vægt på udenretlig tvistløsning, således at aktørerne i højere grad bevarer kontrollen over en eventuel aftalefortolkning, i stedet for at skulle lægge aftalens skæbne i hænderne på domstolene der ikke kan vurdere skjult information og uverificerbar information i det konkrete aftaleforhold. Aftaler der hviler på private ordering sigter dermed imod at inddæmme problemer omkring begrænset rationalitet, ved at erkende den manglende information der ligger til grund for aftalen ex ante, og i stedet skabe mekanismer der gør det muligt at rette aftalen til løbende, og løse mulige konflikter der opstår ex post. Private ordering er således en vigtig mekanisme i forhold til at skabe mere effeciente governancestrukturer, der hvis det gøres med succes, kan muliggøre skabelsen af incitament for aktørerne til at fastholde aftalen, og ikke forfalde til kortsigtet opportunistisk adfærd.

Private ordering får yderligere relevans, når der er tale om aftaler uden en fysisk manifesteret ydelse som det er tilfældet i samarbejdsaftalerne, hvor det ikke er muligt eksakt at beskrive de ydelser aktørerne leverer ex ante. I disse situationer bliver det kun endnu mere nødvendigt at etablere en governancestruktur, der tillader en yderligere løbende tilpasning af aftalen. En sådan løbende tilpasning af aftalen medfører et øget behov for, at der skabes incitament til at aktørerne fastholdes og motiveres til at yde en maksimal indsats for samarbejdet. Dette behov bliver kun større når samarbejdet indeholder specialiserede investeringer, der på den ene side skaber en binding mellem aktørerne, men omvendt også kan give den enkelte aktør incitament til at handle opportunistisk i et forsøg på at tilegne sig den specialiserede viden.

Valget af den specialiserede teknologi

Aftaler der indeholder mekanismer til fastholdelse af aktørerne, og som fungerer uden inddragelse af domstole til afgørelse af tvister som en struktur, baseret på private ordering, bliver som sådan selvregulerende. Det er dette aftalefundament, der danner basis for hostagemodellen, hvor den effeciente kontrakt bestemmes efter hvor specialiseret teknologien er, hvilket igen bestemmes efter størrelsen af *sunk cost*, k , i forhold til størrelsen af de *genanvendelige omkostninger* (redeployable

⁵ Modsætningen til private ordering er legal centralism, der baseres på en formodning for at domstolene er de bedst egnede til at løse retstvister og altid vil gøre det til optimum.

cost), v (Williamson 1985, s. 169-170). Dette illustreres ved følgende ligning (Williamson 1985, s. 171):

$$k < \frac{(1-v_2)^2}{2} - \frac{(1-v_1)^2}{2}$$

Valget af den specialiserede teknologi sker kun hvis nettoudbyttet ved valget af den specialiserede teknologi overstiger det, der kan opnås ved applikeringen af generel fuldt ud genanvendelig teknologi, hvilket indbefatter at ovenstående ulighed skal overholdes. Som det kan ses af ligningen, er de variable elementer, k , v_1 og v_2 . Det er dermed samspillet mellem de genanvendelige omkostninger, henholdsvis ved den specialiserede og den generelle teknologi, samt sunk cost, der er af interesse. Som det kan udledes af ovenstående ligning, afhænger valget af om forholdet mellem v_1 og v_2 er større eller mindre end k ($k > 0$). Konkret betyder det, at hvis v_1 er mindre end v_2 bliver resultatet negativt på højre side af uligheden og vil dermed være mindre end k . Er v_1 og v_2 lige store bliver resultatet på højre side 0, hvilket igen er mindre end k . Kun hvis v_1 er større end v_2 kan resultatet være, at de tilsammen er større end k . Muligheden for at resultatet er større end k vokser, hvis forskellen mellem v_1 og v_2 vokser.

I Williamsons model opstilles der et valg mellem to typer teknologier der bruges til produktion af fysiske produkter. Der er dermed i den basale model tale om et almindeligt sælger-køber forhold, hvor der skal foretages et valg mellem et salg baseret på en almindeligt tilgængelig teknologi, eller om der skal foretages investeringer i en særlig teknologi, der er dyrere men til gengæld under visse omstændigheder kan lede til et højere nettoudbytte. I denne fremstilling er der ikke tale om en teknologi der kan manifesteres fysisk i et produktionsapparat. I stedet er der tale om samarbejdsaftaler, hvor den karakteristiske ydelse af central betydning for governancestrukturen, er den viden der udleveres mellem aktørerne.

Viden som den karakteristiske ydelse

At det er udvekslingen af viden der kan betegnes som den karakteristiske ydelse for aftalen, medfører ikke pr. definition, at der således er tale om en *special purpose* teknologi eller om der kan være tale om en *general purpose* teknologi (Williamson 1985, s. 169). Dette afgøres i stedet af samspillet mellem v , der er den andel af investeringen i samarbejdet, der kan overføres til en anden samarbejdsrelation og k , der er den del af investeringen i samarbejdet der ikke kan overføres til en anden samarbejdsrelation og dermed skal anses som en sunk cost i samarbejdet. Udgangspunktet i

den opstillede definition medfører, at det må antages, at den viden der opstår som en følge af samarbejdet besidder egenskaber, der har en sådan nyhedsværdi for markedet, at den kan kommercialiseres eksempelvis ved en exit eller ved igangsættelse af egen produktion. Dertil kommer, at der som beskrevet i kapitel 1, er tale om forskning med en ekstremt høj risiko for at indsatsen viser sig at være forgæves. En høj grad af specialiseret viden må derfor føre til, at risikoen for svigtende resultater bliver formindsket. På den negative side, må det dog også formodes, at en stigning i specialiseringsniveau betyder, at værdien af investeringen bliver markant større, og der dermed følger en stigning i risikoen for, at der opstår tilpasningsvanskeligheder ved indgåelsen af aftalerne (Pisano 1990). Det er vigtigt at holde for øje, at investeringer ved levering af knowhow, ikke kun er en levering af viden i form af IPR, men også i form af højt specialiseret personale, der dermed bliver en mindst ligeså central del af aftalen. Den viden aktørerne investerer i aftalen kan dermed anses som enten værende en general purpose eller special purpose teknologi. Som det er illustreret ovenfor, er governancestrukturer med special purpose teknologi kun det effiente valg så længe nettoudbyttet af samarbejde med specialiserede investeringer er højest. Med aftaler indeholdende viden som den karakteristiske ydelse in mente, afgøres efficiensen af dette valg af nedenstående.

Viden som en special purpose teknologi

For at bestemme udbyttet af den specialiserede investering, skal dette, som beskrevet, ses i relation til udbyttet ved trivielle, ikke specialiserede investeringer. Investerer aktørerne udelukkende ikke specialiseret knowhow i samarbejdet, hvilket vil sige viden der er almindeligt tilgængeligt i branchen, medfører det at der ikke går viden tabt i samarbejdet og det dermed er muligt at overføre al den investerede knowhow i en anden samarbejdsrelation. Dette betyder, at der er tale om en general purpose teknologi og hele investeringen kan overføres, der er altså tale om v_1 omkostninger og ingen k . Investerer begge aktører i stedet virksomhedens højt specialiserede knowhow i form af højt specialiseret IPR og medarbejdere med en helt unik viden på det givne område, bliver investeringen i samarbejdet høj. Samtidig er den højt specialiserede knowhow ikke mulig at trække tilbage så snart den er overleveret, og besidder dermed ikke den samme høje værdi for den pågældende aktør. Med andre ord medfører dette samarbejde en ekstremt høj k og en lav v_2 , da investeringen er sunken, og ikke kan overføres til andre samarbejder med den samme værdi.

Valget mellem de to modeller afhænger herefter af hvilken af de to der giver det højeste nettoudbytte, der, som beskrevet ovenfor, bestemmes efter størrelsen af k kombineret med forholdet

mellem v_1 og v_2 . Afgørende for valget af aftalemodel bliver så, hvor stor v_1 må forventes at blive i tilfælde af, at der vælges en aftalemodel, hvor den generelle teknologi udveksles. Når k må formodes at blive stor, vælges den generelle teknologi dermed når v_1 relativt set er lidt større end v_2 og den specialiserede teknologi vælges derimod når forskellen mellem v_1 og v_2 relativt set er stor. Som gennemgået ovenfor, er formodningen, at der stort set ikke er nogen v_2 ved valget af den specialiserede teknologi og v_1 derimod er stor ved valget af den generelle teknologi, da arbejdsindsatsen der skal lægges stadig er stor. Nettoudbyttet ved valget af den specialiserede teknologi må derfor formodes at være større.

I samarbejdsaftaler med den definition og de karakteristiske ydelser som gennemgået ovenfor vil der være en klar formodning om, at der skal vælges en governancestruktur baseret på private ordering og med et højt niveau af specialiserede investeringer.

Opportunistisk adfærd i forbindelse med specialiserede investeringer

Ved valget af den specialiserede teknologi åbnes der ikke kun for et større nettoudbytte af investeringen, men også for en øget risiko for at blive udsat for opportunistisk adfærd fra modparten. Denne risiko kan antage flere forskellige former, enten som en konsekvens af uverificerbar eller asymmetrisk information ex ante, eller som en konsekvens af den binding der opstår mellem aktørerne ex post, grundet de sunkne investeringer, k . Følgen af disse situationer kan for det første være, at den udnyttende aktør forsøger at ekspropriere den anden aktørs specialiserede viden og derved deprecierer værdien af den anden aktørs specialiserede aktiver, eksproprieringsrisikoen. Den anden mulighed er, at den opportunistiske aktør søger at udnytte aktørernes binding ex post til at genforhandle aftalen og derved ekspropriere rents⁶ fra den anden aktør, hvilket kaldes risikoen for ex post haggling eller hold-up (henvisning?).

For begge situationer gælder, at ansproingen til opportunistisk adfærd opstår på grund af de store problemer, forbundet med værdiansættelsen af de specialiserede aktiver ex ante. Den specialiserede viden, der skydes ind i samarbejdet kan derved være svært definerbar og kan vise sig ikke at indeholde de muligheder, der først var udsigt til. Derudover kan problemerne med at fastsætte den reelle værdi af samarbejdet, føre til at aktørerne ser større muligheder uden for samarbejdet og

⁶ Rents er den værdi der opstår i forbindelse med specialiserede investeringer. Rents er dermed den værdi samarbejdet skaber, som forsvinder i samme øjeblik samarbejdet går i stykker. Rent-seeking behavior er således den ene aktørs opportunistiske adfærd, hvor denne søger at tage en større andel af rents. (Hendrikse, s. 209)

derfor vælger at forsøge at slippe ud. Det er denne store risiko for, at situationen ex post vil være markant anderledes end hvad der er tilfældet ex ante, der giver anledning til opportunistisk adfærd, og omvendt tvinger aktørerne til at sikre sig, at de ikke bliver udnyttet af den anden aktør (Williamson 1985, s. 177-178).

Ekspropriation

Eksproprieringsrisikoen opstår når værdien af aktørernes investeringer er svært opgørlige ex ante og viser sig ikke at have den forventede værdi ex post, både grundet adfærd der bunder i god og ond tro. Denne situation kan betyde, at aktøren, med den overvurderede ex ante investering, handler opportunistisk og eksproprierer det mere værdifulde aktiv for selv at udvikle ny kommercialiserbar viden uden for samarbejdsrelationen. Den opportunistiske aktør gør dermed hvad Williamson betegner som "taking possession of the hostage" (Williamson 1985, s. 177), idet aktøren tager det specialiserede aktiv den anden aktør investerede i samarbejdet, og udnytter det til egen vinding. Netop samarbejdsaftalerne må derfor formodes at være særligt udsat for eksproprieringsrisikoen, da de specialiserede aktiver i disse aftaler som beskrevet er særdeles svære at værdiansætte ex ante.

Omvendt, kan netop bevidstheden om den risiko der er forbundet med en ex post ændring i balancen mellem de specialiserede aktiver have den konsekvens, at den risikoaverse aktør ser en risiko for, at dennes specialiserede aktiv bliver eksproprieret. Aktøren vil reagere på dette ved at forlange en mulighed for genforhandling af aftalen, således at denne kan blive kompenseret for de ændrede forudsætninger for transaktionen. For at imødekomme denne risiko, vil aktørerne derfor koncipere en genforhandlingsmekanisme ind i aftalen ex ante. Som det andet eksempel på opportunistisk adfærd viser nedenfor, er denne mekanisme dog også forbundet med en risiko.

Hold-up

Den anden situation der kan lede til ex post opportunistisk adfærd, opstår som en følge af den binding der sker mellem aktørerne, når der foretages investeringer i specialiserede aktiver og der opstår rents. Bindingen kan blive udnyttet af den opportunistiske aktør til at søge en ændring af aftalen med egen vinding for øje, velvidende, at aktøren der udnyttes, ikke har mulighed for at trække sig ud af aftalen uden at lide et stort tab.

I modsætning til eksproprieringsrisikoen, der opstår grundet den ene aktørs frygt for en overtagelse af dennes specialiserede aktiver, opstår ex post haggling eller hold-up, som en reaktion på

aktørernes frygt for, at deres indbyrdes afhængighed udnyttes til at skabe bedre vilkår for den ene aktør i aftaleforholdet, på bekostning af den anden aktør. Risikoen opstår, når aktørerne har bundet sig til hinanden gennem specialiserede investeringer, og derved står til at tabe en stor del af investeringen, hvis samarbejdet bliver bragt til ophør. Denne binding kan udnyttes af den opportunistiske aktør til at søge en ændring af aftalen med egen vinding for øje.

Williamson (1985, s. 178) angiver, at løsningen på denne problemstilling består i at indføre strukturer, der tillader tredjemands involvering som konfliktløser, eller indførslen af en gensidig eksponering af aktørernes specialiserede aktiver. Som det er beskrevet ovenfor s.13 er der dog for samarbejdsaftalernes vedkommende den udfordring i forhold til denne problemløsning, at værdien af de specialiserede aktiver ikke kan bestemmes med sikkerhed *ex ante* og kan vise sig *ex post* at være langt lavere end oprindeligt forudsat. Den gensidige gidseltagning, der dermed kunne være en løsning på hold-up problemet, kan derfor i stedet vise sig som en katalysator grundet usikkerhed i værdiansættelsen, idet bindingen kan blive stærkere *ex post* og den svagere aktør bliver overladt til en opportunistisk aktørs nåde. Mere om denne problemstilling nedenfor.

Da hold-up netop opstår ved, at den ene aktør udnytter bindingen mellem aktørerne til at kræve en ændring af vilkårene *ex post*, er det nærliggende, at aktørerne søger at mindske adgangen til at kræve ændringer i aftalen senere i forløbet. Er der ikke mulighed for på et senere tidspunkt at ændre på aftalen, vil det givetvis eliminere muligheden for, at den opportunistiske aktør misbruger adgangen til at tilegne sig en større andel af værdien af samarbejdet.

Ekspropriationsrisikoen og risikoen for hold-up leder dermed til løsningsmodeller, der peger hver sin vej. Den ene peger på en *ex ante* skabelse af en genforhandlingsmekanisme for at korrigere for problemer med screening, mens den anden peger på en begrænset adgang til genforhandling, da denne mekanisme kan udnyttes. Nedenfor præsenteres den bilaterale hostagemodel, som rammen for en governancestruktur, der kan bidrage til at ensrette aktørernes incitament i samarbejdet.

Den bilaterale hostagemodel

Essensen i Williamsons bilaterale hostagemodel (Williamson 1985, s. 190-197) er, at skabelsen af en gensidig afhængighedsrelation, ved at begge aktører investerer symmetriske specialiserede aktiver i samarbejdet, leder til en ensretning af aktørernes nettoudbytte og skabelsen af et incitament til at samarbejde om realiseringen af målet for samarbejdet, nemlig at udvikle ny kommercialiserbar viden. Som det kraftigt antydes i navnet på modellen, er metaforen på denne struktur, at parterne

tager gidsler hos hinanden og derved får et kraftigt incitament til at hjælpe hinanden til at realisere det fælles mål.

Gidslerne der udveksles bliver dermed de specialiserede investeringer i form af aktørens knowhow, der overleveres til den anden aktør, hvorefter de hver især får incitament til at samarbejde af frygt for at miste den værdifulde investering. Det er klart, at denne metafor er ekstremt negativt ladet, hvilket er naturligt ud fra det miljø metaforen er taget fra. Så sort/hvidt behøver dette scenario dog ikke være i den nærværende kontekst. Gidseludvekslingen skal derefter udelukkende ses som en ensretning af parternes incitamenter, hvorefter parterne kan vælge at samarbejde konstruktivt og åbent om den videre udvikling af ny kommercialiserbar viden⁷. Nøglen til at nedbringe risikoen for opportunistisk adfærd er dermed at lade aktørerne foretage en symmetrisk investering i specialiserede aktiver, i form af udleveringen af knowhow. Med denne gensidighed, bliver det ikke attraktivt for den ene af aktørerne at trække sig ud af samarbejdet på tidspunkter, hvor den anden vil fortsætte samarbejdet.

Forskellen på situationen, hvor det kun er den ene aktør der foretager en specialiseret investering, med en medfølgende forskel i nettoudbytte, og situationen med en symmetrisk specialiseret investering, hvor der sker en ensretning af aktørernes nettoudbytter, fremstilles i de to nedenstående matrixer (Williamson 1985, s. 196-197).

Den første matrix viser hvordan aktørernes nettoudbytter fordeler sig, når det kun er den ene aktør, køberen, der foretager en specialiseret investering. I dette tilfælde bliver aktørernes nettoudbytte forskelligt, da $b_B = p - p^{\wedge}$ og $b_S = p^{\wedge} - v_2$, $p^{\wedge} = 2$ og $v_2 = 1$, hvilket betyder, at køberen kun vil acceptere transaktionen ved $p = 4$, der er den højeste efterspørgsel, hvorimod sælgeren vil levere ved enhver efterspørgsel.

	Accept b_B, b_S	Refuse b_B, b_S
$P = 4$	2,1	0,0
$P = 2 - \varepsilon$	$-\varepsilon, 1$	0,0
$P = 0$	-2,1	0,0

Hvis begge aktører i stedet foretager specialiserede investeringer, vil nettoudbyttet blive fælles for aktørerne, hvorefter der ikke vil opstå situationer, hvor det er i den ene aktørs interesse at annullere

⁷ Mere om skabelsen af en positiv samarbejdsrelation med fokus på fælles værdiskabelse i kapitel 5.

aftalen og den anden aktør vil bibeholde aftalen. Det fælles nettoudbytte er angivet som $b_R = p - v_2$, $v_2 = 1$. På denne måde har begge aktører interesse i at bibeholde aftalen, så længe der er efterspørgsel. En aftalemodel, der skaber fælles incitament på denne måde, vil dermed gøre, at aktørerne forsøger at finde fælles løsninger på problemstillinger opstået ex post, i stedet for at forfalde til opportunistisk adfærd og forsøge at tilegne sig rents. En governancestruktur som denne kan dermed efterligne den fulde integration (Williamson 1985, s. 78) og være den mest efficiente løsning på transaktioner, der involverer specialiseret teknologi.

	Accept b_R	Refuse B_R
$P = 4$	3	0,0
$P = 2 - \varepsilon$	$1 - \varepsilon$	0,0
$P = 0$	-1	0,0

Samarbejdsaftaler der har en gensidig udveksling af højt specialiseret viden, som den karakteristiske ydelse, kan dermed med stor nytte betragtes som en governancestruktur ved brug af Williamsons bilaterale hostagemodel. Idet hostagemodellen viser hvordan den gensidige specialiserede investering fungerer som en incitamentskaber for parternes samarbejdsvilje, og dermed bidrager til at skabe en efficient transaktion, der som nævnt efterligner den fulde integration. En fuldt integreret hierarkisk governancestruktur er blandt andet karakteriseret ved, at den ene aktør har de fulde residuelle kontraktrettigheder over aktiverne. I dette tilfælde betyder dette, at aktørerne etablerer en fælles rådighed over de samlede specialiserede investeringer og tager fælles beslutninger om investeringer i forhold til uforudsete begivenheder.

Da samarbejdsaftaler netop er karakteriseret ved at være længerevarende aftaler i et miljø forbundet med stor usikkerhed, åbnes der netop for, at der kan ske store ændringer i forholdet mellem aktørerne, der skal ændres ex post, hvorfor et gensidigt incitament til at holde sig inden for aftalens rammer, bliver af stor betydning. Da parterne arbejder sammen for at maksimere nettoudbyttet, er der ikke længere en risiko for opportunistisk adfærd, så længe der eksisterer en symmetrisk investeringsrelation.

Ensretning af incitament ved symmetriske investeringer

I kraft af, at der foretages symmetriske investeringer i transaktionen i form af en udveksling af knowhow, binder aktørerne sig til hinanden. Det er dermed givet, at aktørernes investeringer besidder den samme værdi. Ovenfor er der redegjort for hvordan investeringer i knowhow ikke er

mulig at overføre til andre samarbejdsrelationer når bindingen er foretaget, og den specialiserede viden er videregivet (s. 14). Dette skyldes for det første, at knowhow som en konkurrenceparameter afhænger af, hvor mange (eller nærmere få) der er i besiddelse af den pågældende viden. Spredning af den pågældende viden sænker værdien. For det andet, at samarbejde med netop den pågældende aktør medfører særlige synergier, der ikke kan genskabes andre steder. Dermed indeholder transaktionen en meget lille v og en stor k der skaber rents, hvis størrelse afhænger af nyhedsværdien i den fælles udviklede kommercialiserbare viden. Merværdien der skabes for aktørerne i forbindelse med den gensidige investering udspringer af en investering der besidder den samme værdi, hvorfor aktørernes nettoudbytte bliver det samme, og de derfor også har samme incitament til at fastholde henholdsvis annullere aftalen, efter størrelsen af den opståede efterspørgsel efter den udviklede viden.

I kraft af, at aktørerne foretager en symmetrisk specialiseret investering og de derefter bliver bundet til hinanden ved den gensidige eksponering af aktørernes knowhow, sker der en parallelisering af aktørernes incitament i forhold til at komme frem til det fælles mål i form af skabelsen af ny kommercialiserbar viden. Tilskyndelsen til at agere opportunistisk bliver således også elimineret, da det vil være efficient at samarbejde om at skabe et højere fælles nettoudbytte. Risikoen for ekspropriering og hold-up som er beskrevet ovenfor bliver på denne måde elimineret, fordi aktørerne har lige meget at miste ved at handle opportunistisk, idet den investerede knowhow besidder den samme værdi for begge parter. Handler den ene part dermed opportunistisk og udsætter samarbejdet for hold-up ved at tilegne sig en større andel af de opståede rents, risikerer den pågældende aktør samtidig at miste sin egen specialiserede investering. Så længe denne governancestruktur bevarer sin bilaterale investeringssymmetri, er der således ikke risiko for opportunistisk adfærd, hvorfor aktørerne kan samarbejde fuldt ud om at skabe ny kommercialiserbar viden, og maksimere nettoudbyttet ved at være åbne for løbende at justere aftalen for efterfølgende ændringer.

Ex post investeringsasymmetri

Situationen der nu bringes i centrum er derfor, hvad der sker hvis denne investeringssymmetri ikke kan opretholdes. For at holde sig til metaforen, hvis det nu viser sig, at den ene aktørs gidsel slet ikke betyder lige så meget for den pågældende aktør, som det andet gidsel gør for den anden aktør. Som det er påpeget flere gange, er det en forudsætning for den bilaterale model, at der er symmetri i aktørernes specialiserede investeringer. Forholdet mellem værdien af den knowhow der skydes ind i

samarbejdet fra de to aktører, skal dermed være intakt gennem hele aftaleforholdet for at bevare de stærke incitamentter til at forblive i aftalen aktørerne imellem. Forbliver aktørerne bundet til hinanden ved hjælp af den gensidige udveksling af knowhow med samme værdi, vil risikoen forbundet med at handle opportunistisk være for stor og aktørerne vil være motiveret til at yde det maksimale for at der kommer optimalt udbytte af samarbejdet. Sker der imidlertid det, at den ene aktørs investering viser sig at besidde en lavere værdi end først antaget, enten grundet en fejltagtig screening ex ante, eller ved, at der viser sig tilpasningsvanskeligheder mellem aktørernes knowhow ex post, kan der igen opstå de risici, netop denne aftalemodel skulle løse i form af eksproprieringsrisiko og hold-up.

Modellen bygger på en ex ante investering i specialiseret teknologi, hvor aktørerne bestiller produktet i tidspunkt 0 og accepterer handelen i tidspunkt 1 (Williamson 1985, s. 196). I denne model er der for det første ikke taget højde for, at den specialiserede investering kan foretages løbende ex post og desuden ikke bare er en investering til understøttelse af produktionen, men er selve den teknologi der skaber produktet. For det andet, at de specialiserede investeringer skal bevare deres relative værdi i forhold til hinanden for at kunne resultere i det samme nettoudbytte for aktørerne. De risici der opstår som en følge af forkert vurdering, eller udsving i investeringernes værdi, berører Williamson selv med henvisning til de unilaterale investeringer (Williamson 1985, s. 176-179), og peger bl.a. på den gensidige investering som en løsningsmodel.

Som beskrevet, er det imidlertid ikke sikkert, at den bilaterale hostagemodel leverer det ønskede værn mod opportunistisk adfærd. Denne problemstilling kan især blive aktuell når det handler om netop bioteknologi, da værdiansættelsen af den specialiserede investering i særlig grad er forbundet med store vanskeligheder. Netop de årsager til at vælge den bilaterale model som governancestruktur, der omfatter en erkendelse af aktørernes bunde rationalitet grundet manglende information og den store teknologiske usikkerhed forbundet med denne branche, er også årsagen til at modellen kan være mangelfuld. Således må det formodes at værdiansættelsen af de specialiserede investeringer i form af knowhow er forbundet med meget stor usikkerhed ex ante og i givet fald må antages at have den samme værdi. Det er grundet denne store usikkerhed, at muligheden for at værdien af aktørernes investeringer viser sig at ændre sig ex post opstår. Denne ændring i værdi er for så vidt uproblematisk, så længe det relative forhold mellem værdien af investeringer forbliver intakt, men i samme øjeblik der indtræder en ex post investeringsasymmetri, risikerer parterne igen opportunistisk adfærd. Situationen får den konsekvens, at parterne ikke længere har ens

incitament og der opstår en asymmetri. I samarbejdsrelationen kan denne efterfølgende investeringsasymmetri skyldes konkurrenters udvikling af ny viden, der kan påvirke værdien af den ene aktørs investering, eller det kan være forskningsresultater i forbindelse med den prækliniske fase, der peger på at der skal satses på et sygdomsområde, der gør den ene aktørs knowhow mere relevant end den andens.

Korrigeres en ulighed i den investerede knowhow med en øget fordeling af økonomiske rettigheder som kompensation til aktøren med den større andel af specialiserede investeringer, vil det ligeledes føre til en risiko for opportunistisk adfærd. I en sådan situation vil aktøren med den mindre specialiserede investering, for det første have mulighed for at ekspropriere den anden aktørs knowhow og vælge ikke at overholde aftalen, og for det andet vil bindingen mellem aktørerne kunne lede til en hold-up risiko, idet aktøren med den mindre specialiserede investering vil kunne benytte bindingen mellem aktørerne ex post, til at gennemtrumfe en ændring i aftalen og dermed kræve de ekstra økonomiske rettigheder tilbage.

Aktørerne, der indgår i de behandlede samarbejdsaftaler, kan være enheder af forskellig størrelse og risikoprofil, som beskrevet i kap. 1, s. 7. Således involverer samarbejdsaftalerne aktører, der opererer med varierende forretningsmæssig risiko. Aktørerne med den største risiko er de små biotekvirksomheder, der ikke har mulighed for at sprede risikoen på flere områder af viden, idet den knowhow de besidder ofte er deres eneste aktiv og dermed eksistensberettigelse. En mislykket udvikling af kommercialiserbar viden, enten grundet svigtende resultater eller at den pågældende knowhow bliver spredt til konkurrenterne, vil dermed medføre aktørens undergang. Da den store risiko forbundet med den bilaterale aftalemodel som beskrevet er et skred i symmetrien i de specialiserede investeringer, må det formodes at netop dette har en ekstremt stor bevågenhed for den risikoaverse aktør, der er opmærksom på denne risiko. I disse tilfælde kan en forventning om ex post investeringssymmetri, derfor føre til en tilbageholdenhed i de specialiserede investeringer i samarbejdet. Som det er beskrevet ovenfor s. 19, er det afgørende for en maksimering af nettoudbyttet, at begge parter vælger at investere hele sin teknologi. Vælger den ene aktør at tilbageholde en del af sin knowhow grundet forventet ex post investeringssymmetri, bliver udbyttet af samarbejdet mindre og den bilaterale models efficiens mindsket.

For at bibeholde efficiensen i den bilaterale hostagemodel, er det dermed nødvendigt at sikre aktørernes incitament til at arbejde for en fælles maksimering af nettoudbyttet på trods af ikke bare

en opståen ex post investeringsasymmetri, men også den risikoaverse aktørs forventede ex post investeringsasymmetri.

Delkonklusion

Problemet der skulle besvares i dette kapitel lød således: **Hvordan kan samarbejdsaftalen analyseres som en governancestruktur ud fra Williamsons hostagemodel?**

Gennemgangen i dette kapitel har vist, at Williamsons hostagemodel er et fremragende redskab til at beskrive, samarbejdsaftalen som en governancestruktur. Dette skyldes det særlige karakteristika der ligger i samarbejdsaftalen, hvorefter der sker en gensidig udveksling højt specialiseret viden. Således blev det påvist, hvordan de specialiserede investeringer giver et højere nettoudbytte men samtidig høje sunkne omkostninger i forbindelse med indgåelsen af aftalen. Disse sunkne omkostninger og det højere nettoudbytte ved at foretage specialiserede investeringer, betyder at der bliver skabt en binding mellem aktørerne, der kan udnyttes af den opportunistiske aktør, til at ekspropriere den anden parts viden, eller skabe hold-up og således forhandle sig til en større andel af værdien af samarbejdet.

Denne problemstilling bliver besvaret ved hjælp af Williamsons bilaterale hostagemodel, der viser hvordan risikoen for opportunistisk adfærd kan elimineres ved hjælp af symmetriske specialiserede investeringer. Den symmetriske investering medfører at aktørerne får incitament til at samarbejde om at maksimere nettoudbyttet i fællesskab, da de begge har lige meget at tabe i tilfælde af den ene aktør handler opportunistisk. Ex ante bliver der på denne måde vist, hvordan Williamsons hostagemodel, kan gøre samarbejdsaftalen selvregulerende og efterligne den fulde integration, for derved at være den optimale governancestruktur.

Den efficiente governancestruktur kan dog kun opretholdes så længe der er symmetri i værdien af aktørernes investeringer, hvilket der i dette tilfælde med stor usikkerhed omkring værdiansættelsen og holdbarheden af værdien af investeringen, er stor risiko for ikke kan holde. Den risikoaverse aktør vil derfor forvente denne asymmetri og reagere ved at tilbageholde en del af sin værdifulde knowhow med den konsekvens, at governancestrukturen ikke længere efterligner situationen med fuld integration. Denne situation har fået benævnelsen ex post investeringsasymmetri. Hvordan denne problemstilling kan imødekommes og igen skabe en efficient governancestruktur, behandles i kapitel 5.

Kapitel 3

Hvad er gældende ret mellem parterne i forbindelse med krav om genforhandling som en konsekvens af efterfølgende ændringer i grundlaget for aftalen?

Med baggrund i den konstatering i kapitel 2, at transaktioner med en gensidig udveksling af specialiserede investeringer, i særlig grad indeholder en problemstilling i forhold til ex post investeringsasymmetri, vil dette kapitel herefter beskæftige sig med konsekvenserne af efterfølgende ændringer i det grundlag aftalen er baseret på. Dermed foretages en analyse af de konsekvenser ex post investeringsasymmetri kan afføde. Dette gøres ved at se på de muligheder parterne har for at kræve en genforhandling af aftalen, hvad enten det følger af klausuler i aftalen eller er hjemlet i almindelige retsprincipper. Især vil spørgsmål omkring misligholdelse og erstatning blive behandlet i lyset af informationsydelsens særlige natur, idet dette omfatter immaterielle aktiver som knowhow og forskningsresultater, hvis værdi ikke uden videre kan opgøres eller tages tilbage.

Viden som den karakteristiske ydelse

I kapitel 1 præsenteredes definitionen på samarbejdsaftalen, som **et aftaleforhold, hvor der sker en gensidig udveksling af baggrundsviden over en længere årrække, med det formål at frembringe ny kommercialiserbar viden**. I denne definition er begrebet viden det helt centrale omdrejningspunkt. Aftalen er i udgangspunktet en udveksling af baggrundsviden og formålet med aftalen er at skabe ny viden. For at kunne foretage en retsdogmatisk analyse af parternes adgang til genforhandling, er det således først nødvendigt at fastlægge rammerne for anvendelsen af dette begreb.

Baggrundsviden i denne henseende omfatter den viden parterne skyder ind i samarbejdet, hvilket skal forstås i en bred forstand som al beskyttet viden parterne bidrager med. I betegnelsen ”beskyttet” ligger et krav om, at den pågældende viden skal have en sådan specialiseret karakter, at det enten er en registreret rettighed i form af patenter eller varemærker, eller kan opnå beskyttelse som en erhvervshemmelighed iht. markedsføringslovens § 19 (Palle Bo Madsen, s. 374). Af særlig vigtighed i denne henseende er betegnelsen knowhow, der af Mads Bryde Andersen (2004, s. 420) betegnes som en samlebetegnelse for den information en virksomhed råder over inden for sit

forretningsområde, hvad enten den er dækket af en immaterielrettighed eller blot udtrykker en almindelig færdighed. Som baggrundsviden i samarbejdsaftalen, kan knowhow udover patentrettighederne omfatte den særlige specialiserede viden, den pågældende virksomhed er i besiddelse af i forhold til anvendelsen af teknologier i patentporteføljen eller med hensyn til anvendelsen af metoder til lægemiddeludvikling. Fælles for disse eksempler på knowhow er den egenskab, at de på trods af deres egenskab af at være den karakteristiske ydelse i aftaleforholdet (Bryde Andersen og Lookofsky, s. 39), er af en sådan særlig karakter, at de ikke manifesteres fysisk, men på trods af dette kan repræsentere en enormt stor værdi for virksomheden⁸. Denne type ydelse betegnes af Kim Frost som en særlig type realydelse, benævnt informationsydelse (Frost, s. 24-25).

I relation til den gensidige udveksling af baggrundsviden som en realydelse i aftaleforholdet, vil benævnelsen informationsydelse herefter blive benyttet. Når information benyttes som en realydelse i samarbejdsaftalen, er det især vigtigt at bemærke, at der er tale om fleksibel information. Det betyder, at informationen ikke er manifesteret i en fysisk genstand, men at selve informationen er det bærende i transaktionen mellem parterne (Frost, s. 34). Der er dermed tale om et u håndgribeligt, men som det er fastslået ovenfor, selvstændigt formuegode, der besidder en værdi, om end det ikke altid er muligt at fastsætte informationsydelsens værdi på forhånd (Frost, 59-64).

Hvad angår karakteren af den udvekslede information, er det især vigtigt at skelne mellem den objektive og den subjektive vurdering af informationsydelsen (Frost, s. 48-49). I denne sondring ligger en forståelse for, at der i vurderingen af en informationsydelse kan være en objektiv konstatering af det konkrete indhold af den leverede ydelse, eksempelvis indholdet af en leveret patentrettighed. I modsætning til dette står den subjektive vurdering af informationsydelsen, der kan gå på en mere abstrakt vurdering af den leverede informationsydelse, eksempelvis i forhold til vurderingen af den leverede knowhow i forbindelse med samarbejdet (Frost, s. 185-186).

Informationsydelsen og de tre karakteristika ved samarbejdsaftalen

Informationsydelsen som den karakteristiske ydelse i samarbejdsforholdet er dermed forbundet med en række særpræg, der frembyder en særlig agtpågivenhed i forhold til vurdering af konsekvenserne af efterfølgende ændringer i grundlaget for aftaleforholdet, der endog i mange tilfælde vil finde sin

⁸ Som det er beskrevet i kapitel 2 kan værdien af den leverede knowhow, i nogle tilfælde være den samlede værdi af den lille biotekvirksomhed.

årsag i informationsydelsens uhåndgribelige natur. Anvendelsen af informationsydelsen i samarbejdsaftalen afføder yderligere særlige udfordringer på grund af de tre særlige karakteristika, der kan udledes af den ovenfor nævnte definition. De tre karakteristika er følgende:

1. *Der er tale om et længerevarende aftaleforhold*
2. *Der sker en gensidig udveksling af realydelser*
3. *Opfyldelse sker ved en svært verificerbar præstationshandling*

Det første karakteristika som kan udledes af definitionen af en samarbejdsaftale er, at der er tale om længerevarende kontrakter. Som det er beskrevet i kapitel 1 ovenfor s. 5, er udviklingen af ny kommercialiserbar viden en langstrakt affære. Dertil kommer, at de patentrettigheder der ofte ligger til grund for samarbejdet, eller opstår i fællesskab på grund af samarbejdet, har en levetid på minimum 20 år⁹. Derudover kan der være forhandlet hemmeligholdelsesklausuler ind i aftalen, med en endnu længere levetid. Længden på aftaleforholdet betyder, at der ved aftalens indgåelse er store problemer med at definere indholdet og værdien af informationsydelsen. Dertil kommer, at det i et aftaleforhold og en omverden præget af stor teknologisk usikkerhed, som det er tilfældet for samarbejdsaftalen, er yderst problemfyldt at fordele risikoen mellem parterne på tidspunktet for aftalens indgåelse (Bryde Andersen 2004, s. 463-466).

Denne gensidige overlevering af realydelser i form af informationsydelser skaber en helt særlig type af aftale, der som sådan er ulovreguleret (Frost, s. 17). Det er dermed udelukkende generelle formueretlige lovregler¹⁰ og retsprincipper, der finder sin anvendelse på specifikke omstændigheder i forhold til anvendelsen af aftalerne.

Til sidst omhandler det tredje karakteristika den usikkerhed, der er omkring definitionen af hvornår der er leveret rigtig ydelse, da informationsydelsen er en præstationsydelse og det ikke kan formuleres eksakt, ved aftalens indgåelse, hvilke informationer der skal præsteres. Leveringen af en præstationsydelse, vil naturligt være forbundet med en relativt abstrakt formulering af hvad der er rigtig ydelse i aftaleforholdet. Denne sondring vil først og fremmest være forbundet med stor betydning i forhold til at komme frem til hvornår der er præsteret korrekt ydelse. Analysen af om der foreligger misligholdelse af en indsatsforpligtelse skal foretages ud fra en culpavurdering,

⁹ For patenter i lægemiddelindustrien, kan levetiden være helt op til 25 år, jf. Kommissionens forordning 1768/92 om skabelsen af et supplerende beskyttelsescertifikat for lægemidler.

¹⁰ Eksempelvis de retsgrundsætninger der er indlejret i aftaleloven og købeloven.

eksempelvis ud fra et professionsansvar i forbindelse med en "best effort" forpligtelse (Bryde Andersen og Lookofsky 2003, s.46).

Informationsydelsen i et usikkert teknologisk landskab

Det helt unikke særpræg ved forskning inden for bioteknologi er det faktum, at parterne ikke har en reel viden om hvad udfaldet af samarbejdet vil være, før langt inde i forløbet, herunder også, at der med meget stor sandsynlighed ikke vil være resultater der leder til markedsføringen af et produkt overhovedet. Med andre ord, er det et ekstremt usikkert teknologisk landskab, samarbejdsaftalerne konciperes i, hvilket medfører store udfordringer i forhold til at skabe aftaler der kan rumme de mange usikkerhedsmomenter, der vil være en del af aftaleforholdet.

Et eksempel på hvordan den teknologiske usikkerhed kan have en stor effekt på den leverede knowhow i samarbejdet kan være en situation, hvor de indledende prækliniske tests af stof viser indikationer på, at det pågældende stof har en større effekt på et nært beslægtet område frem for det område, stoffet oprindeligt var tiltænkt, eksempelvis en anden cancerform. Dette kan føre til, at den ene part kan se værdien af den knowhow, der er bragt ind i samarbejdet falde, idet den knowhow omhandler den oprindelige cancerform. En sådan situation kan lede til, at den part der har en leveret baggrundsviden af en større værdi, end hvad parterne oprindeligt havde forhandlet sig frem til, vil ønske en genforhandling af aftalen på baggrund af de nye forhold.

Generelt om genforhandling af samarbejdsaftalen

Det teknologiske landskab skaber et naturligt behov for adgang til at justere aftalen i lyset af begivenheder, der måtte opstå i løbet af aftaleperioden (Lyng Andersen og Madsen, s. 428), så aftalen altid afspejler fordelingen af risiko og nettoudbytte mellem parterne. Omvendt, taler den store værdi af informationsydelserne for at styre udleveringen og brugen af informationerne så meget som muligt. Tilskyndelsen til at lave længerevarende, men ufleksible aftaler for at styre samarbejdspartneren kan dermed være stor. På denne måde vil den pågældende part kunne sikre sig imod, at aftaleparten erhverver den værdifulde viden og dernæst udnytter dette forhold til at kræve ændringer eller trækker sig helt ud af aftalen. De to modsatrettede hensyn går dermed potentielt imod hinanden i løbet af indgåelsen af samarbejdsaftalerne og i løbet af aftaleperioden, hvor de forudsætninger der lå til grund for aftalen, kan forskyde sig væsentligt til stor ulempe for aftaleparterne.

Det skal i denne anledning erindres, at i det omfang begge parter i forening ser behovet for en ændring af aftalen, kan aftalen reguleres med baggrund i senere indtrufne begivenheder, og dermed kan der blive skabt en ny og bedre aftale. En genforhandling ved fælles overenskomst mellem de oprindelige aftaleparter, båret af frivillighed og en interesse i at optimere aftalegrundlaget som følge af efterfølgende indtrufne begivenheder, er i sin natur ikke af videre interesse for denne problemstilling.

Ofte er problemstillingen dog, at det kun er den ene af parterne der ønsker en genforhandling af aftalen, da en ændring af forudsætningerne for aftalen ofte kun er til skade for den ene part. I disse situationer vil et sådant krav enten skulle finde hjemmel i parternes aftale, eller som en følge af den baggrundsretlige regulering. Dertil kommer, at et krav om genforhandling, hvis det skal have reel virkning, må have tilknyttet en retsfølge i tilfælde af, at den anden part modsætter sig genforhandlingen, i form af en opsigelsesadgang og eksempelvis adgang til krav om konventionalbod. Disse problemstillinger vil blive behandlet nedenfor.

Adgang til et ensidigt genforhandlingskrav

En aftale der indeholder en adgang for parterne til ensidigt at kræve genforhandling må antages at være indgået i anerkendelse af den store usikkerhed, der er forbundet med indgåelsen af samarbejdsaftalen. Usikkerheden ligger i, at de forudsætninger der lå til grund for aftalen kan skifte i løbet af aftaleperioden, og gør fuldbyrdelsen af aftalen mere byrdefuld for den ene af aftaleparterne. Umiddelbart kan det således konstateres, at det kun er den ene part der har en interesse i at genforhandle, hvorfor den anden part vil modsætte sig et sådan ønske i håbet om at kunne bevare status quo. En ensidig ret til at kræve genforhandling skal dermed være forbundet med en retsfølge i det tilfælde, at parterne ikke kan blive enige om en ny aftale eller en supplerings til den allerede eksisterende (Bryde Andersen 2003, s. 371). Genforhandlingsklausulen skal derfor være kædet sammen med mekanismer der modvirker en stilstand i forhandlingerne, der potentielt kan holde aftaleparterne i en art undtagelsestilstand over en længere periode. Dette gøres ved enten at sikre, at parterne kan nå frem til et forhandlingsresultat, eksempelvis ved inddragelse af en uvildig tredjepart, og dermed fortsætte samarbejdet, eller med en opsigelsesadgang, der giver parterne mulighed for at skilles med et passende varsel. En formuleret adgang til at opsiges aftalen, som en konsekvens af en mislykket genforhandling, åbner dog for en ny problemstilling i forhold til et misbrug af retten til genforhandling udelukkende med det formål at opsiges samarbejdet eller sikre en større andel af de økonomiske rettigheder. Se om misbrug af rettigheder nedenfor s.37.

Ved en fri adgang til at genforhandle en samarbejdsaftale over den lange tidshorizont, der som regel er tale om, kan det svække de incitamentet parterne måtte have til at yde det maksimale i aftaleforholdet, grundet den manglende sikkerhed for at aftalen vil blive opfyldt i forhold til de incitamentet der eksisterede ved aftalens indgåelse og den dertil hørende risiko der blev indkalkuleret på daværende tidspunkt (Bryde Andersen 2003, s. 370). Prisen, om man så må sige, for en ensidig genforhandlingsklausul, kan dermed være at parterne på intet tidspunkt allokerer den tid og indsats der skal til, for at samarbejdet bliver en succes.

Da adgangen til at kræve genforhandling er en ret, som parterne erhverver ved aftaleindgåelsen, og ikke forbundet med særlige begivenheders indtræden, vil det ikke være muligt for den part, der ikke ønsker en genforhandling, at anfægte denne ret ved kravets indtræden, som det er tilfældet ved en genforhandling ud fra specifikt indtrufne omstændigheder, som behandlet nedenfor s. 31. Konstateringen af om der foreligger grundlag for at ændre den hidtil indgæede aftale er dermed op til selve genforhandlingen, hvor det må formodes at parten, der krævede genforhandlingen, må redegøre for, hvorledes de forudsætninger der var til stede ved aftalens indgåelse, har ændret sig i en så væsentlig grad, at en genforhandling er påkrævet. Et sådant ønske om genforhandling kan ofte bero på interne forhold hos den part der ønsker en genforhandling, eksempelvis økonomiske vanskeligheder som en følge af svigtende tilførsel af risikovillig kapital¹¹. Anvendelsen af denne ensidige genforhandlingsret vil dermed afhænge af parternes evne til i fællesskab at finde frem til en løsning på de opståede problemstillinger for at kunne fortsætte samarbejdet, eller i modsat fald at måtte bringe aftalen til ophør eller indbringe spørgsmålet for en tredjepart. Brugen af genforhandling i denne kontekst vil dermed i høj grad afhænge af parternes vilje til at handle loyalt.

Loyalitetspligten

Ovenstående anvendelser af genforhandlingsklausuler i længerevarende samarbejder indeholder en underliggende pligt for parterne til at agere loyalt, (Bryde Andersen og Lookofsky 2003, s. 194) og dermed søge at finde frem til et forhandlingsresultat. Denne pligt til at agere loyalt i aftaleforholdet betegnes som et grundlæggende retsprincip, der som sådan kan antage mange former, hvilket i nogle tilfælde kommer til udtryk i lovgivningen, som det er tilfældet i KBL §§ 33 og 35. Andre gange har loyalitetspligten fundet anvendelse i domspraksis, som det kan ses i U.1981.300 H, hvor

¹¹ Især små biotek startups har et stort behov for tilførsel af risikovillig kapital fra venturekapital og business angels, da de endnu ikke har formået at bringe produkter til markedet eller på anden måde formået at kapitalisere på forskningen. Eksistensgrundlaget for disse virksomheder er dermed evnen til at tiltrække kapital, hvilket til tider kan være ekstremt svært.

parternes pligt til at agere loyalt, uden anden angivelse af lovhjemmel, var en del af begrundelsen for hvorfor en pantesikkerhed kunne ombyttes med en bankgaranti. I tilfælde af vurderingen af et genforhandlingskrav, kan der dermed lægges en generel loyalitets- eller omsorgspligt til grund for vurderingen af gyldigheden af dette krav. Baggrunden for pligten til at handle loyalt hviler på en moralsk og økonomisk forankring, som samfundshensynet pålægger parterne i aftaleforholdet (Bryde Andersen 2005, s. 121).

Følgen af loyalitetspligten ved genforhandling træder frem, når den ene part med hjemmel i aftalen, kræver en genforhandling for at tilpasse aftalen som en konsekvens af en ændring i grundlaget for aftalen (Lynge Andersen og Madsen, s. 429). Uden andre holdepunkter at forholde sig til i aftaleteksten er det op til domstolen at afgøre tvisten. En fri adgang til genforhandling medfører, at der ikke kan være tale om en strid om fortolkning af faktum, idet dette er givet. I stedet kan der opstå situationer, hvor retten til genforhandling kan blive tilsidesat, hvis genforhandlingen forfølger formål som ikke i tilstrækkelig grad varetager modpartens interesser (Lynge Andersen og Madsen, s. 426). Denne situation kan give anledning til, at domstolen vurderer relevansen i genforhandlingskravet, hvilket igen kan give anledning til at vurdere om parten der har ønsket genforhandlingen har gjort det ud fra en ensidig skelen til egen vinding på bekostning af aftaleparten, eller om det er begrundet i saglige hensyn. En sådan vurdering sker ud fra det udgangspunkt, at en rettighedshaver er i sin fulde ret til at gøre brug af den pågældende rettighed, hvilket i dette tilfælde er at udnytte sin ret til at kræve en genforhandling af aftalen. Det er dog et veludviklet princip i dansk ret, at en part der misbruger en sådan rettighed, og dermed ikke agerer loyalt i et aftaleforhold, ikke nyder retsbeskyttelse (Evald, s. 42 og Bryde Andersen 2005, s. 397¹²). Ved en konkret fortolkning af aftalen og de omstændigheder hvorunder kravet er blevet fremsat, kan det dermed lede til en konstatering af, om der foreligger retsmisbrug. Se nedenfor s. 37 om retsmisbrug.

Konstateringen af om der foreligger et brud på loyalitetspligten, vil bero på om domstolen vurderer kravet som værende berettiget i forhold til modpartens interesse. Igen vil det faktum, at parterne har forhandlet den brede genforhandlingsadgang ind i aftalen, være et udtryk for, at der dermed blev givet en mulighed for at justere aftalen undervejs, hvilket den anden part må have været bevidst om er en del af retsgrundlaget for aftalen, og den afgivne viljeserklæring (Bryde Andersen, 2005, s. 93).

¹² Her nævnes U.1946.38H som et grænseksempel i forhold til at konstatere, hvornår der foreligger ugyldighed.

En genforhandling vil dermed kunne sanktioneres, i det omfang de krav der udspringer af genforhandlingen kan anses for værende saglige i forhold til formålet med samarbejdsaftalen.

Genforhandling ud fra specifikt angivne omstændigheder

De problemstillinger, der, som skitseret ovenfor, opstår ved en fri adgang til at kræve genforhandling, medfører ofte at genforhandlingsadgangen søges begrænset til en adgang der kun træder i kraft ved specifikt indtrufne begivenheder. Genforhandlingsklausuler bliver på denne måde en beskyttelse mod fremtidige forhold, der ikke kan forudses specifikt før aftaleindgåelsen, men omvendt må forventes at indtræffe i en eller anden form, grundet den lange tidshorisont der er på denne aftaletype. Genforhandlingsklausuler kan af denne grund være inden for områder, hvor parterne er bevidste om, at der vil ske ændringer, hvorfor de er bevidste om, at det vil være nødvendigt at tage emnet op ved en senere lejlighed, eksempelvis forventede teknologiske ændringer, der kan ændre anvendelsesområdet af aftalen. I andre tilfælde omhandler genforhandlingsmuligheden omstændigheder, som ingen af parterne har mulighed for at forudse. Eksempelvis ændringer i det teknologiske grundlag for aftalen, hvilket i sagens natur ikke kan forventes at have været indkalkuleret ved aftalens indgåelse og forskyder risikobalancen mellem parterne og gør aftalens opfyldelse urimeligt byrdefuld for den ene part. Disse situationer bærer ofte benævnelsen hardship.

Hardship i samarbejdsaftaler

Begrebet hardship er møntet på de situationer hvor der indtræffer omstændigheder, der gør det væsentligt mere byrdefuldt for den ene part, kendeligt for modparten, at opfylde aftalen (Bryde Andersen og Lookofsky, s. 196). Definitivt er det et krav, at den givne situation ikke kunne forudses på aftaletidspunktet og ikke beror på omstændigheder, den ramte part har kontrol over.

Det er vigtigt at sondre mellem hardship og force majeure, da der i tilfælde af hardship ikke er tale om umulighed, men udelukkende et forhold der gør en aftaleforpligtelse mere byrdefuld for den ene aftalepart og dermed væsentligt forrykker ligevægten i aftalen. Hvor force majeure kan betegnes som en obligationsretlig grundsætning, eksemplificeret ved KBL § 24 om forbehold for force majeure i forbindelse med genusforpligtelser, kan hardship ikke på samme måde påberåbes, med mindre der findes udtrykkelig hjemmel i aftalen, eller i tilfælde af en grundlæggende og uforudseelig ændring i den oprindelige risikofordeling mellem parterne (Bryde Andersen og Lookofsky, s. 196).

Hardship er ikke i sig selv et anvendt begreb i dansk ret, men erstattes i stedet blandt andet af forudsætningslæren, der behandles nedenfor s. 33, og AFTL § 36, eller flere i forening, når domstolene skal afgøre sager, hvor der er sket en ændring der har gjort en aftales opfyldelse urimeligt byrdefuld for den ene af parterne. Hardship er i stedet en klausul, der kan skrives ind i en aftale med det indhold der efter omstændighederne anses for værende nødvendigt af parterne. Ofte er det risikoen for uforudsete prisfald eller stigninger, der fordrer indlemmelsen af en hardshipklausul i aftalen¹³.

For samarbejder inden for biotek er det ofte spørgsmål om svigtende eller uforudsete forskningsresultater, der kan resultere i konciperingen af en hardshipklausul, med den retsfølge at parterne pålægges at genforhandle nye vilkår på plads i lyset af de nye omstændigheder. I mange tilfælde, kan der dog opstå et problem i forhold til at konstatere om der rent faktisk foreligger omstændigheder, der berettiger en genforhandling. Vurderingen afhænger af de retsfakta der ligger til grund for hardshipklausulen. Dette kan være tilfældet i samarbejdsaftaler der angår forskning, hvor det kan være svært med baggrund i skuffende forskningsresultater, at konstatere en forskydning af risikoen, der ikke kunne forudses før aftaleindgåelsen. Konstateringen af om der foreligger en situation der fordrer en genforhandling, beror på en konkret analyse af retsfaktum, i form af en fortolkning af aftalen og eventuelt andre kilder der kan bidrage til at fastlægge partsviljen i den givne situation. Leder en sådan analyse til, at den givne situation hjemler en genforhandling af aftalen, pålægges parterne en pligt til loyalt at søge en genforhandling af aftalen, som gennemgået ovenfor s. 29. En sådan bestemmelse i aftalen, kan også være ledsaget af en retsfølge ved mislykket genforhandling, i form af en opsigelsesadgang eller tredjeparts konfliktløsning, som det er beskrevet ovenfor s. 29. Benyttes denne opsigelsesadgang i ledtog med genforhandlingskravet, påtager den retsanvendende part sig en standpunktsrisiko, da denne risikerer at misligholde aftalen, hvis en genforhandling ikke findes hjemlet i det konkrete tilfælde.

Hardship i forbindelse med den gensidige levering af informationsydelser, kan dermed henføres til usikkerheden omkring levering af ydelser i et usikkert teknologisk landskab. I relation til anvendelsen af hardshipklausuler, kan mange af de samme problemstillinger angående loyalitet i anvendelsen af genforhandlingskravet ligeledes finde sin anvendelse her. Den store forskel i forhold til fortolkningen af aftalen, er dog, at der i tilfældet hardship ligger en klar angivelse af faktum,

¹³ U.1940.216/SH om de fordyrede cinders, er det klassiske eksempel på, hvordan et aftaleforhold kan blive belastet af en pluselig ændring i eksterne faktorer, der gjorde præstationshandlingen urimeligt byrdefuld for pengedeбитor.

hvorfra den givne situation skal fortolkes. Idet retsfaktum dermed er mere nærliggende at konstatere, bliver retsfølgen ligeledes nærliggende i form af en justering af grundlaget for aftalen, så der igen er ækvivalens i forhold til leveringen af informationsydelser og de rettigheder der udspringer heraf.

Genforhandlingskrav uden hjemmel i aftalen

Ovenfor er gennemgået emner vedrørende genforhandlingsretten, i form af spørgsmål om loyalitet og anvendelsesområdet for hardshipklausuler baseret på, at der kan ske genforhandling med hjemmel i aftalen. I aftalen, der gennemgås nedenfor skal der tages stilling til legaliteten i selve retskravet ud fra en fortolkning af den relevante bestemmelse i aftalen. I dette eksempel hjemler genforhandlingsønsket uden for aftalen ikke et retskrav i aftalen. Dermed bliver det domstolens opgave at analysere faktum for at konstatere om der foreligger omstændigheder der kan kvalificere de faktiske forhold omkring transaktionen til en ret til genforhandling af den gældende aftale.

Udover den ovenfor nævnte forskel i fortolkningen af genforhandlingskravet, er der en grundlæggende forskel i de anvendte retsprincipper, om end de er tæt forbundne. Ved analysen af de retsfakta, der ligger til grund for genforhandlingskravet med hjemmel i aftalen, skal der dermed tages hensyn til den frie formulering og vilje der ligger til grund for dette, eksemplificeret ved den manglende kodificering af begrebet hardship, som gennemgået ovenfor. I modsætning til dette, står de faste retsprincipper, der ligger til grund for analysen af genforhandlingskravet, uden hjemmel i aftalen. Således er læren om svigtende forudsætninger, der ofte har samme funktion som hardshipbestemmelser, (Bryde Andersen, 2003, s. 407) og principper om urimelighed (billighed / redelighed)¹⁴, de grundpiller der støttes på, når der skabes en ret til genforhandling eller modifikation af en aftale, der ellers ikke hjemler ændringer af aftalen.

Bristede forudsætninger

En aftalepart kan påberåbe sig bristede forudsætninger for derved at blive løst fra sit oprindelige løfte, hvis de forudsætninger, der bevidst eller ubevidst lå til grund for aftalen svigter. Ussing (Lynge Andersen og Madsen, s. 190) har i sin forudsætningslære opstillet tre objektive kriterier til vurderingen af, hvorvidt en løftegiver kan blive løst fra sit løfte grundet en bristet forudsætning. De tre kriterier er, at forudsætningen skal være **bestemmende, kendelig og relevant**. Med andre ord

¹⁴ Dette princip findes også i AFTL § 36, der ofte kan finde sin anvendelse i denne type situationer.

foreligger der en bristet forudsætning, hvis parten der påberåber sig dette, ikke ville have indgået aftalen, hvis denne havde været klar over hvorledes forholdene var, eller ville udvikle sig (Lynge Andersen og Madsen, s. 191) (altså var forudsætningen bestemmende for partens adfærd), hvis modparten kunne eller burde indse eksistensen af den pågældende forudsætning (det var kendeligt for modparten) og om risikoen for at forudsætningen brister, ikke skal lægges hos den pågældende part. Det forekommer umiddelbart evident, at forekomsten af bristede forudsætninger bliver stadig mere aktuelt jo længere tid et aftaleforhold varer, og hvor der er tale om aftaler forbundet med stor usikkerhed.

Samarbejdsaftaler inden for biotek, der netop er længerevarende og indeholder en høj grad af risiko, kan derfor formodes at indeholde en vis sandsynlighed for at forudsætningssvigt kan opstå. Dog må det også påpeges, at parterne er professionelle og fuldt oplyste om den risiko der er forbundet med denne type samarbejde (Bryde Andersen, 2005, s. 415). Det kan dermed kun være i ekstraordinære omstændigheder, at forudsætningssvigt vil kunne påberåbes, ikke mindst hvad angår selve de teknologiske og forskningsmæssige forudsætninger for aftalen. Ligeledes må den ene parts problemer med at finansiere forskningen ikke kunne lede til bristede forudsætninger, da en sådan situation ikke umiddelbart opfylder kriteriet om kendelighed for modparten. Som Mads Bryde Andersen beskriver det i Hyldestskrift til Jørgen Nørgaard (Bryde Andersen 2003b):

”Er der derimod tale om individuelle forudsætninger (hvad enten disse er bevidste eller ikke bevidste), som løftemodtageren ikke på samme måde har mulighed for at få indblik i, kan forudsætningen ikke gøres gældende overfor løftemodtager.”

Hvor det derimod kan tænkes, at et svigt i de forudsætninger, der ligger til grund for aftalen, kan indfinde sig, er i tilfælde hvor modpartens informationsydelse viser sig ikke at leve op til den berettigede forventning der er blevet skabt til nytten af den ved forhandlingen, og derfor ikke besidder den værdi, der var udgangspunktet for aftaleindgåelsen, hvorved den urigtige forudsætning viser sig at briste. I dette tilfælde er det muligt, at de tre kriterier der skal være opfyldt for at der kan foreligge bristede forudsætninger, kan bringes i anvendelse, idet forventningen om ydelsens kvalitet uden tvivl er en bestemmende faktor for parten. Hvilket den realdebiterende part ligeledes må erkende, og hvilket det kan være relevant for realkreditoren at bære risikoen for i denne forbindelse. I forlængelse af tidligere eksempel, hvor resultaterne af indledende prækliniske tests viste, at det omhandlede stof slet ikke har den tiltænkte effekt på cancer, som oprindeligt forventet, men i stedet

viser overraskende muligheder indenfor behandling af sklerose, hvilket ligger langt uden for den pågældende parts forskningsområde, men stadig har interesse for den anden part at fortsætte, kan der opstå en situation, hvor den pågældende part kan forsøge at genforhandle aftalen eller helt at opsigte aftaleforholdet med påberåbelse af bristede forudsætninger.

Med det samme skal det understreges, at en situation som den ovenfor skitserede, ikke med sikkerhed vil lede til en tilsidesættelse eller ændring af aftalen, i tilfælde af at den blev bragt til live i den virkelige verden. Om end det er plausibelt, at der foreligger en situation, hvor den pågældende part ikke ville have indgået aftalen, hvis denne var bevidst om resultatet af den omtalte forskning. Det centrale spørgsmål, i denne anledning, samler sig dermed om det sidste krav efter Ussings terminologi (Lynge Andersen og Madsen), der går på, hvilken part, der i denne situation bør bære risikoen for, at den pågældende forudsætning brister. Den godtroende løftegiver, der i denne forbindelse forpligter sig til at levere en informationsydelse, der viser sig slet ikke at stå mål med de forventninger løftemodtager har til ydelsen, er ikke nødvendigvis den part for hvem det er mest rimeligt at pålægge risikoen for en bristet forudsætning. Der skal dermed foretages en konkret afvejning af hensynene til parternes interesser. Der foreligger, hverken i litteraturen eller i retspraksis, entydige holdepunkter i forhold til, hvordan denne afvejning skal foretages¹⁵. Et tydeligt eksempel på splittelsen mellem hensynet til kontraktens opretholdelse og forudsætningssynspunktet er dommen U.1989.1039/3H, hvor flertallet (3 mod 2) vægtede hensynet til kontraktens opretholdelse højest, hvorimod mindretallet bragte forudsætningssynspunktet i anvendelse ud fra en afvejning af, hvem der burde bære risikoen for en urigtig forudsætning. Risikoafvejningen kan endog foretages i tilfælde, hvor det medgives at løftegiveren ikke havde foretaget et tilstrækkelig grundigt undersøgelsesarbejde inden aftalens indgåelse, som det er tilfældet i U.1985.334H. I dette tilfælde blev en aftale om indkøb af EDB-maskinel tilsidesat, da en dramatisk forhøjelse af prisen på indkøbet af tilhørende programmel, blev anset som værende en bristet forudsætning for købet, for hvilket sælgeren af EDB-maskinellen måtte bære risikoen. Højesteret kom i det konkrete tilfælde, frem til følgende dom:

”De indstævnte, der måtte være bekendt med det tilbudte programmels muligheder og begrænsninger, og som ikke fandt det fornødent at foretage nærmere undersøgelser til

¹⁵ Netop af denne grund, er forudsætningslæren blevet kritiseret af flere forfattere, herunder Stig Jørgensen i U.1963B.157, hvor han skriver ”forudsætningskonstruktionen er derfor i værste fald farlig, idet den kan lede tanken på afveje; i bedste fald er den et overflødig omsvøb.”(s.12). Det anføres at den store usikkerhed i retsanvendelsen, gør at tilliden til systemet svækkes i erhvervslivet.

oplysning om appellantens behov, findes under de foreliggende omstændigheder at burde bære risikoen for, at appellantens afgørende drifts- og prismæssige forudsætninger for kontrakten svigtede.”

Der blev dermed lagt vægt på, at sælgeren burde have en professionel viden om mulighederne forbundet med varen og dermed skulle have forudset de opståede problemer. Som Mads Bryde Andersen (2003b, s. 598) anfører, er der iøjnefaldende ligheder mellem vurderingen af kendelighed og relevans og culpa-reglens bonus pater vurdering. Også i den ovenfor citerede dom er der tydelige henvisninger til det erstatningsretligt udviklede professionsansvar, idet parten der handler inden for sin profession pålægges risikoen for opretholdelsen af de drifts- og prismæssige forudsætninger, som løftegiveren lagde til grund for aftalen.

I ovenfor skitserede situation, hvor der er tale om en informationsydelse, der ikke lever op til de berettigede forventninger, kan en afvejning af hvem der bærer risikoen for den bristede forudsætning ikke på samme måde baseres på et professionsansvar, idet begge parter handler inden for deres profession og der dermed er tale om et ligeværdigt erhvervsforhold. I stedet vil denne tankegang kunne benyttes til at pålægge begge parter et skærpet ansvar for parterne til at undersøge forholdene omkring aftaleindgåelsen grundigt inden afgivelse af løftet (Lynge Andersen og Madsen, s. 188 ff.). I en forhandling om indgåelse af en samarbejdsaftale, må det være et rimeligt krav, at parterne foretager en fyldestgørende afdækning af de teknologiske og forskningsmæssige forventninger til aftalen, hvorefter det må stå klart for begge parter hvad indholdet af parternes informationsydelser er. Omvendt kan dette synspunkt dog også skygge for den kendsgerning at netop informationsydelser i denne forbindelse, som det er fastslået ovenfor s. 25, er af en sådan karakter, at det kan være uendeligt svært at finde frem til hvad der er korrekt ydelse og derfor også kan frembyde store problemer med at fastslå hvilke forventninger, der kendeligt for modparten, kan lægges til grund for aftalen. En konstatering af, om der foreligger en bristet forudsætning, må herefter bero på en formålsfortolkning af aftalen, for en konstatering af om den ydelse der leveres stemmer overens med den forventning, der blev etableret ved aftaleindgåelsen.

Retsvirkningen af forudsætningssvigt er en overførsel af risikoen for den bristende forudsætning til løftemodtageren med den konsekvens, at aftalen tilsidesættes, eller i nogle få tilfælde ændres. Det første skete eksempelvis i U.1985.334H, hvor en løftegiver blev fritaget fra sin forpligtelse. Der er ikke mange eksempler på, at aftaler bliver ændret som en følge af bristede forudsætninger. En af de

få gange det er hændt, er i U.2000.656H. I denne dom, der handler om musikeren Sebastians betaling for at komponere musikken til en opera på Det Kongelige Teater, blev der konstateret en bristet forudsætning, idet stykket blev aflyst. Da størstedelen af den aftalte betaling afhang af royalty for opsætningen, betød en afløsning, at en forudsætning for den oprindelige aftale bristede. I stedet for at tilsidesætte aftalen, hvilket i sagens natur ikke ville være til fordel for løftegiveren, blev aftalen i stedet udfyldt med en større up front betaling.

Forudsætningslæren står sjældent alene som retskildegrundlag. Til det er grundlaget for påberåbelse af en bestemmelse, der foretager et så vidtgående indgreb i tilliden til aftalens opretholdelse for smalt og uigennemskueligt. Alt imens terminologien fra forudsætningslæren benyttes flittigt i retspraksis, bliver generalklausuler AFLT §§ 33 og 36 ofte bragt i anvendelse i stedet, såvel som at der i nogle tilfælde kan foretages en analog anvendelse af de obligationsretlige mangelsbestemmelser som udtrykt i KBL. Anvendelsen af aftalelovens bestemmelser skifter fokus fra en afvejning af, hvem der bør bære risikoen for den bristede forudsætning, til et fokus på løftemodtagers mulige uredelige adfærd (Gomard). Yderligere om anvendelsen af § 36 nedenfor s. 39.

Retsmisbrug

Der er en tæt sammenkædning af forudsætningslæren og retsmisbrugslæren, hvorunder urimelighed og billighed hører¹⁶. Begge omhandler ændringer i fakta, der ligger til grund for aftalen, hvorefter løftemodtager fastholder sin ret på trods af ændringen, mens løftegiver vil løses fra sit løfte, på grund af ændringerne (Evald, s. 215). Men mens forudsætningslæren fokuserer på den objektive vurdering af situationen, ud fra kriterierne væsentlighed, kendelighed og relevans, foretager retsmisbrugslæren en subjektiv vurdering af parternes berettigede interesse ud fra kriterierne nytte og ulempe. Dette vil sige, at forudsætningslæren anerkender, at løftemodtageren har en berettiget interesse i at fastholde aftalen, men vægter hensynet til den anden part højere i det konkrete tilfælde. Retsmisbrugslæren derimod foretager i første omgang den samme sontring, men konstaterer om udnyttelsen af retten kan anerkendes, dvs. at der ses på løftemodtagers motiver for at fastholde aftalen ud fra hvilken nytte denne har i forhold til den ulempe det pålægger løftegiveren. I en sontring mellem løftemodtagerens nytte og løftegiverens ulempe, ligger der uundgåeligt en

¹⁶ Jens Evald (s. 323) skriver følgende: Elementerne i urimelighedsbedømmelsen ligger imidlertid fast: det er nemlig retsmisbrugsreglens kriterier for retsmisbrug, dvs. hvor en ret udøves alene eller i det væsentlige for at skade andre, eller i strid med dens formål, eller under omstændigheder, som betyder, at der er væsentligt misforhold mellem rettighedshaverens interesse i at udøve retten og ulemperne for den forpligtede.

vurdering af om løftemodtagers motiver er af en moralsk lødighed der skal beskyttes af en domstol. Evald har opstillet en retsmisbrugsregel for dansk ret der blandt indeholder følgende angivelse, hvornår der foreligger retsmisbrug (Evald, s. 42): *Retsmisbrug foreligger, når en ret udøves udelukkende eller i det væsentligste for at skade andre, eller i strid med sit formål, eller under omstændigheder, som betyder, at der er væsentligt misforhold mellem rettighedshaverens interesse i at udøve retten og ulemperne for den forpligtede, og hvis det i disse tilfælde (litra a-c) er urimeligt eller i strid med redelig handlemåde at gøre retten gældende.*

I samarbejdsaftalerne kan denne retsmisbrugsregel bringes i anvendelse, både i forhold til situationer med et genforhandlingskrav, med hjemmel i aftalen og et krav om genforhandling eller opsigelse uden hjemmel i aftalen. I begge tilfælde angår retsmisbruget, som det beskrives i den opsatte regel, at der er tale om anvendelsen af en rettighed, der under andre omstændigheder vil nyde fuld retsbeskyttelse, men grundet den konkrete brug, kan betegnes som retsmisbrug. Når det angår en genforhandlingsadgang med hjemmel i aftalen, hvor adgangen til genforhandling benyttes af den retsudøvende part til at sikre sig bedre vilkår end hvad der oprindeligt blev forhandlet på plads (dette svarer til reglens pkt. 2, litra b). Uden hjemmel i aftalen, omfatter retsmisbruget i stedet den omvendte situation, hvor retsmisbruget indtræffer som en konsekvens af en fastholdelse af aftalegrundlaget på trods af, at modparten er nødlidende i aftaleforholdet.

I relation til eksemplet ovenfor, hvor de prækliniske forskningsresultater viser sig at have en anden virkning end oprindeligt tilsigtet og der dermed kan foreligge et forudsætningssvigt, kan retsmisbrug finde sted hvor der ikke foreligger en genforhandlingsklausul og den ene part derefter vælger at fastholde den anden part i aftalen, på trods af, at det er åbenlyst, at der er et væsentligt misforhold mellem rettighedshaverens interesse i at udøve interessen og ulempen for den forpligtede, pkt. 2, litra c og der dermed sker en forrykkelse af kontraktbalancen (Evald s. 50 ff.). Informationsydelsens særpræg, herunder værdien af den knowhow der leveres, skaber især en risiko i den forbindelse, fordi den rettighedshavende part kan have et incitament til at fastholde den forpligtede, udelukkende med det formål ”at suge viden ud af modparten”, hvilket kan være dræbende for den løfteafgivende virksomhed.

Et eksempel på konstateringen af retsmisbrug, kan ses i U.1985.766 H, hvor et forsikringsselskab ikke kunne anvende sin ret til at nægte udbetalingen af en forsikringssum, grundet manglende overholdelse af en irrelevant bestemmelse. I modsætning til sprogbruget i domme, hvor

forudsætningslæren bringes i anvendelse, er det ikke den samme tydelighed i terminologien, der går igen ved konstateringen af retsmisbrug (Evald s. 51 ff.). Den manglende klare terminologi kan være et tegn på, at retsmisbrugsreglerne stadig udvikler sig og domstolene derfor stadig er tilbageholdende med at anvende retsmisbrugsreglen (Lando).

Retsvirkningen af retsmisbrug kan variere alt efter karakteren af den enkelte situation. Afhængigt af hvilken part der dømmes for retsmisbruget og hvilken karakter retsmisbruget har, kan retsvirkningen variere efter en opsigelsesadgang med erstatningsansvar, U.1987.963V, fastholdelse på trods af aftalens ordlyd, U.1985.766H, eller i nogle tilfælde en ændring af aftalen, U.1981.300H. De forskellige retsvirkninger udspringer naturligt nok af, at formålet med retsvirkningen er en udligning af den uligevægt retsmisbruget har skabt, hvilket bevirker, at virkningen skal udgøre det mest effektive værktøj til at opnå dette. Hvilken en af mulighederne der skal anvendes beror dermed på den konkrete situation, hvilket også gør sig gældende når der er tale om en gensidig udveksling af informationsydelser. Desuagtet kan det formodes, at der ikke vil være meget mulighed for at fortsætte samarbejdet efter en konstatering af retsmisbrug, hvorfor en tilsidesættelse af aftalen og domssanktioneret opsigelse af aftalen, samt et muligt erstatningsansvar kan være udfaldet. Denne løsning frembyder i sig selv store problemstillinger, idet en konsekvens af denne art netop medfører at parterne skæres fri af aftalen, men kan beholde den knowhow de har tilegnet sig af den anden part, da denne i sagens natur ikke kan returneres.

Aftalelovens § 36 og samarbejdsaftalen

Generalklausulen i aftalelovens § 36 er flere gange ovenfor nævnt i forbindelse med forudsætningslæren og retsmisbrugslæren. Bestemmelsen er da også tæt sammenkædet med disse, om end det primære anvendelsesområde er aftaler, hvor en stor styrkeforskel mellem parterne, har resulteret i urimelige kontraktvilkår (Bryde Andersen 2005, s. 439). Denne bestemmelse har dog uden tvivl haft en stor betydning i forhold til at stå bag en ændring af de hensyn, der lægges til grund, ved en fortolkning af rimelighed i andre aftalebestemmelser (Schovsbo, s. 37). § 36 har indskrænket virkeområdet for forudsætningslæren, men, mens forudsætningslæren har været anvendt i mange tilfælde, er der kun ét eksempel på, at bestemmelsen har været procederet af en part i samme sag, U.1998.281 H (Evald s. 213).

Anvendelsen af § 36 i erhvervsforhold generelt og i samarbejdsaftalen i særdeleshed, må anses for værende meget begrænset og anvendelsen må være en undtagelse (Gomard). Lyng Andersen og

Madsen (s. 206) angiver, at der også i jævnbyrdige aftaleforhold kan være tale om anvendelse af bestemmelsen, hvis der er tale om langvarige kontrakter. Som der citeres i samme stykke (s. 207), bliver det dog også fastslået, at bestemmelsen ikke kan benyttes til efterfølgende at ændre på risikofordelingen mellem parterne. Dette understreger, at den eventuelle anvendelse af bestemmelsen kun kan finde sted i det omfang, der opstår uforudsete forhold efter aftaleindgåelsen, der gør fastholdelse af aftalen urimelig. Således kan der være en mulighed for at anvende § 36, stk. 2 på de samme forhold som gennemgået ovenfor om retsmisbrug, idet retsmisbrug bliver et fortolkningsbidrag til vurderingen af anvendelsen af bestemmelsen (Evald, s. 264). En effekt en mulig fremtidig anvendelse af § 36, stk. 2 kan have, er den mulighed bestemmelsen giver for at fastholde aftalen, men at genskabe kontraktbalancen.

Beskyttelse af informationsydelsen ved ændret grundlag for aftalen

Det særlige ved informationsydelsen, som det er gennemgået ovenfor s. 24, er dennes karakter af en præstationsydelse der i sagens natur ikke kan tages tilbage igen. Dertil kommer det særlige forhold, at den leverede knowhow er af ekstremt høj værdi for den enkelte part, men at værdien mindskes ved spredning. Disse særlige karakteristika gør, at informationsydelsen fremstår som en skrøbelig størrelse i forbindelse med en ændring i de forhold der ligger til grund for aftalen.

I de foregående afsnit, er genforhandlingssituationen grundet efterfølgende ændringer i grundlaget for aftalen blevet behandlet. Først ved genforhandling med hjemmel i aftalen og derefter med baggrund i almindelige retsprincipper. Som det kan konstateres, frembyder de forskellige scenarier ikke mange muligheder for unilateralt at sikre muligheden for at kunne justere aftalen for efterfølgende begivenheder grundet det usikre teknologiske landskab, uden samtidig at udsætte den værdifulde knowhow for en stor risiko i forhold til spredning og udnyttelse.

Efterfølgende forhold der medfører en ændret relation mellem værdien af parternes knowhow, kan ikke umiddelbart beskyttes, da det som beskrevet under hardship (i kontrakt, s. 31) og bristede forudsætninger (udenfor kontrakt s. 33) er parten selv der må bære risikoen for et skifte i den relative værdi af parternes investeringer. Således vil det være svært at komme ud af aftaleforholdet når der indtræffer efterfølgende begivenheder, medmindre det på et objektivt grundlag kan konstateres, at der ligger fejlagtig information ved aftalens indgåelse, eller retsmisbrug (eller urimelighed jf. AFTL § 36), grundet et skifte i kontraktækvivalens.

Den bedste måde at beskytte informationsydelsen efter den første successive levering, vil dermed være at sikre en adgang til genforhandling af aftalen på baggrund i ændringer i det teknologiske landskab og derved undgå situationer, hvor parten risikerer at blive udsat for retsmisbrug.

Informationsydelsen og aftalens ophør

Da retsfølgen af uenigheder om retten til genforhandling eller en mislykket genforhandling i sidste ende må være aftalens ophør, er dette af central betydning i forhold til parternes tilskyndelse til at finde en løsning på opståede uenigheder. Som det er beskrevet ovenfor, er det forbundet med stor risiko for den erlagte knowhow i det tilfælde aftalen bringes til ophør, da den pågældende knowhow ikke kan tages tilbage og den pågældende knowhow mister en stor del af sin værdi ved spredning.

Ved indbringelse for domstolen af spørgsmålene angående gyldigheden af et krav om genforhandling, eller der indbringes et spørgsmål om et ændringskrav med baggrund i bristede forudsætninger eller retsmisbrug påberåbes i forbindelse med et skifte i kontraktækvivalensen, bringes samarbejdsforholdet til ophør, i det mindste i den periode en behandling af det pågældende spørgsmål prøves ved domstolen.

Delkonklusion

Problemet der skulle besvares i dette kapitel var følgende: **Hvad er gældende ret mellem parterne i forbindelse med krav om genforhandling som en konsekvens af efterfølgende ændringer i grundlaget for aftalen?**

Med baggrund i delkonklusionen i det foregående økonomiske kapitel der peger på, at den centrale problemstilling i forhold til samarbejdsaftalen, er den efterfølgende investeringsasymmetri, har dette kapitel klarlagt hvad der er gældende ret i forbindelse med ensidige genforhandlingskrav som en konsekvens af ændringer i grundlaget for aftalen.

Kapitlet startede med at udvikle en beskrivelse af informationsydelsen, indeholdende de særlige karakteristika at den er fleksibel, ikke fysisk manifesterbar og ikke er mulig at opgive værdien af på forhånd. Derudover blev informationsydelsen sat ind i den kontekst af den definition på samarbejdsaftalen der er udviklet i kapitel 1.

Analysen har herefter været centreret omkring to grundlæggende situationer. Først de genforhandlinger der opstår med hjemmel i aftalen, centreret omkring spørgsmål angående

loyalitetspligt og hardship. Derefter har analysen omhandlet de situationer, hvor der ikke er hjemmel til at justere aftalen for efterfølgende ændringer i grundlaget for aftalen. Årsagen til dette skal findes i at der i begge tilfælde skal foretages en fortolkning af faktum, der ligger til grund for ønsket om en ændring af aftalen. I alle tilfælde vil en sådan konstatering af det faktum der ligger til grund, være forbundet med stor usikkerhed på grund af informationsydelsen fleksible og uhåndgribelige karakter, samt svært opgørlige værdi. Således kan kvaliteten af den præstede ydelse ikke konstateres objektivt i forhold til overholdelse af loyalitetspligten og den svært opgørlige værdi af parternes præstationsydelser, kan være svære at definere ved aftalens indgåelse, hvorfor kvalificeringen af hardship hvornår der foreligger hardship kan være problematisk. De samme problemer gør sig gældende i forhold til bristede forudsætninger, hvor der ligeledes skal foretages en vurdering af de fakta der ligger til grund for aftalen. Dertil kommer at der i den situation også skal foreligge en situation hvor det vil være mere nærliggende at den anden part bærer risikoen for den bristede forudsætning.

Kun i situationer hvor der kan konstateres retsmisbrug, åbnes der mulighed for at skride til en ændring af aftalen grundet efterfølgende forhold. Sker det, at den ene part i en aftale misbruger sine rettigheder til enten udnytte en åben genforhandlingsadgang eller fastholder en aftalepart i en aftale, selvom denne er nødlidende for at udøve retten, kan denne ret blive tilsidesat eller ændret, således at kontraktbalancen genetableres. I dette scenarie vil det i nogle situationer være muligt at foretage en konkret objektivt konstaterbar vurdering af parternes handlinger og dermed konstatere retsmisbruget.

Kapitel 4

Empiri

De foregående kapitler har behandlet samarbejdsaftaler inden for biotek ud fra en teoretisk opbygget definition. Denne definition har affødt de tre karakteristika, at der for det første er tale om en længerevarende aftale, for det andet er tale om en aftale med en gensidig udveksling af realydelser og for det tredje, at det er forbundet med problemer at definere den korrekte ydelse. Definitionen har gjort det muligt at skabe nogle faste rammer for analysen af samarbejdsaftalen som governancestruktur, ved brug af hostagemodellen i kap. 2 og den juridiske risikovurdering i kapitel 3. Det har således været muligt at finde frem til en række gennemgående træk ved samarbejdsaftalerne og ikke mindst, har det gjort det muligt at finde frem til de centrale problemstillinger i forhold til at skabe velfungerende aftaler, der kan være med til at skabe mere værdi for virksomhederne.

I dette kapitel foretages en analyse af en række empiriske kilder med det formål at teste den indledende definition af samarbejdsaftalen og gøre billedet af virkelighedens aftaler mere nuanceret. Herefter søges billedet af aftalerne udbygget med en analyse af aktørernes ageren i forhold til de problemstillinger, der er blevet afdækket i de foregående kapitler, omhandlende risikoen for opportunistisk adfærd som en konsekvens af ex post asymmetri i værdien af de investerede specialiserede aktiver. Er denne problemstilling en reel risiko for aktørerne i branchen, således at de har et fokus på at sikre sig imod opportunistisk adfærd, eksempelvis i form af genforhandlingsklausuler og styring af den udleverede viden?

Kilderne til den empiriske undersøgelse er fundet gennem søgninger i faglitteratur og på biotekaktørers hjemmesider, samt offentlige erhvervsrettede hjemmesider. Dette omfatter eksempler på aftaler mellem aktører inden for højteknologibrancher, standard licens- og F&U aftaler, tilkendegivelser fra aktører i biotekbranchen og vejledninger og retningslinjer udarbejdet af teknologioverførselsenheder.

Empiriske kilder

Spørgeskemaundersøgelse blandt aktører inden for biotek

Formålet med spørgeskemaundersøgelsen var at kortlægge i hvor stor udstrækning aktørerne i biotek indgår samarbejdsaftaler og i bekræftende fald, hvordan ændringer håndteres i aftaleperioden. Herunder hører også en undersøgelse af hvilken form samarbejderne har, hvor længe de varer, om der bliver investeret i aftaleforholdet og om der opstår tvister i løbet af aftaleperioden.

Der indgår kun fire besvarelser i denne undersøgelse (er det ikke en ide at indsætte en note om hvor mange skemaer du sendte ud og hvorfor du mener, at de adspurgte ikke ville svare?). Hvilket betyder, at der ikke kan drages nogen repræsentative konklusioner på besvarelserne. Gennemgangen skal derfor kun ses som enkeltstående aktørers oplevelser og kun i begrænset omfang som indikationer på, hvilke tendenser der hersker i branchen. Det skal dog bemærkes, at de fire besvarelser er spredt ud over fire vidt forskellige dele af branchen, idet respondenterne er henholdsvis repræsenterer en teknologioverførselsehed, en stor biotekvirksomhed, en lille biotekopstart og en mellemstor leverandør af medical devices.

De fire respondenters besvarelser har givet følgende konklusioner¹⁷. Tre ud af fire har samarbejdet med andre virksomheder i en eller anden form. Den sidste påtænker at gøre det men er ikke nået dertil endnu i sin udvikling. To ud af de fire virksomheder har blandt andet indgået forskningssamarbejder. Respondenternes besvarelser åbenbarer, at der er mange forskellige årsager til at indgå aftalerne. Således svares der, at aftaler indgås med andre virksomheder ud fra hensyn til beskyttelse af patentporteføljen, sikring af freedom-to-operate, udskilning af sideskud på pipeline og med henblik på fælles forskning over en lang tidshorizont. Samarbejdsaftaler konciperes med en varighed på mange år, i nogle tilfælde op imod 20 år. Aftalerne bliver som hovedregel forhandlet med klausuler om ensidig adgang til genforhandling eller opsigelse i specifikt angivne situationer, der omfatter brud på aftalen og svigtende forskningsresultater. Alle fire respondenter tilkendegiver at der ofte foretages aftalespecifikke investeringer i forbindelse med indgåelsen af samarbejdsaftaler, i form af indkøb af nyt udstyr og ansættelse af personale.

Det kan konstateres, at respondenterne har haft forskellige oplevelser i forhold frekvensen af opsigelser og genforhandlinger af aftaler inden der er sket korrekt opfyldelse af aftalen. Ligeledes er der ikke klare tendenser i forhold til betydningen af en konciperet genforhandlingsklausul kontra krav om genforhandling uden hjemmel i aftalen. En respondent tilkendegiver dog, at det kan blive relevant at genforhandle aftalen, også selvom der ikke er hjemmel til det i aftalen. Han skrev:

¹⁷ For en komplet gennemgang af besvarelserne, se bilag 4.

”Iht. sp. 18 (spørgsmålet angående brugen af genforhandling uden hjemmel i aftalen, red.) kan man sige, at der til tider opstår forhold, der gør det nødvendigt at genforhandle aftalen.”

Til sidst kan det konstateres at flere af respondenterne har oplevet, at der er opstået tvister i forbindelse med samarbejdsaftaler. En respondent tilføjer yderligere, at parterne ofte forsøger at løse konflikter udenfor retssalen og i stedet tyr til voldgift, mediation eller anden form for forhandling.

Standardaftaler fra Erhvervs- og Byggestyrelsen (EBST)

Til brug for den empiriske analyse er en række standardaftaler, udarbejdet af Erhvervs- og byggestyrelsen, blevet analyseret med henblik på at danne et billede af, hvordan aftaler om overførsel af knowhow konciperes.

Eksempel på forsknings- og udviklingsaftale¹⁸

En af standardaftalerne er et eksempel på en forsknings- og udviklingsaftale, der kan finde sin anvendelse, hvor der sker en fælles udvikling af et nyt produkt, med baggrund i en projektbeskrivelse, der blandt andet indeholder en oversigt over parternes indskudte knowhow. Knowhow er i denne forbindelse en samlet betegnelse for den viden parten besidder, hvor den registrerede viden i form af patentbeskyttelse således er inkluderet.

Omdrejningspunktet for denne aftale er som beskrevet en gensidig forpligtelse til at arbejde sammen om udvikling af nye produkter, ved applikering af parternes specialiserede viden.

Det gøres klart i aftalen, at parterne forpligter sig til at arbejde efter bedste evne og samarbejde for at realisere aftalens formål. Dette omfatter, at parterne skal tilvejebringe de aftalte ressourcer og den fornødne faglige kompetence, hvilket blandt andet omfatter, at parterne eksplicit skal angive det personale der stilles til rådighed for samarbejdet. Som en opsamling på parternes forpligtelser er følgende passus indsat, hvilket understreger, at der skal ske en fuld udveksling af den relevante viden:

”Parterne forpligter sig endvidere til ubetinget at stille al deres relevante viden og knowhow til rådighed FoU-samarbejdet.”

¹⁸ Bilag 5

Indeholdt i aftalerne er ydermere en vidtgående hemmeligholdelsesklausul, der forpligter parterne til at hemmeligholde alle informationer der bliver udleveret i forbindelse med samarbejdet, såvel som den viden der måtte opstå som en følge af samarbejdet. Hemmeligholdelsespligten lever i ubegrænset tid og kan dermed få et selvstændigt liv efter selve samarbejdsaftalens ophør. Overtrædelse af hemmeligholdelsespligten (og konkurrenceklausulen) medfører betaling af en konventionalbod.

I disse standardaftaler er der en adgang til ensidigt at opsige aftalen med baggrund i svigtende resultater. En sådan opsigelse medfører, at den ikke opsigende part har ret til at fortsætte med udviklingen af det pågældende produkt. I dette tilfælde pålægges den opsigende part at stille alle hidtidige resultater til rådighed og mod en på aftaletidspunktet fastsat betaling, stille alle dennes immaterielle rettigheder til rådighed for den fortsættende part.

Ved den ene parts misligholdelse der formuleres som en manglende overholdelse af partens forpligtelser, hvilket resulterer i væsentlig forsinkelse i forhold til overholdelse af tidsplanen, kan den ikke misligholdende part hæve aftalen og har ret til at fortsætte udviklingen alene eller sammen med tredjemand. Det samme gør sig gældende, hvis det bevises, at den ene part ikke udfører forskningen fagligt korrekt.

Til sidst er der i denne aftale indsat en tvistløsningsklausul, der peger på en voldgift i tilfælde af uenigheder.

Eksempel på licensaftale¹⁹

Aftaler der omfatter en ensidig levering af realydelser mod betaling af en pengeydelse, ofte i form af royalty, er udenfor denne afhandlings emneområde. Ikke desto mindre kan dele af standardaftalerne give et indblik i, hvilke principper der ligger til grund for aftaler der omfatter en udlevering af specialiseret viden. Således kan det konstateres af eksemplet på licensaftale fra EBST, at licensaftalen ikke kun omfatter de registrerede immaterielle rettigheder, men også den tilhørende viden i form af knowhow.

I aftalens løbetid påtager licenstageren sig forpligtelser i forhold til opfindelsen, der inkluderer en pligt til at udnytte licensen til at producere, bruge, markedsføre og sælge produkter, hvori opfindelsen udnyttes. En sådan pligt er en sikkerhed for licensgiver, så denne sikrer at opfindelsen

¹⁹ Bilag 6

bliver nyttiggjort og dermed afføder en licensafgift der beregnes ud fra gennemført salg. Ligeledes søger licensgiver at sikre kontrol over opfindelsen, ved at pålægge licenstagere en pligt til at orientere om udviklinger og forbedringer på opfindelsen. Alle sådanne videreudviklinger på opfindelsen, tilhører licensgiver medmindre der er tale om en patenterbar videreudvikling, i hvilket tilfælde den nye opfindelse tilhører licenstagere.

Ved aftalens ophør, går alle overdragne rettigheder tilbage til licensgiver. Dette formuleres således:

”Ved kontraktens ophør går de ved nærværende kontrakt fra LG til LT overdragne rettigheder tilbage til LG til vederlagsfri rådighed, tillige med diverse knowhow, forbedringer, prototyper, tegninger m.v. frembragt i kontraktens levetid.”

I lighed med forsknings- og udviklingsaftalen, indeholder denne aftale en pligt for parterne til at hemmeligholde alle informationer der angår opfindelsen, knowhow og andre forretningshemmeligheder den pågældende part kommer i besiddelse af i forbindelse med aftaleforholdet. Dog findes der i denne aftale ikke en bestemmelse om konventionalbod i forbindelse med overtrædelse af hemmeligholdelsesbestemmelsen.

Også denne aftale indeholder en bestemmelse om tvistløsning ved voldgift efter dansk ret og værneting.

Eksempel på hemmeligholdelsesaftale²⁰

Hemmeligholdelsesaftalen, som den er eksemplificeret her, angår en aftale mellem en opfinder og en modtager af følsom information. Aftalen beskriver først, hvilken information der er tale om, ved en opstilling af den udleverede fysisk manifesterede information. Dernæst konstateres en pligt for modtageren til at behandle den modtagne information på en måde så den forbliver utilgængelig for uvedkommende. Modtageren forpligter sig derudover til kun at benytte informationen som forudsat.

Aftalen indeholder en ret for opfinderen til, til enhver tid, at kunne kræve informationen tilbageleveret med udgangspunkt i den opstilling af udleveret information, parterne har foretaget.

²⁰ Bilag 7

Pligten til hemmeligholdelse har ikke en slutdato og modtageren af informationen er erstatningspligtig overfor opfinderen for det tab opfinderen måtte lide som en følge af brud på aftalen.

Denne aftale finder værneting ved domstolen i opfinderens hjemland og efter dette lands love. I modsætning til de ovenfor gennemgåede aftaler, er der dermed ikke en voldgiftsklausul.

Aftaleeksempler fra ”Licensing Technology”²¹

Bogen Licensing Technology indeholder som bilag, en række forskellige aftaleeksempler der belyser de forskellige situationer, hvor der sker en udveksling af immaterielle rettigheder. Aftaleeksemplerne breder sig over et bredt spektrum af brancher, teknologier og omfang, men kan på afgørende punkter give et indblik i hvilke mekanismer der benyttes i denne type aftaler.

*Licensing agreement Herpes Virus*²²

Denne aftale er en eksklusiv global licens til at udvikle, producere og sælge produkter til behandling af herpes virus. Også i denne type aftale omfatter knowhow begrebet alle de tekniske informationer, licensgiver ejer eller er i besiddelse af, hvilket vil sige både patentrettigheder og forretningshemmeligheder som knowhow, der knytter sig til den aktuelle licens.

Af særlig interesse i denne aftale er hemmeligholdelsesbestemmelsen, der ligeledes forpligter parterne til at hemmeligholde al udvekslet information, også efter licensens udløb. Hemmeligholdelsespligten indeholder ligeledes en pligt til udelukkende at benytte den licenserede teknologi til formålet angivet i den pågældende aftale. Dette medfører dermed ikke blot en pligt for licenstageren til at hemmeligholde informationen overfor tredjemand, men også til ikke at benytte den udleverede viden til andet end det licenserede formål.

*Exclusive patent licensing agreement*²³

Aftalen er en eksklusiv licens mellem en forskningsenhed og en pharmavirksomhed, indgået med henblik på kommerciel udnyttelse af en patentrettighed. Da der her kun er tale om en kommerciel part, er licensgivers fokus rettet mod at sikre en effektiv udnyttelse af patentet, mod royaltybetaling og ellers ikke have nogen videre andel i udviklingen af produktet. Af denne årsag omhandler aftalen

²¹ Licensing technology

²² Bilag 8

²³ Bilag 9

en pligt for licenstageren til at yde sit bedste (best endeavours) for at udvikle og markedsføre produkter skabt med baggrund i patentet og derefter betale royalty til licensgiver. Omvendt er der ingen hemmeligholdesklausul eller andre restriktioner i anvendelsen af patentet.

Håndbog og vejledninger fra teknologoverførselsenheder angående forskningssamarbejder

*TECTRA*²⁴

Håndbogen er en vejledning til det videnskabelige personale i Region Hovedstaden. Det er en udførlig oversigt over alle de forskellige former for aftaler, der kan blive aktuelle i forbindelse med forskning indenfor medicin. Under dette findes en kort vejledning i forbindelse med indgåelsen af samarbejdsaftaler, der her defineres som en aftale mellem to eller flere parter om gennemførelse af et projekt om forskning og udvikling. Samarbejdsaftaler som behandlet i håndbogen har det sigte at vejlede forskergrupper i forbindelse med indgåelsen af aftaler med private virksomheder.

Afsnittet om samarbejdsaftaler handler i høj grad om, hvilken viden der skydes ind i samarbejdet og hvordan ny viden, der udspringer af samarbejdet, skal behandles. Behandlingen af den viden, der skydes ind i samarbejdet anbefales behandlet således:

*”Da der i et samarbejde forekommer en omfattende udveksling af viden mellem parterne, er det vigtigt, at der i aftalen foretages en nøje specifikation af den viden, parterne hver især bidrager med i projektet. Foretages en sådan afgrænsning ikke, kan der på et senere tidspunkt i projektet opstå en konflikt mellem parterne om retten til den viden, som forelå før projektets påbegyndelse.”*²⁵

Angående fremkomsten af ny viden, bliver det fastslået, at viden der er fremkommet af parternes fælles indsats, tilkommer parterne i fællesskab. Dette modereres i tilfælde, hvor det fastslås at den ene af parterne har bidraget væsentligt mere til projektet end den anden part og derfor har krav på en større andel af rettighederne.

Karakteristisk af samarbejdsaftaler i biotek

Indtil nu har der været anvendt en definition på samarbejdsaftalen der beskriver samarbejdsaftalen som et aftaleforhold, hvor der sker en gensidig udveksling af informationsydelser over en længere

²⁴ Håndbog om forskningskontrakter og opfindelser, Region Hovedstaden, juni 2008.

²⁵ Håndbogen s. 35.

årrække med det formål at frembringe ny kommercialiserbar viden. Denne definition har gjort det muligt at foretage analyserne i kapitel 2 og 3. For at skabe et mere dækkende billede af anvendelsen af samarbejdsaftalerne med henblik på den videre analyse af mulighederne for at skabe mere effiente aftaler, der følger i det kommende kapitel, er det nødvendigt at nuancere den oprindelige definition.

Af det ovenfor gennemgåede materiale kan det for det første konstateres, at den indledende definition kan bekræftes. Således viser det gennemgåede materiale, at der er tale om aftaler med en lang varighed på op imod 20 år. Der findes mange aftaler, hvor der sker en gensidig udveksling af forskningsydelse og i nogle tilfælde formuleres det eksplicit, at der er tale om aftaler der indgås med henblik på sammen at frembringe ny viden²⁶. Spørgeskemaundersøgelsen viser, at flere respondenter har indgået flere af denne type aftaler, alt afhængigt af formålet. Af besvarelsen hos en respondent fremgår det, at der kan finde en del sammenblanding sted for så vidt angår den konciperingsmæssige indgangsvinkel til aftalen. Dette kan have den konsekvens, at defensivt orienterede og muligvis lettere rigide bestemmelser, udarbejdet med henblik på beskyttelsen af aktørens immaterielle rettigheder, finder vej til samarbejdsaftaler der i højere grad skal understøtte en positiv udveksling af viden.

Den ovenstående sammenblanding kan konstateres i materialet, idet bestemmelser om hemmeligholdelse og opsigelse går igen i alle typer af aftaler og der på nær eksemplet på forsknings- og udviklingsaftale fra EBST (bilag 5), sker en afgrænsning af den indskudte knowhow. Det kan også konstateres, at der er en meget begrænset adgang til genforhandling ud fra en bestemmelse i aftalen. Spørgeskemaet afslørede forskellige erfaringer, mens intet af det øvrige materiale viste brugen af sådanne bestemmelser. I stedet er der flere eksempler på opsigelsesbestemmelser enten på baggrund af særlige indtrufne omstændigheder eller uden særligt angivet anledning. Dette indikerer, at opsigelsesmuligheden kan bruges til at fremtvinge en genforhandling af aftalen, selvom der ikke som udgangspunkt er lagt op til brugen af denne mekanisme, som det eksempelvis kan ses i citatet ovenfor s. 45.

Af respondenterne på spørgeskemaet og forsknings- og udviklingsaftalen, fremgår det, at der ofte bliver aftalt generelle investeringer i materialer til understøttelse af forskningen. Dette viser, at

²⁶ Dette kan eksempelvis læses af Tectras vejledning.

selve informationsydelsen som den gensidige investering, sjældent står alene, men altså bliver akkompagneret af mere strukturelle ydelser til understøttelse af transaktionen.

Til sidst kan det konkluderes, at der i de fleste aftaler findes en konfliktløsningsklausul, der medfører, at eventuelle tvister bliver løst ved voldgift og ikke ved domstolene.

Sammenfattende kan det dermed konstateres, at der udover den indledende definition på samarbejdsaftalerne, er følgende kendetegn der går igen i denne type aftaler. For det første kan det konstateres, at der på trods af, at aftalerne bliver konciperet med lang varighed, ikke aftales en bred adgang til at ændre aftalen i løbet af aftaleperioden. Hovedreglen må derfor formodes at være, at der ikke sker løbende ændringer i aftalen, medmindre dette sker ved gensidig enighed mellem parterne. Det eneste alternativ der præsenterer sig er dermed den ene parts opsigelse af aftalen.

I flere tilfælde kan det dog også konstateres, at den ensidige opsigelsesadgang ligeledes bliver mindsket, på den måde, at der skal foreligge en række specifikt angivne kvalificerende omstændigheder, før det bliver muligt at opsiges aftalen, eksempelvis i form af svigtende resultater. Ligeledes forekommer der tilfælde, hvor det er forbundet med en vidtgående afgivelse af rettigheder at udtræde af aftalen, da den indskudte viden bliver hos den anden part, hvis denne beslutter at fortsætte udviklingen for sig selv eller i samarbejde med tredjemand.

I andre tilfælde findes bestemmelser om, at der i tilfælde af den ene parts opsigelse eller aftalens ophør i sin helhed, skal ske en tilbagelevering af den leverede ydelse. Dette være sig anvendelsesrettigheder til patenter, tekniske tegninger eller anden fysisk manifesteret information. Det må sagens natur være umuligt at tilbagelevere informationsydelser der ikke er fysisk manifesteret, hvorfor dette må anses som værende spredt og også som modtagers aktiv.

Til dels med det formål at håndtere den del af de udleverede ydelser, der ikke kan tilbageleveres, er der en udbredt brug af hemmeligholdelsesklausuler, der pålægger modtageren at hemmeligholde al information, også efter hovedaftalens ophør. I flere tilfælde angår denne forpligtelse også modtagerens egen anvendelse af den erhvervede viden. Overtrædelse af denne type bestemmelse er enten erstatning for det lidte tab, eller vedtagelsen af en konventionalbod.

Hensynet til den fælles udvikling af ny kommercialiserbar viden søges i flere tilfælde sikret ved formuleringen af en bestemmelse der forpligter parterne til at udnytte den leverede viden efter bedste evne. Som før beskrevet indeholder flere aftaler også bestemmelser der fritager en aftalepart

fra sine forpligtelser, hvis resultaterne af den fælles udvikling ikke afføder de ønskede resultater. Omvendt findes der ikke bestemmelser, der håndterer situationen, hvor den ene parts ydelse ikke besidder de egenskaber, den anden aftalepart havde en forventning om.

Generelt kan det konstateres, at der er indikationer på, at der sker en meget omfattende styring af hvilken viden parterne leverer til samarbejdet, og der som hovedregel efterfølgende sker en deling af den nye viden der udspringer af samarbejdet. Denne hovedregel kan tilsyneladende fraviges i de tilfælde, hvor der konstateres en væsentlig skævhed i værdien af parternes leverede ydelser.

Opstår der en tvist i forhold til disse samarbejdsaftaler, løses disse som regel ved alternativ konfliktløsning i form af voldgift og/eller mediation, med den konsekvens, at disse konflikter sjældent bliver offentligt kendt.

Håndtering af opportunistisk adfærd

I kapitel 2 blev der foretaget en analyse af samarbejdsaftalen, ved anvendelse af Williamsons hostage model. Ved at anskue aftalen som en bilateral hostage model afslørede det, at aftaletypen som udgangspunkt efterligner den horisontale integration, i det der sker en symmetrisk investering i specialiserede aktiver. Som det ligeledes blev afdækket i det pågældende kapitel, opstår der dog en risiko for opportunistisk adfærd grundet ex post asymmetri i de leverede ydelser. Nærværende kapitel har derefter sigtet efter at udvide forståelsen af samarbejdsaftalen, ved først at nuancere den indledende definition af samarbejdsaftalen, der især har givet et indblik i, hvordan parterne håndterer udleveringen af viden og håndtering af ændrede forhold i aftaleperioden.

Som det er beskrevet i kapitel 2, findes der de to typer af opportunistisk adfærd i form af hold-up og ekspropriation, der indeholder det problem, at løsningsmodellerne i forhold til at undgå dem, peger i hver sin retning. Således er løsningen på hold-up at aktørerne undgår muligheden for genforhandling af aftalen, mens risikoen for ekspropriation mindskes ved at aftale vide muligheder for genforhandling. I kapitel 2 bliver begrebet ”forventet investeringsasymmetri” introduceret som en mulig inefficiens i samarbejdsaftaler, grundet den risikoaverse aktørs frygt for opportunistisk adfærd. Men er denne problemstilling en reel risiko for aktørerne i branchen, således at de har et fokus på at sikre imod opportunistisk adfærd, og hvordan håndteres disse modsatrettede typer af opportunistisk adfærd?

Gennemgangen i dette kapitel indikerer, at aktørerne er opmærksomme på denne risiko og forsøger at modvirke den opportunistiske adfærd på følgende måder. For det første sørger parterne for, i løbet af den indledende forhandling, at undersøge modpartens omdømme i branchen og de teknologiske forudsætninger denne har for at indgå den pågældende aftale. En sådan screening kan tjene det formål at sikre, at den anden aftalepart er seriøs og besidder de evner, der vil gøre det muligt at udvikle ny kommercialiserbar viden af høj kvalitet. Derefter sker det i flere tilfælde, at parterne foretager en nøje afgrænsning af den knowhow der skydes ind i samarbejdet. En sådan afgrænsning kan tolkes i retning af, at aktørerne på denne måde forsøger at sikre sig imod ekspropriation ved at minimere hvor meget knowhow, de risikerer at miste ved at samarbejde.

Aftalerne konciperes tilsyneladende som hovedregel ikke med en mulighed for at genforhandle aftalerne og kun i nogle tilfælde med en mulighed for at opsige aftalerne uden dette vil have vidtgående konsekvenser for den opsigende part. En sådan regulering, der ikke tillader mange løbende ændringer i aftaleforholdet medmindre der er en gensidig enighed om dette, antyder at det er hold-up risikoen der er størst fokus på at undgå i løbet af aftaleforholdet.

Der er dermed tegn på, at aktørerne er opmærksomme på risikoen for opportunistisk adfærd og forsøger at modvirke dette. Det kan tilmed konstateres, at der er størst fokus på at modvirke ekspropriation inden aftaleindgåelsen, hvorefter fokus skifter til at modvirke hold-up risikoen i løbet af aftaleforholdet.

Kildekritik

Det ovenfor gennemgåede materiale er tilvejebragt med henblik på at give et mere nuanceret billede af samarbejdsaftaler inden for biotek branchen og belyse aktørernes forhold til de problemstillinger der er afdækket i de foregående kapitler. Det er vigtigt at understrege, at der er tale om et meget spinkelt materialegrundlag, da det ikke har været muligt at indsamle mere relevant information, eksempelvis i form af standardaftaler fra andre kilder i branchen. Derfor kan der ikke drages nogen repræsentativt dækkende konklusioner på den empiriske undersøgelse. I stedet kan det gennemgåede materiale anses som indikationer på aktørernes ageren i branchen, der tjener det formål at give et indblik i, hvordan samarbejdsaftaler forhandles.

Materialet er, ud over det udarbejdede spørgeskema, fundet ved søgninger i litteratur og på internettet. Som det vil kunne konstateres, omfatter kilderne Erhvervs- og Byggestyrelsen, flere teknologioverførselsenheder og eksempler fra bogen *Licensing Technology*. Disse kilder giver

dermed eksempler fra flere forskellige brancheaktører og flere nationaliteter, hvor det igen dog skal påpeges at omfanget af materialet ikke kan give et repræsentativt billede.

Kapitel 5

Hvordan kan samarbejdsaftalen optimeres ved brug af relationel governance og hvordan kan dette blive inkorporeret i aftalen?

I de foregående kapitler, har Williamsons bilaterale hostagemodel (kapitel 2) vist sig at være en god model til at beskrive samarbejdsaftalen som en governancestruktur, hvor aktørernes incitamenter ensrettes til optimering af et fælles nettoudbytte. Modellen har derefter afsløret, hvordan der opstår ex post investeringsasymmetri, der medfører inefficent adfærd grundet frygten for opportunistisk adfærd, når der sker en forrykning i værdien af aktørernes specialiserede investeringer. Den juridiske analyse har derefter kortlagt gældende ret mellem parterne i forbindelse med en efterfølgende ændring i grundlaget for aftalen (kapitel 3). Her har det vist sig, at beskyttelsen af parternes informationsydelser begrænser sig til de situationer, hvor der kan påvises et konkret objektivt konstaterbart retsmisbrug. Empirien er derefter blevet brugt til at udbygge den indledende definition på samarbejdsaftalen, der har været anvendt til at skabe et fælles udgangspunkt for de indledende deskriptive analyser.

Problemstilling

Konklusionerne fra de foregående kapitler leder tilsammen til udledningen af følgende iagttagelser, der skaber baggrunden for den videre normative tilgang til samarbejdsaftalen der til sidst vil lede til et forslag til en anderledes tilgang til samarbejdsaftalen. Forhåbningen er, at dette kan være med til at skabe aftaler der nedbringer risikoen for opportunistisk adfærd i forbindelse med ex post investeringsasymmetri.

Som beskrevet i kapitel 2, er samarbejdsaftalen karakteriseret ved at være en governancestruktur, hvor der sker en gensidig udveksling af specialiserede investeringer i form af viden. Denne udveksling forener parternes nettoudbytte og skaber dermed incitament for parterne til at binde sig til hinanden i et gensidigt afhængighedsforhold. Denne form for gensidig udveksling sikrer en fælles aftaleoptimering der efterligner den fulde integration. Den aftaleoptimerende funktion hviler

dog på den præmis, at parternes investeringer har den samme størrelse og at ligevægten holdes konstant gennem hele samarbejdet. Indtræffer der derimod forhold ex post, der skaber en uligevægt i værdien af parternes investeringer, risikerer parterne at der opstår en investeringsasymmetri der kan åbne for opportunistisk adfærd enten i form af hold-up eller ekspropriering af modpartens specialiserede aktiver. Denne situation er efterfølgende blevet behandlet i en juridisk analyse i kapitel 3, hvor der er blevet fokuseret på risikoen for informationsydelsen i forbindelse med en sådan efterfølgende ændring i ligevægten for parternes ydelser. Konklusionen på det kapitel er, at gældende ret ved en ændring i grundlaget for aftalen betyder, at der ikke er meget beskyttelse af de præsterede informationsydelser i forbindelse med uenighed om et genforhandlingskrav.

Kapitel 4 pegede på eksistensen af to sikringsværktøjer når det handler om at indgå aftaler der nedbringer risikoen for opportunistisk adfærd, som en konsekvens af ex post investeringsasymmetri. Dette omfatter:

1. Aktørerne sikrer sig at den anden part har et godt omdømme og sine teknologiske forudsætninger i orden, samt afgrænser den udleverede viden så aktiverne beskyttes mest muligt og risikoen nedbringes i forbindelse med opportunistisk adfærd.
2. Aktørerne koncipierer aftaler der indeholder en ex post aftalehåndtering, med begrænset adgang til genforhandling, vidtgående konsekvenser i forbindelse med misligholdelse, og en udnyttelsespligt i de underliggende licenser.

Disse to typer af sikringsværktøjer, der for den førstes vedkommende omhandler en ex ante kontraktgovernance og for den andens vedkommende omhandler håndteringen af parternes adfærd ex post, viser tegn på, at der fokuseres på bevaringen af et højt sikkerhedsniveau for aktørens egne aktiver ved at begrænse udvekslingen af viden, hvilket sikrer mod især hold-up problemstillingen, og en sikring mod anvendelsen af ex post aftaleregulering, der kan afholde parterne fra at kræve en genforhandling af aftalen med baggrund i den binding der er sket mellem parterne som en konsekvens af de skabte rents efter den fundamentale transformation. Gennemgangen i de foregående kapitler har dermed vist tegn på, at aktørerne handler ud fra det udgangspunkt, at der er en stor risiko forbundet med indgåelsen af samarbejdsaftaler, hvilket kan konstateres at være grundet frygten for opportunistisk adfærd som en konsekvens af ex post investeringsasymmetri, der ikke kan sikres imod ved hjælp af juridiske værktøjer. Målet med nærværende kapitel er dermed at

finde frem til mekanismer, der kan nedbringe den opfattede risiko ved investering i samarbejdsaftaler om udvikling af ny kommercialiserbar viden.

Længerevarende kontrakter vs. Relationelle kontrakter

Samarbejdsaftalerne som analysen i kapitel 4 kom frem til, med fokus på en afgrænsning af investeringen ex ante og en minimering af adgangen til at foretage ændringer ex post, bærer præg af at være længerevarende kontrakter uden relationelle aspekter. Morten Hviid beskriver den længerevarende kontrakt som en aftale, hvor aktørerne er fuldt informerede og alle variabler med relevans for aftalen kan behandles ex ante, hvorefter den er ex ante efficient. Dette udelukker ikke, at der kan opstå uforudsete begivenheder, der gør den inefficent ex post, som en konsekvens af asymmetrisk information eller ændrede forhold, der nødvendiggør en genforhandling af aftalen, men det gør det muligt at forudse, at det pågældende forhold kan indtræffe hvorefter det bliver muligt at regulere kontrakten efter det.

Det afgørende for den længerevarende aftale i modsætning til den relationelle aftale, er formodningen om, at alle spørgsmål der måtte opstå i aftalens levetid kan løses ved anvendelse af bestemmelser forhandlet ex ante. På denne måde bliver aftalens opfyldelse et spørgsmål om parternes vilje til at opfylde aftalen på det grundlag der er udstukket ex ante. I samme tråd indeholder den længerevarende kontrakt, som her beskrevet, en formodning om, at parterne kun er interesserede i at overholde aftalen så længe der ikke findes alternative aftaler, der kan sikre et højere nettoudbytte. I så fald vil parten bryde aftalen og betale erstatning for bruddet, hvis omkostningerne forbundet med dette er lavere end nytten af et skifte til en aftale med en anden aktør. En forudsætning for denne anvendelse af de længerevarende kontrakter, er en formodning om, at det juridiske system uden omkostninger kan håndhæve kontrakterne eller pådømme erstatninger for kontraktbrud. En sådan angivelse af den juridiske retshåndhævelses betydning for anvendelsen af kontrakter, benævnes *legal centralism* (Williamson 1985 s. 164).

Ved anvendelsen af denne type kontrakter på samarbejdsaftalerne, bliver der dermed lagt et fokus på at koncipere en aftale, hvor der tages højde for alle mulige udfald ex ante og der ikke åbnes mulighed for ændringer af aftalen ex post, andet end hvad der måtte opstå som en konsekvens af asymmetrisk information eller symmetrisk, men ikke bekræftet information (Hviid). Som vist i kapitel 3 er den teknologiske risiko i forbindelse med udviklingen af ny kommercialiserbar viden ekstrem stor og informationsydelsen, som en specialiseret investering, besidder en række

særprægede karakteristika, der medfører nødvendigheden af en særlig behandling. Dette frembyder den længerevarende kontrakts umiddelbare fokusering på nedbringelse af risikoen for ekspropriering ved en indledende screening og afgrænsning af viden, og derefter en nedbringelse af risikoen for hold-up ved at fjerne adgangen til at ændre aftalen ex post. Dette er dog en skæv prioritering i forhold til det der er det primære mål for samarbejdet, nemlig udvikling af ny kommercialiserbar viden.

Dertil kommer, at analysen i kapitel 2 kom frem til at samarbejdsaftalen som en bilateral hostagemodel er en effektiv måde at ensrette parternes incitammenter, så længe værdien af parternes specialiserede investeringer er lige store ex post. Dette resultat medfører, at der ikke er et behov for at fokusere på den adfærdsmæssige risiko og det i stedet er vigtigere som udgangspunkt at fokusere på den teknologiske risiko. Det bør dermed være en højere prioritet for aftalen at skabe rammerne for en nedbringelse af den teknologiske risiko, for først derefter at imødekomme den adfærdsmæssige risiko der kan være forbundet med en ex post investeringsasymmetri.

Nedbringelsen af den teknologiske risiko sker ved at fokusere på en bred udveksling af viden, (Pisano 2006, s. 180) og tæt ex post kontakt mellem parterne med det formål hele tiden at tilpasse og optimere samarbejdet i forhold til de muligheder og udfordringer der opstår i løbet af den lange proces det er at udvikle ny kommercialiserbar viden (Hviid).

En nedbringelse af den teknologiske risiko, baseret på en friere udveksling af viden og en løbende tilpasning af aftalen, peger på, at mekanismer fra de relationelle kontrakter er nøglen i forhold til at skabe aftaler der i højere grad kan være drivere for skabelsen af ny kommercialiserbar viden. I stedet for at forsøge at koncipere komplekse formelle aftaler med det formål ex ante at regulere parternes forpligtelser og rettigheder i forbindelse med forskellige begivenheders indtræden ex post, vil det være forbundet med langt lavere omkostninger at opbygge en social relation mellem parterne, der tilskynder parterne til at finde fælles løsninger på de problemer der måtte indtræffe i aftalens levetid (Poppo og Zenger). Nøglen i denne henseende er således at opbygge en social relation bygget på tillid (Morgan og Hunt), hvorefter parterne udfylder samarbejdsrelationen løbende i stedet for at støtte sig op af indholdet i en ex ante forhandlet kontrakt.

Den relationelle governance bygger på forståelsen af, at der kan opstå aftalereationer, hvor det er umuligt for den bundet rationelle aktør uden komplet information, at fastslå parternes forpligtelser i forbindelse med begivenheder indtruffet ex post (Hviid). Derfor er det mere efficient at udfylde

aftalen efterfølgende af aktørerne, der er opportunistiske i kernen, men har et incitament i at samarbejde grundet den skade til aktørens omdømme, en afvigelse vil skabe (Klein) (Williamson 1985) (Hviid). For aftaler hvor der sker en gensidig udveksling af specialiserede aktiver, accentueres den relationelle governance yderligere, da de gensidige hostages sikrer at parterne ikke har incitament til at handle opportunistisk, i situationer der ellers ville kunne lede til hold-up grundet den manglende regulering af parternes forpligtelser ex post.

Det der i stedet sikrer parternes incitament til at overholde aftalerne og samarbejde om opfyldelsen, er den selvregulerende effekt der opstår i aftalerne, som en følge af parternes binding til hinanden som en konsekvens af specialiserede investeringer i samarbejdet (Williamson 1985 og 1993) og effekten af muligheden for den afvigende aktør kan blive straffet for den opportunistiske adfærd i fremtiden grundet den skade der sker på den pågældendes omdømme (Hviid). Denne sidste kilde til adfærd der fremmer samarbejde, forklares ved hjælp af Folk teoremet, der forklarer effekten af de gentagne spil på aktørernes villighed til at samarbejde. De gentagne spil betyder, at parternes interaktioner ses som en række af spil, hvor det er muligt for aktørerne at straffe hinanden i fremtidige spil, hvis den ene forfalder til opportunistisk adfærd. En forudsætning for denne tilgang er, at parternes handlinger er observerbare og at strafsanktionerne er troværdige. Er disse forudsætninger til stede, vil aktørerne have incitament til at samarbejde og over tid finde frem til måder hvorpå der kan findes et bedre udfald af samarbejdet end enkeltperiodespil (Hviid).

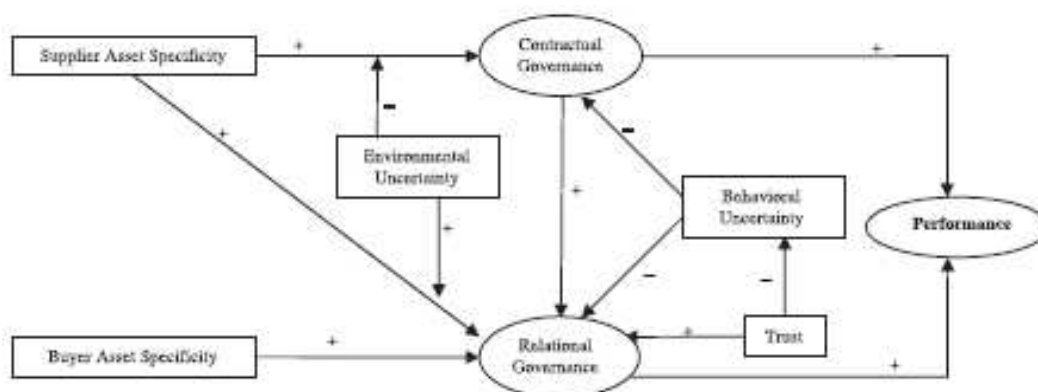
Klein afgrænser det selvregulerende indhold i aftalerne til at være det område, hvor aktørens nettoudbytte ved at handle opportunistisk er mindre end den sanktionsmulighed den anden part kan benytte ved denne adfærd. Omvendt betyder det, at en aktør vil handle opportunistisk i samme øjeblik denne kan realisere et nettoudbytte ved opportunistisk adfærd, der er højere end det forventede nettoudbytte ved at samarbejde, hvilket kan ske ved en ex post ændring i værdien af de specialiserede investeringer. Overført til samarbejdsaftalen betyder det, at aktørerne vil samarbejde om udvikling af ny kommercialiserbar viden, så længe den enkelte aktør ikke kan realisere et større nettoudbytte ved enten at ekspropriere den anden aktørs viden eller skabe hold-up og kræve en ændring i aftalen, hvorpå denne kan sikre sig en større andel af rettigheder over ny udviklet viden.

Denne angivelse af det selvregulerende aspekt i aftalerne, passer med hostagemodellen som gennemgået i kapitel 2, da denne ligeledes forudsætter en symmetri i de bilaterale specialiserede investeringer. Som det ligeledes er konkluderet i kapitel 2, er det netop tilstanden af ex post investeringsasymmetri, der åbner for en risiko for opportunistisk adfærd. Kleins afgrænsning

klarlægger dermed, at det i denne situations indtræden bliver et spørgsmål om, hvilke sanktionsmuligheder den anden aktør er i besiddelse af, der afgør hvorvidt aktøren vil handle opportunistisk.

Aktørforudsætningen for denne tilgang til de selvregulerende aftaler er, at aktørerne er fuldt opportunistiske i deres kerne og handler bundet rationelt. Dette medfører, at parterne kun vil samarbejde og overholde aftalen og blive inden for samarbejdet så længe dette medfører det højeste nettoudbytte. Denne forudsætning skaber dog den konkrete problemstilling i forhold til samarbejdsaftaler inden for biotek, at det skal være muligt for den enkelte aktør at vurdere hvilket forventet nettoudbytte der er ved henholdsvis at afvige og blive i samarbejdet. Som det er beskrevet, indeholder aftaler om udvikling af ny kommercialiserbar viden dog den problemstilling, at det er ekstremt svært at fastsætte et endeligt nettoudbytte af samarbejdet, før man er langt inde i aftaleforløbet. Dette betyder, at det er forbundet med stor usikkerhed for aktøren at vælge hvorvidt denne skal handle opportunistisk, da den tilgængelige information er forbundet med stor usikkerhed. Hvad der ydermere skaber problemer i forhold til denne anskuelse er, at parterne ved netop at forvente ex post investeringsasymmetri kan beskytte sig ved at begrænse udleveret viden og afskære parterne fra muligheden for en optimal udnyttelse af kontrakten, hvilket mindsker det forventede nettoudbytte af aftalen. Regulering af aftalen, der forsøger at hindre asymmetri i investeringerne, kan derfor gå hen netop og blive det der fremmer opportunistisk adfærd. I erkendelsen af, at det ikke er muligt eksakt t forudsige nettoudbyttet af samarbejdet, bør der derfor benyttes en anden tilgang til aftalen, der lægger vægt på at skabe en forhold mellem parterne der højner incitamentet til samarbejde og dermed giver de bedste muligheder for udviklingen af ny kommercialiserbar viden der igen maksimerer det mulige nettoudbytte i samarbejdet.

Opmærksomheden skal derfor centreres omkring at skabe aftaler, der maksimerer muligheden for at samarbejdet i sidste ende resulterer i udviklingen af ny kommercialiserbar viden, og derved højner det mulige nettoudbytte, uden der opstår en tilskyndelse til at handle opportunistisk. I en længere årrække blev der i litteraturen enten fokuseret på kontraktgovernance eller relationel governance som et svar på denne problemstilling (Poppo og Zenger). Blandt andre Poppo og Zenger samt Vandaele m.fl., har peget på at løsningen i situationer med høj teknologisk risiko og højt specialiserede aktiver er en kombination af kontraktgovernance og relationel governance.



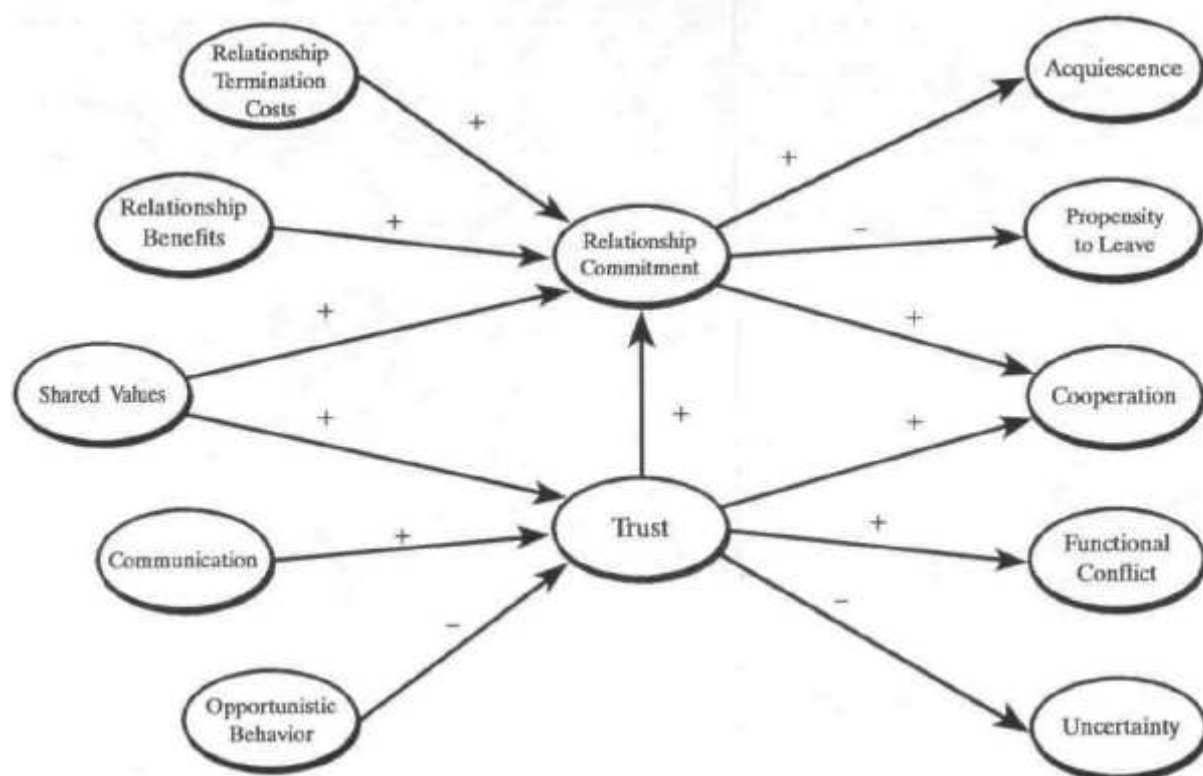
Figur 1. Sammenhængen mellem aktivspecifitet og performance. Fra *How to govern business services exchanges: contractual and relational issues*, Vandaele m.fl. 2007.

Ovenstående model viser, hvordan der eksisterer et samspil mellem kontraktgovernance og relationel governance, der afhænger af parternes aktivspecifitet samt de teknologiske og adfærdsmæssige risici forbundet med den givne transaktion. Det er forsøgt illustreret hvordan en positiv indvirkning fra de forskellige faktorer, der peger på en komplementaritet mellem styring ved hjælp af kontraktvilkår og en etablering af en relationel forbindelse med parterne, i sidste ende leder til en optimal udnyttelse af samarbejdet. Fundamentet for konstateringen af denne sammenhæng stammer fra en konstatering af, at aftaler der indeholder ex ante kontraktgovernancemekanisme, fungerer som et fundament og en forløber for etableringen af relationel forbindelse mellem parterne (Poppo og Zenger) (Griffith og Myers) (Vandaele m.fl.). Når den kontraktuelle governance er etableret til at definere samarbejdet, skal der opstå relationelle mekanismer der efterfølgende udvikler og udvider samarbejdet mellem parterne. I relation til Klein, som gennemgået ovenfor, kan det her ses hvor den kontraktuelle governance bliver etableret som en ex ante mekanisme til at fastlægge det selvregulerende område, hvor parterne har incitament til at samarbejde, mens det derudover kan ses, at der i aftaler med høj aktivspecifitet og teknologisk usikkerhed også bliver etableret en ex post relationel governancefunktion. Denne funktion modvirker den manglende information og begrænsede rationalitet, idet parterne får et incitament til at blive i samarbejdet og beskytte de specialiserede investeringer (Vandaele m.fl.).

Figur 1 illustrerer ydermere hvordan den teknologiske risiko og den adfærdsmæssige risiko spiller ind ved indgåelsen af aftalerne. For samarbejdsaftalerne betyder den teknologiske risiko som beskrevet ovenfor, at der er et udtalt behov for at skabe aftaler der indeholder relationel governance,

så parterne bliver gjort i stand til at udfylde aftalen og korrigere for den mangel på information ex ante, det uforudsigelige teknologiske landskab indeholder. Den adfærdsmæssige risiko i forbindelse med disse aftaler relaterer sig til problemer i forhold til at kunne monitorere den anden parts indsats i aftaleforholdet. I samarbejdsaftalens kontekst, er den adfærdsmæssige usikkerhed knyttet til risikoen for opportunistisk adfærd i form af ekspropriation og hold-up, når der sker en gensidig udveksling af højt specialiseret viden. Denne adfærdsmæssige risiko, der knytter sig til den opportunistiske aktør, som beskrevet ovenfor ved Klein, skal dermed nedbringes ved hjælp af den relationelle governance, der tilskynder parterne til at samarbejde om at maksimere nettoudbytte. For at dette samarbejde kan lade sig gøre, indføres begrebet tillid, som en vigtig faktor i forhold til at nedbringe den adfærdsmæssige risiko. Er tillid ikke til stede, vil det ikke være muligt at skabe et klima af samarbejde mellem parterne. Tillids positive indflydelse på udfaldet af samarbejdsaftaler der blandt andre er blevet påvist af, Joshi og Stump, Morgan og Hunt samt Johnston mfl., bliver behandlet nærmere nedenfor.

Tillids indvirkning på samarbejdsaftalerne, skal findes i at den fungerer som en mekanisme der har en positiv indvirkning på parternes engagement i aftalen og dermed leder dem til i højere grad at samarbejde om løsningen af de problemstillinger den høje grad af teknologisk usikkerhed frembyder. Denne mekanisme kan ses i figur 2, hvor tillid placeres centralt som en katalysator for parternes engagement i aftalen. Figurens venstre side viser de faktorer der er med til at skabe eller mindske tillid og engagement i aftalerne, mens den højre side viser betydningen for samarbejdet, efter disse faktorer er blevet katalyseret af eksistensen af tillid og engagement. Figuren illustrerer dermed hvordan tilstedeværelsen af tillid, båret frem af kommunikation og fælles værdier, men uden den negative påvirkning fra opportunistisk adfærd, kan lede til at parternes engagement bliver større, parterne finder konstruktive og positive udfald på konflikter og samarbejdet bliver større. Uden tillid viser modellen, at parternes engagement i aftalen udelukkende bliver afhængigt af en vurdering af fordele og ulemper ved at blive i aftalen og eksistensen af fælles værdier. Resultatet bliver derefter, at parterne vil være føjelige og vil samarbejde, men kun så længe det kan betale sig at blive, og der vil ikke være en konstruktiv dialog til løsning af de problemstillinger der opstår.



Figur 2 viser hvordan tillid har en afgørende indflydelse på parternes engagement og dermed den videre mulighed for at skabe værdi i samarbejdet. Fra Morgan og Hunt (1994).

I det følgende vil begrebet tillid blive forklaret som et begreb i forhold til transaktionsomkostningsteorien og bragt i anvendelse på samarbejdsaftaler inden for biotek.

Tillid

Anderson og Narus definerer begrebet tillid som en aktørs tro på, at den anden part vil udføre handlinger der vil resultere i et positivt udfald for aktøren og ikke træffe uventede beslutninger, der medfører et negativt udfald for aktøren, mens Noorderhaven vælger at beskrive tillid, i relation til risikoen for opportuniste, som en aktørs villighed til at engagere sig i transaktionen i fraværet af tilstrækkelige sikringsmekanismer. Om end disse to definitioner som udgangspunkt lægger vægten forskelligt, ved henholdsvis at fokusere på en vurdering af modpartens motiver og en vurdering af den kalkulerede risiko i forhold til at engagere sig i aftaleforholdet, indeholder de en fælles egenskab i form af en erkendelse af, at det ikke er muligt at opbygge en stærk samarbejdsrelation ved anvendelse af governancemekanismer der udelukkende hviler på en gensidig afhængighedsrelation. I stedet bruges tillid som en forklaring på, hvordan parterne kan foranlediges

til at påtage sig en større risiko i samarbejdet, ved at de engagerer sig mere og samarbejder om løsningen af problemstillinger, eksempelvis i forhold til uforudsete teknologiske ændringer, i stedet for at handle kortsigtet opportunistisk.

Tillid som et begreb i den transaktionsomkostningsbaserede analyse bunder i en opfattelse af kontrakten som en hybrid, med høj frekvens, hvor der sker en længere række af udvekslinger af ydelser, hvorefter der skabes en kontinuitet mellem parterne der leder til at aktørerne afholdes fra at handle opportunistisk grundet bevarelsen af den fremtidige relation (Joshi og Stump). Ved at anskue tillid på denne måde, bliver det tydeligt, at anvendelsen af tillid bliver et spørgsmål om, at det forventede nettoudbytte ved at overholde kontrakten er større end det mulige nettoudbytte ved at bryde kontrakten. Williamson (1993), betegner denne type tillid som calculative trust og gør dermed en kalkuleret risikotagen i forhold til at være i samarbejdet, til det centrale omdrejningspunkt for analysen af tillid. Dette synspunkt stemmer ligeledes overens med Klein, der er beskrevet ovenfor s. 58. Det skal bemærkes, at Williamson (1993) ikke benægter eksistensen af det han betegner ”personal trust”, der er en tillid baseret på sociale forhold, hvor den manglende overholdelse af tilliden leder til svigt. Han afviser dog, at denne type tillid kan benyttes i forretningsforhold, og peger i stedet på denne type tillid som reserveret til relationen mellem familiemedlemmer og andre dybt personlige relationer.

Den ovenstående forklaring på tillid som et transaktionsomkostningsteoretisk begreb, hviler tungt på adfærdsforudsætningerne for den retning, der lægger vægt på aktørernes bundne rationalitet og opportunistiske adfærd (Williamson 1985, s. 43-50). Denne opfattelse af aktørerne anfægtes dog af flere forfattere, der ser det som en for simpel forklaring på aktørernes handlemåde i forbindelse med valg af governancemekanismer (Chiles og McMackin) (Joshi og Stump) (Noorderhaven) (Bromiley og Harris).

Forfatterne argumenterer i stedet for, at der skal ske en ændring af aktørforudsætningerne i forhold til at blive i stand til bedre at forklare de mekanismer der betyder, at aktørerne i højere grad er villige til at indgå i hybrid governancemekanismer, hvor det ellers forudsiges, at aktørerne ville søge at foretage en integration. Noorderhaven argumenterer for, at ren opportunistisme som en adfærdsforudsætning skal forlades til fordel for en model, der beskriver aktørerne som havende en kerne der er delt mellem både at være opportunistisk og troværdig. Denne model er baseret på en konstatering af, at der som Williamson (1993) beskriver, findes to typer af tillid, en der betegnes som situational trust (Williamson kalder denne for calculative trust) og en anden der betegnes som

character trust (Williamson kalder denne for personal trust). I modsætning til Williamson mener Noorderhaven, at character trust er en vigtig faktor til forståelsen af aktørernes handlemåde i forretningsforhold, ud fra en indledende konstatering af situational trust er baseret på en risikotagen i forhold til adfærdsriskoen hos modparten ud fra en forventning om oplyst egeninteresse, der er den anden aktørs forståelse for at denne vil være bedst tjent med ikke at handle opportunistisk ud fra et hensyn til omdømme. Denne tillid kan dog ikke forklare hvorfor nogle aktører vælger at følge en strategi baseret på troværdighed og andre lignende aktører ikke gør, samt hvorfor nogle aktører afstår fra at handle opportunistisk selvom der er en gylden mulighed for højt nettoudbytte ved stort nettoudbytte og det i andre situationer er muligt at handle opportunistisk selvom omdømmet ikke vil lide skade.

I samarbejdsaftalens kontekst, kan Noorderhavens argumentation være med til at forklare den beskrevne problemstilling i forhold til samarbejdsaftalen og bidrage til at bryde den onde cirkel der startes af den høje teknologiske risiko. Som det er beskrevet ovenfor s. 58, betegner Klein den selvregulerende dimension i aftalerne som det område indenfor hvilket det stadig er mere givtigt at overholde aftalen end at handle opportunistisk. Problemet med denne synsvinkel, der flugter med Williamsons beskrivelse af tillid som en kalkuleret risikotagen i forhold til forventet nettoudbytte i forretningsforhold er, at der ikke tages hensyn til den store teknologiske risiko, der er forbundet med samarbejdsaftalerne, grundet risikoen for ex post investeringsasymmetri. Det betyder, at det ikke er muligt at foretage en vurdering af nettoudbytte, der er nødvendig for at vide hvornår det afføder det største nettoudbytte at handle opportunistisk. Usikkerheden omkring vurderingen af nettoudbytte leder til en implementering af flere sikringsmekanismer. Det større omfang af sikringsmekanismer leder til en strammere regulering af samarbejdsaftalen, der igen leder til en hindring af den fri udveksling af viden, hvilket igen kan lede til forhøjelse af den teknologiske risiko, og til sidst betyde et fald i vurderingen af mulighederne for et højt nettoudbytte i samarbejdet.

Den onde cirkel, som den er beskrevet her, kan være en forklaring på den indskrænkning af den udleverede viden og en formindsket adgang til at foretage ændringer i aftalen ex post, der er konstateret som en problemstilling i forhold til samarbejdsaftalen. Forudsætningen for en succesfuld implementering af mekanismer i den relationelle governance er, at den onde cirkel brydes. Som det er beskrevet her, gøres det ikke uden implementeringen af tillid som en katalysator og en anerkendelse af, at aktørerne udover opportunisten også indeholder en troværdighedssøgende

kerne, der er drevet af en vilje til at skabe tillid og opretholde relationer (Noorderhaven, 1996). Skabes der tillid mellem parterne, der gør, at de ikke forventer opportunistisk adfærd i forbindelse med ex post investeringsasymmetri, vil de ikke opstille sikringsmekanismer, der begrænser udvekslingen af viden og muligheden for efterfølgende nyttiggørelse af funktionelle konflikter (Morgan og Hunt). Derved bliver den teknologiske risiko nedbragt og der skabes bedre mulighed for en succesfuld udvikling af ny kommercialiserbar viden.

Som beskrevet, er aktørerne stadig til dels drevet af opportunistisme, der viser, at en aktør under givne forhold stadig vil handle opportunistisk. Der må dermed være en interaktion mellem de to dele af aktørens kerne. Noorderhaven beskriver tillidens opståen som en konsekvens af en interaktionsproces mellem aktørerne i transaktionen, baseret på faktorerne: tid, intensitet og risiko. *Character trust* er dermed ikke noget der eksisterer ved starten på aftaleforholdet, men opstår som en konsekvens af interaktionen over tid (Noorderhaven) (Johnston m. fl.) (Claro m.fl.) (Vandaele m.fl.). Den tillid der eksisterer ved aftaleforholdets begyndelse er i stedet det der betegnes som *situational trust*, altså den der relaterer sig til en kalkuleret risikotagen i forhold til den mulige nettoudbytte ved at indgå i samarbejdet.

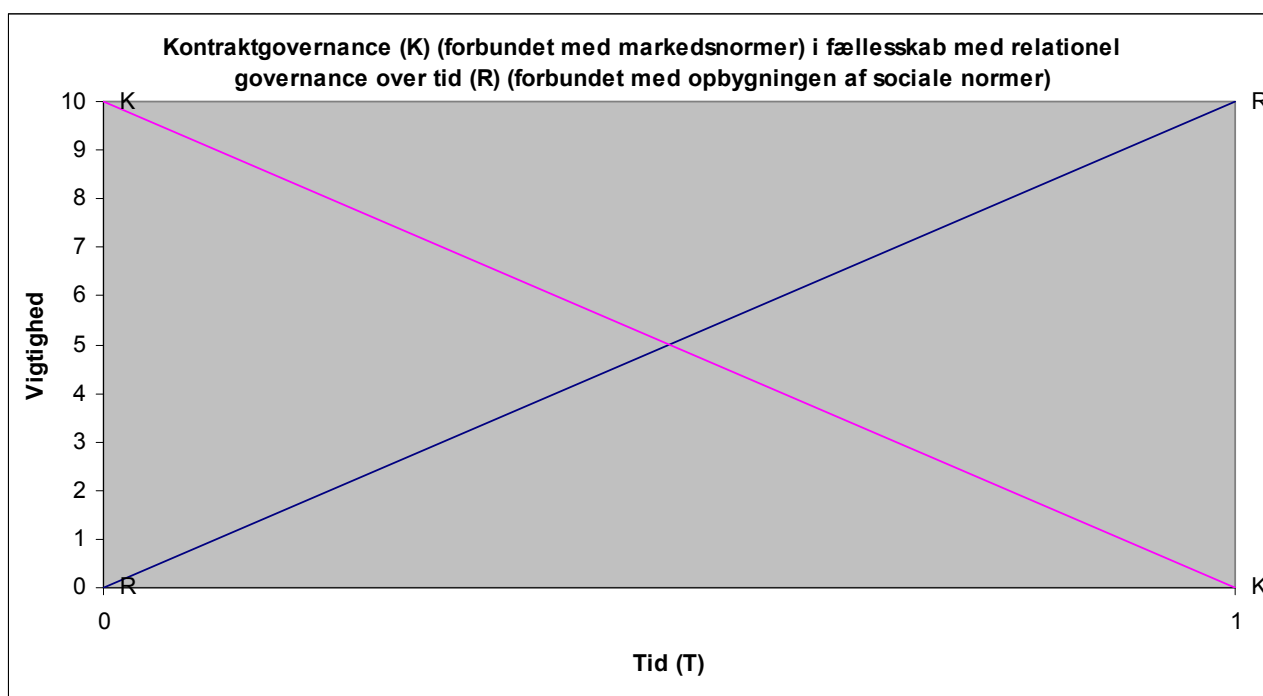
Konsekvensen af dette er, at der sker en ændring af karakteren af tillid over tid, som en følge af den interaktion der sker mellem parterne ex post. Valget af governancemekanismer skal dermed skelne imellem tillid baseret på det gensidige afhængighedsforhold ved starten af samarbejdet, der basalt set består i at styre aktørernes kalkulerede risiko, og etableringen af mekanismer, der kan facilitere en udvikling af stærke relationelle bånd mellem parterne.

Det følgende afsnit vil komme med forslag til, hvordan governancemekanismerne i samarbejdsaftalen kan udvikles således, at de skaber optimale betingelser i forhold til en styring af den opportunistiske adfærd og en opblomstring af et gensidigt tillidsforhold.

Kontraktgovernance forenet med relationel governance – en model for indgåelse af samarbejdsaftaler.

Konstateringen ovenfor af det tidsmæssige aspekt som nøglen til en forståelse af tillidens betydning for samarbejdsaftalen, medfører at governancemekanismer til nedbringelsen af risikoen for opportunistisk adfærd, skal implementeres i forhold til de forskellige stadier af interaktion, parterne bevæger sig igennem i løbet af samarbejdet.

Modellen nedenfor illustrerer hvordan der skal foretages et mix af de to governancemekanismer, kontraktgovernance og relationel governance, alt efter hvilket stadie transaktionen befinder sig på. Den første periode, $T=0$, er i forbindelse med selve indgåelsen af aftalen. Her er der endnu ikke opstået et bånd af tillid mellem parterne og transaktionen er dermed baseret på en fælles forståelse for mulighederne i at samarbejde og en kalkuleret risikotagen i forhold til den anden parts opportunistiske adfærd, Klein (1996). Det essentielle i denne periode er, at forholdet mellem parterne er baseret på markedsnormer, der medfører, at parterne vil vælge at stoppe samarbejdet hvis andre muligheder opstår, der frembyder et højere nettoudbytte. Den anden periode, $T=1$, beskriver forholdet mellem parterne langt inde i samarbejdet, hvor der er sket en længere række udvekslinger af information mellem parterne og der er opstået en social relation mellem parterne. I denne periode har interaktionen medført en mulighed for en opståen af gensidig tillid til modpartens karakter, der gør at parterne vil afholde sig fra at handle kortsigtet opportunistisk som en konsekvens af ex post investeringsasymmetri og i stedet arbejde for at optimere samarbejdet i fællesskab, bl.a. Morgan og Hunt og Ferguson m.fl.



Figur. 3. Modellen viser sammenhængen mellem kontraktgovernance og relationel governance i forhold til vigtighed over tid,

Samarbejdsaftalen skal således indeholde to forskellige governancemekanismer på samme tid. Den skal indeholde kontraktgovernance, der skal fungere som fundamentet for samarbejdet mellem parterne. Denne vil have sin vigtighed i starten af samarbejdet, hvor der ikke er opbygget en social relation mellem parterne. Dernæst skal aftalen indeholde mekanismer fra den relationelle governance, der skal fungere som de mursten der skal bygges ovenpå fundamentet. Over tid skal det dermed lykkes at skabe en overgang fra en indledende relation baseret på markedsnormer til en social relation præget af gensidig tillid og samarbejde, der betyder at de forhandlede bestemmelser i aftalen vil miste sin relevans trin for trin, idet parterne vil søge at løse problemerne i fællesskab uanset hvad der står i aftalen. Opbygningen af de sociale normer i relationen mellem parterne, sikrer ydermere parterne imod problemstillinger i forhold til gentagne spil med en sidste runde, hvor det i prisoner's dilemma spillet viser sig, at aktørerne altid vil handle opportunistisk når slutningen nærmer sig (MacLeod). Etableringen af de sociale normer vil modvirke dette, idet et skifte fra markedsnormer til sociale normer, vil betyde at der vil eksistere en stærk loyalitet mellem parterne der medfører et ønske om at skabe de bedste betingelser for begge parter (Ariely, s. 83). Således vil der ske en markant nedsættelse af risikoen for opportunistisk adfærd i form af ekspropriering af forgrundsviden eller hold-up mod slutningen af samarbejdet om udvikling af ny kommercialiserbar viden, hvor en opfattet investeringsasymmetri vil være stærkt skadelig for den udsatte part.

Kontraktgovernance til styring af markedsrelationen

I den første periode, inden det er muligt at udvikle en gensidig tillid mellem parterne, er det nødvendigt med en bestemmelse i aftalen, der sikrer en udvidelse af det Klein, betegner som "the self-enforcing range of the contractual relationship" og dermed sikrer imod situationer, hvor den ene part handler opportunistisk grundet det denne opfatter som en "gylden mulighed", der gør det formålstjenligt at risikere at miste omdømme. Som det er beskrevet ovenfor, opstår der det problem med denne vurdering, at den bundent rationelle aktør ikke besidder nok information til at forudse nettoudbyttet for den aktuelle samarbejdsaftale. Denne del af aftalen skal konciperes ud fra et princip om, at det er markedsnormer, der regulerer forholdet mellem parterne (Ariely, s. 69 ff.) (Heyman og Ariely). Dette bevirker, at parterne, som Williamson (1993) beskriver det, i forretningsforhold kun besidder en form for kalkuleret tillid og alt andet hører til i andre relationer end i forretningsforhold. Det centrale i markedsnormerne er, at parternes indsats relaterer sig direkte til størrelsen af det nettoudbytte der er forbundet hermed. Er der dermed sandsynlighed for et stort

nettoudbytte ved samarbejdet, er partens indsats stor. Omvendt gælder det, at et lille forventet nettoudbytte afføder en lille indsats (Heyman og Ariely).

De kontraktgovernancemekanismer, der skal indarbejdes i aftalen, får dermed det formål at styre markedsrelationen og skabe incitament til at overholde aftalen ved at indføje bestemmelser, der sikrer, at den forventede størrelse af et nettoudbytte ved at blive i aftalen, er større end det forventede nettoudbytte ved at udtræde af aftalen. Da det som beskrevet ikke er muligt at opstille et troværdigt forventet nettoudbytte ved samarbejdet ex ante, er det i stedet nødvendigt at gøre det selvregulerende område så stort som muligt (Klein) og derved sikre performance ved at gøre den relative forventede værdi af samarbejdet høj.

Konkret skal samarbejdsaftalens kontraktgovernancemekanismer være centreret omkring en håndtering af de umiddelbart objektivt konstaterbare tilfælde af aftalebrud, der kan sanktioneres af domstolene. Se kap. 3 for en behandling af problemstillingerne angående genforhandling uden hjemmel i aftalen. Det er disse mekanismer, der kan bringes i anvendelse i forhold til at styre parternes markedsrelation. Vælger den ene part at handle opportunistisk i forhold til en ”gylden mulighed” og derved opsige aftalen uden hjemmel i aftalen, vil det medføre den pågældende parts misligholdelse af aftaleforholdet, med den konsekvens, at den misligholdte part ifalder misligholdelsesbeføjelser, såfremt der foreligger et verificerbart ansvarsgrundlag. Dette kan enten ske i henhold til bestemmelser i aftalen, en vedtaget konventionalbod eller anden på forhånd fastlagt erstatning, eller i baggrundsretten, i form af positiv opfyldelsesinteresse. Spørgsmålet om, hvorvidt der bør blive fastlagt en bestemmelse i aftalen, der regulerer dette forhold, eller det bør blive reguleret af baggrundsretten afhænger af domstolens mulighed for at vurdere værdien af de erlagte investeringer, samt det samlede forventede nettoudbytte af investeringerne ved en endelig kommercialisering af ny viden. Som det er fastslået ovenfor, er det forbundet med store problemer, at vurdere den fremtidige værdi af investeringer, hvorfor der er stor risiko for, at den opportunistisk handlende aktør foretager en forkert vurdering ud fra en kortsigtet profitbetragtning. For at sikre, at misligholdelsesbeføjelsen står mål med den skade, et kontraktbrud vil medføre på den skadelidte part samt kompenserer for det fremtidige mulige nettoudbytte, bør parterne koncipere en klausul om erstatning ind i aftalen. Denne klausul skal således indeholde en på forhånd aftalt compensation for værdien af den erlagte investering, en erstatning for det værditab den skadelidte part lider grundet udleveringen af hemmeligholdt knowhow og til sidst en erstatning for det forventede fremtidige nettoudbytte ved samarbejdet. Det sidste skal baseres på en fælles enighed om det maksimale

fremtidige nettoudbytte for samarbejdet. Valget af det maksimale nettoudbytte skal give parterne incitament til at tænke langsigtet og dermed vurdere det langsigtede nettoudbytte i forbindelse med den gyldne muligheds opståen. Størrelsen af det selvregulerende område af aftalen bliver dermed maksimeret, med den konsekvens, at parterne animeres til at yde det maksimale for samarbejdet.

En sådan fastholdelse af parterne i aftalen, skal ydermere flankeres af en konkurrenceklausul, der forhindrer parterne i at starte projekter op inden for det samme forskningsområde, både for sig selv og i ledtog med andre, samt en hemmeligholdelsesaftale der forpligter parterne til at hemmeligholde al baggrundsinformation der er skudt ind og al forgrundsinformation der måtte udspringe af samarbejdet. Formålet med disse bestemmelser, er at sikre parternes engagement i samarbejdet og maksimere der indsats i forhold til at udvikle ny kommercialiserbar viden.

Relationel governance til facilitering af den sociale relation

Den ovenfor skitserede styring af parternes adfærd i den første periode ved hjælp af kontraktgovernance, skal suppleres af mekanismer baseret på relationel governance, der har det formål at levere de byggesten den sociale relation i samarbejdet, skal bygges med. Virkningen af disse mekanismer skal være at skabe sociale normer mellem parterne, der bygger på loyalitet og tillid (Ariely, 2009, s. 83). Det er de sociale normer, der skal sikre den videre udbygning af aftalen og fælles optimering af samarbejdet over aftalens løbetid, med den konsekvens at der skabes maksimal performance (Morgan og Hunt) (Ferguson).

Virkningen af at etablere et samarbejde på sociale normer er, at fokus bliver lagt på at samarbejdet er et fælles projekt der kan videreudvikles over aftalens løbetid. Lykkes det at skabe en sådan stærk social relation, vil aktørerne bevæge sig væk fra de markedsnormer de kommer fra og i stedet behandle samarbejdet som en social relation, hvor loyalitet og tillid bliver motoren (Ariely og Heyman) (Ariely, s. 83). Formålet med etableringen af den sociale relation mellem parterne er dermed både at skabe en relation der leder til højere performance og skabelsen af et samarbejde, der modvirker risikoen for opportunistisk adfærd i forbindelse med en opståen af ex post investeringsasymmetri. Virkningen af, at parterne overgår fra en interaktion baseret på markedsnormer, til relation baseret på sociale normer, er, at parternes fokus skifter væk fra en holdning omkring en ligelig deling af investeringerne til at maksimere det fælles udbytte. Sker dette, vil risikoen for investeringsasymmetri og den risiko for opportunistik der følger med, glide i baggrunden.

En vigtig tilføjelse til problemstillingen omkring ex post investeringsasymmetri er, at det ikke kun er den reelle asymmetri der kan lede til problemer i forhold til opportunistisk adfærd, men også aktørernes opfattede værdi af de erlagte investeringer, da mennesker har en indbygget mekanisme, der får deres egen investering til at have mere værdi end modpartens (Carmon og Ariely) (Ariely s. 135 ff.). I denne anskuelse af aktørernes adfærd ligger en nuancering af det forudsætningsmæssige udgangspunkt, at aktørerne handler bundent rationelt, Williamson (1985, s. 45-46), idet der således kan indtræffe situationer, hvor aktørerne handler irrationelt da de opfatter virkeligheden forkert, selv når al relevant information er til stede.

Nøglen til at etablere en social relation mellem parterne, er inkorporeringen af mekanismer der animerer parterne til at kommunikere regelmæssigt og ofte med hinanden (Morgan og Hunt). Derfor er det en helt central udfordring, fra starten af samarbejdet, at indføre formelle mekanismer, der tvinger parterne til at kommunikere, hvorfra en åben og bramfri dialog kan vokse, i takt med at de sociale relationer blomstrer frem. Aftalerne skal dermed indeholde en bestemmelse, der dikterer møder mellem de centrale personer i samarbejdet, hvor det generelle forløb diskuteres. Det skal således ikke kun være i forbindelse med opståen af problemer, at de centrale personer i samarbejdet mødes.

Af samme årsag skal der indføres en genforhandlingsklausul i aftalen, der giver mulighed for at regulere aftalen i forhold til skift i det teknologiske landskab der ligger til grund for aftalen. Ved indførelsen af en sådan klausul, skabes der en bevidsthed parterne imellem om, at det er en mulighed for at finde løsninger på funktionelle konflikter i aftaleperioden. Som det er beskrevet i kapitel 3, er den juridiske beskyttelse i forhold til forhandlingen af en genforhandlingsklausul, hvorfor anvendelsen af denne, i højere grad skal anses som et pædagogisk redskab i forhold til etableringen af et tillidsforhold mellem parterne.

Til de relationelle virkemidler, der kan bringes i anvendelse i forhold til opdyrkelsen af en social relation mellem parterne, hører en angivelse af den viden der skal skydes ind i samarbejdet, der i stedet for at være baseret på de patenter og den knowhow den enkelte part er i besiddelse af, skal definere inden for hvilket område parterne vil søge efter ny viden og hvilke fælles styrkeområder parterne vil sætte ind på at opnå dette mål.

Juridiske implikationer af den nye model

I kapitel 3 blev det konstateret, at muligheden for at effektivt, at kunne foretage ensidige ændringer i aftalen er begrænset til de tilfælde, hvor der foreligger et konkret objektivt konstaterbart retsmisbrug. I dette tilfælde vil en misbrug af den givne ret kunne lede til en ændring eller ophævelse af aftalen. I andre tilfælde, hvor faktum ikke kan konstateres objektivt, altså i situationer hvor omfanget af præstationen af den leverede informationsydelse, eller spørgsmål om fordelingen af parternes risiko har indflydelse på muligheden for en ændring af aftalen grundet efterfølgende forhold.

Den ovenfor skitserede opdeling mellem kontraktgovernance og relationel governance, medfører at der sker en opdeling af det område, indenfor hvilket det i første omgang bliver relevant at regulere juridisk. Således vil det udelukkende være det område der reguleres ved hjælp af kontraktgovernance, der som udgangspunkt skal reguleres af aftalen. Dette vil så at sige betyde, at den del af aftalen, det er konstateret der ikke kan håndtere efterfølgende ændringer i aftaleforholdet eller ex post investeringsasymmetri, slet ikke skal bringes i den situation hvor det bliver nødvendigt at foretage en sådan fortolkning af aftalen. I stedet introduceres der aftalemekanismer der sigter efter at etablere en social relation mellem parterne, med den konsekvens at den tillid der opstår mellem parterne, bliver løsningsmodellen i forhold til at foretage efterfølgende ændringer i aftaleforholdet.

Den juridiske regulerings opgave bliver dermed minimeret til et fokus på at regulere de verificerbare omstændigheder omkring aftalen. Dette omfatter spørgsmål omfatter således det i kapitel 3 behandlede spørgsmål om retsmisbrug i aftalen og derudover spørgsmål om parternes opsigelse af aftalen. I forbindelse med dette skal der således være en hemmeligholdelses- og konkurrenceklausul, samt en bestemmelse om konventionalbod i forbindelse med den ene parts opsigelse.

Delkonklusion

Dette kapitel har skulle besvare følgende problem: **Hvordan kan samarbejdsaftalen optimeres ved brug af relationel governance og hvordan kan dette blive inkorporeret i aftalen?**

Dette kapitel har bygget ovenpå de to deskriptive kapitler indenfor henholdsvis økonomi og jura, samt benyttet konklusionerne fra den empiriske analyse, til at finde frem til, hvordan

samarbejdsaftalen kan blive optimeret. Kapitlet startede med en konstatering af, hvordan branchens anvendelse af samarbejdsaftaler, illustrerer den teoretiske problemstilling som opstillet ved brug af Williamsons bilaterale model og følger modellen over den længerevarende kontrakt. Dernæst blev den relationelle kontrakt præsenteret som et alternativ, sammen med udviklingen af begrebet tillid som en integreret del af dette.

Svaret på det opstillede problem præsenteres derefter i form af et governancemix mellem kontraktgovernance og relationel governance. Grunden til denne opdeling skal findes i erkendelsen af at tillid udspringer af fremkomsten af sociale normer mellem parterne i løbet af aftaleperioden, men den er ikke til stede ved samarbejdets begyndelse. I begyndelsen skal der dermed eksistere en governancestruktur der kan sikre parternes incitament i forhold til at arbejde for en maksimering af det fælles nettoudbytte og til at etablere basen for udviklingen af de sociale normer.

Sammenhængen mellem de to strukturer er dermed, at kontraktgovernancemekanismer fastholder parterne i den indledende fase, hvor det er markedsnormerne der bestemmer parternes adfærd og derefter stille og roligt mister sin betydning i takt med udviklingen af de sociale normer baseret på den relationelle governance. Denne mekanisme vil derefter sikre loyalitet og tillid mellem parterne, der leder til en fælles konfliktløsning og nedbringelse af den teknologiske risiko.

Kapitel 6

Konklusion

Denne afhandling har søgt at besvare følgende overordnede problemstilling: **Hvordan kan samarbejdsaftaler indenfor bioteknologi konciperes, så de kan skabe mere værdi for virksomhederne?**

Til besvarelsen af dette praktisk orienterede spørgsmål, er der blevet udviklet tre teoretiske underspørgsmål, der i fællesskab har besvaret den overordnede problemstilling.

Det første underspørgsmål blev benyttet til en transaktionsomkostningsteoretisk analyse af samarbejdsaftalen som en governancestruktur. Den opstillede model viste, at parterne afholdes fra at handle opportunistisk så længe der opretholdes symmetri i de specialiserede investeringer. Investeringernes karakter, medfører imidlertid at netop at der er stop risiko for at symmetrien i investeringer ikke kan opretholdes. Således bliver begrebet ex post investeringsasymmetri præsenteret som den centrale problemstilling i forhold til analysen af samarbejdsaftalen.

I lyset af konstateringen af ex post investeringsasymmetri, blev det omhandlede det andet underspørgsmål en juridisk analyse af gældende ret, i forbindelse med et ensidigt krav om genforhandling, med baggrund i efterfølgende ændringer i aftalegrundlaget. Analysen viste at juraen generelt ikke frembyder gode muligheder for beskyttelse i tilfælde af at der ikke kan opnås enighed om en genforhandling af aftalen. Kun i tilfælde hvor der foreligger en mulighed for at foretage en konkret objektivt konstaterbar vurdering af parternes handlinger, kan det være muligt at konstatere et retsmisbrug der kan lede til en ændring af aftalen. Omvendt har loyalitetspligten og forudsætningslæren ikke meget relevans i forhold til muligheden for at foretage ændringer i aftalen.

Efter disse to deskriptive kapitler, der angav de teoretiske rammer for samarbejdsaftalen, blev der foretaget en empirisk analyse, med baggrund i materiale indsamlet blandt aktørerne i branchen. Denne analyse udgjorde en normativ perspektivering på den videre analyse af samarbejdsaftalen.

Det tredje underspørgsmål var således en normativ tilgang til samarbejdsaftalen, med et fokus på hvordan relationel governance kunne benyttes til at optimere aftalerne. Svaret var en opstilling af en ny model til indgåelse af samarbejdsaftaler, der bestod af et governancemix mellem den traditionelle kontaktgovernance og den relationelle governance. Formålet med dette mix er at skabe en model der på optimal vis sikrer parterne imod investeringsasymmetri over tid. Således starter aftaleforholdet med at være styret af kontraktgovernance båret af markedsnormer, ved indledningen af aftaleforholdet. Derefter etableres der sociale normer mellem parterne, som en konsekvens af opbygningen relationel governance. Disse normer baseret på tillid og fælles problemløsning, overtager derefter aftaleforholdet og sikrer en optimal udnyttelse af samarbejdet.

Denne gennemgang leder dermed til besvarelsen af hovedspørgsmålet for denne afhandling. Samarbejdsaftaler indenfor bioteknologi skal konciperes ved brug af en model der kombinerer kontraktgovernance og relationel governance, således at parterne i alle faser af aftaleforholdet har optimale incitamenters til at yde sit yderste for at maksimere det fælles nettoudbytte. Dette gøres ved at etablere et samarbejde, der giver parterne så frie hænder som muligt til at udvikle ny kommercialiserbar viden, uden dette samtidig giver incitament til at handle opportunistisk. Således skal der være fokus på at sikre en fri udveksling af baggrundsviden, baseret på tillid og mulighed for at genforhandle aftalen i lyset af efterfølgende ændringer i grundlaget for aftalen. En fri udveksling af viden mellem parterne vil sikre et velfungerende marked for knowhow, der i sidste ende vil sikre udviklingen af ny kommercialiserbar viden og dermed skabe mere værdi for den enkelte virksomhed.

Kapitel 7

Perspektivering – Vækst ved hjælp af creative commons

Udgangspunktet for denne analyse var en konstatering af at biotekbranchen som helhed ikke har kunnet leve op til det store potentiale der har været bred enighed om at den har besiddet. Som det fremmeste bevis på dette, kan der fremvises tal der viser at branchen i sin levetid, samlet har givet et underskud og det tilmed kun er et fåtal af virksomhederne i branchen der har formået at blive levedygtige forretninger.

Denne afhandling har fundet frem til en løsning ved hjælp af en ny model for samarbejdsaftalerne. Denne model vil lede til en højere grad af tillid og loyalitet mellem aktørerne på markedet for knowhow hvilket igen vil lede til en højere grad af udveksling af højt specialiseret viden. Således vil denne model for samarbejdsaftaler lede til nedbrydningen af ”the islands of knowledge”, der ifølge Gary Pisano er opstået som en konsekvens af den stærke IPR beskyttelse.

Samme Gary Pisano peger i Harvard Business Review på, at en større grad af satsning på forskning og en udveksling af den specialiserede viden skal skabe en større base af fælles viden, der højner mængden af creative commons og styrker konkurrencedygtighed i den globaliserede verden. Udover at dette skal være understøttet af stater og mellemfolkelige organisationer, skal denne tankegang også finde vej til de enkelte aktører, ved at de indser vigtigheden af en fri udveksling af viden.

Vejen til skabelsen af vækst indenfor biotek går dermed igennem et fokus på at etablere en tillid mellem aktørerne og frit udveksle viden, således at konkurrencedygtigheden styrkes og det bliver muligt udvikle ny viden der i fremtiden kan være med til at sikre udviklingen af nye lægemidler der endda potentielt kan redde menneskeliv.

Litteraturliste

Anderson, James C. og Narus, James A. 1990. A Model of Distributor Firm and Manufacturer Firm Working Partnerships. Journal of Marketing vol. 54 (January 1990), 42-58.

Ariely, Dan. 2009. Predictably Irrational. Harper Collins Publishers. s. 69ff, s. 83, 129 ff., 135, 238 ff.

- Bromiley, Philip og Harris, Jared. 2006. Trust, transaction cost economics, and mechanisms. *Handbook of Trust Research*, s. 124-143. Northampton, USA. Edward Elgar Publishing Limited.
- Bryde Andersen, Mads. 2003. *Praktisk Aftaleret*. København. Gads Forlag. 2. udgave, 1. oplag, s. 370-372,
- Bryde Andersen, Mads. 2003b. Om forudsætninger og formueretlig argumentation. *Hyldestskrift til Jørgen Nørgaard*. København. Jurist- og Økonomforbundets Forlag. 1. udgave, s. 591-608.
- Bryde Andersen, Mads. 2004. Enkelte transaktioner. København. Gads Forlag, 1. udgave, 1. oplag. S. 420, 463-466.
- Bryde Andersen, Mads. 2005. *Grundlæggende Aftaleret*. København. Gads Forlag. 2. udgave, 2. oplag, s. 121, 415, 439, 459 ff.
- Bryde Andersen, Mads og Lookofsky, Joseph. 2003. *Lærebog i Obligationsret 1*. København. Forlaget Thomson, Gad Jura. 1. udgave, 2. oplag, s. 39, 46, 194, 196.
- Carmon, Ziv og Ariely, Dan. 2000. Focusing on the Forgone. *Journal of Consumer Research*, vol. 27, December 2000. s. 360 – 370.
- Che, Yeon-Koo og Chung, Tai-Yeong. 1999. Contract Damages and Cooperative Investments. *The RAND Journal of Economics*, Vol. 30, No. 1 (Spring, 1999), pp. 84-105.
- Chiles, Todd H. og McMackin John F. 1996. Integrating Variable Risk Preferences, Trust, and Transaction Cost Economics. *Academy of Management Review*, 1996, vol. 21, No. 1, 73-99.
- Claro, Danny Pimentel. Hagelaar, Geoffrey. Omta, Onno. 2003. *The Determinants of Relational Governance and Performance: How to Manage Business Relationships?*
- Evald, Jens. 2001. *Retsmisbrug i formueretten*. København. Jurist- og Økonomforbundets forlag, 1. udgave, s. 42, 50, 215, 323.
- Ferguson, Ronald J. Paulin, Michéle. Bergeron, Jasmin. 2005. Contractual Governance, Relational Governance, and the Performance of Interfirm Service Exchanges: The Influence of Boundary-Spanner Closeness. *Journal of the Academy of Marketing Science*, vol. 33, no. 2, pages 217-234.
- Frost, Kim. 2002. *Informationsydelsen*. København. Forlaget Thomson. 1. udgave, 1. oplag. S. 17, 24-25, 48-49, 59-64 185-186,
- Gomard, Bernhard. 2008. Aftalelovens § 36 og erhvervskontrakter. *Erhvervsjuridisk tidsskrift* 2008.14.
- Griffith, David A. og Myers, Matthew B. 2005. The Performance Implications of Strategic Fit of Relational Norm Governance Strategies in Global Supply Chain Relationships
- Hendrikse, George. 2003. *Economics and Management of Organizations*. Maidenhead, UK. McGraw Hill. S, 209, 214-215.

Heyman, James og Ariely, Dan. 2004. Effort for Payment – A Tale of Two Markets. *American Psychological Society*, volume 15, number 11, 787-793.

Hviid, Morten. 1999. Long-term Contracts and Relational Contracts. University of Warwick, Department of Economics. S. 46-72.

Johnston, David A. McCutcheon, David M. Stuart, F. Ian. Kerwood, Hazel. 2004. Effects of supplier trust on performance of cooperative supplier relationships. *Journal of Operations Management* 22 (2004) 23-38.

Joshi, Ashwin W. og Stump, Rodney L. 1999. The Contingent Effect of Specific Asset investments on Joint Action in Manufacturer-Supplier Relationships: An Empirical Test of the Moderating Role of Reciprocal Asset Investments, Uncertainty, and Trust. *Journal of the Academy of Marketing Science*. Volume 27, no. 3, pages 291-305.

Jørgensen, Stig. 1963. Forudsætning og mangel. U.1963B.157.

Klein, Benjamin. 1996. Why hold-ups occur: the self-enforcing range of contractual relationships. *Economic Inquiry*, July 1, 1996.

Knudsen, Christian. 1997. *Økonomisk Metodologi*. København. Jurist- og Økonomforbundets Forlag. 2. udgave, 1. oplag, s. 206.

Lando, Ole. 1998. Billighed og redelighed som retlig standard. U.1998B.413.

Lynge Andersen, Lennart og Madsen, Palle Bo. 2001. *Aftaler og Mellemmænd*. København. Forlaget Thomson, Gad Jura. 4. udgave, 1. oplag, s. 190, 191, 206, 207, 428.

Madsen, Palle Bo. 2002. *Markedsret, Del 2*. København. Jurist- og Økonomforbundets Forlag. 4. udgave, s. 374.

Morgan, Robert M. og Hunt Shelby D. 1994. The Commitment-Trust Theory of Relationship Marketing. *Journal of Marketing* vol. 58 (July 1994) 20-38.

Nielsen, Ruth. 2002. *Retskilderne*. København. Jurist- og Økonomforbundets Forlag. 7. udgave, 1. oplag, s. 91.

Noorderhaven, Niels G. 1996. Opportunism and trust in TCE. *Transaction Cost Economics and Beyond*, s. 105-128.

Pisano, Gary. 1990. The R&D Boundaries of the Firm: An Empirical Analysis. *Administrative Science Quarterly*, 35 (1990): 153-176.

Pisano, Gary. 2006. *Science Business*. Boston, MA, USA. Harvard Business School Press, s. 88-90 112-118, 164 ff., 180.

Pisano, Gary. 2009. Restoring the Creative Commons. *Harvard Business Review*, july-august 2009, s. 114-125.

Poppo, Laura og Zenger, Todd. 2002. Do formal contracts and relational governance function as substitutes or complements? *Strategic Management Journal*.

Schovsbo, Jens. 2001. *Immaterialretsaftaler*. København. Jurist- og Økonomforbundets forlag, 1. udgave, s. 37.

Vandaele, Darline. Rangarajan, Deva. Gemmel, Paul. Lievens, Annouk. 2007. How to govern business services exchanges: Contractual and relational issues. *International Journal of Management Reviews* (2007)

Williamson, Oliver E. 1985. *The Economic Institutions of Capitalism*. New York, USA. The Free Press. S. 43 – 63 (43-50, 47), 78, 163 – 205 (169-170, 171, 176-179, 190, 196, 196-197),

Williamson, Oliver E. 1992. *The Lens of Contract: Private Ordering*. *American Economic Review*, vol. 92, No. 2.

Williamson, Oliver E. 1993. Calculativeness, Trust and Economic Organization. *The Journal of Law and Economics*, vol. 36, vol. 1, part 2.

Østergaard, Kim. 2003. *Metode på cand.merc.jur studiet*. Juridisk instituts julebog 2003.

Love og forordninger

Aftaleloven (AFTL). Bekendtgørelse af lov om aftaler og andre retshandler på formuerettens område. Lovbekendtgørelse nr. 781 af 26/08/1996

Købeloven (KBL). Bekendtgørelse af lov om køb. Lovbekendtgørelse nr. 237 af 28/03/2003

Markedsføringsloven (MFL). Bekendtgørelse af lov om markedsføring. Lovbekendtgørelse nr. 1389 af 21/12/2005.

Kommissionens forordning 1768/92 om skabelsen af et supplerende beskyttelsescertifikat for lægemidler.

Domme

U.1940.216/SH

U.1946.38H

U.1981.300 H

U.1985.334H

U.1985.766H

U.1987.963V

U.1989.1039/3H

U.1998.281H

U.2000.656H