

Relationelle aftaler i et markedsperspektiv

Tvarnø, Christina D.; Østergaard, Kim

Document Version
Final published version

Publication date:
2018

License
CC BY-NC-ND

Citation for published version (APA):
Tvarnø, C. D., & Østergaard, K. (2018). *Relationelle aftaler i et markedsperspektiv*. Copenhagen Business School, CBS.

[Link to publication in CBS Research Portal](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us (research.lib@cbs.dk) providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Download date: 03. Feb. 2023



Relationelle aftaler i et markedsperspektiv

Af

Christina D. Tvarnø & Kim Østergaard
Law Department,
CBS

Workingpaper

Maj 2018

1. Indledning

Dette workingpaper omhandler en juridisk historisk begrundelse for, at det danske aftaleretssystem ses ud som det gør i dag og nogle af de problemer, der er forbundet hermed, særligt i sammenligning med Storbritannien og common law.

1.1. Historisk note om regulering af erhverv

Handel og erhverv har været reguleret siden middelalderen og reglerne for laug og gilder kan føres tilbage til 11-1200-tallet, ikke kun i Danmark men også i England, Frankrig, Tyskland og Holland.¹ Modsat Danmark, var der i England langt større fokus på priskonkurrence end på monopol, og dermed blev laugenes position aldrig så stærk i England som tilfældet var i Danmark.²

Disse privatretlige regler organiserede og administrerede vilkår og betingelser, herunder marked og uddannelse for de enkelte håndværkslaug og handelsgilder, og de stod også for en form for social organisering, fx underhold af enker, børn og ildstedte kolleger. Derudover skabte reglerne grundlag for monopollignende tilstande, der i de fleste lande blev støttet af kongemagten.³

Reglerne for handel blev dels skabt af de handlende selv gennem privat regulering, dels støttet af regulering gennem kongelig anordning. Håndværkslaug og handelsgilder skabte således monopol, gennem den minutiøse regulering af håndværkets forhold, middelalderens by-tvang, hvor håndværkere i flere lande (bl.a. Sverige)⁴ blev pålagt at flytte til byerne for at drive erhverv (Særligt

¹ Lind Hansen, Den første handelsundervisning, i uddannelseshistorie, 1987, årbog, 21 fra selskab for dansk skolehistorie, S. 83 og Henningsen, Studier over den økonomiske liberalismes gennembrud i Danmark, Göteborg, 1944, kapitel 1.

² Henningsen, Studier over den økonomiske liberalismes gennembrud i Danmark, Göteborg, 1944, s. 12-14.

³ Ibid, s. 47.

⁴ Ordinantia af 1614. Henningsen, Studier over den økonomiske liberalismes gennembrud i Danmark, Göteborg, 1944, s. 31.

støttet af Christian I, Christian II og Christian III),⁵ og én-butiks systemet.⁶ Af Kong Christian II's Ordinants eller såkaldte verdslige Lov af 1522 fremgår følgende regulering af håndværk:

§ 40 (47.)

Om Kiöbmandzskab

Skulle herefter engen Embitzmann ad Skomager-Embede eller Skreddere fare omkring på Landzbuerne at öffue sådanne Embede, men will nogre saadane Embitzmen bosette seg på Landzbyerne, thaa mue the arbede fore them i Buerne boo.....

Hvilket blev gentaget i § 55 i Kong Christian den III's Koldingske Reces af 1558, hvor grovsmede, tømrere, murere dog var undtaget fra bopælspligten i byerne.⁷ Denne bestemmelse blev videreført i Kong Christian den V's Danske lov, 3-13-23:

Ingen Haanverksmand maa boe paa Landsbuen, undtagen Grovsmede, Tømmermænd, Bødkere, Teglbrændere

Én-butiks systemet i Danmark ses bl.a. hjemlet i § 16 i anordning af 23. april 1817, hvor det blev reguleret, at: *Ingen Detailhandler må have Udsalg på mere end eet Sted*. Dette er gentaget i Plakat af 5. juli 1825, hvorefter fabrikanter fik ret til på stedet at sælge deres produkter, dog ikke på mere end et udsalgssted.⁸

Denne én-butik-regulering fandtes også i artikel 9 i urtekræmmernes og i artikel 10 i isenkræmmernes laugsbetingelser, samt i kancelliskrivelse af 25. november 1826 og 14. december 1826 og havde bl.a. til formål, at støtte by-laug-monopolet.⁹ Således skabtes, af såvel kongemagt som laug, en monopoleffekt gennem private vedtægter og kongelig regulering, dels gennem forbud mod landhåndværkere, dels gennem tvangsflytning af landhåndværkere til byerne, dels gennem regulering af antal landhåndværkere med krav om at de ikke konkurrerede med by-håndværkere og dels gennem én-butiks systemet.¹⁰

Samtidig med at håndværket blev kraftigt reguleret, blev det også beskattet. Beskatningen mellem det begrænsede landhåndværk og det monopoliserede by-håndværk var forskellig, således at by-håndværkerne blev hårdere beskattet end de få godkendte landhåndværkere, hvilket styrkede ønsket om monopolbeskyttelsen i byerne, for at kunne klare konkurrencen.

Monopol-opretholdelsen ledte også til en grad af karteldannelse, og af reskript af 9. april 1790 blev samtlige befalingsmænd og biskopper i Danmark og Norge pålagt at udbyde håndværksarbejdet på offentlige bygninger i licitation:¹¹

”saaledes at Alle og Enhver maa paatage sig Arbeidet, og til dets Udførelse bruge hvilke Haanverker de selv ville”.

En af Danmarks mest indflydelsesrige jurister i det 19. Århundrede, Anders Ørsted, bidrog ikke til at mindske håndværksmonopolet. Han så retten til frit at arbejde – og dermed brud på laugenes

⁵ Kolderup-Rosenvinge, Samling af gamle danske love, 1824.

⁶ I England var der derimod ingen regulering af handlen på landet. Laugenes monopol var begrænset til byerne. Henningsen, Studier over den økonomiske liberalismes gennembrud i Danmark, Göteborg, 1944, s. 10. I det 15 og 16 århundrede var der i England, modsat i Danmark, stor modstand mod bymonopolerne og der blev i stedet arbejdet for at styrke priskonkurrencen. Ibid s. 11-12

⁷ Kolderup-Rosenvinge, Samling af gamle danske love, 1824.

⁸ Henningsen, Studier over den økonomiske liberalismes gennembrud i Danmark, Göteborg, 1944, kapitel 1

⁹ Ibid. Se også Betænkning, nr. 360 af 1964, afgivet af den af handelsministeriet den 1. februar 1954 nedsatte næringslovekommision, s. 29.

¹⁰ Statsholderordre af 13. september 1773, forordning af 20. oktober 1773, statsholderskrivelse af 5. juni 1805 og Henningsen, Studier over den økonomiske liberalismes gennembrud i Danmark, Göteborg, 1944, kapitel 1.

¹¹ Henningsen, Studier over den økonomiske liberalismes gennembrud i Danmark, Göteborg, 1944, s. 67.

monopol i byerne, som ”klart stridende mod Lovens Hensigt og tillige fordærveligt for Kjøbstæderne”.¹² Denne holdning udsprang af den økonomiske nedgang i dansk økonomi ovenpå Napoleonskrigene og en bekymring for en betydelig nedgang i skatteindtægterne, hvis by-erhvervet blev yderligere presset af konkurrence.¹³ Her ses således en langvarig juridisk opretholdelse af et erhvervsmonopol, der stort set omfattede alle former for erhverv i middelalderen helt frem til Grundlovens indførelse af næringsfrihed i 1849. 1849-Grundlovens § 88- næringsfrihed, i kapitel VIII om borgernes rettigheder medførte at håndværks- og handelsmonopolet ophørte.¹⁴

Alle Indskrænkninger I den frie og lige adgang til erhverv, som ikke ere begrundede i det almene vel, skulle hæves ved Lov

Grundlovens frihedsgrundsætning om næringsfrihed blev fulgt op af næringsloven af 1857 med senere ændringer.¹⁵ Næringslovskommissionen af 1840 kom frem til at den bestående regulering af næring i Danmark var hindrende for udvikling af såvel industri som handel.¹⁶ Formålet med næringsloven var at sikre næringsfrihed, konkurrence, markeder, vækst¹⁷ samt at adgangen til at udøve næring, herunder særligt håndværk, fabriksvirksomhed og handel, kun blev knyttet til betingelser, som der i almindelighed blev anvendt inden for det pågældende erhverv. Grundlovens daværende § 88 og den efterfølgende næringslov ophævede således håndværkslaugenes monopol, som havde hersket siden 1100-1200 tallet.¹⁸ Samtidig var disse regler starten på den økonomiske liberalismes indtog i formueretten i Danmark.

2. Lovregler om aftaler og køb/salg i starten af det 20. århundrede

I starten af det 20. århundrede var der i Danmark ikke speciel lovgivning om aftaleindgåelse og køb og salg af varer, andet end de regler, der fremgik af Danske lov, 1683, femte bog, kapitel 1 (5-1-1 til 5-1-13 for så vidt angår aftaler) og kapitel 3 (5-3-1 til 5-3-39 for så vidt angår køb, hvoraf langt de fleste regler vedrører køb, salg og mageskifte af fast ejendom).

Af litteraturen¹⁹ ses, at der er stærke bånd gennem dansk handelspraksis, der støtter op om juridiske grundsætninger om sikkerhed i samhandlen og sikkerhed i omsætningsledet, som fx Jul Lassen (en af forfatterne til såvel Købeloven og dernæst aftaleloven) betoner det:²⁰

”hensynet til samhandlens sikkerhed,” ...

”at man kan stole på det formueretlige tilsagn,”...

¹² Ibid, s.96.

¹³ Ibid, s. 97.

¹⁴ Bestemmelsen forefindes i dag i Grundlovens § 74.

¹⁵ Under enevældets sidste tid, og med kongelig anordning af 3. april 1840 var arbejdet med at forandre laugslovgivningen i København påbegyndt. Dette arbejde blev udbredt til hele landet efter § 88 I grundloven af 1849 havde bestemt at alle indskrænkninger til og i den frie og lige adgang til erhverv skulle fjernes ved lov. Dette arbejde, der således byggede på udkast til lov om næring i København og købstæderne samt udkast til lov om håndværks- og fabriksdrift samt handels og værthushold på landet, førte til lov om næring for by og land der blev fremsat den 1. oktober 1857 og vedtaget samme år den 18. december, med ikrafttræden den 1. april 1858.

¹⁶ Henningsen, Studier over den økonomiske liberalismes gennembrud i Danmark, Göteborg, 1944, S. 293.

¹⁷ Jacobsen & Sørensen, CBS gennem 100 år, Historika, 2017, s. 16

¹⁸ Betænkning, nr. 360 af 1964, afgivet af den af handelsministeriet den 1. februar 1954 nedsatte næringslovekommission.

¹⁹ Se for en nærmere analyse af dette, Christina D. Tvarnø, Christina D. Tvarnø, Aftaler og handelsvidenskab: 100 år med aftaleloven og CBS, Erhvervsretlige emner: 1917-2017, red. Vishv Priya Kohli; Peter Arnt Nielsen. København, Djøf, 2017, s. 103-124

²⁰ Jul. Lassen, Vilje og erklæring ved afgivelse af formueretlige tilsagn, København, 1905, s. 27 og 28.

”Den almindelige Opfattelse her i Landet Mand og Mand imellem, utvivlsomt gaar ud paa, at Ordet er det afgjørende, saa at Tilsagn i vidt Omfang ere og bør være bindende for Afgiveren, uanset at deres Indhold ikke stemmer med hans Vilje”...

”Al sikkerhed i Omsætningsforholdet – hedder det hos Goos - ville forsvinde, naar det afgørende skulde forflyttes fra den Erklæring, som meddeles, og ved hvilken Forventningen vækkes, ...”

Købelovskommissionen om handelskøb²¹ fra 1904 betoner endvidere et ønske om forudsigelighed i retsforholdet, hvilket ses af bemærkningerne til § 1

Den Trang til Fasthed i Retsforholdet og Forudberegnelighed af, hvorledes den retlige Afgørelse af Mellemværendet vil falde ud, som paa det heromhandlede Omraade er en saa væsentlig Faktor til Sædvaneretens Dannelse, vil den legale Ordning netop paa mange Punkter tilfredsstille.

Og de almindelige bemærkninger til lovforslaget

Eksempelvis skal det her blot nævnes, at det i Handelskøb er af særlig Interesse, at Spørgsmaalet om den leverede Genstands Kontraktmæssighed hurtig bringes paa det Rene, og at den for Opfyldelsen af Forpligtelserne fastsatte Tid nøje overholdes. Det følger derhos af Parternes Egenskab af Købmænd, at man i de nævnte som ogsaa i andre Henseender tør holde strængere paa en nøjagtig Opfyldelse af de gensidige Pligter og knytte strængere Følger til Undladelsen heraf, ja endog tør paalægge Parterne i Medkontrahentens Interesse særlige positive Pligter, som f.eks. en Undersøgelsespligt, uden at disse ere særskilt paatagne.

Efter afslutningen af købelovskommissionens arbejde etableredes en tilsvarende norsk, svensk og dansk aftalelovskommission i oktober 1913. Formålet var at fremkomme med et udkast til lov om aftaler og andre retshandler på formuerettens område, med overvejende enslydende aftalelove i Danmark, Norge og Sverige.²²

Medens de Emner, der hidtil have været Genstand for en fælles skandinavisk Lovgivning, væsentlig have været af en ret speciel Beskaffenhed, har man ved nærværende Lovudkast søgt at give en Række Lovbestemmelser om Retshandler af mere almindelig Beskaffenhed. Som det vil ses af de enslydende Titler paa de af de tre Kommissioner udarbejdede, jævnsides trykte Udkast, er Omraadet for disse fastsat saaledes, at de omfatte formueretlige Retshandler

Formålet med aftaleloven er, som det fremgår af de indledende bemærkninger til lovforslaget, at fastsætte:

Hvad der allerede er gældende Ret, saaledes som denne har udviklet sig ved de theoretiske Behandlinger ad Emnet og ved Domstolenes Afgørelser, Men adskillige Tvilsspørgsmaal ere dog blevne løste, og Reglerne ere i flere Henseender blevne nærmere præciserede.

Aftaler og retshandler blev defineret som private retsstiftende viljeserklæringer, hvormed parterne forandrer, skifter eller ophæver en rettighed eller et privat retsforhold gennem en erklæring, der efter sit indhold har til formål at fremkalde den pågældende viljeserklæring. En viljeserklæring er *dels* rene løfter, *dels* erklæringer, der både er løfte og påbud, *dels* rene påbud. Et løfte er bindende for afgiveren, dette er f.eks. et tilbud, og et påbud der er bindende for modtageren, dette er f.eks. en

²¹ Udkast til lov om køb med tilhørende bemærkninger udarbejdet ad den ved kongelig anordning ad 28. juni 1901 nedsatte kommission, København 1904

²² Udkast til Lov om aftaler og andre Retshandler paa Formuerettens Omraade med tilhørende Bemærkninger, udarbejdet ad den ved kgl. Resolutioner ad 28de juni 1901 og 4de Juli 1910 nedsatte Kommission, København 1914.

accept af et tilbud. Løfter forekommer primært som led i aftaler, hvor en aftale kan defineres som en viljeserklæring, tilbud og accept²³, i gensidigt bebyrdende forhold mellem parterne.²⁴

2. Løfteprincip versus overenskomstprincip. Danmark versus Storbritannien

I starten af det 20. århundrede blev løfteprincippet anvendt i den tyske borgerlige Lovbog § 145, i den schweiziske Forbundslov om Obligationsretten artikel 3-5 og i den østrigske borgerlige Lovbog § 862. Modsat anvendte England, Frankrig og Italien overenskomstteorien, hvorefter en bindende aftale stiftes ved to overensstemmende viljeserklæringer - tilbud og accept i forening, hvilket betyder, at begge parter er bundet samtidig, da tilbuddet kan tilbagekaldes frem til det er accepteret.²⁵

2.1. Dansk ret og løfteprincippet

Som det fremgår af forarbejderne til aftaleloven fra 1914, så bygger løfteprincippet på en forestilling om, at aftaler er bindende, hvilket allerede var dansk ret efter danske lov fra 1683, 5-1-1 og 5-1-2.²⁶

5-1-1:

Een hver er pligtig at efterkomme hvis hand med Mund, Haand og Segl, lovet og indgaaet haver.

5-1-2

Alle Contracter, som frivilligen giøris af dennem, der ere Myndige, og komne til deris Lavalder, være sig Kiøb, Sal, Gave, Mageskifte, Pant, Laan, Leje, Forpligter, Forløfter og andet, ved hvad Navn det nævnis kand, som ikke er imod Loven, eller Ærbarhed, skulle holdis i alle deris Ord og Puncter, saa som de indgangne ere.

Danske lov 5-1-1 og 5-1-2 er udtryk for grundlæggende bestemmelser i dansk ret, som kan spores langt tilbage i den danske middelalder. Hele formålet med Danske lov var at tilvejebringe en fuldstændig samling af gældende ret i 1683 på grundlag af de eksisterende regler, lovgivning og grundsætninger.²⁷ Aftalelovens § 1, 1. pkt. fastslog således i 1917 anvendelsen af løfteprincippet i dansk ret, hvormed:²⁸

Selve den Erklæring, hvorved nogen paatager sig en retligt Pligt eller i øvrigt paalægger eller opgiver et retligt Baand, er forpligtede efter de i de følgende Paragrafers nærmere angivne Regler.

²³ Som udgangspunkt analyseres ikke det forhold, at den ene part afgiver en opfordring til tilbud i henhold til aftalelovens § 9, men reglen anvendes dog i forbindelse med angivelsen af, hvorledes tilbudsgiver kan undgå at være bundet.

²⁴ Se også Ussing, Aftaler, GAD, 1950, s. 7.

²⁵ Udkast til Lov om aftaler og andre Retshandler paa Formuerettens Omraade med tilhørende Bemærkninger, udarbejdet ad den ved kgl. Resolutioner ad 28de juni 1901 og 4de juli 1910 nedsatte Kommission, København 1914. s. 17. Se også Tamm, De nordiske aftalelove, s. 22 og Karhu's analyse i kapitel 4, Den nordiska avtallsrättens byggstenar i Andersen, Bärlund, Flodgren & Giertsen (red), Aftaleloven 100 år, Djøf, 2015. Se også Tvarnø, Når man skal harmonisere aftaleretten i EU, Julebog, 2001, s. 9 ff.

²⁶ Danske lov 5-1-1 og 5-1-2 er stadig aktive regler i dansk ret, selv om de ifølge W.E von Eyben ikke anvendes i mange afgørelser ved domstolene. 5-1-2 anvendes dog i flere sager, hvorimod 5-1-1 ikke har været anvendt til at underbygge princippet om at aftaler skal holde, se von Eyben, Formueretlige bestemmelser, Danske og norske lov i 300 år, Tamm (red.), København, 1983.

²⁷ Tamm, Retshistorie, 2. Udgave, København 2005, s. 212.

²⁸ Aftaleloven, lov om aftaler og andre retshandler på formuerettens område, lov nr. 242, af 8. maj 1917.

Ifølge bemærkningerne til aftaleloven ansås fordelene ved løfteteorien at løfteteorien:²⁹

Utvivlsomt stemmer bedst med begge Parter Interesse. Løftemodtageren opnaar ved Løfte teorien den Fordel, at han vil kunne foretage de fornødne Undersøgelser og Overvejelser, hvoraf det afhænger, om han vil acceptere Tilbudet, uden at behøve at frygte for, at Tilbudsgiveren imedens tilbagekaldes Tilbuddet, og ogsaa Tilbudsgiveren vil være vel tjent med den Regel, at han bindes ved sit Tilbud, idet dette vil forøge udsigten til, at hans Tilbud bliver taget under alvorlig Overvejelse og accepteret af Modtageren. Forsaavidt han ikke ønsker at være bunden ved sin Erklæring, kan han jo tage Forbehold i saa Henseende.

Aftaleloven foretager ikke en nærmere definition af *tilbud*, men fastlægger ifølge § 1, 1. pkt., at tilbud og accept er bindende for afgiveren. Løfteteorien medfører, at tilbudsgiver bliver bundet af sit tilbud fra det øjeblik tilbuddet kommer tilbudsmodtageren til kundskab, jf. aftalelovens § 7 modsætningsvis. Således bliver tilbudsgiveren bundet før tilbudsmodtageren. Tilbudsgiveren forpligtes af sit tilbud i perioden indtil fristen for tilbuddet udløber, eller i henhold til aftalelovens § 3, hvis der ingen frist er angivet i tilbuddet, inden rimelig tid. Tilbudsmodtageren bliver derimod først forpligtet og dermed bundet af aftalen fra det tidspunkt, hvor accepten kommer tilbudsgiveren til kundskab, jf. § 1, 1. pkt., jf. § 7 modsætningsvis. Dette forhold karakteriserer løfteteorien.³⁰

Hovedreglen i aftaleloven er således, at tilbudsgiveren er bundet af sit løfte – tilbud- i en periode, hvor tilbudsmodtageren ikke er bundet, og der er herved etableret et *haltende retsforhold* (*negotium claudicans*).³¹

2.1.1. Løfteprincippet og sikkerhed i omsætningskæden

Ussing støtter op om løfteteorien fordel for begge parter i aftalen som den regel, der gennemsnitlig er mest i overensstemmelse med parternes interesse og omsætningssikkerheden i almindelighed. Dette selv om løfteprincippet skaber hvad man kalder for et *haltende* retsforhold, der skyldes, at den ene part er bundet før den anden part. Ussing argumenterer for, at netop ved skriftlige indgåede aftaler, hvor parterne ikke mødes med hinanden, har løfteteorien stor betydning for aftaleforholdet.

Løfteprincippet skulle skabe tryghed for tilbudsmodtageren, hvilket samtidig siges at være i tilbudsgiverens interesse. Dette skyldes i henhold til bemærkningerne til lovforslaget³², at tilbuddet virker mere seriøst ved anvendelsen af løfteteorien end ved anvendelsen af overenskomstteorien.³³

Hvis tilbudsmodtagere føler større vished overfor det afgivne tilbud, vil denne investere mere i forundersøgelser, og vil hermed også være villig til at give en højere pris for varen på grund af denne investering. Dette vil ikke være tilfældet, hvis tilbudsmodtageren skal sikre sig mod en

²⁹ Udkast til Lov om aftaler og andre Retshandler paa Formuerettens Omraade med tilhørende Bemærkninger, udarbejdet ad den ved kgl. Resolutioner ad 28de juni 1901 og 4de Juli 1910 nedsatte Kommission, København 1914, s. 18.

³⁰ Tilbagekaldelsen af et tilbud kan efter re integra-reglen i aftalelovens § 39, 2. pkt. tilbagekaldes, hvis det vil forekomme urimeligt at gennemtvinge løftet, og der foreligger særlige grunde til tilbagekaldelsen, samt at løftet ikke endnu har virket bestemmende på løftemodtageren. Se nærmere for dette forhold, Bryde Andersen, Grundlæggende aftaleret. Dog er det kun ganske få afgørelser med anvendelsen af § 39, 2. pkt., der føres frem til afgørelse ved domstolene, og sagernes udfald får karakter af et konkret rimelighedsskøn.

³¹ Se også Lennart Lyngge Andersen og Palle Bo Madsen, Aftaler og mellemmand, 7. udgave, 2016, GAD JURA, s. 39.

³² I henhold til bemærkningerne til aftaleloven fremgår det, at man i Skandinavien besluttede sig for løfteprincippet med den begrundelse, at tilbudsgiveren vil have en fordel af at tilbudsmodtageren antager tilbuddet for seriøst, fordi tilbudsmodtageren er bundet for en bestemt periode.

³³ Herunder Ussing, Aftaler, 1950, GAD, s. 53-54, "Aftal har paa et Hovedpunkt sluttet sig til Løfteteorien ved at fastslaa, at Tilbuddet er bindende. Dette stemmer overens med tidligere dansk Ret og maa ubetinget anses for den bedste Løsning. Den strenge Overenskomstteoris Regel, ..., kan aabentbart ikke forsvares med nogen fornuftig praktisk Grund.. "

tilbagekaldelse eller ved, at tilbudsgiveren end ikke er bundet af tilbuddet. Aftaleloven giver mulighed for at fastsætte en kort acceptfrist, jf. § 4 eller til at komme med en opfordring til tilbud jf. § 9 og imødekommer således til dels fordelene ved overenskomstprincippet.³⁴

Det ses af købelovens forarbejder, ca. 10 år tidligere, at sikkerhed i omsætningen var et væsentligt princip i dansk ret, hvilket ligeledes taler for anvendelsen af løfteteorien.³⁵ Hvis tilbudsgiver er bundet af sit løfte, sikrer dette, at efterfølgende led i omsætningskæden, såfremt tilbudsgiver er sælger, er bundet af sit tilbud, og dermed pålægges ”ansvaret og risikoen for” at resten af omsætningsledet kan regne med at varen kommer videre.³⁶

2.2. Overenskomstprincippet i common law

Løfteteoriens modsætning findes som nævnt ovenfor i overenskomstteorien, der bl.a. finder anvendelse ved aftaleindgåelse i fransk ret, italiensk ret og i engelsk common law.³⁷ I common law defineres et tilbud som et udtryk for et ønske om at indgå en aftale på visse betingelser, med den intention, at tilbuddet bliver bindende, så snart det er accepteret af den person, som det er stilet til – tilbudsmotageren.³⁸

Udgangspunktet i overenskomstprincippet er, at et løfte – i form af et tilbud – kan tilbagekaldes, så længe det ikke er accepteret af tilbudsmotageren.³⁹ Dette skyldes ideologien om, at et løfte ikke i sig selv skaber ret og dermed, at tilbudsgiver ikke giver en fordring til adressaten blot ved afgivelsen af løftet.⁴⁰ En aftale er således først bindende for parterne, når der foreligger henholdsvis et tilbud og en accept.

I modsætning til aftaleretten i civil law, hvor tilbudsgiveren som minimum er bundet inden for rimelig tid, og hvor tilbudsgiveren specifikt skal gøre opmærksom på, at han ikke ønsker at være bundet før en eventuel accept, gælder efter common law, at tilbudsmotageren ikke kan spekulere i en ændring af de økonomiske forhold på bekostning af tilbudsgiveren. Farnsworth & Young udtrykker deres holdning overfor kontinental ret således:⁴¹

³⁴ Se Ussing, Aftaler, GAD, 1950, s. 55, og for den modsatte opfattelse, at man overvurdere betydningen af, at tilbuddet ikke kan tilbagekaldes hos Karlgren, Studier i allmän avtalsrätt, Lund, 1935, s. 151. Ønsker tilbudsgiveren der imod ikke at være bundet i en lang periode, hvor tilbudsmotageren ikke er bundet, kan førstnævnte i stedet angive en kort frist i tilbuddet. Se også Lennart Lyng Andersen og Palle Bo Madsen, Aftaler og Mellemmænd, 7. udgave, 2017, kapitel 1. Se for dette ligeledes Jan Hellner, Kommersiell avtalsrätt, Norstedt Juridik AB, 4. udgave, 1993, s. 29. Jan Hellner anfører, at *”Det kan inte gärne vara något hinder mot att även enligt svensk rätt en anbudsgivare förklarar, att hans anbud kan återkallas ända till dess det har accepterats.*

³⁵ Ulfbeck, Kontraktens relativitet, det direkte ansvar i formueretten, Gad Jura, 2000, s. 38.

³⁶ Jul. Lassen, var medlem af såvel købelovskommissionen som aftalelovskommissionen og Jul Lassen var foretrak løfteteorien frem for overenskomstteorien ifølge de reale hensyn bør foretrækkes, både for at sikre løftemotageren mod unødige tab af undersøgelsesomkostninger, men også for at løftegiver, ved at være bundet, vil *”vinde forøget Udsigt til, at Løftet bliver taget i Betragtning og akcepteret af løftemotageren, medens de jo paa den anden Side, naar de ikke ønske at bindes ved deres Tilbud, kunne optage dertil sigtende Forbehold i det.* Se Jul Lassen, Obligationsret, Almindelig del, 3. udgave, 1917-1920, s. 33.

³⁷ I romanisk retslitteratur udvikledes den lære, at løftet ikke alene skaber ret, og navnlig ikke skaber en fordringsret for adressaten. Efter romanisk ret - og dermed i henhold til overenskomstprincippet – kræves udover tilbuddet også en accept, før der er indgået en bindende aftale mellem parterne. Se Ussing, Aftaler, GAD, 1950, s. 53. Se også nærmere nedenfor i afsnit 2.3. For en historisk gennemgang af kontraktretten, se Vibe Ulfbeck, Kontraktens relativitet, Det direkte ansvar i formueretten, Gad Jura, 2000, kapitel Overenskomstteorien anvendes endvidere i USA, men reglerne er ikke fuldkommen sammenlignelige, og derfor behandles kun reglerne i common law, som de anvendes i England.

³⁸ Treitel, The Law of Contracts, 7. ed, Stevens 1987, s. 7.

³⁹ Ibid, s., 34.

⁴⁰ Se også Ussing, Aftaler, 1950, GAD, s. 53.

⁴¹ Farnsworth & Young, Contracts, Cases and Materials, 4. ed, University Casebook Series, 1988, s. 176.

One disadvantage of the German rule is that during the period of irrevocability, the offeree can take advantage of the changing economic conditions to speculate at the expense of the offeror. Although Germany and other countries that have this rule have experienced much greater economic upheavals than has the United States, they have been able to live by this rule, at least in part, because it can easily be avoided by expressly reserving the power to renege or providing that the communication is not an offer at all.

Juridiske forfattere indenfor common law traditionen er således fortalere for overenskomstprincippet, i forhold til civil law, der giver tilbudsmotager mulighed for at spekulere i ændring af de økonomiske betingelser på bekostning af tilbudsgiver. Det er værd at bemærke, at den amerikanske udgave af overenskomstprincippet i UCC artikel II, alene henvender sig til handelskøb,⁴² hvilket er en forskel fra den danske aftalelov, der henvender sig til aftaler og andre retshandler på formuerettens område og således er regler af mere generel karakter end UCC.

At tilbudsgiver ikke er bundet af sit tilbud før ved en eventuel accept, er et af de klareste aftaleretlige principper i common law samt, at tilbudsgiver er fri til at disponere, ligesom det er tilfældet for tilbudsmotageren, indtil accepten er afsendt, i henhold til *the mailbox rule*.⁴³ Dette gælder selv om tilbudsgiveren har fastsat en frist for tilbuddets antagelse. For at der er indgået en aftale kræves, at de to parter er enige på det samme tidspunkt, hvilket er tidspunktet, hvor der foreligger et tilbud som accepteres.⁴⁴

Begrundelsen for anvendelsen af overenskomstprincippet i common law er, at den ene aftalepart ikke skal være bundet før den anden aftalepart. Således kan man ved anvendelsen af overenskomstprincippet undgå, at tilbudsgiveren er bundet af sit tilbud, hvorimod tilbudsmotageren kan spekulere i aftalens fordelagtighed på bekostning af tilbudsgivers økonomiske forhold, f.eks. i forhold til ændring i markedsprise mv., hvorimod tilbudsgiveren ikke kan spekulere i markedsprisen.⁴⁵ I stedet opnås den situation, at begge parter er frit stillet, fordi tilbudsgiveren kan tilbagekalde sit løfte. Ved at anvende denne metode fordeles risikoen ligeligt mellem parterne, og parterne stilles ens.

Ønsker en tilbudsmotager således at binde tilbudsgiveren for en vis periode, giver førstnævnte i stedet tilbudsgiveren en *consideration*, som er udtryk for en modydelse til det afgivne tilbud. Her foreligger så et løfte, som er modsvaret af en modydelse, men ikke af en accept. Modydelsen skal alene sikre, at tilbudsgiver bliver bundet af sit tilbud, så tilbudsmotager f.eks. kan nå at foretage en række undersøgelser, mv.

Hvis et løfte opfølges med en consideration skifter løftet karakter fra at være uforpligtende til at være bindende for tilbudsgiveren. Hele grundideen bag consideration er, at noget af værdi må overdrages for at sikre, at et løfte ændrer karakter og bliver bindende som led i kontrakt dannelsen.⁴⁶

Kun hvis et løfte følges op af en consideration har det karakter af en kontraktlig forpligtelse, og tilbuddet som følges op af en consideration kan ikke tilbagekaldes. Således kan tilbudsmotageren

⁴² Katz, The Strategic Structure of Offer and Acceptance: Game Theory and the Law of Contract Formation, Michigan Law Review, Vol. 89, No. 2 (Nov., 1990), pp. 215-295, side 220.

⁴³ Tidspunktet for acceptens bindende virkning er lig med tidspunktet for kontraktens indgåelse i common law. Derfor er denne definition af stor betydning i forbindelse med indgåelse af aftaler. Fra tidspunktet for acceptens bindende virkning kan tilbuddet ikke længere tilbagekaldes, og risikoen for opfyldelse går over til tilbudsgiver. Farnsworth & Young, Contracts, Cases and Materials, 4. ed, University Casebook Series 1988, s. 192. Treitel, The Law of Contracts, 7. ed, Stevens 1987, s. 18 ff.

⁴⁴ Farnsworth & Young, Contracts, Cases and Materials, 4. ed, University Casebook Series 1988, s. 178.

⁴⁵ Se Lando, mfl. Udenrigshandlens kontrakter, 5. udgave, DJØF, 2005. Farnsworth, On Contracts, bind 1-3, Boston, 1990, s. 106-107, Treitel, The law of contracts, 7. ed, London, 1987 s. 7 ff. Cheshire & Fifoot, The law of contracts, London, 1986, s. 26 ff.

⁴⁶ Treitel, The Law of Contracts, 7. ed, Stevens, 1987, s. 52.

foretage en aktiv handling, som herefter binder tilbudsgiveren i en periode, indenfor hvilken tilbuddet er bindende.

Herefter er det muligt for tilbudsmotageren at disponere på bekostning af tilbudsgiveren, men tilbudsmotageren ”betaler” for denne dispositionsret. Begrebet consideration stod, ved dets indførelse i det sekstende århundrede, for en samlebetegnelse af de betingelser, der skulle til at binde en løftegiver, og baggrunden var, at tilbudsgiver skulle have en fordel af at blive bundet af sit tilbud.⁴⁷

Umiddelbart kan tilbudsgiver, da der er partsautonomi i common law, aftale sig frem til at han er bundet af tilbuddet i fristperioden, hvis dette skulle være nødvendigt for at tilbuddet bliver anset for mere seriøst. På den anden side kan tilbudsmotageren vælge at give tilbudsgiveren consideration, og det bliver så tilbudsmotageren, som fastsætter, at fristen er bindende.

At accepten binder allerede fra tidspunktet, hvor det puttes i postkassen, og ikke først ved kundskabsøjeblikket, som det er tilfældet i dansk ret, er en fordel for tilbudsmotageren, da dette forkorter tidsrummet indenfor hvilket, tilbudsgiveren kan tilbagekalde sit tilbud, og dermed forlænger det tidsrum, indenfor hvilket tilbudsmotageren kan regne med aftalens bindende virkning.

3. Økonomisk perspektiv på aftaleindgåelsen

De juridiske regler, som regulerer mekanismen for aftaleindgåelsen, har ligeledes indflydelse på parternes incitament og har indflydelse på de allokativ implikationer for aftalen.⁴⁸ Selve proceduren ved at indgå aftaler mellem parter har dermed reelt indflydelse på det resultat, der kommer ud af forhandlingen, samt for hvorvidt resultatet er efficient. Som Avery Katz formulerer det:

From a regulatory vantage point, estoppel and legal doctrines operate as economic regulations; they shape the bargaining process by influencing the negotiators' incentives to make and to rely on preliminary communications. As with all economic regulations, however, some rules do better than others at promoting efficient exchange, and lawmaker interested in maximizing social wealth must take this into.⁴⁹

I den traditionelle juridiske opfattelse af aftaleindgåelse ses reglerne primært som et deklatorisk redskab til fortolkning og udfyldning af parternes kontrakt, og reglerne skaber således en tydelig baggrundsret for aftaleindgåelsen med henblik på at skabe retssikkerhed, undgå misforståelser og sikre ensartet regelanvendelse for aftalens parter.⁵⁰

In this traditional view, contract formation rules are primarily social conventions that serve to help contracting parties coordinate their agreements, by ensuring that the parties attach the same meaning to their objective manifestations and that their meaning will be understood by third parties called upon to enforce the agreement.⁵¹ ...Describing and promulgating the prevailing conventions: protecting the reliance investments of those who operate according to them; providing newcomers with incentives to

⁴⁷ Farnsworth & Young, Contracts, Cases and Materials, 4. ed, University Casebook Series, 1988, s. 40.

⁴⁸ Se for en nærmere analyse af dette, Christina D. Tvarnø, Christina D. Tvarnø, Aftaler og handelsvidenskab: 100 år med aftaleloven og CBS, Erhvervsretlige emner: 1917-2017, red. Vishv Priya Kohli; Peter Arnt Nielsen. København, Djøf, 2017, s. 103-124

⁴⁹ Katz, When Should an Offer Stick? The Economics of Promissory Estoppel in Preliminary Negotiations, the Yale Law Journal, Vol. 105, No. 5 (Mar., 1996), pp. 1249-1309, side 1250.

⁵⁰ Se også Christina D. Tvarnø, Når man skal harmonisere aftaleretten i EU, Julebog, 2001, s. 9 ff.

⁵¹ Katz, When Should an Offer Stick? The Economics of Promissory Estoppel in Preliminary Negotiations, the Yale Law Journal, Vol. 105, No. 5 (Mar., 1996), pp. 1249-1309, s. 1250 og samme forfatter The Strategic Structure of Offer and Acceptance: Game Theory and the Law of Contract Formation, Michigan Law Review, Vol. 89, No. 2 (Nov., 1990), pp. 215-295.

learn them; and assisting everyone in applying them in ambiguous and novel situations all for the sake of averting misunderstandings.⁵²

Kontraktparter er således styret af den baggrundsret, der gælder for deres aftaler. Det er derfor ikke muligt at skabe en uniform ret, der vil være efficient for alle som udgangspunkt, da alle kontraktparterers adfærd er påvirket af det retssystem, der ligger bagved deres kontrakter. Der er altså sociale omkostninger forbundet ved at skifte fra et system til et andet.

This is why it is sometimes more important to have the law settled, and less so to have it settled correctly. Katz s. 1252

Men derfor bør man ifølge Katz alligevel se på om baggrundsretten er efficient. Der er den konsekvens af baggrundsretten, at den påvirker den effektive allokering og fordeling af goder og baggrundsretten påvirker aftaleparterernes incitamenters til at agere strategisk og dermed i sidste ende vil baggrundsretten påvirke hvilke typer af kontrakter der indgås.⁵³

Hvis man stiller parterne i en situation, hvor de skal indgå en aftale, på de vilkår som gælder efter reglerne i dansk ret, så vil det være muligt, ved hjælp af økonomisk kontraktteori⁵⁴ at undersøge, hvilke implikationer de danske regler medfører for parterne. Sætter man ligeledes parterne i en situation, hvor de skal indgå en aftale, på de vilkår der gælder efter reglerne efter engelsk common law, vil det være muligt at undersøge og klarlægge, hvilke implikationer de engelske regler medfører for parterne.

I henhold til økonomisk teori gælder, at øges omkostningerne ved aftaleindgåelsen vil det medføre, at færre forhandlinger vil blive indledt og dermed at færre aftaler vil blive indgået.⁵⁵ Der kan identificeres en række omkostninger i forbindelse med de regler, som regulerer forhandling af aftaler, og dermed de omkostninger, der opstår ved at afgive tilbud og accept. Der er mange formaliteter, som skal overstås, før en aftale kan anses for indgået. Hvornår parterne er bundet er dog forskelligt fra dansk til engelsk ret, hvilket er genstanden for analysen.

Derfor har reglerne, som regulerer aftaleindgåelsen, betydning for allokeringen af disse omkostninger, og på hvordan omkostningerne ved aftaleindgåelsen vil influere på forhandlingen mellem parterne, og på hvorvidt forhandlingen vil finde sted. Der er to alternative metoder til at finde det optimale forhold i forbindelse med aftaleindgåelse mellem to parter og reglernes påvirkning af parternes incitamenters.⁵⁶ Baggrundsretten har betydning for allokeringen af kontraktens omkostninger og output.⁵⁷

Med udgangspunkt i Coase teoremet⁵⁸ gælder, at hvis forhandling mellem parter i forbindelse med aftaleindgåelse er omkostningsløs og problemfri, så vil juridiske regler og regulering ikke have nogle allokativer konsekvenser.⁵⁹ Således vil uregulerede parter forhandle sig frem til et efficient resultat.⁶⁰ Hvis den individuelle part i forbindelse med en

⁵² Ibid s. 1251.

⁵³ Katz, When Should an Offer Stick? The Economics of Promissory Estoppel in Preliminary Negotiations, the Yale Law Journal, Vol. 105, No. 5 (Mar., 1996), pp. 1249-130 s. 1252

⁵⁴ Katz, Contract formation and Interpretation, 1998, New Palgrave Dictionary of economics and law, s. 425-431.

⁵⁵ Ibid, s. 425-431.

⁵⁶ Ibid.

⁵⁷ Ibid.

⁵⁸ Coase, The problem of the social cost, Journal of law and economics, 1960.3, s. 1-44.

⁵⁹ Katz, Contract formation and Interpretation, 1988, New Palgrave Dictionary and Economics and Law, s. 425-431.

⁶⁰ Modsat kan det fremhæves, at et sådant efficient resultat kun vil kunne forekomme, hvis den individuelle parts incitamenters er ligestillet med den samlede gruppes interesser som helhed.

aftaleindgåelse, ved at agere strategisk, kan forandre fordelingen af gevinster fra aftalen,⁶¹ eller hvis parterne agerer under asymmetrisk information,⁶² vil parterne derimod ikke nå til en efficient allokering i kontrakten.

De omkostninger ved pre-aftaleindgåelse, som går tabt, fordi aftalen ikke bliver indgået, anbringes alt andet lige mest efficient hos den part, som har den største ex post forhandlingsstyrke, hvilket i sig selv afhænger af markedsstrukturen, information, parternes grad af risikoaversion og tidspræference.⁶³

Dette argument bygger på teorien om, at en optimal investering kræver, at omkostningerne og gevinsterne ved at foretage en investering allokeres til den samme person.⁶⁴ Fordi den part med den største forhandlingsstyrke forventes at opnå størstedelen af aftalens samlede gevinst, skal denne part også bære det tab, som opstår, hvis der ikke forhandles en aftale på plads mellem parterne. I den indledende fase af aftaleindgåelsen betyder det, at en aftalepart kun skal være bundet af sit tilbud, hvis denne part har den største forhandlingsstyrke.⁶⁵

Baggrundsretten har ifølge Katz stor betydning, da baggrundsretten påvirker parternes adfærd før selve aftaleindgåelsen og dermed får betydning for de specifikke investeringer, som parterne overvejer at foretage.⁶⁶ Det har stor betydning, hvem der foretager investeringer, hvor produktive investeringerne er, hvilken information parterne har, hvilken forhandlingsstyrke parterne er i besiddelse af og hvem der er nærmest til at bære omkostningerne for at handlen ikke bliver til noget. Den korrekte baggrundsret kan fremme efficiente investeringer, hvorimod den forkerte baggrundsret kan hæmme efficiente investeringer. I praksis vil en hvilken som helst privatretlig regulering dog være imperfekt og svær og omkostningsfuld at implementere mellem private parter.⁶⁷

4. Behovet for en interdisciplinær tilgang og et paradigmeskifte

Når baggrundsretten som diskuteret ovenfor ikke giver et økonomisk efficient resultat, er det et udtalt behov for, at sker en ændring af den måde, hvorpå kontrakter opfattes og anvendes i praksis. Der synes således at være et udtalt behov for at inddrage den økonomiske videnskab og andre relevante videnskaber for at analysere og vurdere nødvendigheden af, at kontrahenterne via aftalegrundlaget fraviger baggrundsretten i det omfang, præceptiv eller beskyttelsespræceptiv lovgivning ikke hindrer det. Dette bekræftes også, af de store empiriske undersøgelser, der gennemføres i regi af IACCM⁶⁸, hvor det element i kontrakten, der gives anledning til flest transaktionsomkostninger i forhandlingsfasen er ansvarsreguleringsvilkår, der grundlæggende handler om at vedtage de mest vidtgående ansvarsfraskrivelser og ansvarsbegrænsningsklausuler under hensyntagen til, hvad der er muligt efter kontraktens *lex causae*. De betingelser, der i øvrigt er forhandling om, vedrører, hvad der kunne betragtes som traditionelle og reaktive. De stammer alle fra den klassiske kontraktret, hvor det primære fokus i bred forstand vedrører risiko- og

⁶¹ Cooter, *The Cost of Coase*, *Journal of Law and Economics*, 1982, vol. 3, s. 1-44. Crawford, *A Theory of Disagreement in Bargaining*, *Econometrica* 1982, vol. 50, s. 481-553.

⁶² Samuelson, *A Comment on the Coase Theorem*, i Roth, *Game-theoretic models of Bargaining*, New York, Cambridge University Press, 1985.

⁶³ Katz, *The Economics of Promissory Estoppel in Preliminary Negotiations*, *Yale Law journal*, 105, 1249-1309, 1996.

⁶⁴ For denne teori, se Grossman & Hart, *The cost and benefits of ownership, a theory of vertical and lateral integration*, *Journal of Political Economy*, 1986, vol. 94, s. 691-719.

⁶⁵ Katz, *The economics of Promissory Estoppel in Preliminary Negotiations*, *Yale Law journal*, 105, 1249-1309, 1996.

⁶⁶ *Ibid*, s. 1308.

⁶⁷ Katz, *The Economics of Promissory Estoppel in Preliminary Negotiations*, *Yale Law journal*, 105, 1249-1309, 1996, s. 1307-1309.

⁶⁸ www.iaccm.com.

rettighedsallokering mellem kontrahenterne med hovedfokus på de retsvirkningerne, der skal indtræde, hvis der ikke sker rigtig opfyldelse.⁶⁹ En sådan tilgang har helt overordnet den konsekvens, at der i forhandlingsfasen og i kontraktkonciperingen bliver et fokus på egen optimering og sikring af værdier ved kontraktens ophør. Petersen & Østergaard⁷⁰ betegner dette som konventionel kontrahering, der helt overordnet har følgende karakteristika:

”...we view conventional contracting as characterized by the aim of own profit maximization (at the expense of the other contract party, if necessary) through the use of reactive provisions. The primary objectives of those provisions are: (i) to transfer risks and undertakings to the other party; (ii) to regulate how disputes are settled; (iii) to stipulate conditions for the dissolution of the collaboration and (iv) to stipulate how assets are to be divided between the parties if the collaboration is dissolved. In economic terms, a conventional contract is an arm’s-length agreement.”

Konventionel kontrahering er til stadighed den dominerende måde, hvorpå kontrakten konciperes. Kontrakterne lægges i praksis ofte i en skuffe eller database og hentes først frem, når der opstår problemer. Kontrakten bliver med andre ord heller ikke et aktivt styringsredskab for at fremme opfyldelsen af et fælles mål, men tværtimod et redskab til egen værdimaksimering og risikominimering. Undersøgelserne fra IACCM med gennemsnitlig mere end 11.000 respondenter fra 152 lande bekræfter, at virksomhedsledelserne ønske et ændret fokus med henblik på bl.a. at anvende kontraktjusteringsmekanismer.

Dette skal ses i lyset af, at kontrakterne er det centrale redskab i en markedsøkonomi, og hvor en virksomhedsledelse med henblik på at træffe kvalificerede strategiske beslutninger ikke alene kan anvende en fagmonopolær tilgang, men er nødt til at trække på andre videnskaber og metodikker for at sikre, at beslutningsgrundlaget bliver så kvalificeret som muligt, som omtalt indledningsvis i dette afsnit. I strategisk henseende har den økonomiske litteratur og empiri været inde på, hvorledes virksomheden i et brancheperspektiv skal udvikle generiske strategier for at overleve og skabe vedvarende konkurrencemæssige fordele, ligesom der i den ressourceterede økonomiske teori og empiri er fokus på, hvorledes en virksomhed gennem sine ressourcer, der i bedste fald kan karakteriseres som kapabiliteter, kan opnå vedvarende konkurrencemæssige fordele. Disse måder og tænke strategisk på og gerne i et tæt sammenspil er, hvad der medvirker til at skabe konkurrencedygtige virksomheder i en markedsøkonomi præget af en høj konkurrenceintensitet. Hvad der imidlertid hidtil synes at være blevet overset er, hvorledes kontrakten kan bruges som et styringsværktøj under hensyntagen til inddragelsen af virksomhedens generiske strategi og ressourcer, og hvordan kontrahenterne ved at have fokus på fælles merværdiskabelse gennem kontrakten både for kontrahenterne og afledt til samfundet i form af positive eksternaliteter i form af øgede skattebetalinger, beskæftigelse, bedre og mere innovative produkter.⁷¹

I lyset heraf synes det derfor relevant at have fokus på et paradigmeskifte, hvor det er relevant og således udøve, hvad der betegnes som strategisk kontrahering. Petersen & Østergaard har defineret begrebet som følger:

⁶⁹ Se nærmere herom, Kim Østergaard, Relevansen af interdisciplinær forskning og empiri I samfundsvidenskaben, Retfærd Årgang 37, 2014, nr. 3/146, s. 5 ff.

⁷⁰ Bent Petersen & Kim Østergaard, Reconciling contracts and relational governance through strategic contracting, Journal of Business & Industrial Marketing, Vol. 33 Issue 3, 265 – 276. S. 267.

⁷¹ Se Christina Tvarnø, Grith Ølykke og Kim Østergaard, Vækst og værdiskabelse via nye former for innovationssamarbejder og partnerskaber, CBS 2013. Forskningsprojektet omhandlede bl.a. hvorledes amerikanske erfaringer i samarbejdet mellem universitetssektoren og den farmaceutiske industri kunne anvendes til at løse det innovationsgab, der eksisterer i den farmaceutiske industri.

“In contrast, we view strategic contracting as characterized by the aim of generating relational rents through the use of both proactive and reactive provisions that, based on resource complementarity and strategic fit between the contract partners, protect knowledge exchange and relationship-specific investments from opportunistic behavior. Hence, a strategic contract is a partnership arrangement through which the contracting parties achieve competitive advantage.”⁷²

Strategisk kontrahering bygger på den centrale præmis om, at der mellem kontrahenterne eksisterer komplementære ressourcer, hvis fælles anvendelse gennem kontraktrelationen kan anvendes til at opnå en overnormal profit, der i økonomisk teori betegnes som relationsrente. Gennem fælles anvendelse af komplementære ressourcer er virksomhederne således i stand til at skabe en merværdi, de ikke ville være i stand til hver for sig.

Det er endvidere en central betingelse, at kontrahenterne foretager gensidige relationsspecifikke investeringer bl.a. med henblik på at signalere engagement og samtidig bruge disse som et middel til at skabe incitamentsforenelighed og dermed hindre opportunistisk adfærd.

Strategisk kontrahering er forskningsmæssigt endnu, hvad der må betegnes som et relativt nyt forskningsfelt med hovedvægten på det interdisciplinære sammenspil mellem jura og økonomi. Centralt i forskningen er, hvorledes den økonomiske forskning kan medvirke til at kvalificere indholdet af de kontrakter, der indgås. Samtidig forudsætter det også et indgående kendskab til, hvorvidt der privat- som offentligretligt⁷³ eksisterer begrænsninger fra det almindelige hovedprincip om aftalefrihed for at udøve strategisk kontrahering. Heraf følger, at hvad der i et økonomisk perspektiv kan medvirke til at skabe relationsrente, kan være begrænset af juridiske årsager.

Udøvelsen af strategisk kontrahering indebærer ikke nødvendigvis et fravalg af de to andre strategiperspektiver, men kan meget vel indgå heri. I forhold til valg af generisk strategi må det helt overordnede udgangspunkt være, at virksomhederne, der i fællesskab udøver strategisk kontrahering, har den samme generiske strategi, således at der foreligger, hvad der betegnes som et strategisk fit. Definitionen af strategisk kontrahering indeholder også en central præmis om, at virksomhederne har komplementære og dermed heterogene ressourcer, som skaber grundlag for at opnå relationsrente. Strategisk kontrahering kan principielt udøves inden for alle kontrakttyper, men vil typisk ikke være relevant i situationer med enkeltstående markedstransaktioner.

Som omtalt vil baggrundsretten sjældent give en efficient løsning på en efterfølgende omstændighed. Anvendelsen af gevinstklausuler er således forbigået i den traditionelle obligationsretlige litteratur. Modsætningen til en gevinstklausul er anvendelsen af en hardshipklausul som et udtryk for risikodeling, som hidrører fra *lex mercatoria* og dermed ikke er en del af national ret i nogen retssystemer forfatterne bekendt. Hardship omfatter overordnet, at eksogene forhold gør det mere byrdefuldt at opfylde kontrakten, men ikke umuligt, som det ofte er tilfældet med *force majeure*. Anvendelsen af en hardshipklausul kombineret med en gevinstklausul i strategisk kontrahering må således anse for essentiel af hensyn til at skabe incitamentsforenelighed.

I den ny-institutionelle økonomi er der en antagelse om, at kontrahenterne er begrænset rationelle, hvilket bl.a. indebærer en manglende evne til at kunne forudsige alle fremtidige begivenheder, hvilket bl.a. resulterer i, at de kontrakter, der indgås, bliver inkomplette som følge af imperfekt information, hvorved forstås, at efterfølgende omstændigheder, der påvirker opfyldelsen af kontrakten, ikke kan udledes ved en fortolkning af kontrakten. Anvendelsen af en gevinstklausul kan derfor ses som et udtryk for, at kontrahenterne har erkendt, at de er begrænset rationelle i forhold til at kunne forudsige efterfølgende omstændigheder, og at et forsøg herpå vil indebære

⁷² Bent Petersen & Kim Østergaard, Reconciling contracts and relational governance through strategic contracting, *Journal of Business & Industrial Marketing*, Vol. 33 Issue 3, 265 – 276. S. 267.

⁷³ Dette er af den juridiske sondring, der foretages i de jurisdiktioner, der henhører under civil law traditionen, hvorimod denne sondring ikke foretages i de jurisdiktioner, der tilhører common law traditionen.

afholdelse af uforholdsmæssige store transaktionsomkostninger, hvis det i realiteten overhovedet er muligt. Der må således foretages aftalesupplering med udgangspunkt i almindelige obligationsretlige grundsætninger og/eller specialitetshensyn i det omfang, det er muligt at udlede under hensyntagen til kontraktens *lex causae*.

Det grundlæggende spørgsmål, der må stilles i den sammenhæng, er, hvorvidt der under hensyntagen til eksistensen af inkomplette kontrakter og de juridiske løsninger på efterfølgende omstændigheder i dansk ret, kan opstilles et mere normativt rettet rationale for, hvorledes kontrahenterne med denne viden, kan løse dette mere juridisk og økonomisk rationelt, når der henses til kontraktens karakteristika med udgangspunkt i transaktionsomkostningsteorien.⁷⁴

I anvendelsen af transaktionsomkostningsteorien opereres der normalt med de transaktionsomkostninger, der betragtes som *ex ante* og *ex post* transaktionsomkostninger. I den danske anvendelse benyttes ofte de såkaldte 4K. I den hidtidige anvendelse omfatter *ex ante* transaktionsomkostningerne kontakt-, kontraktforhandlings- og kontraktudfærdigelsesomkostningerne. *Ex post* transaktionsomkostningerne har hidtil udelukkende omfattet de såkaldte kontrolomkostninger, som bl.a. omfatter omkostninger til domstolsprøvelse. *Ex post* transaktionsomkostningerne må i forhold til strategisk kontrahering og andre kontraktrelationer, hvor der bl.a. anvendes hardshipklausuler, udvides med yderligere 2K. Det ene K vedrører efterfølgende *kontraktjustering*, der omfatter såvel anvendelsen af hardship- som gevinstklausuler. Det andet K vedrører kontrahenternes forpligtelse til *kommunikation*, herunder forpligtelsen til at udveksle strategisk information med henblik på at fremme muligheden for at opnå relationsrente.⁷⁵

Der synes ikke på nuværende tidspunkt at foreligge en klar og entydig definition på, hvad der skal forstås ved en gevinstklausul. Det skal indledningsvis bemærkes, at royaltymbetalinger som er omsætningsbestemte og indeholdt i f.eks. franchise-, forlags-, plade- eller filmkontrakter ikke kan anses som omfattet af begrebet en gevinstklausul. Sådanne kontraktklausuler kunne passende betegnes som uegentlige gevinstklausuler, idet der *ex ante* hos kontrahenterne har været en erkendelse af, at der kunne være en mulighed for at opnå succes henset til eksempelvis pladesalget fra en bestemt kunstner. I praksis er der henset til omsætningen muligheden for at anvende en flad royaltysats, en progressiv royaltysats eller en degressiv royaltysats.

Formålet med at anvende gevinstklausuler i forbindelse med strategisk kontrahering er netop den erkendelse, at der på kontraktindgåelsestidspunktet er imperfekt og antagelig også asymmetrisk information om fremtidige muligheder for *yderligere* at opnå relationsrente, hvorved der gennem anvendelsen af gevinstklausuler sikres mulighed for, hvad der kan betegnes som dynamisk efficiens. Gevinstklausulens konkrete ordlyd vil selvsagt afhænge af den konkrete kontrakttype, hvori kontraktklausulen indgår, men på det overordnede abstrakte plan skal gevinstklausulen være udformet som en bestemmelse, hvorefter kontrahenterne er gensidigt forpligtet til at meddele hinanden, såfremt der i kontraktens løbetid opstår mulighed for udnytte en forretningsmæssig og dermed økonomisk mulighed, idet gevinstklausulen i lighed med eksempelvis en hardshipklausul skal afspejle kontrahenternes erkendelse om, at der er imperfekt information på kontraktindgåelsestidspunktet, men at kombinationen af disse to klausuler omhandlende efterfølgende omstændigheder medvirker til at skabe en incitamentsstruktur, hvor kontrahenterne

⁷⁴ Oliver Williamson videreudviklede transaktionsomkostningsteorien efter Coase havde påvist i artiklen *The Nature of the Firm*, at der eksisterede transaktionsomkostninger således at prismekanismen ikke længere kunne stå alene. I relation til Oliver Williamsons forfatterskab om transaktionsomkostningsteorien kan der bl.a. henvises til *Transaction-Cost Economics: The Governance of Contractual Relations*, American Journal of Sociology, vol. 87, no. 3, s. 548 – 577, 1981 og *Comparative Economic Organization: The Analysis of Discrete Structural Alternatives*, Administrative Science Quarterly, vol. 36, no. 2, s. 269 – 296, 1991.

⁷⁵ Som eksempel herpå, se *Vækst og værdiskabelse via nye former for innovationssamarbejder og partnerskaber*, Christina D. Tvarnø, Grith Skovgaard Ølykke og Kim Østergaard, kapitel 7, CBS 2013.

anvender kontrakten som et styringsinstrument til fællesoptimering og i bedste fald opnå yderligere relationsrente. I lighed med de korte bemærkninger, der er fremført vedrørende udfærdigelsen af en hardshipklausul i strategisk kontrahering, kan det i relation til udfærdigelsen af gevinstklausulen for at sikre incitamentsforenelighed overvejes, om der på forhånd skal indsættes en fordelingsnøgle for den økonomiske merværdi, der skabes på grundlag af gevinstklausulen.

Hvor den retsvidenskabelige litteratur om efterfølgende omstændigheder må anses for relativ velbeskrevet, synes muligheden for at skabe yderligere økonomisk merværdi efter kontraktindgåelsestidspunktet at være forbigået i den retsvidenskabelige litteratur og kun relativ sparsomt beskrevet i den økonomiske litteratur.⁷⁶

Udgangspunktet i de fleste retssystemer er, at der er aftalefrihed, således at en kontrahent kan indgå aftale med en anden kontrahent med det indhold og retsvirkninger, kontrahenterne selv fastlægger. Aftalefriheden indebærer også, at en kontrahent kan afstå fra at indgå aftale med en anden kontrahent. I civil law landene vil opdeling i privat- og offentligretlige regler indebære, at præceptive eller beskyttelsespræceptive regler kan indeholde begrænsninger i aftalefriheden. Forekomsten af præceptive og beskyttelsespræceptive regler er dog begrænset, når aftalens kontrahenter er virksomheder, idet der er en formodning for, at kontrahenterne handler i egenskab af at være professionelle, således at der ikke er noget beskyttelsesbehov. Det må antages, at strategisk kontrahering udelukkende er relevant i forhold mellem virksomheder.

Inddragelsen og anvendelsen af gevinstklausuler er et eksempel på en kontraktbestemmelse, som kontrahenterne aktivt må inkorporere i kontraktgrundlaget, da der ikke er mulighed for at påberåbe sig denne mulighed ved almindelig aftalesupplering.

5. Offentlige aftaler

Offentlige aftaler er underlagt en lang række reguleringsmæssige rammer i forhold til udbudsloven, forvaltningsloven, lov om offentlig byggevirksomhed, krav om anvendelse af AB18⁷⁷, kommunalfuldmagten mv..

Den økonomiske definition på fælles optimering som nævnt ovenfor I afsnit 3 kan overføres til offentlige aftaler med visse modifikationer. For det første har parterne ikke aftalefrihed. For det andet er parterne underlagt de førnævnte love og regler. For det tredje er parterne i visse brancher forpligtet til at anvende standardvilkår som fx AB18 og K0-3 kontrakterne. Disse typer af kontrakter følger ikke den i dette paper gennemgåede økonomiske teori om fælles optimering, hvorefter det gælder, at jo mere parterne fælles optimere, des bedre bliver det økonomiske output.

5.1. Et teoretisk eksempel

Traditionelt forholder økonomisk teori sig til private parter, men den kan også overføres offentlige aftaler⁷⁸ via følgende eksempel mellem to virksomheder A og B, hvor A senere transformeres til staten som part:

⁷⁶ Se eksempelvis J.H. Dyer & Singh, *The Relational View: Cooperative Strategy and Sources of Interorganizational Competitive Advantage*, *Academy of Management Review*, 23 Vol. 4, 1998, s. 660 f.

⁷⁷ Cirkulæreskrivelse nr. 21 af 05/02/1993 om anvendelse af 'almindelige betingelser for arbejder og leverancer i bygge-og anlægsvirksomhed' af 10. december 1992 (AB) forskriver, at AB 92 skal anvendes, og hvordan AB 92 skal anvendes.

⁷⁸ Oliver Hart: *Incomplete Contracts and Public Ownership: Remarks, and an Application to Public-Private Partnerships*, *The Economic Journal*, Vol. 113, No. 486, Conference Papers (Mar., 2003), s. C69-C76.

A er en privat bilfabrikant. B leverer dele til A's produktion. Det antages, at der er tale om en langvarigt aftaleforhold, hvilket betyder at enten A eller B foretager investeringer, der er specielt forbundet med denne konkrete aftale (aktivspecifikke investeringer). Hvis disse antagelser forekommer, er der to måder, hvorpå aftalen kan gennemføres.

1) A og B kan have en kontrakt, hvor de fokuserer på de elementer, der skal leveres/bestilles, som to selvstændige virksomheder, der er delvist afhængige af hinanden i værdikæden.

2) A og B kan slå sig sammen, fordi de faktisk er så afhængige af hinanden at de kan opnå flere fordele ved at være 1 firma frem for 2, hvilket svarer til vertikal integration.⁷⁹

Antag nu at A repræsenterer staten og B leverer enten genstande eller service til staten, fx i form af levering af elektricitet eller en bygning (skole, fængsel mv.). Her kan parterne (staten og den private aktør) opstille enten en langtidskontrakt eller vertikalt integrere, hvilket betyder, at staten nationaliserer B.

Selv om der er tydelige forskelle⁸⁰ mellem private branchers strategiske overvejelser og statens beslutninger, forekommer der alligevel nogle sammenfald rent teoretisk mellem vertikal integration og privatisering, herunder fx hvorvidt det er bedre at regulere en relation med en social langtidskontrakt eller via en overdragelse af ejendomsretten, hvilket er relevant i forhold til en aftale, hvor staten netop overdrager en del af det offentlige gode, fx en bro, vej, bygning til den private aktør.

Økonomisk teori om vertikal integration/virksomheden "the theory of the firm" drejer sig om ufuldkomne kontrakter og forklarer, hvordan man økonomisk bør agere overfor den inefficiens der opstår, fordi det er svært at kontrahere, når der er usikkerhed.

Økonomisk teori om privatisering har taget udgangspunkt i principal/agent teorien og dermed et "complete contracting" perspektiv, hvor problemer (imperfections) opstår på grund af parternes adfærd (moral hazard) og asymmetrisk information. Problemet med principal/agent-teorien er, at den ikke tager hensyn til ejerens rettigheder og muligheder, fordi det antages at alt er specificeret i kontrakten og kan kontrolleres.

Teorien om inkomplette kontrakter antager derimod, at netop ejerskab til diverse aktiver er yderst relevant, fordi ejeren træffer alle beslutninger om aktivet, som ikke er indeholdt i kontrakten (the owner has residual control). Sættes dette i forhold til, hvorvidt staten bør eje (vertikal integrere) eller kontrahere (indgå i en social langtidskontrakt) betyder det, at hvis kontrakterne er fuldkomne behøver staten ikke eje et aktiv for at kunne sikre kontrol, da virksomhedens (B) adfærd kan styres med kontrakten. Men hvis kontrakten er ufuldkommen (som de ofte er i praksis) kan ejerskab til infrastruktur mv. være nødvendig, hvis staten har behov for at opretholde helt særlige beføjelser i form af kontrolrettigheder.⁸¹

Modsat gælder, at hvis staten ikke har behov for særlige kontrolrettigheder kan en langtidskontrakt være et mere optimalt og relevant redskab. Samtidig kan en langtidskontrakt som lægge sig midt mellem vertikal integration og almindelig langtidskontrakt, fordi det netop er muligt at indlægge nogle flere positive kontrolforanstaltninger i kontrakten, fordi incitamenterne i forvejen er vendt rundt.

⁷⁹ Dette er helt traditionel transaktionsomkostnings- og vertikal integrationsteori og samme problem kan adresseres, hvis A er staten.

⁸⁰ Hvis staten ville foretage en vertikal integration og dermed fusionere med B ville det blive opfattet som nationalisering af privat virksomhed og skyldes politiske overvejelser, hvorimod private virksomheders beslutninger om vertikal integration som regel er rent økonomisk funderet. Hvis B fx er et elektricitets-selskab må det forventes, at der er direkte salg af elektricitet til slutbrugerne uden at staten er involveret og en eventuel kontrakt mellem staten og B vil have til formål at regulere B's adfærd overfor forbrugerne.

⁸¹ Oliver Hart: Incomplete Contracts and Public Ownership: Remarks, and an Application to Public-Private Partnerships, The Economic Journal, Vol. 113, No. 486, Conference Papers (Mar., 2003), s. 69-70.

5.2. Kontrol

Hvis A har flest residuale kontrolrettigheder, betyder det, at har A større forhandlingsstyrke, når eventuelle uforudsete udgifter opstår og dermed opnår et større afkast på investeringen. Det betyder igen, at A har et større incitament til at investere mere. Omvendt falder B's incitament til at investere, fordi B forhandlingsstyrke er lavere. Den optimale fordeling af ejerskab sker ud fra disse forhold. Det er yderst væsentligt at fastslå, at der ikke findes en eksakt fordeling af alle mulige parter fordeling af rettigheder, goder, investering mv. Det er styrken og mulighederne hos de konkrete parter som afgør den optimale fordeling.

Staten kan eje et aktiv, det kunne igen være en skole eller et fængsel og derefter ansætte en leder til at drive fængslet eller staten kan indgå en kontrakt med et selskab, som er ejet af denne person og selskabet kan derefter drive skolen eller fængslet. Hvis man i denne situation ser bort fra at staten kan foretage investeringer, men alene ser på de investeringer enten den ansatte leder eller ejeren af et hyret selskab vil foretage, får man forskellige resultater.

1) Ejeren af det private selskab kan vælge at investere i effektivitetsfremmende ideer, der øger kvaliteten af fængselsvæsenet, eller han kan fokusere på at beregne, hvordan han kan beskære omkostninger og kvalitet og samtidig overholde kontrakten med staten.

2) Er lederen i stedet ansat af staten har han lavere incitament til at engagere sig i forskellige aktiviteter, fordi det alene er staten som arbejdsgiver, der har mulighederne for at belønne de aktiviteter, de finder relevant, hvilket begrænser fordelene i at skabe nye tiltag. Dermed er risikoen for "hold up" større for en ansat leder end for et privat selskab, hvilket er argument for, at et privat ejerskab øger transaktionens efficiens og innovationsgrad, men samtidig øges også risikoen for lavere kvalitet som følge af for lave omkostninger.⁸²

Hvis staten selv foretager investeringerne, er der risiko for at innovationsgraden bliver lavere end hvis staten kontraherer med en privat virksomhed fordi kontrolrettighederne er skiftet. Det betyder igen, at hvis bygherren er privat, vil der være en højere grad af ejerskabsfølelse, og mere fokus på udvikling og innovation, end hvis det offentlige overtager aktivet når det er færdigbygget som i et traditionelt udbud.⁸³ Samtidig gælder, at andelen af kontrolklausuler i aftaler mellem offentlige og private parter således har indflydelse på graden af innovation. Hvis der fokuseres på positive incitamenter i stedet for kontrol, har det betydning for innovationsgraden.

5.3. Totaløkonomi i offentlige kontrakter

Det er helt alment, at kontrakten mellem staten og bygherren specificerer de væsentlige egenskaber fx ved et fængsel, der skal leveres i $t=1$. Kontrakten specificere ligeledes de basale behov som fængselsvæsenet har givet udtryk for skal kunne indeholdes i fængslet i forhold til fanger, personale, sikkerhed mv. Det betyder, at kontrakten dels indeholder ydelser fra $t=0$ til $t=1$ og fra $t=1$ til $t=2$. Kontrakten antages at være ufuldstændig i den forstand, at bygherren kan ændre karakteren af fængsel eller staten kan ændre arten af fængselsvæsenet på forskellige måder, uden at overtræde kontrakten fordi den bygger på opfyldelse af behov.

Teoretisk set kan bygherren her foretage to investeringer,

⁸² Oliver Hart: Incomplete Contracts and Public Ownership: Remarks, and an Application to Public-Private Partnerships, The Economic Journal, Vol. 113, No. 486, Conference Papers (Mar., 2003), s. C69-C76, særligt for denne gennemgang se s. 71.

⁸³ I $t = 0$ indgås kontrakten mellem staten og den private bygherre
I $t = 1$ bygges aktivet
I $t = 2$ driftes aktivet og lejes af staten

- en investering, som er produktiv og som gør fængslet mere attraktivt, nemmere at drive og som øger kvaliteten
- en investering som er uproduktiv, fordi den reducerer omkostningerne og dermed også kvalitet

Hvis der er tale om et typisk udbudsprojekt, hvor den offentlige part ejer bygningen og den private part alene bygger bygningen og leverer til staten, vil den private bygherre hverken internalisere sociale ydelser eller driftsomkostninger, hvorfor der slet ikke ses nogle totaløkonomiske fordele hvor samtidig der er meget få produktive investeringer. Hvis der er tale om et totaløkonomisk projekt, hvor den private part ejer og drifter aktivet, er der stadig risiko for at den private bygherre ikke vil internalisere sociale ydelser, men han vil bestemt internalisere driftsomkostningerne. Dette betyder, at den private bygherre vil foretage flere produktive investeringer og totaløkonomisk vil dette være en fordel frem for den alternative og langt mere typiske udbudsmodel. Den traditionelle udbudsmodel er fordelagtig, hvis kvaliteten og anvendelsen af aktivet nemt kan fastslås ex ante, og hvor tjenesteydelsen er for speciel til at blive defineres og kvalificeret ex ante.

5.4. Udbudsperspektivet

Ovenstående totaløkonomiske perspektiv bør anvendes, hvis det er nemt at fastslå kvalitet og definition af tjenesteydelsen men hvor fastlæggelsen af aktivet (bygningen) er svært på forhånd at definere. Her vil risikoen for en underinvestering under en traditionel udbudsprocedure være stor mens risikoen for overinvestering vil være mindre.⁸⁴

Når der er tale om skoler og fængsler, broer og infrastruktur kan der argumenteres for, at det er relativt nemmere at kontrahere om bygningen frem for den service som skal finde sted inde i bygningen. På den anden side vil fremtidens behov for nye måder at indtænke pædagogik, straf, trafik mv. blive efterspurgt langt højere, hvilket øger kompleksiteten til denne form for bygninger og infrastruktur, så kravene til fremtidens aktiver stiger med faldet i adgang til ressourcer. Ser man på et hospital kunne dette være en situation, hvor bygninger og drift er lige komplekse i dag. Dette kunne være typisk for meget byggeri og infrastruktur i fremtiden.

5.5. Private kontrakttyper

Den private sektors erfaringer med kontrakter, der har til formål at opnå fælles optimering – fx strategiske alliance, joint ventures og sociale langtidskontrakter kan ses som gode og gennemprøvede eksempler på tætte partnerskaber, der også kan anvendes – og forhåbentlig med fordel - mellem offentlige og private parter fordi sådanne samarbejder i sig selv kan overvinde dilemmaet mellem egen og fælles optimering og derved kan parterne i fællesskab opnå et mere optimalt udbytte og dermed en forbedret totaløkonomi.⁸⁵

Dette understøttes af flere typer af økonomiske teorier, som fx påviser, at hvis det er nemt at forhandle sig frem til en fordeling af rettigheder ex post kan dette påvirke fordelingen af ex post værdien, fordi man på den måde allerede ex ante kan identificere alternative reglers effekt og dermed på forhånd finde frem til bedre fordeling af ex post rettigheder. Det kan fx være, at krav om misligholdelsesbøføjelser ikke mere fordelagtige end fordeling af rettigheder, hvilket understøtter ideen bag kontraktindholdet og formålet i et OPP, som bør bygge på positive incitamenter frem for straffklausuler.⁸⁶

⁸⁴ Oliver Hart: Incomplete Contracts and Public Ownership: Remarks, and an Application to Public-Private Partnerships, *The Economic Journal*, Vol. 113, No. 486, Conference Papers (Mar., 2003), s. C69-C76, s. 74.

⁸⁵ Krugmann and Obstfeld, *International Economics, Theory and Policy*, [2003] Sixth edition, Addison-Wesley, part I.

⁸⁶ Lucian Arye Bebchuk, Ex ante investments and ex post externalities, Discussion Paper No. 397 12/2002, Harvard Law School Cambridge, MA 02138, ser på, hvordan fordelingen af rettigheder påvirker initial investeringer og ex

Ud fra økonomisk teori er det endvidere muligt at påvise, at de typiske selviske investeringer, som alene har til formål at medføre fordele for investoren (ved fx at investere for at reducere egne omkostninger) kan påvirkes positivt via samarbejdsinvesteringer (cooperative investments), der ikke kun er til fordel for investoren, men også for fx køberen, fordi investeringen øger køberens nytte. Væsentligt for denne konklusion er, at det er nødvendigt at der er tale om kontrakter, der kan forhandles ex post, da total mangel på ex post forhandling generelt gør aftalen mindre værd.⁸⁷

Dette understøtter ideen bag den successive aftaleforhandling, hvor parterne opstiller en rammeaftale, der indeholder de positive parametre, der skal gælde for den efterfølgende og delvise forhandling af delelementer og løsninger, som opstår i aftalens løbetid. Dette ses bl.a. i partneringaftalen, som er et godt eksempel på en positiv social rammeaftale, der oplister parternes positive forpligtelser.⁸⁸

6. Afrunding

Dette paper har diskuteret forskellen på det danske omsætningssikkerheds og det markedsøkonomiske britiske perspektiv på aftaleindgåelse og den konsekvens det har for det danske aftalesystem. Endvidere har dette paper præsenteret partneringaftalen som et alternativ til den traditionelle aftale, for at illustrere, at det danske aftaleperspektiv er fokuseret på egenoptimering frem for den mere økonomisk efficiente fælles optimering. Dernæst har dette paper præsenteret relevansen af en relationsspecifik aftale og afsluttet analyserne med et offentlig retligt aftaleperspektiv.

Afslutningsvis skal det nævnes, at Hart og Moore gennem 20 år har forsket i langtidskontrakter, investering, forhandling og rettigheder og der er uden tvivl langt mere forskning som kan anvendes til at forklare, hvilket niveau af ex pante og ex post omkostninger, der er mest optimalt i forhold til offentlige. Fx viser Hart & Moore at sociale og adfærdsfaktorer kan sænke ex post omkostningerne⁸⁹ og kom i 1988⁹⁰ frem til, at hvis der er høje relationsspecifikke omkostninger for parterne i kontraktforløbet, er det ikke muligt at forhandle sig frem til den optimale kontrakt (the first best solution). Samtidig finder de frem til at det næstbedste kontaktresultat (second best solution) vil indebære underinvestering, hvilket netop er et stort problem i traditionelle udbud.

ante adfærd og som på grundlag af denne analyser fremhæver det perspektiv, at økonomiske konklusioner påvirker jura og politik.

⁸⁷ Yeon-Koo Che & Donald B. Hausch, Cooperative Investments and the value of contracting, *The American Economic Review*, marts 1999, s. 125 ff. Grossman & Hart, The cost and Benefits of ownership, a theory of vertical and lateral integration, *Journal of political Economy*, 1986, vol. 94, nr. 4 som konkluderer, at kontraktuelle rettigheder kan opdeles i to typer. Specielle rettigheder og residuale rettigheder. Når det er for omkostningsfuldt at udforme en liste over alle specifikke rettigheder vedrørende aktivet som kontrakten omhandler vil det i stedet være optimalt at lade den ene part købe alle rettighederne. Dette medfører et irreversibelt tab hos den anden part, hvilket er problematisk.

⁸⁸ Se om spilteori, partnering og positive incitamenters i Christina D. Tvarnø: *Konflikt-konflikten i private partneringaftaler* i *Håndtering af konflikter om fast ejendom og byggeri*. Ed. Pia Deleuran, DJØF, 2011.

⁸⁹ Hart & Moore: Incomplete Contracts and Ownership: Some New Thoughts, *AEA Papers and Proceedings*, maj 2007

⁹⁰ I Hart og Moore 1988 incomplete contracts and renegotiation, *Econometrica*, Vol.56, No. 4 (July,1988),755-785.