

Forholdet mellem en digital formidlingsplatform og en leverandør

Fokus på den digitale formidlingsplatforms retsstilling og den optimale risikoallokering

The relationship between a digital retailer and a supplier

Focus on the legal position of the digital retailer and the optimal risk allocation



Kandidatafhandling cand.merc.(jur.)
15. maj 2018

Forfattere:

Mathilde Mainz Elkjær (66273)
Mie Krogh Madsen (81211)

Vejledere:

Bent Petersen
Kim Østergaard

268.937 anslag/118,2 sider

Indholdsfortegnelse

Abstract	4
Kapitel 1. Afhandlingens rammer	5
1.1. Indledning	5
1.2. Problemstilling	6
1.3. Synsvinkel	7
1.4. Afgrænsning	7
1.5. Erhvervsjuridisk metode	9
1.6. Juridisk metode	9
1.6.1. Retsteori	9
1.6.2. Retsdogmatisk metode	10
1.6.3. Regulering	11
1.6.4. Retspraksis	11
1.7. Økonomisk metode og teori	12
1.7.1. Principal-agent-teori	13
1.7.2. Positiv feedback og netværkseksternaliteter	14
1.8. Struktur	15
Kapitel 2. Dealsitets retsstilling	17
2.1. Trepartsforholdet	17
2.2. Formidlingsreglerne	18
2.2.1. Formidlingsreglernes anvendelsesområde	19
2.3. Betingelser for at mellemmanden udgør en formidler	20
2.3.1. Dealsitet skal drive virksomhed af erhvervsmæssig karakter	21
2.3.2. Dealsitet skal medvirke aktivt i forbindelse med aftaleindgåelsen	22
2.3.3. Dealsitet må ikke være realdebitor	23
2.3.4. Sammenfatning	23
2.4. Forbrugerens direkte aftalepart i trepartsforholdet	24
2.4.1. Betingelser for ikke at indtræde i rollen som pligtsubjekt	27
2.4.1.1. Vedtaget formidlerforbehold	27
2.4.1.2. Tydeligheds- og klarhedskrav samt forbrugerens accept	28
2.4.1.3. Involveringsgrad	36
2.4.1.4. Sammenfatning	38
2.5. Forbrugerens misligholdelsesbeføjelser	40
2.5.1. Forbrugerens misligholdelsesbeføjelser ifølge kontraktgrundlaget	40
2.5.1.1. Realydelse i form af løsøregenstand	41
2.5.1.2. Realydelse i form af tjenesteydelse	45
2.5.2. Forbrugerens misligholdelsesbeføjelser uden holdepunkter herom i kontraktgrundlaget	46
2.5.2.1. Realydelse i form af løsøregenstand	46
2.5.2.2. Realydelse i form af tjenesteydelse	47
2.5.3. Sammenfatning	49
2.6. Delkonklusion	50
Kapitel 3. Dealsitets forretningsmodeller	52
3.1. Forholdet mellem leverandøren og dealsitet	52
3.2. Risikoallokeringen når henholdsvis leverandøren eller dealsitet er pligtsubjekt	54
3.2.1. Første forretningsmodel: Leverandøren som pligtsubjekt	55
3.2.1.1. Parternes roller i første forretningsmodel	55
3.2.1.2. Forretningsmodellens muligheder	56

3.2.1.2.1. Mulighed for at udøve strategisk kontrahering	56
3.2.1.2.2. Ingen forpligtelser for dealsitet	57
3.2.1.3. Forretningsmodellens udfordringer	58
3.2.1.3.1. Asymmetrisk information	58
3.2.1.3.2. Risiko for konventionel kontrahering	59
3.2.1.4. Udfordringernes mulige løsninger	60
3.2.1.4.1. Incitamentsforenelig kontrakt	61
3.2.1.4.2. Fra konventionel til strategisk kontrahering	63
3.2.2. Anden forretningsmodel: Dealsitet som pligtsubjekt	64
3.2.2.1. Parternes roller i anden forretningsmodel	64
3.2.2.2. Forretningsmodellens muligheder	65
3.2.2.2.1. Mulighed for at udøve strategisk kontrahering	65
3.2.2.2.2. Positiv feedback	66
3.2.2.2.2.1. Netværkseksternaliteter	72
3.2.2.3. Forretningsmodellens udfordringer	74
3.2.2.3.1. Asymmetrisk information	74
3.2.2.3.2. Risiko for konventionel kontrahering	75
3.2.2.4. Udfordringernes mulige løsninger	76
3.2.2.4.1. Incitamentsforenelig kontrakt	76
3.2.2.4.1.1. Blacklisting	76
3.2.2.4.1.2. Regresadgang	78
3.2.2.4.1.3. Større profitandel til dealsitet som den ansvarlige part	81
3.2.2.4.2. Fra konventionel til strategisk kontrahering	82
3.3. Delkonklusion	82
Kapitel 4. Den optimale risikoallokering	84
4.1. Forretningsmuligheder i forhold til udfordringer	84
4.2. Konventionel versus strategisk kontrahering	86
4.3. Anden forretningsmodel i praksis	92
4.4. Det juridiske risikobegreb	93
4.5. Den optimale risikoallokering baseret på de juridiske og økonomiske muligheder og begrænsninger	93
4.6. Delkonklusion	96
Kapitel 5. Konklusion	98
Litteraturliste	100
Litteratur	100
Artikler	101
Love	101
Forarbejder	102
Domsliste	102
Forbrugerklagenævnets afgørelser	102
Internet	103
Notater	103
Bilag	104
Bilag 1: Interview den 17. april 2018 med Morten Boe Andersen, direktør i Sweetdeal	104

Abstract

According to Danish Civil Law, a supplier is responsible for the cost in case of a consumer's claim of defect. However, this legal position was challenged by Danish case law, where a retailer was sentenced responsible. The purpose of this project is to investigate under which circumstances a dealsite is responsible for the consumer's claim of defect and the appurtenant consequences of this responsibility. Furthermore, the optimal risk allocation will be analysed based on the business opportunities and challenges of a dealsite.

The legal part of this project contains an assessment of when a retailer disclaimer is valid. According to Danish case law a valid retailer disclaimer has to be enacted in the terms and conditions of an agreement. It also has to be distinct, sufficiently clear and easy for the consumer to understand. Moreover, the dealsite must not act in a way that will lead the consumer into believing that the dealsite is its contracting partner. If a dealsite takes these conditions into consideration, it will not be responsible. In case of a dealsite being the responsible part, practical issues will arise in regards to a consumer's remedies for breach of contract, as the dealsite will only be able to perform financial compensation.

A dealsite has two business models available depending on whether it takes the three conditions mentioned above into consideration or not. In the first business model, a dealsite is not responsible for the consumer's claim of defect, whereas it is responsible in the second. The second business model is concluded as the most profitable as it incentivizes opportunities from positive network externalities. However, both business models encourage strategic contracting, due to the accordance between the risk preferences and risk allocation of the parties involved. The challenges in both business models are concluded to be a conflict of interest and a risk of conventional contracting.

The risk allocation in the second business model is considered to be optimal for a dealsite and a supplier, given the contract contains a dealsite's access to recourse combined with the supplier's submission of additional profit to the dealsite. However, this risk allocation is considered to be inappropriate for the consumer.

Kapitel 1. Afhandlingens rammer

1.1. Indledning

Forbrugernes adfærd har igennem de senere år ændret sig, eftersom flere og flere køber deres produkter på internettet.¹ Leverandører af varer og/eller tjenesteydelser er derfor nødsaget til at tilpasse sig den ændrede adfærd og tænke digitalisering ind i deres strategi, således at de kan distribuere deres produkter i bredere forstand. Dette kan blandt andet gøres ved at benytte sig af digitale formidlingsplatforme i form af dealsites, der fungerer som det kommercielle bindeled mellem leverandøren af en vare og/eller tjenesteydelse i den vertikale afsætningskæde til forbrugeren.² Dealsites er hjemmesider, der har til formål at markedsføre og formidle tidsbegrænsede tilbud på alverdens varer og/eller tjenesteydelser.³ Leverandører kan med fordel drage nytte af dealsites til at formidle deres produkter, da der ofte findes en større kundekreds og en måde at skabe opmærksomhed om produkterne på.

Det følger af princippet om kontraktens relativitet, at en aftale som udgangspunkt udelukkende har retsvirkning inter partes. Kvalificeres en aftale som et traditionelt forbrugerkøb efter købelovens § 4 a, hvor en forbruger køber en vare hos en fysisk forhandler, vil dette indebære, at forbrugeren kan rette sit krav mod forhandleren frem for leverandøren af den pågældende mangelfulde vare. En formidler kan derimod have en anden retlig status over for forbrugeren end det traditionelle udgangspunkt i et forbrugerkøb. Formidleren kan have fuldmagt til at sælge en vare og/eller tjenesteydelse til forbrugeren på vegne af leverandøren og dermed have adgang til at afslutte salget med forbrugeren.⁴ Det hidtidige udgangspunkt i formidlerforhold har været, at formidleren i overensstemmelse med princippet om kontraktens relativitet ikke er direkte aftalepart og dermed ikke pligtsubjekt over for forbrugeren, hvilket i praksis har betydet, at en formidler ikke har stået til ansvar over for forbrugeren. Dette udgangspunkt er midlertidigt blevet udfordret af GoLeifdommen,⁵ hvor den digitale formidlingsplatform GoLeif.dk blev idømt erstatningsansvarlig over for forbrugeren, hvilket betød, at GoLeif.dk måtte anses som direkte aftalepart. Sidenhen er det modsatte resultat og dermed udgangspunktet i formidlerforhold blevet statueret i Booking.com-

¹ Danmarks Statistik: <https://www.dst.dk/Site/Dst/Udgivelser/GetPubFile.aspx?id=20738&sid=itbef2016>

² Østergaard, Kim; *Dealsites – formidler eller anden mellemmand i lyset af kontraktens relativitet* i Petersen, Hans V. G.; *Juridiske Emner ved Syddansk Universitet*, 2015, s. 107

³ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen: <https://www.forbrug.dk/artikler/forbrug/test-og-raad/e-handel/dealsites/hvad-er-en-deal/?rn=43203>

⁴ Østergaard, Kim; *Dealsites – formidler eller anden mellemmand i lyset af kontraktens relativitet* i Petersen, Hans V. G.; *Juridiske Emner ved Syddansk Universitet*, 2015, s. 107

⁵ U.2016.1062Ø, Forbrugerombudsmanden mod Den Danske Rejsegruppe, Østre Landsrets dom 18. november 2015

dommen,⁶ hvor hotellet som den bagvedliggende leverandør blev anset for værende direkte aftalepart over for forbrugeren frem for formidlingsplatformen. Den endelige retsstilling i forholdet mellem en formidler og en leverandør er på denne baggrund endnu uklar. Det er derfor ikke altid ligetil for forbrugeren at gennemskue, hvem der er ansvarlig for aftalens opfyldelse og dermed om det er leverandøren eller den digitale formidlingsplatform, der kan rettes et opfyldelses- eller mangelskrav mod.⁷ Afhængig af hvilken realkyldelse der præsteres, vil forbrugeren kunne gøre forskellige misligholdelsesbeføjelser gældende over for aftaleparten i trepartsforholdet.

Som nævnt ovenfor er digitale formidlingsplatformes retsstilling noget uklar, hvorfor der er en risiko for at blive direkte aftalepart over for forbrugeren og dermed pligtssubjekt. At være pligtssubjekt betyder i udgangspunktet at bære al risiko forbundet med forbrugers opfyldelses- eller mangelskrav. Der findes to situationer, hvorved det henholdsvis er den bagvedliggende leverandør eller den digitale formidlingsplatform der udgør pligtssubjekt. Begge situationer formodes at medføre en række muligheder og udfordringer for den digitale formidlingsplatform, som udover en række andre faktorer er afgørende for, hvordan risikoen optimalt fordeles i forholdet mellem denne part og den bagvedliggende leverandør.

Ovenstående problematikker har givet anledning til at udforme nedenstående problemstilling.

1.2. Problemstilling

I takt med den øgede digitalisering er det nødvendigt at tage stilling til, i hvilken udstrækning et dealsite som digital formidlingsplatform er direkte aftalepart og dermed pligtssubjekt over for forbrugeren. Det er i denne sammenhæng først og fremmest relevant at statuere, om den retlige kvalifikation af denne type mellemmandsform vil udgøre en formidler for dernæst at undersøge, hvilke betingelser der skal iagttages for ikke at blive pligtssubjekt. Såfremt dealsitet er pligtssubjekt over for forbrugeren, findes det interessant at undersøge, hvilke misligholdelsesbeføjelser forbrugeren kan gøre gældende over for dealsitet. I denne sammenhæng har det betydning, hvorvidt kontraktgrundlaget indeholder holdepunkter om misligholdelsesbeføjelser eller ej og derudover hvilken realkyldelse der er tale om.

Det findes interessant at finde frem til, hvem af parterne der er bedst egnet til at udgøre pligtssubjekt og dermed være den part, der i udgangspunktet bærer al risiko. Alt afhængig af om henholdsvis den bagvedliggende leverandør eller dealsitet er pligtssubjekt, ønskes det analyseret, hvilke forretningsmuligheder og udfordringer disse situationer skaber. Det vil på baggrund heraf undersøges ud fra en

⁶ U.2018.574V, Booking.com mod Johnny Sleimann Sørensen, Vestre Landsrets dom 17. oktober 2017

⁷ Notat af Forbrugerombudsmanden; *Salg af deals på internettet – hvem er ansvarlig?*, 2016, s. 4

tværfaglig analyse, hvilken risikoallokering der er mest optimal. Afhandlingen vil analysere de fremlagte problemstillinger gennem følgende problemformulering:

- **Under hvilke omstændigheder anses et dealsite som ansvarlig for aftalens opfyldelse over for forbrugeren og hvilke retsvirkninger vil denne retsstilling medføre?**
- **Hvilken risikoallokering mellem et dealsite og en leverandør er optimal baseret på dealsites forretningsmuligheder og udfordringer?**

1.3. Synsvinkel

Afhandlingen anskuer problemformuleringen med udgangspunkt i et dealsites synsvinkel, idet formålet med afhandlingen er at klarlægge dennes retsstilling, samt vurdere hvilke muligheder og udfordringer, der følger ved henholdsvis at være pligtssubjekt eller ej. Til at udlede den optimale risikoallokering findes det dog ligeledes relevant at inddrage leverandørens og forbrugers synsvinkel med henblik på at opnå en helhedsvurdering.

1.4. Afgrænsning

I afhandlingen fokuseres der udelukkende på dealsites som formidlere, hvorfor der afgrænses fra andre digitale formidlingsplatforme, såsom kapitalplatforme og arbejdsplatforme, der vedrører deleøkonomi. Der eksisterer dealsites, som ikke blot formidler deals, men ligeledes sælger egne varer og/eller tjenesteydelser til tilbudspriser, hvorved de selv optræder som leverandør. Der ses bort fra disse tilfælde, eftersom dealsites ved salg af egne varer vil udgøre realdebitor. På denne baggrund tages der udgangspunkt i dealsites, som udelukkende agerer som formidlere.

Overordnet set behandler afhandlingen samarbejdsaftaler mellem danske dealsites og danske leverandører, hvorfor det lovmæssige udgangspunkt for den retsdogmatiske analyse er dansk ret. Der afgrænses på denne baggrund fra internationale kontraktforhold. Af dansk ret fremgår fire formidlingsregler, hvoraf tre af disse anvendes i den juridiske analyse. Den fjerde formidlingsregel, som følger af kreditaftalelovens § 1, stk. 2, behandles ikke i afhandlingen. Det skyldes, at der gennem afhandlingen tages udgangspunkt i dealsites formidling af varer og/eller tjenesteydelser, hvilket betyder, at der ikke fokuseres på kreditaftaler.

Pakkerejsedirektivet⁸ anvendes i nærværende kapitel til at forsøge at fastlægge definitionen af en formidler. Det findes dog ikke relevant at behandle direktivet yderligere, eftersom det udelukkende beskriver, hvilke formkrav der er til en pakkerejseaftale og dermed kun udgør en beskeden del af et dealsites produktsortiment. I afhandlingen afgrænses endvidere fra produktansvar, eftersom det unødigt vil komplicere problemstillingen at inddrage retsvirkningen af dealsitets formidling af defekte produkter og følgevirkningerne heraf.

Afhandlingen tager afsæt i den erhvervsjuridiske metode, idet dealsitet som virksomhed er problemejer og dermed ikke samfundet som helhed. Det betyder, at der afgrænses fra den retsøkonomiske metode, som netop vurderer, hvorvidt juridiske rettigheder og pligter er fordelt på en samfundsøkonomisk optimal måde ud fra økonomisk teori.⁹ I afhandlingen tages der ikke stilling til, hvorvidt gældende ret er allokeret optimalt og dermed om det bør udformes på anden vis. Den optimale risikoallokering søges derimod udledt ud fra økonomisk teori, men inden for rammerne af gældende ret.

I afhandlingen anvendes endvidere den ny-institutionelle økonomi i hvilken, der foreligger transaktionsomkostninger. Der afgrænses fra disse transaktionsomkostninger, eftersom parternes ex ante og ex post omkostninger ved at indgå i et samarbejde ikke har relevans for problemformuleringen.

Dealsitets forretningsmodeller relaterer sig til de situationer, hvor henholdsvis den bagvedliggende leverandør eller dealsitet selv bærer al risiko over for forbrugerne. Der tages udgangspunkt i risikoen ved at skulle afholde omkostninger ved forbrugerens opfyldelses- eller mangelskrav, som den ansvarsfulde part må bære risikoen for, hvorfor der ikke fokuseres på, hvorvidt der foreligger anden risiko end den omtalte over for forbrugerne. For at karikere forretningsmodellernes muligheder og udfordringer, belyses dealsitet og leverandøren som værende enten af en stor eller lille størrelse og der foreligger således udelukkende samarbejdsaftaler mellem modstridende størrelser. Der vil i begrænset omfang anvendes nominelle værdier i analysen af forretningsmodellerne. Til at analysere disse forretningsmodeller inddrages blandt andet netværksteorien. I denne teori kan der drages nytte af den positive feedback i markedet, såfremt store produktionsvirksomheder forsøger at omkostningsminimere produktionen og derved opnå stordriftsfordele. Der afgrænses fra denne udbudsside, men fokuseres udelukkende på efterspørgselssiden, eftersom dealsites i afhandlingen antages ikke selv at producere produkter og dermed ikke har mulighed for at omkostningsminimere.

⁸ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2015/2302 af 25. november 2015 om pakkerejser og sammensatte rejsearrangementer

⁹ Nielsen, Ruth og Tvarnø, Christina D.; *Retskilder og retsteorier*, 2017, s. 292

Petersen og Østergaard (2017) opstiller en figur vedrørende kontraktens dimensioner (II), som har betydning for, hvorvidt der foreligger strategisk eller konventionel kontrahering. Forskellen vedrører de 5 C'er, som vedrører henholdsvis valg af mellemmand, samarbejdsgrundlag, kommerciel risikoallokering, forpligtelse og konfliktløsning. På baggrund af afhandlingens formål og problemformulering findes det ikke relevant at belyse disse elementer, hvorfor der udelukkende fokuseres på kommerciel risikoallokering.

1.5. Erhvervsjuridisk metode

Problemformuleringen vil besvares gennem den erhvervsjuridiske metode, hvorfor der i afhandlingen søges et interdisciplinært perspektiv, som integrerer jura og økonomi. Dette betyder, at der brydes med den fagmonopolære tilgang. Som beskrevet i afsnit 1.4. synes den erhvervsjuridiske metode at være mere nærliggende end den retsøkonomiske metode, eftersom problemejeren i denne afhandling er fastsat til at være en virksomhed og ikke samfundet som helhed.¹⁰ Virksomheden er i henhold til afsnit 1.3. dealsitet som digital formidlingsplatform.

Fokus i den erhvervsjuridiske metode er, hvorledes der i et virksomhedsperspektiv bør inddrages økonomiske teorier i et samspil med retsdogmatikken med det formål at forbedre og kvalificere indholdet af vanskelige beslutninger.¹¹ Fremgangsmåden for metoden er derfor, at gældende ret først og fremmest bestemmes via retsdogmatikken, hvorefter forholdene analyseres ud fra økonomisk teori, der søger at berige forståelsen af den juridiske ramme.¹² Udgangspunktet vil på denne baggrund være at forstå, hvilke muligheder og begrænsninger gældende ret giver dealsitet ud fra de perspektiver, som kan udledes gennem økonomisk teori.

1.6. Juridisk metode

1.6.1. Retsteori

Retsrealismen er en retsteori fremlagt af Alf Ross, som udspringer af den retspositivistiske retsteori. Retspositivismen forsøger at adskille ret og moral fra hinanden og betragter retsvidenskaben ud fra, hvad retten er og ikke hvad den bør være.¹³ Den retsrealistiske retsteori sonderer ligeledes skarpt mellem ret og moral, men denne retsteori søger ifølge Ross at klarlægge og analysere retskilder med

¹⁰ Østergaard, Kim; *Metode på cand.merc.jur. studiet* i Nielsen, Ruth; *Julebog*, 2003, s. 280

¹¹ Østergaard, Kim; *Relevansen af interdisciplinær forskning og empiri i samfundsvidenskaben* i Retfærd årgang 37, nr. 3/146, 2014, s. 3

¹² Østergaard, Kim; *Metode på cand.merc.jur. studiet* i Nielsen, Ruth; *Julebog*, 2003, s. 280

¹³ Nielsen, Ruth og Tvarnø, Christina D.; *Retskilder og retsteorier*, 2017, s. 333

henblik på at kunne udlede gældende ret, *de lege lata*.¹⁴ Afhandlingen tager udgangspunkt i den retsrealistiske teori, eftersom de relevante retskilder skal klarlægges og analyseres for at udlede hvilke betingelser, der gør sig gældende for et dealsite, såfremt denne vil undgå at blive pligtsubjekt over for forbrugeren. Såfremt et dealsite anses for værende pligtsubjekt, da forsøger afhandlingen på baggrund af de relevante retskilder at udlede, hvilke misligholdelsesbeføjelser forbrugeren kan gøre gældende over for et dealsite. Der skelnes mellem, hvorvidt kontrakten indgået med leverandøren indeholder holdepunkter om misligholdelsesbeføjelser eller ej.

1.6.2. Retsdogmatisk metode

Til at analysere den juridiske problemstilling anvendes retskildelæren og den retsdogmatiske metode, der indgår som en del af retsvidenskaben i retsrealismen. Retskildelæren omhandler læren om retskildernes indhold, forpligtende virkning, prioritering og politiske legitimation.¹⁵ Formålet med den retsdogmatiske metode er at identificere de afgørende retskilder for at finde frem til gældende ret. Gældende ret udledes ved analyse og fortolkning af de aktuelle retskilder og kan siges at være det resultat, som domstolene ville komme frem til i en afgørelse.¹⁶ Først og fremmest tages der udgangspunkt i faktum, som er en beskrivelse af den konkrete hændelse. Dernæst findes retsfaktum, der er de operative fakta i relation til den juridiske problemstilling. Retsfaktum analyseres og fortolkes ved brug af de relevante retskilder, der kaldes jus. Endelig vil den rette jus til det konkrete retsfaktum lede til retsfølgen.¹⁷

I retskildelæren er der ingen rangorden blandt retskilderne, hvilket betyder, at ingen retskilde rangerer højere end en anden.¹⁸ Der findes dog et hierarki inden for regulering, hvor princippet om lex superior gælder, men dette findes ikke at være relevant i afhandlingen, eftersom der ikke foreligger særlige regler vedrørende formidlere. I den retsdogmatiske metode findes der i modsætning til retskildelæren en bestemt analyserækkefølge, som i følgende rækkefølge indebærer regulering, retspraksis, retssædvaner samt forholdets natur. I denne afhandling er de relevante retskilder henholdsvis regulering og retspraksis, hvorfor disse gennemgås nedenfor.

¹⁴ Nielsen, Ruth og Tvarnø, Christina D.; *Retskilder og retsteorier*, 2017, s. 371-376

¹⁵ Ibid, s. 29

¹⁶ Ibid, s. 30

¹⁷ Ibid, s. 35

¹⁸ Ibid, s. 34

1.6.3. Regulering

Formidlere er i modsætning til andre mellemænd, såsom handelsagenter, ikke underlagt en særlig *lex specialis*. Pakkerejsedirektivet¹⁹ behandler formidlerens rolle med henblik på at beskytte forbrugeren. Direktivet er et minimumsdirektiv og har indirekte indflydelse på gældende ret, men overordnet gælder det for formueretten, at der er beskeden harmonisering. En formidler defineres i Art. 3, nr. 9 i Pakkerejsedirektivet som: *"..en erhvervsdrivende, som ikke er rejsearrangør, og som sælger pakkerejser sammensat af en rejsearrangør eller udbyder dem til salg."* Uagtet, at direktivet definerer formidlerbegrebet, findes der ikke et selvstændigt EU-retligt begreb. På denne baggrund må begrebets indhold fastlægges efter kontraktens *lex causae*. Da afhandlingen tager udgangspunkt i nationale forhold, er det dog ikke relevant at fastlægge lovvalget, hvorfor den nationale opfattelse af formidlerbegrebet må lægges til grund.

I dansk ret findes en række såkaldte formidlingsregler, herunder aftalelovens § 38 a, stk. 3, forbrugerftalelovens § 2, stk. 3 og købelovens § 4 a, stk. 2, som har til formål at beskytte forbrugeren i forbrugerftaler.²⁰ Indholdet af disse formidlingsregler følger ikke af de bagvedliggende direktiver,²¹ hvorfor den danske implementering må anses som en beskyttelse og udvidelse af forbrugerbegrebet. Aftaleloven er dansk rets *lex generalis*, således at loven i overensstemmelse med dens overskrift gælder for alle retshandler på formuerettens område.²² Omvendt udgør forbrugerftaleloven og købeloven *lex specialis*, hvilket betyder, at disse love går forud for en generel lov vedrørende samme område. Såfremt formidlingsreglerne ikke finder anvendelse, falder den reguleringsmæssige ramme tilbage på den almindelige obligationsret.

1.6.4. Retspraksis

Da der som nævnt ikke eksisterer en *lex generalis* omfattende formidlere, er retspraksis den vigtigste retskilde for at kunne besvare problemformuleringen. Først og fremmest anvendes retspraksis i afhandlingen til vurderingen af, om et dealsite kvalificeres som formidler. Under første betingelse i

¹⁹ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2015/2302 af 25. november 2015 om pakkerejser og sammensatte rejsearrangementer

²⁰ Lov om aftaler og andre retshandler på formuerettens område, lov nr. 781 af 26/08/1996, med senere ændringer, lov nr. 1376 af 28/12/2011 og lov nr. 1565 af 15/12/2015, Lov om forbrugerftaler, lov nr. 1457 af 17/12/2013 og Lov om køb, lov nr. 237 af 28/03/2003, med senere ændringer, lov nr. 523 af 06/06/2007, lov nr. 718 af 25/06/2010 og lov nr. 1460 af 17/12/2013

²¹ Rådets direktiv 93/13/EØF af 5. april 1993 om urimelige kontraktvilkår i forbrugerftaler, Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2011/83/EU af 25. oktober 2011 om forbrugerrettigheder samt Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 1999/44/EF af 25. maj 1999 om visse aspekter i forbruger køb og garantier i forbindelse hermed

²² Andersen, Mads B. og Lookofsky, Joseph; *Lærebog i obligationsret I*, 2015, s. 19

denne vurdering inddrages U.2000.2559Ø²³ til at understøtte tvivlen om, hvorvidt formidlingsreglerne er betinget af, at formidleren er erhvervsdrivende med formidling. I anden betingelse anvendes SH.2009.N.0001.07²⁴ vedrørende QXL til at undersøge, hvad begrebet aktivitet indebærer.

Retspraksis anvendes ligeledes i undersøgelsen af, hvad en formidler skal iagttage og opfylde for ikke at indtræde i rollen som pligtsubjekt. I denne sammenhæng har Forbrugerklagenævnet i to sager skulle tage stilling til, hvorvidt et dealsite måtte anses som værende pligtsubjekt. Det drejer sig om FRE-12/14146 og FRE-13/01800, der vedrører henholdsvis en mangelfuld cykel og en mangelfuld rensning af en sofa. Sagerne anvendes igennem afhandlingen til at belyse, hvad der skal til for at en formidler har gjort retstillingen tilstrækkelig tydelig over for forbrugeren. I denne sammenhæng er det relevant at se nærmere på, hvad der forstås ved den gennemsnitlige forbruger, hvilket fremgår af definitionen i C-210/96 omhandlende Gut Springenheide.²⁵ Til at undersøge, hvilke betingelser en formidler skal opfylde for ikke at blive pligtsubjekt, inddrages endvidere U.2016.1062Ø,²⁶ som omhandler den digitale formidlingsplatform GoLeif. Til samme formål inddrages U.2018.574V²⁷ vedrørende Booking.com og U.2018.1374S²⁸ vedrørende Dachser.

Til vurderingen af, hvilke misligholdelsesbeføjelser forbrugeren kan gøre gældende i tilfælde af at dealsitet er pligtsubjekt, indgår sag FRE-12/14146 og GoLeif-dommen igen til at illustrere kompleksiteten ved denne retsstilling. Endelig anvendes U.2010.332Ø,²⁹ også kaldet Rullegitter-dommen, med henblik på at belyse, hvorvidt købelovens bestemmelser finder anvendelse på tjenesteydelser.

1.7. Økonomisk metode og teori

I den økonomiske analyse anvendes den deduktive metode. Deduktion består af en række udsagn, hvor hvert udsagn er en præmis eller følger af tidligere udsagn, der tilsammen danner en logisk slutningsregel.³⁰ På denne måde udledes nogle udsagn fra andre udsagn og efterfølgende overføres sandhedsværdien af præmisserne til en konklusion. Konklusionen vil derfor aldrig være mere sand

²³ U.2000.2559Ø, A og B mod C og D, Østre Landsrets dom 29. september 2000

²⁴ SH.2009.N.0001.07, Forbrugerombudsmanden mod QXL Ricardo Danmark A/S, Sø- og Handelsrettens dom 18. juni 2009

²⁵ Dom af 16. juli 1998 i sag C-210/96, Gut Springenheide GmbH og Rudolf Tusky mod Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt

²⁶ U.2016.1062Ø, Forbrugerombudsmanden mod Den Danske Rejsegruppe, Østre Landsrets dom 18. november 2015

²⁷ U.2018.574V, Booking.com mod Johnny Sleimann Sørensen, Vestre Landsrets dom 17. oktober 2017

²⁸ U.2018.1374S, SAM Partner A/S mod Dachser Denmark A/S, Sø- og Handelsrettens dom 13. december 2017

²⁹ U.2010.332Ø, Tryk Forsikring A/S mod G4S Security A/S, Østre Landsrets dom 21. oktober 2009

³⁰ Knudsen, Christian; *Økonomisk metodologi bind 1*, 1994, s. 58

end præmisserne.³¹ Den deduktive metode anvendes i denne afhandling til at belyse problemstillingen ud fra nedenstående teorier, hvorefter der drages konklusioner.

Den neoklassiske teori bygger på den grundlæggende økonomiske teori.³² Teorien bygger på antagelser om, at individer handler rationelt og har fuld information, ligesom de maksimerer egen nytte og yderligere, at deres behov er umættelige og der er begrænsede ressourcer.³³ De heraf udspringende teorier vedrører derfor ofte forståelsen af, hvordan markedet forventes at reagere i visse situationer. Til forskel fra den neoklassiske økonomi betragter den ny-institutionelle økonomi aktørerne for værende begrænset rationelle, hvor der ligeledes foreligger asymmetrisk information og transaktionsomkostninger. Begge teorier bestræber sig på at anskue virksomheden som analyseenhed, hvor der i modsætning til den retsdogmatiske metode foreligger aktørforudsætninger.³⁴ I denne afhandling anvendes den ny-institutionelle økonomi, da denne som følge af antagelserne skaber en virkelighedsnær forståelse af forholdet mellem dealsitet og leverandøren.

1.7.1. Principal-agent-teori

Principal-agent-teorien tager udgangspunkt i en optimal risikoallokering mellem to parter, henholdsvis en principal og en agent. Teorien anvendes i et forsøg på at finde frem til den rette balance mellem incitamenterne i relationen og agentens omkostninger ved at bære den risiko, der er forbundet med incitamenterne.³⁵

Forholdet mellem principalen og agenten kan beskrives som en relation, hvor én parts ageren påvirker den anden part, nærmere at agentens ageren påvirker principalen.³⁶ Principalens formål er at engagere agenten til at handle i overensstemmelse med principalens interesser. Det første kendetegn i relationen mellem parterne er den potentielle interessekonflikt karakteriseret ved, at parterne har forskellige målsætninger, hvorved agenten ikke nødvendigvis handler i principalens interesse grundet sin opportunistiske adfærd. Et andet kendetegn er eksistensen af asymmetrisk information, der er et udtryk for principalens manglende besiddelse af samme information som agenten. Tilstedeværelsen af asymmetrisk information giver agenten mulighed for at forfølge sine egne interesser

³¹ Knudsen, Christian; *Økonomisk metodologi bind 1*, 1994, s. 58

³² Nielsen, Ruth og Tvarnø, Christina D.; *Retskilder og retsteorier*, 2017, s. 433

³³ Knudsen, Christian: *Erhvervsøkonomi: Virksomheden i et organisatorisk, økonomisk og strategisk belysning*, 2014, s. 407

³⁴ Østergaard, Kim; *Metode på cand.merc.jur. studiet* i Nielsen, Ruth; *Julebog*, 2003, s. 272 og 274

³⁵ Bregm, Kirsten; *Principal-agent-teori – med særligt henblik på lønsystemer*, 2004, s. 6

³⁶ Ibid, s. 7

uden at principalen er i stand til at forhindre eller opdage dette.³⁷ Principal-agent-teorien søger at løse problemet ved at designe en incitamentsforenelig kontrakt, der kan eliminere interessekonflikten mellem parterne. Formålet med at designe en sådan kontrakt består i principalens behov for at sikre sig, at agentens beslutninger stemmer overens med principalens interesser og målsætninger.³⁸

Ofte anvendes teorien til at analysere incitamenterne i en organisation med særlig fokus på lønsystemer.³⁹ De forbundne analyser indebærer incitamentsstrukturer i form af forskellige aflønningsformer, herunder resultat- og indsatsforpligtelser til at bekæmpe parternes interessekonflikter og derved udforme en incitamentsforenelig kontrakt.⁴⁰ Denne afhandling tager ikke udgangspunkt i en analyse af incitamenterne i en organisation, men derimod en relation der ligeledes karakteriseres som en principal-agent-relation grundet eksistensen af interessekonflikt og asymmetrisk information parterne imellem. Principal-agent-teorien findes på denne baggrund til stadighed relevant at anvende. Teorien anvendes udelukkende til at undersøge den optimale risikoallokering og dermed hvilken forretningsmodel, der skaber den rette balance mellem incitamenter og de omkostninger, der kan opstå ved at bære risikoen forbundet med incitamenterne.

1.7.2. Positiv feedback og netværkseksternaliteter

En aktør har mulighed for at opnå stordriftsfordele, såfremt denne formår at skabe en høj efterspørgsel på sit produkt i det pågældende marked. Dette fænomen kaldes *demand-side economies of scale*. Stordriftsfordelene i disse netværksindustrier opstår, når brugerne i markedet værdsætter et netværk baseret på det i forvejen udbredte brug af netværket.⁴¹ Værdien af at være en del af netværket afhænger således af antallet af andre brugere, der anvender det samme netværk.⁴² Denne effekt kan medføre, at en aktør opnår dominans i markedet og udkonkurrerer andre aktører. Dynamikken skyldes den positive feedback, der ofte er til stede i markeder, hvor infrastrukturen baseres på information og netværk. Den positive feedback kan bidrage til, at en aktør ender i en *virtuous cycle*, hvor økonomisk vækst skaber succes og denne succes yderligere skaber økonomisk vækst, der leder til dominans i markedet.⁴³ Den positive feedback vil udelukkende være til stede, såfremt posi-

³⁷ Knudsen, Christian: *Erhvervsøkonomi: Virksomheden i et organisatorisk, økonomisk og strategisk belysning*, 2014, s. 216

³⁸ Ibid, s. 219

³⁹ Bregn, Kirsten; *Principal-agent-teori – med særligt henblik på lønsystemer*, 2004, s. 4

⁴⁰ Anderson, Erin og Oliver, Richard L.; *Perspectives on Behavior-Based Versus Outcome-Based Salesforce Control Systems*, 1987, s. 79

⁴¹ Shapiro, Carl og Varian, Hal R.; *Information Rules*, 1999, s. 179-180

⁴² Ibid, s. 174

⁴³ Ibid, s. 176

tive netværkseksternaliteter ligeledes eksisterer i det pågældende marked, eftersom det er disse, der giver anledning til positiv feedback.⁴⁴

Netværkseksternaliteter kan beskrives som en stigning i værdien af et produkt som følge af, at flere brugere anvender produktet. Værdien af et produkt kan deles op i to. Produktet har i sig selv en værdi for brugeren, der anvender det. Derudover opstår der en ekstra værdi afledt af den mulighed, som brugeren har for at kunne interagere med andre brugere, der også anvender produktet. Det er netop den sidst beskrevne værdi, der er essensen af netværkseksternaliteter.⁴⁵ Større netværker vil derfor være mere attraktive for brugere fremfor mindre netværker, da brugen af større netværker vil skabe mere værdi, fordi det anvendes af flere.⁴⁶

Eksternaliteter opstår i et marked, når markedsdeltagere påvirker andre deltagere uden der forekommer kompensation for den påvirkende part. Positive netværkseksternaliteter leder ofte til positiv feedback, der er til fordel for virksomheden.⁴⁷ Konceptet bag netværkseksternaliteter og den positive sammenhæng kan beskrives ud fra *Metcalfe's law*, som tilskriver, at værdien af ens netværk stiger i takt med antallet af brugere. Ud fra et bestemt antal brugere (n) i et netværk, hvor værdien af netværket for hver bruger er proportionelt med antallet af andre brugere, da vil den samlede værdi af netværket kunne beskrives således:

$$n * (n - 1) = n^2 - n^{48}$$

Teorien om netværkseksternaliteter anvendes i afhandlingen til at beskrive en tilstand, der er mulighed for at drage nytte af baseret på, hvilken forretningsmodel dealsitet vælger. Det bemærkes, at der ikke anvendes numeriske værdier til vurderingen af dealsitets netværksværdi. Formlen vil udelukkende benyttes til en forståelse og beskrivelse af teorien om netværkseksternaliteter.

1.8. Struktur

I dette kapitel er rammerne for afhandlingen fastlagt, hvorfor det danner grobund for de resterende kapitler. Til at besvare problemformuleringen anvendes de beskrevne metoder og teorier.

Afhandlingens andet kapitel indeholder en juridisk analyse, der har til formål at analysere i hvilket omfang et dealsite anses som ansvarlig for aftalens opfyldelse over for forbrugeren og hvilke konsekvenser retsstillingen som ansvarlig vil medføre. Kapitlet introduceres med en definition af treparts-

⁴⁴ Shapiro, Carl og Varian, Hal R.; *Information Rules*, 1999, s. 183

⁴⁵ University of Texas Dallas: <http://www.utdallas.edu/~liebowit/palgrave/network.html>

⁴⁶ Shapiro, Carl og Varian, Hal R.; *Information Rules*, 1999, s. 183

⁴⁷ Ibid

⁴⁸ Ibid, s. 184

forholdet mellem dealsitet, leverandøren og forbrugeren (2.1.), samt en præsentation af disse regler (2.2.) for dernæst at se på formidlingsreglernes anvendelsesområde (2.2.1). Af formidlingsreglerne udspringer en række kumulative betingelser, der vil gennemgås (2.3.1., 2.3.2. og 2.3.3.). Herefter ses der nærmere på, hvem der er forbrugers direkte aftalepart i trepartsforholdet (2.4.), hvor der udledes tre betingelser, som skal opfyldes for ikke at indtræde i rollen som pligtssubjekt og dermed blive direkte aftalepart (2.4.1.). Først og fremmest undersøges betingelsen om formidlerforbehold (2.4.1.1.), for dernæst at analysere forbeholdets tydeligheds- og klarhedskrav (2.4.1.2.) og endelig omhandler sidste betingelse dealsitets involveringsgrad (2.4.1.3.). Efter en sammenfatning vedrørende disse betingelser gennemgås forbrugers misligholdelsesbeføjelser (2.5.), herunder ifølge kontraktgrundlaget (2.5.1.), hvor realkydelser enten kan være en løsørestand (2.5.1.1.) eller tjenesteydelse (2.5.1.2.), eller hvor der ikke er nogen holdepunkter om misligholdelsesbeføjelser i kontraktgrundlaget (2.5.2.), og realkydelser igen kan være enten en løsørestand (2.5.2.1.) eller en tjenesteydelse (2.5.2.2.). Afslutningsvis findes en delkonklusion, der opsummerer hele den juridiske analyse (2.6.).

Tredje kapitel analyserer mulighederne og udfordringerne i dealsitets to forretningsmodeller med henblik på at udlede den optimale risikoallokering. Kapitlet indledes med at se på forholdet mellem dealsitet og leverandøren (3.1.). Herefter analyseres de mulige risikoallokeringer (3.2.), som udmundes i to forretningsmodeller, hvor leverandøren er pligtssubjekt i den første forretningsmodel (3.2.1.). Det findes i denne anledning relevant at undersøge parternes roller (3.2.1.1.) og forretningsmodellen muligheder (3.2.1.2.) og udfordringer (3.2.1.3.) samt udfordringernes mulige løsninger (3.2.1.4.). I anden forretningsmodel er dealsitet pligtssubjekt (3.2.2.) og også i denne sammenhæng findes det relevant at se nærmere på parternes roller (3.2.2.1.), forretningsmodellens muligheder (3.2.2.2.) og udfordringer (3.2.2.3.) samt udfordringernes mulige løsninger (3.2.2.4.). Endelig udledes en delkonklusion til at samle op på de fundne resultater (3.3.).

I afhandlingens fjerde kapitel forsøges den optimale risikoallokering udledt på baggrund af de juridiske og økonomiske fremlagte resultater. Hertil undersøges dealsitets forretningsmuligheder i forhold til udfordringer (4.1.), hvorefter udøvelsen af konventionel versus strategisk kontrahering i forretningsmodellerne vurderes (4.2.). Herefter ses der nærmere på anden forretningsmodel i praksis (4.3.). Det juridiske risikobegreb defineres endvidere (4.4.) for til sidst at udlede den optimale risikoallokering henset til de juridiske og økonomiske muligheder og begrænsninger (4.5.). Afslutningsvis udledes delkonklusionen (4.6.).

Afhandlingens femte kapitel afrunder afhandlingen med en konklusion, der besvarer problemformuleringen.

Kapitel 2. Dealsitets retsstilling

2.1. Trepartsforholdet

Mellemandsretten hviler på, at der foreligger et fuldmagtsforhold mellem en hovedmand og en mellemand. Hovedmanden er realdebitor og mellemanden optræder som fuldmægtig. Afhængig af aftalegrundlaget kan mellemanden have fuldmagt til at indgå aftaler på vegne af hovedmanden overfor tredjemand (reakreditor).⁴⁹ Igennem afhandlingen benævnes henholdsvis hovedmand/realdebitor som leverandøren, mellemand/fuldmægtig som formidleren, herunder dealsitet, og realkreditor/tredjemand som forbrugeren.

Formidlere har med gennembruddet af de elektroniske kommunikationsmidler fået fornyet relevans og dermed fået en central rolle som mellemand. En leverandør af en given vare og/eller tjenesteydelse anvender formidlere i form af dealsites som det elektroniske og kommercielle bindeled til at etablere kontakt mellem leverandøren, der optræder i egenskab af at være erhvervsdrivende, og forbrugeren, der har erhvervet reaydelsen, hvorved der opstår et trepartsforhold.⁵⁰ Formidlere kategoriseres derfor normalt som tilhørende mellemandsretten, idet der fra leverandøren til formidleren foreligger en fuldmagt om at handle på bestemte vilkår. Rækkevidden af formidlerens kompetence afhænger af den givne fuldmagt, hvorfor formidleren kan optræde i de traditionelle funktionelle afgrænsningsmuligheder.⁵¹ Fuldmagten betyder, at formidleren ikke handler i eget navn og for egen risiko og regning. Formidleren kan således have fuldmagt til at sælge en reaydelse til forbrugeren på vegne af leverandøren og dermed både formidle salget og have adgang til at afslutte salget med forbrugeren, hvilket svarer til princippet for handelsagenter i handelsagentloven § 2.⁵² Fuldmagtsforholdet er derfor karakteriseret ved, at leverandøren umiddelbart bliver berettiget og forpligtet ved formidlerens retshandler.⁵³ Det hidtidige udgangspunkt har været, at leverandøren er pligtsubjekt og dermed erstatningsansvarlig over for forbrugeren, uagtet at formidleren har fuldmagt til at indgå aftaler med forbrugeren på vegne af leverandøren.⁵⁴ Forbrugeren skal på denne baggrund rette eventuelle krav mod leverandøren frem for formidleren.

Det er nødvendigt at fastslå, hvorvidt der er tale om en forbrugeraftale, når en formidler er indblandet i forholdet mellem leverandøren og forbrugeren. Dette skyldes hensynet til forbrugeren og

⁴⁹ Andersen, Lennart L. og Madsen, Palle B.; *Aftaler og mellemmænd*, 2012, s. 263

⁵⁰ Jakobsen, Søren S. og Østergaard, Kim; *Hvornår er formidleren pligtsubjekt, og hvilke misligholdelsesbeføjelser vil realkreditor i givet fald kunne anvende i deleøkonomien?*, 2018, s. 11

⁵¹ Østergaard, Kim; *Dealsites – formidler eller anden mellemand i lyset af kontraktens relativitet* i Petersen, Hans V. G.; *Juridiske Emner ved Syddansk Universitet*, 2015, s. 110

⁵² Ibid

⁵³ Andersen, Lennart L. og Madsen, Palle B.; *Aftaler og mellemmænd*, 2012, s. 299

⁵⁴ Jakobsen, Søren S. og Østergaard, Kim; *Hvornår er formidleren pligtsubjekt, og hvilke misligholdelsesbeføjelser vil realkreditor i givet fald kunne anvende i deleøkonomien?*, 2018, s. 12

dennes beskyttelse. En forbrugeraftale defineres som en aftale mellem en erhvervsdrivende og en forbruger, hvor den erhvervsdrivende indgår som led i sit erhverv og forbrugeren handler uden for sit erhverv, jf. henholdsvis købelovens § 4 a, stk. 1, forbrugeraftalelovens § 2, stk. 1 og aftalelovens § 38 a, stk. 2. Er der tale om en forbrugeraftale, vil forbrugeren være omfattet af forbrugerbeskyttelseslovgivningen, hvilket medfører, at leverandøren som udgangspunkt skal efterleve reglerne og dermed ikke formidleren.⁵⁵ Der findes dog en række såkaldte formidlingsregler, som kan medføre, at formidleren derimod skal tage forbrugerbeskyttelsesreglerne i betragtning. Disse regler gennemgås nedenfor.

2.2. Formidlingsreglerne

Som beskrevet ovenfor defineres et forbrugerkøb i henhold til købelovens § 4 a, stk. 1 som værende et køb mellem en erhvervsdrivende og en ikke-erhvervsdrivende, hvor kendetegnet er, at køberen udgør en forbruger og sælgeren en handlende. Det fremgår af den konkrete ordlyd, at:

"§ 4 a, stk. 1: Ved forbrugerkøb forstås et køb, som en køber (forbruger) foretager hos en erhvervsdrivende, der handler som led i sit erhverv, når køberen hovedsagelig handler uden for sit erhverv [...]"

Et forbrugerkøb vil således i henhold til definitionen i § 4 a, stk. 1 ikke være et køb mellem to private parter. Lovgiver har efterfølgende anset et væsentlig behov for at opnå samme beskyttelse af forbrugeren i en formidlingssituation, hvor formidleren som den eneste erhvervsdrivende ikke er aftalepart. Det står således anført i bemærkningerne til § 4 a, stk. 2, at forbrugeren bør opnå samme beskyttelse, som hvis den erhvervsdrivende selv havde været aftalepart, idet forbrugeren i begge situationer ender med at handle med en professionel.⁵⁶ Den første formidlingsregel blev nedfæstet i Lov om visse forbrugeraftaler i 1977, hvorefter der ligeledes i 1978 blev implementeret en formidlingsregel i købelovens § 4 a, stk. 2, der lyder således:

"§ 4 a, stk. 2: Som forbrugerkøb anses under i øvrigt samme betingelser som nævnt i stk. 1 endvidere køb fra ikke-erhvervsdrivende, hvis aftalen om køb er indgået eller formidlet for sælgeren af en erhvervsdrivende."

Denne formidlingsregel indebærer, at en aftale mellem en ikke-erhvervsdrivende sælger og en ikke-erhvervsdrivende køber under en række kumulative betingelser skal kvalificeres som et forbrugerkøb. Udover formidlingsreglens tilstedeværelse i købeloven vedrørende forbrugernes køb af varer,

⁵⁵ Sørensen, Marie J.; *Digitale formidlingsplatforme – formidlingsreglen i dansk forbrugerret*, U.2017B.119, s. 1

⁵⁶ Bemærkninger til § 4 a, stk. 2 i LFF 1978-12-15 nr. 119 om ændring af købeloven

gælder den ligeledes i henhold til forbrugerftalelovens § 2, stk. 3 for de særlige bestemmelser tilknyttet aftaler om køb af varer og tjenesteydelser indgået som fjernsalg og uden fast forretningssted samt for urimelige aftalevilkår i forbrugerftaler og fortolkningen af disse, jf. aftalelovens § 38 a, stk. 3.⁵⁷ Konsekvensen af at formidlingsreglerne gør sig gældende efter de tre nævnte bestemmelser er, at civilkøbet omkvalificeres til henholdsvis et forbrugerkøb efter købeloven eller en forbrugerftale efter bestemmelserne i forbrugerftaleloven og aftaleloven.

Denne afhandling tager udgangspunkt i dealsites, hvorved den bagvedliggende leverandør anses for at være erhvervsdrivende frem for ikke-erhvervsdrivende, som formidlingsreglerne ellers tager udgangspunkt i. I forarbejderne til købelovens § 4 a, stk. 2 og bemærkningerne til samme bestemmelse nævnes det, at det afgørende for at kvalificere et civilkøb til et forbrugerkøb er, at forbrugeren handler med en professionel, som oftest besidder en overlegen sagkundskab.⁵⁸ Derfor anses beskyttelseshensynet netop for værende aktuelt grundet formidlerens erhvervsmæssige status og den deraf overlegne viden og ikke afhængig af, om formidleren formidler en aftale for erhvervsdrivende eller ikke-erhvervsdrivende.⁵⁹ Når forbrugerkøb går så vidt til også at omfatte en situation med to ikke-erhvervsdrivende parter, må det antages, at dealsites ligeledes er omfattet af formidlingsreglerne på trods af, at disse har at gøre med en erhvervsdrivende leverandør fremfor en sælger, der ikke er erhvervsdrivende. Det skyldes, at lovgiver som nævnt ovenfor har udvidet begrebet forbrugerkøb og derved forbrugerbeskyttelsen til ligeledes at omfatte situationer, hvor to ikke-erhvervsdrivende parter handler med hinanden, når blot der eksisterer en erhvervsdrivende formidler, der aktivt er indblandet i aftalens indgåelse. Antagelsen understøttes endvidere af, at formidlerens professionelle ageren vægtes højere end hvem der formidles en aftale for. Det vurderes derfor at være uden betydning for anvendelsen af formidlingsreglen i købeloven § 4 a, stk. 2 og forbrugerftaleloven § 2, stk. 3, hvorvidt den bagvedliggende leverandør i den vertikale afsætningskæde er erhvervsdrivende eller ikke-erhvervsdrivende.

2.2.1. Formidlingsreglernes anvendelsesområde

Der er megen tvivl om retsvirkningen af anvendelsen af formidlingsreglerne, herunder hvem der skal efterleve forbrugerbeskyttelsesreglerne og dermed hvem der skal betragtes som pligtsubjekt. Denne vurdering er fokuspunktet i Sørensen (2017) artikel *Digitale formidlingsplatforme – formidlingsreglen i dansk forbrugerret* (U.2017B.119) samt for retspraksis. Det springende punkt i vurderingen af, om formidleren er pligtsubjekt er, hvorvidt der foreligger et gyldigt formidlerforbehold. Dette for-

⁵⁷ Sørensen, Marie J.; *Digitale formidlingsplatforme – formidlingsreglen i dansk forbrugerret*, U.2017B.119, s. 1

⁵⁸ Bemærkninger til § 4 a, stk. 2 i LFF 1978-12-15 nr. 119 om ændring af købeloven

⁵⁹ Sørensen, Marie J.; *Digitale formidlingsplatforme – formidlingsreglen i dansk forbrugerret*, U.2017B.119, s. 4

midlerbehold vil medføre, at formidleren kan bevare sin retsstilling som formidler og ikke blive betragtet som pligtsubjekt. Forbrugeren vil således ikke have mulighed for at rette sit krav mod formidleren, men derimod den bagvedliggende leverandør.

Der er opstillet tre kumulative betingelser udsprunget af formidlingsreglerne i dansk ret. Disse betingelser anvendes til at vurdere, hvorvidt en mellemmand kan kvalificeres som en formidler. Den første betingelse er, at formidleren skal drive virksomhed af erhvervsmæssig karakter. Herudover skal formidleren udøve en vis aktivitet i forbindelse med aftaleindgåelsen og endelig må formidleren ikke udgøre realdebitor.⁶⁰ Er betingelserne opfyldt og kvalificeres mellemmanden dermed som formidler, da vil formidlingsreglerne ifølge Sørensen (2017) i U.2017B.119 finde anvendelse, såfremt formidleren ligeledes har formået at tage et gyldigt formidlerforbehold. I henhold til U.2017B.119 påstår Sørensen, at retsvirkningen er, at den bagvedliggende leverandør bliver pligtsubjekt, men der argumenteres ikke for denne påstand om retsvirkningen af formidlingsreglerne. Dette er en problemstilling, som hverken Sørensen eller domstolene har taget stilling til. Det tyder derfor på, at der til stadighed er tvivl om retsvirkningen af anvendelsen af formidlingsreglerne. Denne juridiske problemstilling anses på denne baggrund for værende yderst vanskelig og er ligeledes ikke udgangspunktet i denne afhandling. Forarbejderne til formidlingsreglerne beskriver dog, at begrundelsen for indførelsen af disse regler er, at lovgiver har anset et øget behov for forbrugerbeskyttelse i situationer, hvor en formidler indgår i et trepartsforhold.⁶¹ Der må således være et behov for forbrugerbeskyttelse, såfremt formidleren ikke har formået at tage et gyldigt formidlerforbehold og forbrugeren derfor har haft føje til at gå ud fra, at formidleren er forbrugers direkte aftalepart. På denne baggrund antages det igennem afhandlingen, at formidlingsreglerne finder anvendelse i det tilfælde, hvor der ikke foreligger et gyldigt formidlerforbehold. Retsvirkningen heraf antages ligeledes for at være forbrugers mulighed for at rette sit krav mod formidleren som følge af reglernes formål om en udvidet forbrugerbeskyttelse. Dette gælder særligt i situationer, hvor forbrugeren har indtryk af, at formidleren er vedkommendes direkte aftalepart, jf. afsnit 2.4.1.2.

2.3. Betingelser for at mellemmanden udgør en formidler

Som beskrevet ovenfor er der med udgangspunkt i formidlingsreglerne i dansk ret opstillet tre kumulative betingelser for, at en mellemmand anses som værende formidler.⁶² Opfyldelse af de tre kumulative betingelser vil resultere i, at mellemmanden kvalificeres som en formidler og denne derved ikke bliver pligtsubjekt. Det er således vigtigt at fastlægge den retlige kvalifikation af dealsitet

⁶⁰ Sørensen, Marie J.; *Digitale formidlingsplatforme – formidlingsreglen i dansk forbrugerret*, U.2017B.119, s. 2

⁶¹ Bemærkninger til § 4 a, stk. 2 i LFF 1978-12-15 nr. 119 om ændring af købeloven

⁶² Sørensen, Marie J.; *Digitale formidlingsplatforme – formidlingsreglen i dansk forbrugerret*, U.2017B.119, s. 2

for at statuere, om dealsitet udgør en formidler. Forbrugeren vil udelukkende kunne rette et krav mod leverandøren og ikke formidleren i tilfælde af kontraktbrud, såfremt dealsitet kvalificeres som formidler grundet opfyldelse af de tre kumulative betingelser, samt at der er taget et gyldigt formidlerforbehold. Udgangspunktet for vurderingen af de tre betingelser og dermed kvalifikationen af dealsitet er en fortolkning af kontraktgrundlaget.⁶³ Endvidere inddrages retspraksis til vurderingen af de tre betingelser, som følger af nedenstående afsnit.

2.3.1. Dealsitet skal drive virksomhed af erhvervsmæssig karakter

I henhold til forarbejderne til den oprindelige forbrugeraftalelov, er der intet, der indikerer, at en formidler i medfør af formidlingsreglerne skal vurderes på anden vis end en sælger i den civilretlige forbrugeraftaledefinition med hensyn til dens status som erhvervsdrivende.⁶⁴ Det fremgår dog af forarbejderne til forbrugeraftaleloven i 1977, at formidleren skal handle "*[...] som mellemmand som led i sit erhverv.*"⁶⁵ Forudsætningen for, at en aftale om køb mellem to ikke-erhvervsdrivende anses for en forbrugeraftale, er derfor, at en erhvervsdrivende mellemmand har optrådt som fuldmægtig eller på anden vis har medvirket aktivt i forhandlingerne i forbindelse med aftalens indgåelse som sælgerens og dermed leverandørens repræsentant. Da der tages udgangspunkt i dealsites, vil leverandørerne optræde som erhvervsdrivende, hvilket som nævnt ovenfor i afsnit 2.2. er uden betydning for formidlingsreglernes anvendelse. Det afgørende for vurderingen er således ikke, om leverandøren er erhvervsdrivende eller ikke-erhvervsdrivende, men derimod at dealsitet driver virksomhed af erhvervsmæssig karakter.

Ud fra ordlyden "*[...] som mellemmand som led i sit erhverv*" er der opstået tvivl om, hvorvidt formidlingsreglerne stiller krav om, at formidleren skal drive virksomhed af erhvervsmæssig karakter med formidling. Endvidere er det tvivlsomt, om virksomheden skal drive virksomhed inden for den branche, som selve realydelsen angår, eller om formidleren blot skal være erhvervsdrivende.⁶⁶ Særligt sidstnævnte har relevans for dealsites, eftersom disse har til formål at formidle tidsbegrænsede tilbud, der giver rabatter på en række forskellige realydelser såsom restauranter, hoteller, butikker eller oplevelser. Retsspraksis tyder dog på, at der ikke stilles krav om, at en formidler skal have tilknytning til den branche, som den formidlede realydelse angår. Dette fremgår blandt andet af U.2000.2559Ø, hvor en advokat forestod en ejendomshandel for en sælger og en køber og på baggrund heraf ansås som formidler i henhold til aftalelovens § 38 a, stk. 3. Advokaten havde be-

⁶³ Østergaard, Kim; *Dealsites – formidler eller anden mellemmand i lyset af kontraktens relativitet* i Petersen, Hans V. G.; *Juridiske Emner ved Syddansk Universitet*, 2015, s. 107

⁶⁴ Sørensen, Marie J.; *Digitale formidlingsplatforme – formidlingsreglen i dansk forbrugerret*, U.2017B.119, s. 2

⁶⁵ Bemærkninger til § 1, stk. 4 i L 39 af 1977 om Forslag til Lov om visse forbrugeraftaler

⁶⁶ Sørensen, Marie J.; *Digitale formidlingsplatforme – formidlingsreglen i dansk forbrugerret*, U.2017B.119, s. 2

handlet omkring 1.000 af disse ejendomshandler tidligere, og han stod ligeledes for kontraktudarbejdelsen. Grundet den omfattende ejendomsformidlingsaktivitet kunne advokaten opfattes som en professionel formidler og dermed er det fortsat uklart, hvorvidt formidlingsreglerne er betinget af, at formidleren er erhvervsdrivende med formidling.⁶⁷ Den uklare retsstilling har dog ikke betydning for dealsites, da disse som nævnt har til formål at formidle produkter for leverandører og derfor er erhvervsdrivende med formidling. Dommen illustrerer endvidere, at dealsitet ikke nødvendigvis skal have tilknytning til den branche, som den formidlede realydelse angår. Dealsites vurderes på denne baggrund at opfylde betingelsen om at drive virksomhed af erhvervsmæssig karakter.

2.3.2. Dealsitet skal medvirke aktivt i forbindelse med aftaleindgåelsen

En betingelse der gentages i forarbejderne til formidlingsreglerne i henholdsvis købeloven, forbrugeraftaleloven og aftaleloven er, at en formidler udøver en vis aktivitet i forbindelse med aftaleindgåelsen.⁶⁸ I noterne til aftalelovens § 38 a, stk. 3 står der følgende: *"Den erhvervsdrivende skal have optrådt aktivt i forbindelse med aftalens indgåelse."* Anvendelse af formidlingsreglerne er således betinget af en vis aktivitet fra formidlerens side i forbindelse med indgåelsen af aftalen. I samme note beskrives begrebet aktivitet som værende ikke opfyldt, såfremt den erhvervsdrivende alene har formidlet en kontakt mellem parterne. Begrebet aktivitet beskrives yderligere i betænkningen om forbruger køb, hvor det statueres, at en erhvervsdrivende ikke udgør en formidler, hvis denne blot har skabt en forbindelse mellem parterne og ikke direkte har anbefalet salgsgenstanden eller på anden måde deltaget i salgsforhandlingerne.⁶⁹ Optræder den erhvervsdrivende derfor som en form for opslagstavle eller udelukkende stiller hjemmesideplads til rådighed, da vil en sådan passiv kontaktformidling resultere i, at betingelsen om aktivitet ikke er opfyldt og dermed vil den erhvervsdrivende ikke være omfattet af formidlingsreglerne.⁷⁰

Retspraksis har ligeledes behandlet begrebet aktivitet. Domstolen vurderede QXL til at opfylde aktivitetsbegrebet i SH.2009.N.0001.07, idet retten fandt, at QXL optrådte som en repræsentant for sælgeren. Det blev begrundet med, at der automatisk blev udformet en aftale mellem køber og sælger efter købers accept. Det samme sker, når en forbruger anvender et dealsite, idet forbrugeren accepterer et tilbud fremsat af dealsitet på vegne af en leverandør, hvorefter der automatisk opstår en aftale mellem leverandøren og forbrugeren. I samme dom begrundede retten yderligere QXL's repræsentantskab af sælgeren med, at de stillede et professionelt, salgsfremmende system til rådigh-

⁶⁷ Sørensen, Marie J.; *Digitale formidlingsplatforme – formidlingsreglen i dansk forbrugerret*, U.2017B.119, s. 3

⁶⁸ Betænkning nr. 845/1978 om forbruger køb og betænkning nr. 1440/2004 om revision af forbrugeraftaleloven

⁶⁹ Betænkning nr. 845/1978 om forbruger køb

⁷⁰ Sørensen, Marie J.; *Digitale formidlingsplatforme – formidlingsreglen i dansk forbrugerret*, U.2017B.119, s. 4

hed, samt at det var dem, der modtog vederlag for alle køb. Den samme begrundelse om modtagelse af vederlag blev ligeledes anvendt i den ovenfor omtalte sag U.2000.2559Ø, hvor aktivitetsbetingelsen blev vurderet opfyldt på denne baggrund. Dealsites modtager som udgangspunkt alle betalinger fra forbrugere ligesom der automatisk opstår en aftale, hvorfor det konstateres, at denne form for digital formidlingsplatform opfylder aktivitetsbetingelsen. Endelig antages det, at dealsites modtager vederlag for sit hverv, eftersom dette vederlag er essentielt for at kunne drive denne type forretning. Dealsites modtager en andel af den profit, der opstår ved salg af den pågældende vare og/eller tjenesteydelse og denne andel kan variere afhængig af, hvilken aftale dealsitet har indgået med den respektive leverandør. At dealsitet modtager vederlag for sit hverv støtter op om konstateringen af, at dealsitet medvirker aktivt i forbindelse med aftalens indgåelse, eftersom det antages, at dealsites deltager aktivt i salgsforhandlingerne, når det modtager vederlag for sit hverv.⁷¹

2.3.3. Dealsitet må ikke være realdebitor

Det er selvsagt, at et dealsite ikke udgør en formidler, såfremt det selv opfattes som realdebitor. En realdebitor er den, der har en obligationsretlig forpligtelse i form af en realdelse.⁷² I praksis er et dealsite ikke realdebitor, eftersom det er den bagvedliggende leverandør, der har en forpligtelse til at levere en realdelse og dealsitet dermed alene formidler denne aftale. Det betyder således, at forbrugerens aftalepart i trepartsforholdet bliver leverandøren, der er realdebitor, hvorefter det er denne part, forbrugeren kan rette et eventuelt krav mod i tilfælde af, at der foreligger kontraktbrud. Betingelsen anses derfor som opfyldt.

2.3.4. Sammenfatning

Det kan på baggrund af ovenstående analyse konkluderes, at et dealsite kvalificeres som en formidler, eftersom dealsitet først og fremmest driver virksomhed af erhvervsmæssig karakter, ligesom det medvirker aktivt i forbindelse med indgåelse af en aftale mellem en forbruger og en leverandør og endelig, at dealsitet ikke udgør realdebitor. Denne retlige kvalifikation indebærer, at forbrugeren udelukkende kan rette sit krav mod leverandøren, hvilket er i overensstemmelse med princippet om kontraktens relativitet. Uagtet, at dealsitet kvalificeres som formidler og dermed ikke er aftalepart i trepartsforholdet, har det vist sig, at en formidler kan blive forbrugerens direkte aftalepart, jf. blandt andre U.2016.1062Ø.⁷³ Rent praktisk er en formidler som nævnt ikke realdebitor, men ud fra denne

⁷¹ Sørensen, Marie J.; *Digitale formidlingsplatforme – formidlingsreglen i dansk forbrugerret*, U.2017B.119, s. 4

⁷² Andersen, Mads B. og Lookofsky, Joseph; *Lærebog i obligationsret I*, 2015, s. 26

⁷³ Se resumé af denne dom i afsnit 2.4.

afgørelse får den digitale formidlingsplatform GoLeif.dk pålagt realdebitors forpligtelser og bliver dermed forbrugerens direkte aftalepart, hvilket tager karakter af at være realdebitor. Såfremt en formidler bliver direkte aftalepart over for forbrugerens, betyder dette, at forbrugerens eventuelt kan rette et krav over for formidleren ved kontraktbrud, hvorfor formidleren anses som værende pligtsubjekt. I denne sammenhæng karakteriserer domstolene den digitale formidlingsplatforms rolle som en forhandler, uagtet at platformen kvalificeres som en formidler og dermed ikke handler for egen risiko og regning og i eget navn. På denne baggrund skal det i de følgende afsnit undersøges, hvad en formidler skal iagttage og opfylde for ikke at indtræde i rollen som pligtsubjekt.

2.4. Forbrugerens direkte aftalepart i trepartsforholdet

I henhold til princippet om kontraktens relativitet har en aftale som udgangspunkt udelukkende retsvirkning for dens parter, hvilket betyder, at leverandøren er forbrugerens direkte aftalepart i trepartsforholdet. Formidleren vil derimod anses som direkte aftalepart, såfremt denne ikke tilkendegiver at handle som formidler, eller det ikke er gjort tilstrækkeligt klart for forbrugerens.⁷⁴ Formidleren kan derfor via manglende klarhed vedrørende retsstillingen og misvisende adfærd give indtryk af at være forbrugerens direkte medkontrahent.⁷⁵ Der hersker tvivl om den retlige kvalifikation af dealsitet, hvorfor det for en forbruger kan være svært at vide, hvem der kan rettes et krav mod i tilfælde af misligholdelse. Præsumptionen i aftaleretten er, at den indgåede aftale forpligter, medmindre andet er aftalt.⁷⁶ Forbrugerklagenævnet og domstolene har i denne forbindelse flere gange udtalt, at det påhviler formidleren selv at gøre klart, at denne udelukkende er formidler og dermed ikke pligtsubjekt. Bevisbyrden har vist sig svær at løfte i praksis, hvilket fremgår af den nedenfor gennemgåede retspraksis.

Sagen FRE-12/14146 omhandlede en forbruger, der købte en cykel via et dealsite. Kort tid efter købet viste det sig, at der var mangler ved cyklen. Forbrugerens får medhold i, at cyklen i henhold til købelovens § 76, stk. 1, nr. 4 er mangelfuld og at han grundet manglende udbedring i rimelig tid er berettiget til at hæve købet og kræve købesummen tilbagebetalt, jf. købelovens § 78, stk. 4 sammenholdt med købelovens § 79. Spørgsmålet i denne henseende var, om forbrugerens havde indgået aftalen med dealsitet, eller om dealsitet alene optrådte som formidler.

Det fremgår af afgørelsen, at både cykelleverandøren og dealsitet afviser forbrugerens krav om ophævelse af købet. Leverandøren med den begrundelse, at cyklen var repareret af to omgange og

⁷⁴ Andersen, Lennart L. og Madsen, Palle B.; *Aftaler og mellemænd*, 2012, s. 299

⁷⁵ Sørensen, Marie J.; *Digitale formidlingsplatforme – formidlingsreglen i dansk forbrugerret*, U.2017B.119, s. 4

⁷⁶ Andersen, Lennart L. og Madsen, Palle B.; *Aftaler og mellemænd*, 2012, s. 299

at der yderligere var tilbudt afhjælpning. Dealsitet begrundede blandt andet afvisningen med, at forbrugeren havde accepteret deres handelsvilkår via en svarboks, hvorefter det fremgår, at *"Det er samarbejdspartneren, og ikke dealsitet, der leverer de varer eller tjenesteydelser, som et værdibevis giver adgang til. Dealsitet er således at regne for et annoncemedium, der alene formidler kontakt mellem forbruger og leverandører [...]".* Flertallet af medlemmerne i nævnet mente, at der inter partes var vedtaget et formidlerforbehold, som forbrugeren havde accepteret. Dealsitet havde, på baggrund af den gyldige elektroniske kontrakt, fuldmagt til at indgå en aftale om forbruger køb i henhold til købelovens § 4 a. Det er dog som nævnt dealsitet selv, der som formidler har bevisbyrden for, at en aftale ikke er indgået på egne vegne, men derimod på leverandørens vegne. Ifølge dealsitet fremgik det af den konkrete deal, at cykelleverandøren udbød cyklen, og at kontakten derfor skulle rettes hertil. Der viste sig at være dissens blandt medlemmerne med hensyn til sondringen om, hvem der indtræder i rollen som pligtsubjekt og dermed er erstatningsansvarlig for cyklen. Det var dog flertallets vurdering, *"[...] at det konkrete dealsite ikke tilstrækkelig klart og tydeligt har tilkendegivet, at dealsitet alene har optrådt som mellemmand/formidler [...]".*⁷⁷ Flertallet mente således, at forbrugeren fik indtryk af, at dealsitet var forbrugers direkte aftalepart.

I sag FRE-13/01800 købte en forbruger et værdibevis til en sofars på et dealsite. Hun indløste herefter værdibeviset hos renseriet og da sofaen blev returneret, konstaterede hun, at den havde fået skjolder, og at puderne var krøllede og krympede. Dette blev efterfølgende bekræftet af et sagkyndigt udvalg. Forbrugeren reklamerede til dealsitet, som henviste til renseriet, men da renseriet tilbød en ny rensning, afviste forbrugeren dette og krævede i stedet 7.800 kr. i erstatning. Forbrugerklagenævnet nedsatte dette beløb til 5.000 kr., idet sofaens og pudernes alder, købspris samt brugspletter måtte tages i betragtning.

I afgørelsen tages der ikke stilling til, hvorvidt forholdet er omfattet af de retspraksisudviklede regler for produktansvar eller de almindelige regler om erstatning i eller uden for kontrakt,⁷⁸ men da dette ikke nødvendigvis indebærer et forskelligt resultat, samt at afhandlingen jf. afsnit 1.4. afgrænser sig fra produktansvar, findes denne problemstilling ikke at være relevant.

Dealsitets handelsbetingelser stemmer overens med de handelsbetingelser, som fremgår af den tidligere omtalte sag fra Forbrugerklagenævnet, hvorfor nævnets medlemmer ligeledes i denne afgørelse er enige om, at der er indgået et formidlerforbehold. Flertallet vurderer på baggrund af dealens konkrete ordlyd og henvisningen til renseriets kontaktoplysninger, at det for forbrugeren må stå klart, at der indgås en aftale med renseriet. Dette understøttes af, at det klart og tydeligt fremgår

⁷⁷ Se uddybende begrundelse i afsnit 2.4.1.2.

⁷⁸ Østergaard, Kim; *Dealsites – formidler eller anden mellemmand i lyset af kontraktens relativitet* i Petersen, Hans V. G.; *Juridiske Emner ved Syddansk Universitet*, 2015, s. 116

af den konkrete dealside, at renseriet renser sofaen og at reklamationer må henvendes dertil, samt at renseriets navn er nævnt flere gange, herunder i overskriften og på det udstedte værdibevis. Klarhedsprincippet anses derfor for værende taget i betragtning og ud fra en helhedsvurdering må dette betyde, at renseriet anses for direkte aftalepart og dermed pligtsubjekt.

En lignende problemstilling blev behandlet i Roskilde Byret den 2. januar 2014, der vedrørte rejsebu-reauet GoLeif.dk, som formidler rejser mellem leverandører og forbrugere.⁷⁹ I den pågældende sag havde sagsøgeren, der optrådte i egenskab af forbruger, gennem den digitale formidlingsplatform GoLeif.dk købt to flybilletter fra København til Nice og retur. SAS stod for udrejsen, hvorimod Cimber Sterling skulle have stået for hjemrejsen, men måtte erklæres konkurs under forbrugerens ophold i Nice. Sagens forløb tog udgangspunkt i spørgsmålet om, hvorvidt sagsøgeren måtte anses for at være direkte aftalepart i forhold til den sagsøgte, herunder Den Danske Rejsegruppe, der driver formidlingsplatformen GoLeif.dk, eller om denne alene skulle betragtes som formidler på vegne af flyselskabet. Til svar på dette spørgsmål efter parternes fremlagte påstande udtaler byretten følgende:

*"Det er ubestridt, at der på sagsøgtes internetportal GoLeif.dk, herunder i bookingprocessen ved køb af rejser på hjemmesiden, og i sagsøgtes rejsebetingelser er taget forbehold for, at sagsøgte alene er formidler af rejser, og at sagsøgte ikke sælger rejser i eget navn – et såkaldt agent forbehold. [...] Retten finder, at sagsøgte på en tilstrækkelig og klar måde har tilkendegivet over for sagsøgeren, at sagsøgte alene optrådte som formidler af rejsen på vegne af flyselskabet."*⁸⁰

Retten konstaterer således, at den digitale formidlingsplatform GoLeif.dk udgør en formidler, efter-som byretten finder formidlerforbeholdet gyldigt på baggrund af, at forbeholdet var fremhævet på en tilstrækkelig og klar måde. Retten frifinder GoLeif.dk og konstaterer i overensstemmelse med princippet om kontraktens relativitet, at denne ikke er direkte aftalepart og dermed ikke pligtsubjekt.

Sagen blev den 18. november 2015 anket til Østre Landsret af Forbrugerombudsmanden som man-datar for forbrugeren. Landsretten tiltrådte byrettens kvalificering af platformen som værende formidler, men mente derimod ikke, at GoLeif.dk havde oplyst om sin begrænsede rolle som formid-ler på en tilstrækkelig og klar måde, selvom formidlerforbeholdet blev angivet flere steder under bookingflowet.⁸¹ I bookingflowet fremgik det blandt andet, at GoLeif.dk optrådte som formidler og at de ikke solgte rejser i eget navn, men Landsretten udtalte, at disse oplysninger ikke var tilstrække-lig klare for at den almindelige forbruger kunne identificere sin retstilling på baggrund heraf. Go-

⁷⁹ U.2016.1062Ø

⁸⁰ Ibid, 1067 (s. 4)

⁸¹ Sørensen, Marie J.; *Digitale formidlingsplatforme – formidlingsreglen i dansk forbrugerret*, U.2017B.119, s. 5

Leif.dk blev efterfølgende dømt til at være erstatningsansvarlig over for forbrugeren med udgangspunkt i landsrettens identifikation af, hvad der sædvanligvis må anses for at være almindeligt kendt for forbrugeren.⁸²⁸³ Landsretten kommer således frem til et andet resultat end byretten. Idet Østre Landsret anser formidleren i det pågældende trepartsforhold for erstatningsansvarlig over for forbrugeren, pålægges GoLeif.dk som formidler en retsvirkning, der ifølge princippet om kontrakters relativitet ikke burde være mulig, eftersom en formidler qua sin rolle ikke er direkte aftalepart. Denne kendelse strider således imod princippet om kontrakters relativitet, da det i udgangspunktet udelukkende er aftaleparterne, herunder Cimber Sterling som leverandør og forbrugeren, som aftalen kan have retsvirkning for.

På baggrund af ovenstående retspraksis synes der at kunne udledes en række kumulative betingelser, der skal være opfyldt for at formidlerforbeholdet kan betragtes som gyldigt og derved sikre, at man som formidler ikke indtræder i rollen som pligtsubjekt. Såfremt der foreligger et gyldigt formidlerforbehold vil det til stadighed i henhold til princippet om kontrakters relativitet vurderes at være den bagvedliggende leverandør, der betragtes som direkte aftalepart og dermed pligtsubjekt. Det findes derfor relevant at udlede, hvad disse kumulative betingelser indebærer.

2.4.1. Betingelser for ikke at indtræde i rollen som pligtsubjekt

2.4.1.1. Vedtaget formidlerforbehold

Det er afgørende, at dealsitet vedtager et formidlerforbehold for ikke at opfattes som den part, der skal levere ydelsen. Dette var tilfældet i de omtalte sager fra Forbrugerklagenævnet, hvor formidlerforbeholdet fremgik af handelsbetingelserne, der er citeret ovenfor og dermed ansås som vedtaget parterne imellem.

I U.2016.1062Ø fremgik det af onlinerejsebureauets rejsebetingelser vedrørende ansvar for rejsens gennemførelse, at:

*"Den Danske Rejsegruppe/filial af Svenska Resegruppen AB og GoLeif.dk er teknisk arrangør eller formidler af flybilletter, hotelophold, udlejningsbiler og øvrige arrangementer. Vi sælger ikke rejser i vores eget navn. Vi har ikke ansvaret for eventuelle tidstabelændringer, annullerede flyafgange, mistet bagage, bagage som ikke indgår i billetprisen eller andre begivenheder, som har med rejsens gennemførelse at gøre."*⁸⁴ Vedrørende betalingen fremgik det, at *"Den Danske Rejsegruppe vil stå*

⁸² Østergaard, Kim; *Dealsites – formidler eller anden mellemmand i lyset af kontraktens relativitet* i Petersen, Hans V. G.; *Juridiske Emner ved Syddansk Universitet*, 2015, s. 112

⁸³ Se uddybende gennemgang i afsnit 2.4.1.2.

⁸⁴ U.2016.1062Ø, 1068 (s. 5)

som betalingsmodtager på dit kontoudtog. Den Danske Rejsegruppe/filial af Svenska Resegruppen AB og Goleif.dk er formidler af rejser. Vi sælger ikke rejser i vores eget navn."⁸⁵

Udover at formidlerforbeholdet var oplyst i rejsebetingelserne, var det ligeledes oplyst umiddelbart før og efter købet og ydermere angivet i bookingflowet samt i footeren på hver side på hjemmesiden. Østre Landsret vurderede dog det ovenfor fremhævede formidlerforbehold i aftalevilkårene mellem forbrugeren og GoLeif.dk til ikke at være gyldigt. Det er således relevant at se nærmere på, hvad der udover denne betingelse skal til for, at et sådan formidlerforbehold kendes gyldigt.

2.4.1.2. Tydeligheds- og klarhedskrav samt forbrugers accept

I henhold til den gennemgaaede retspraksis er det gennemgaaende, at det vedtagne formidlerforbehold skal fremstå tydeligt og tilstrækkeligt klart over for den almindelige forbruger, således at vedkommende er indforstået med retsvirkningen af den indgaaede aftale. Det skal derfor undersøges, hvad dette tydeligheds- og klarhedskrav indebærer.

I U.2016.1062Ø fastslog Roskilde Byret i modsætning til Østre Landsret, at GoLeif.dk ikke kunne anses for værende pligtsubjekt over for forbrugeren. Af byrettens præmis fremgår følgende:

*"Vilkåret, der medfører, at rejseformidleren ikke bliver kundens direkte kontraktpart, er byrdefuldt, og vedtagelse heraf må derfor kræve, at forbrugeren gøres særlig opmærksom herpå og udtrykkeligt har erklæret sig indforstået hermed. Efter bevisførelsen lægger retten til grund, at sagsøgte gør opmærksom på vilkåret i »footeren« nederst på hver enkelt side på såvel hjemmesiden som i bookingflowet, og at vilkåret også optræder centralt på hjemmesiden umiddelbart inden og efter at rejsen betales. Vilkåret er endvidere medtaget som det første afsnit i sagsøgtes rejsebetingelser, som en kunde aktivt og positivt skal bekræfte at have læst og accepteret inden bestillingen af en rejse kan gennemføres. Endeligt fremgår det, at en kunde ved booking af en rejse aktivt skal tage stilling til en række tillægsprodukter, herunder rejseforsikring og forsikring i anledning af flyselskabets konkurs."*⁸⁶

I henhold til præmissen er det i forbindelse med aftalens indgåelse oplyst på en klar og udtrykkelig måde, at GoLeif.dk optræder som formidler på vegne af flyselskabet, eftersom forbrugeren er blevet gjort opmærksom på dette flere gange, da forbeholdet er nævnt løbende under aftaleindgåelsen og ved betalingen af flybilletterne. Sammenholdt med den omtalte sag FRE-12/14146 vedrørende den mangelfulde cykel er der en betydelig forskel på, hvordan forbrugeren er blevet gjort opmærksom på, hvem der er direkte aftalepart i kontraktforholdet og hvordan accepten af dette er foregået. I

⁸⁵ U.2016.1062Ø, 1069 (s. 6)

⁸⁶ Ibid, 1067 (s. 4)

Forbrugerklagenævns sagen fremgår retsstillingen i modsætning til den omtalte afgørelse vedrørende GoLeif.dk ikke ved aftalens indgåelse, idet det fremgår af den konkrete deal, at: *"Din cykel sendes direkte til den indtastede adresse senest 3 hverdage efter dealens afslutning. Du modtager ikke et værdibevis, men derimod en kvittering for dit køb – du skal bare læne dig tilbage og vente [...]".* Cykelleverandørens kontaktoplysninger og en henvisning til dennes hjemmeside fremgår først nederst på dealen. Det var derfor flertallets vurdering i denne sag, at: *"Hjemmesidens indretning og formuleringen af den konkrete dealside giver forbrugeren en forventning om, at det er dealsitet, som sælger produktet. På denne baggrund fremtræder det mellem parterne vedtagne formidlerforbehold ikke tilstrækkelig klart."* Det er såvel den manglende klarhed ved aftaleindgåelsen som forventningsargumentet, der danner belæg for, at dealsitet ender i rollen som pligtsubjekt. Uagtet, at der er en signifikant forskel i den måde, hvorpå dealsitet og GoLeif.dk har gjort opmærksom på retsstillingen, bliver de begge aftalepart over for forbrugeren. Det tyder således på, at der er strenge krav til, hvor tydeligt og klart formidlerforbeholdet fremstår.

I den omtalte sag FRE-13/01800 vedrørende rensning af en sofa kom tydelighedskravet ligeledes til udtryk. Ordlyden i den konkrete deal var noget anderledes end i FRE-12/14146: *"[...] med dagens deal bliver sofaen som ny igen. Renseriet står klar med en professionel rens, som klarer skidt, snavs og pletter. De henter og bringer sofaen [...]"* Renseriets kontaktoplysninger og en vejledning til dennes adresse fremgik nederst på dealen. På baggrund af ordlyden sammenholdt med dealsitets afvisning af at behandle reklamationen og de generelle aftalevilkår som nævnt i afsnit 2.4., måtte det således være klart for forbrugeren, at rensriet var realdebitor og direkte aftalepart. Resultatet modstrider derfor FRE-12/14146, idet den afgørende forskel må siges at være tydeligheds- og klarhedskravet, som var taget i betragtning i FRE-13/01800.

Af første citerede sætning i præmissen ovenfor vedrørende GoLeif.dk fremgik: *"Vilkåret, der medfører, at rejseformidleren ikke bliver kundens direkte kontraktpart, er byrdefuldt, og vedtagelse heraf må derfor kræve, at forbrugeren gøres særlig opmærksom herpå og udtrykkeligt har erklæret sig indforstået hermed."* Byretten udtalte således, at udgangspunktet for rejseformidlers retsstilling er et byrdefuldt forhold for forbrugeren. En forbruger vil i traditionelle fysiske handler ofte have en tydelig forståelse for, hvem der er aftaleparter i kontrakten og dermed hvem, der er rettigheds- og pligtsubjekter. Aftalesituationen kan derimod være svær for en forbruger at gennemskue i forbindelse med elektroniske handler, idet måden hvorpå de relevante kontraktdata fremstår kan virke uoverskuelig og intransparent.⁸⁷ Der må således være et behov for, at forbrugeren, som udgør den svage part i trepartsforholdet, skal beskyttes særligt mod dette byrdefulde forhold. Forbrugeren gør

⁸⁷ Østergaard, Kim; *Dealsites – formidler eller anden mellemmand i lyset af kontraktens relativitet* i Petersen, Hans V. G.; *Juridiske Emner ved Syddansk Universitet*, 2015, s. 115

i nærværende sag gældende, at han var af den opfattelse, at han udelukkende kontraherede med GoLeif.dk, således at denne formidlingsplatform udgjorde forbrugerens direkte aftalepart. At forbrugeren er af en sådan opfattelse, tyder på, at denne ikke er bekendt med udgangspunktet om, at formidlere ikke handler i eget navn og for egen risiko og regning, men udelukkende optræder som en formidler i trepartsforholdet og dermed ikke er direkte aftalepart. I henhold til den gennemgåede retspraksis er det således nødvendigt at foretage en vurdering af forbrugeren som aftalelæser, herunder forbrugerbegrebet, for at kortlægge, hvad der af en almindelig forbruger forventes at kunne forstå.

Forbrugerbegrebet må fastlægges i overensstemmelse med EU-rettens forståelse heraf, idet der ikke foreligger en definition af begrebet i dansk ret. EU-retten synes at tage udgangspunkt i den gennemsnitlige forbruger, som det blev anvendt i blandt andet Gut Springenheide-sagen, hvorefter denne defineres som almindeligt oplyst, rimeligt opmærksom og velunderrettet.⁸⁸ EU-domstolen har ikke taget stilling til, hvad der nærmere skal forstås af definitionen og dermed er den aktuelle forbrugeropfattelse ikke udtrykt, idet der blot er tale om en objektivisering af begrebet af den gennemsnitlige forbruger.⁸⁹

I relation til forbrugeraftalens funktionelle afgrænsning har Møgelvang-Hansen (2003) fremhævet nogle særlige træk ved forbrugeren set i forhold til den erhvervsdrivende part:

- *"Aftagersidens relativt lave grad af professionalisering,*
- *dens relativt beskedne økonomiske styrke,*
- *dens manglende stordriftsfordele, og*
- *(andre manglende) omkostningsfordele."*⁹⁰

Der er således stor forskel på parternes karakteristika, idet den erhvervsdrivende handler i egenskab af professionel, hvorimod forbrugeren handler uden for sin profession. Den erhvervsdrivende har betydeligt kendskab til branchen og har i økonomisk forstand mulighed for at sprede sin risiko på forskellige transaktioner og i modsætning hertil indebærer den funktionelle afgrænsning af forbrugerbegrebet, at forbrugeren har begrænset viden om den kontraherede realydelse.⁹¹ Denne son-
dring stemmer godt overens med antagelserne i den ny-institutionelle økonomiske teori som nævnt

⁸⁸ Dom af 16. juli 1998 i sag C-210/96, Gut Springenheide GmbH og Rudolf Tusky mod Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt, præmis 30 og 31

⁸⁹ Østergaard, Kim; *Pakkerejsedirektivets krav om et almindeligt, forståeligt, tydeligt, klart og letlæseligt sprog* i Dahl, Børge, Riis, Thomas og Trzaskowski, Jan; *Liber Amicorum Peter Møgelvang-Hansen*, 2016, s. 561

⁹⁰ Møgelvang-Hansen, Peter; *Forbrugerrollen som retligt begreb* i Møgelvang-Hansen, Peter m.fl.; *Hyldestskrift til Jørgen Nørgaard*, 2003, s. 528

⁹¹ Østergaard, Kim; *Pakkerejsedirektivets krav om et almindeligt, forståeligt, tydeligt, klart og letlæseligt sprog* i Dahl, Børge, Riis, Thomas og Trzaskowski, Jan; *Liber Amicorum Peter Møgelvang-Hansen*, 2016, s. 562

i afsnit 1.7., idet der foreligger asymmetrisk information og forbrugeren er begrænset rationel, således at vedkommende ikke er i stand til at omsætte al relevant information grundet sine kognitive begrænsninger.⁹²

Den omtalte sag U.2016.1062Ø har stor relevans med hensyn til, hvad der forstås ved begrebet den gennemsnitlige forbruger. Byretten i Roskilde gav som nævnt ovenfor den digitale formidlingsplatform GoLeif.dk medhold i, at formidlerforbeholdet var fremhævet på en tydelig og tilstrækkelig klar måde under hele bookingflowet, hvorfor GoLeif.dk ikke ansås som pligtssubjekt, hvilket stemmer overens med princippet om kontraktens relativitet. Sagen blev herefter anket til Østre Landsret, som i følgende præmis udtalte:

”Selvom det efter det for landsretten oplyste må lægges til grund, at rejsebureauer ved salg af tilsvarende flyrejser som altovervejende hovedregel ikke handler i eget navn, men alene optræder som formidler for flyselskaberne, kan dette forhold ikke anses for almindeligt kendt hos forbrugerne. På den baggrund og efter det generelle indtryk af hjemmesiden GoLeif.dk finder landsretten, at Martin Windfeld Velin som udgangspunkt måtte kunne gå ud fra, at han handlede med den erhvervsvirksomhed, der drev den pågældende hjemmeside, dvs. Den Danske Rejsegruppe. Dette gælder, uanset at det på hjemmesiden var muligt at vælge mellem flyrejser fra flere forskellige flyselskaber.”⁹³

Østre Landsret foretager i præmissen en vurdering af, hvilke forhold der anses for almindeligt kendt af den gennemsnitlige forbruger. Det må kunne forventes, at en forbrugers kendskab til sådanne forhold er på et lavere niveau, end hvad der må forventes i det tilfælde, hvor der handles med en professionel.⁹⁴ Uden at anvende begrebet direkte lægger Østre Landsret dermed til grund, at en forbruger er begrænset rationel, ligesom der i henhold til præmissen nedenfor gøres gældende, at der foreligger asymmetrisk information. Østre Landsret sætter således en norm, der umiddelbart ikke afviger fra, hvad der i EU-retlig sammenhæng forstås ved den gennemsnitlige forbruger.⁹⁵ På denne baggrund bliver det en fordel for forbrugeren, at vedkommende ikke har kendskab til, hvad en formidler som mellemmand bevirker. I henhold til den anden citerede sætning ovenfor bliver retsvirkningen således, at GoLeif.dk som formidler bliver direkte aftalepart og dermed pligtssubjekt over for forbrugeren, eftersom hjemmesidens indretning har givet indtryk af, at det er denne part, der kontraheres med. Denne konsekvens fremgår endvidere af følgende præmis:

⁹² Østergaard, Kim; *Pakkerejsedirektivets krav om et almindeligt, forståeligt, tydeligt, klart og letlæseligt sprog* i Dahl, Børge, Riis, Thomas og Trzaskowski, Jan; *Liber Amicorum Peter Møgelvang-Hansen*, 2016, s. 562

⁹³ U.2016.1062Ø, 1072 (s. 8)

⁹⁴ Jakobsen, Søren S. og Østergaard, Kim; *Hvornår er formidleren pligtssubjekt, og hvilke misligholdelsesbeføjelser vil realkreditor i givet fald kunne anvende i deleøkonomien?*, 2018, s. 17

⁹⁵ Østergaard, Kim; *Pakkerejsedirektivets krav om et almindeligt, forståeligt, tydeligt, klart og letlæseligt sprog* i Dahl, Børge, Riis, Thomas og Trzaskowski, Jan; *Liber Amicorum Peter Møgelvang-Hansen*, 2016, s. 565-566

Det fremgik ikke udtrykkeligt af hjemmesiden GoLeif.dk, at kunderne ikke handlede med GoLeif.dk/Den Danske Rejsegruppe, men i stedet med det flyselskab, som skulle levere rejsen. I bookingflowet på hjemmesiden samt i rejsebetingelserne under overskriften »Ansvar for rejsens gennemførelse« fremgik, at GoLeif.dk/Den Danske Rejsegruppe optrådte som »formidler«, og at GoLeif.dk/Den Danske Rejsegruppe ikke »[solgte] rejser i ... eget navn«. Det kan imidlertid ikke antages, at den almindelige forbruger alene på baggrund af disse oplysninger kunne udlede, hvilken betydning dette havde for den pågældendes retsstilling i forhold til GoLeif.dk/Den Danske Rejsegruppe. Dertil kommer, at det i hvert fald i rejsebetingelserne fremgik, at GoLeif.dk/Den Danske Rejsegruppe var »teknisk arrangør«, uden at dette begreb blev nærmere beskrevet, og at der i både bookingflow og rejsebetingelser blev beskrevet en mulighed for tilkøb af »konkursdækning rejsebureau«.⁹⁶

I henhold til præmissen fremgik det blandt andet af GoLeifs hjemmeside, at det agerede som 'teknisk arrangør', og at der var mulighed for tilkøb af 'konkursdækning rejsebureau'. I rejsebetingelserne var det oplyst, at rejsebureauer normalt ikke handler i eget navn. Uagtet, at disse elementer taler for, at GoLeif.dk ikke er pligtssubjekt, men alene optræder som et formidlende rejsebureau, blev elementerne ikke tillagt særlig betydning i afgørelsen. Østre Landsret statuerer i præmissen, at det ikke kan antages, at den almindelige forbruger på baggrund af de givne oplysninger kan udlede den retlige betydning af at handle med en formidler, eftersom det ikke fremgår udtrykkeligt af hjemmesiden. Det oplyses i dommen, at forbrugeren ikke læste handelsbetingelserne inden han accepterede disse. Udgangspunktet i dansk ret er, at manglende kendskab til lovgivningen ikke fritager for skyld, men dette vælger Østre Landsret at se bort fra in casu. Der kan derfor stilles spørgsmålstejn ved, hvornår en formidler anses for at have opfyldt kravet om tydelighed og klarhed, så den almindelige forbruger kan udlede sin retlige betydning.

I henhold til præmissen vurderedes forbrugerens accept af handelsbetingelserne ikke i sig selv at være tilstrækkeligt til at kunne statuere, at der forelå et gyldigt formidlerforbehold. En forbruger kan have accepteret handelsbetingelserne, der indeholder et formidlerforbehold med oplysninger om forbrugerens aftalepart, men en forbrugers accept deraf er ikke nødvendigvis tilstrækkeligt, eftersom forbrugeren ligeledes skal anerkende, hvad vedkommende accepterer og forstå den retlige betydning deraf. Rettens anerkendelse af dette stemmer overens med fortolkningsprincippet om, at usædvanlige bestemmelser skal være tilstrækkelig klare for at have retsvirkning inter partes.⁹⁷ Det kan kognitivt være svært for en forbruger at forstå implikationerne af, hvad der ligger i den retlige konstruktion af 'en formidler' og 'i eget navn', jf. præmissen. Det afgørende må derfor udledes til at

⁹⁶ U.2016.1062Ø, 1072 (s. 8)

⁹⁷ Østergaard, Kim; *Dealsites – formidler eller anden mellemmand i lyset af kontraktens relativitet?*, 2015, s. 113, jf. Gomard, Bernhard, Pedersen, Hans V. G. og Ørgaard, Anders; *Almindelig kontraktsret*, 2015, s. 240

være udtrykeligheden af forbeholdet og ikke alene forbrugerens accept deraf. Der fremstår således et meget skærpet tydeligheds- og klarhedskrav af præmissen, hvorefter det afgørende for opfyldelse er, om retstillingen vil være forståelig for forbrugeren. Østre Landsret forsøger dermed at sikre forbrugeren en retsposition, der som minimum skal iagttages. De byrdefulde kontraktbetingelser i en forbrugeraftale skal på denne baggrund være udtrykkeligt formulerede for at have retsvirkning over for forbrugeren. Det kan dog være svært for et dealsite at formilde og udtrykke de retlige konstruktioner tydeligere uden at gå på kompromis med præcisionen af det juridiske.⁹⁸

Tydeligheds- og klarhedskravet havde ligeledes stor relevans i U.2018.574.V, hvor Vestre Landsret i modsætning til Aalborg Byret kom frem til, at Booking.com som formidlingsplatform ikke kunne anses som ansvarlig for opfyldelse af en aftale indgået mellem en dansk forbruger og et svensk gårdhotel. Forbrugeren havde gennem Booking.com reserveret et værelse på gårdhotellet, hvorefter betaling ifølge reservationsbekræftelsen skulle ske på hotellet. Det viste sig, at forbrugeren og hans familie ikke kunne benytte sig af værelset mellem kl. 10 og 17 grundet en renovering af gårdhotellet under opholdet, hvorfor han gjorde gældende, at realkylden led af mangler. Forbrugeren sagsøgte på denne baggrund Booking.com med den påstand, at de måtte anses for værende direkte aftalepart og dermed pligtsubjekt. Af Booking.coms vilkår og betingelser fremgår følgende:

*"Ved at foretage en reservation gennem Booking.com indgår du et direkte (juridisk bindende) kontraktmæssigt forhold med det overnatningssted du reserverer hos. Fra det øjeblik du har foretaget din reservation, optræder vi udelukkende som et mellemlid mellem dig og overnatningsstedet og videregiver oplysninger om din reservation til det pågældende overnatningssted og sender dig desuden en e-mail-bekræftelse på overnatningsstedets vegne."*⁹⁹

Booking.com gør det således klart i sine betingelser, som forbrugeren har accepteret, at denne indgik i et direkte kontraktmæssigt forhold med overnatningsstedet, hvorved Booking.com udelukkende optrådte som formidler. I U.2018.574.V vurderede Vestre Landsret, at det accepterede formidlerforbehold var gyldigt, eftersom oplysningerne var tilstrækkelige til, at forbrugeren måtte kunne forstå dennes retstilling over for formidleren af aftalen. Desuden fremgik formidlerforbeholdet ligeledes af reservationsbekræftelsen. Vestre Landsret resultat blev begrundet i følgende præmis:

"Af reservationsbekræftelsen fremgår navn og adresse på det konkrete overnatningssted, der er reserveret, samt opholdets varighed og pris. Det fremgår endvidere, at betaling sker til

⁹⁸ Østergaard, Kim; *Dealsites – formidler eller anden mellemmand i lyset af kontraktens relativitet* i Petersen, Hans V. G.; *Juridiske Emner ved Syddansk Universitet*, 2015, s. 113

⁹⁹ U.2018.574V, 576 (s. 3)

overnatningsstedet under opholdet, at gebyrer for afbestilling og ændring fastsættes af overnatningsstedet, og at man kan kontakte overnatningsstedet, hvis man har brug for hjælp med reservationen. Af Booking.coms vilkår og betingelser, som Johnny Sleiman Sørensen har accepteret, fremgår det, at han indgik i et direkte kontraktmæssigt forhold med overnatningsstedet, og at Booking.com udelukkende optrådte som et bindeled mellem ham og overnatningsstedet. Johnny Sleiman Sørensen burde på den baggrund have forstået, at han indgik en aftale om overnatning med overnatningsstedet, og at Booking.com alene optrådte som formidler af aftalen.”¹⁰⁰

Formidlerforbeholdet blev af Vestre Landsret vurderet til at være udtrykkeligt og dermed forståeligt for forbrugeren, således at vedkommende kunne udlede, hvem der var indgået en aftale med, jf. ovenstående præmis. I modsætning hertil konstaterede Østre Landsret i U.2016.1062Ø, at indholdet i formidlerforbeholdet på GoLeifs hjemmeside ikke udtrykkeligt informerede og oplyste forbrugeren om dennes retsstilling over for GoLeif.dk som formidler, hvorved forbeholdet ikke var gyldigt, uagtet at forbrugeren havde accepteret handelsbetingelserne. Af præmisserne i U.2016.1062Ø fremgår et eksplicit krav om udtrykelighed. Et sådan krav fremgår ikke direkte af U.2018.574V, men eftersom Vestre Landsret i samme sag kommer frem til, at formidlerforbeholdet var forståeligt over for forbrugeren og forståelighed i henhold til U.2016.1062Ø kræver udtrykelighed, må der antages at have været et implicit krav om udtrykelighed. Herunder et krav om et tydeligt, klart og forståeligt formidlerforbehold for at dette kunne betragtes som værende gyldigt. Booking.com ansås således for at have vedtaget et gyldigt formidlerforbehold, idet Vestre Landsret vurderede, at Booking.com som formidlingsplatform havde formået at tydeliggøre med et klart og forståeligt sprog, hvad den retlige betydning betød for den almindelige forbruger. Det kan derfor udledes af retspraksis, at det ikke er nok som formidler blot at oplyse om, hvem forbrugers rette aftalepart er, men at formidleren ligeledes er nødt til at sikre sig, at forbrugeren forstår de dertil knyttede retlige implikationer.

På trods af at den gennemgåede praksis giver et billede af, at der er skærpede krav til formidlerens oplysning af det vedtagne formidlerforbehold, var dette ikke tilfældet i U.2018.1374S. Sagen omhandlede en søtransportaftale indgået i 2015 mellem formidleren Dachser Denmark A/S (Dachser) og kunden SAM Partner A/S (SAM Partner) med Nordisk Speditørforbunds Almindelige Bestemmelser (NSAB) som forretningsgrundlag. NSAB blev anset som vedtaget parterne imellem, eftersom det udgør et *agreed document*, der generelt anvendes mellem speditørvirksomheder og deres kunder samt at kunden SAM Partner måtte anses som professionel transportindkøber. Det fandtes herefter at være NSAB 2000, der regulerede parternes indbyrdes forhold. I sagen udførte Dachser ikke transporter med eget transportmiddel, ligesom denne hverken generelt eller i den pågældende aftale

¹⁰⁰ U.2018.574V, 578 (s. 4)

påtog sig et ansvar som transportør, hvorfor Dachser måtte anses som formidler af transporten, jf. NSAB 2000 § 2A og § 2B. På baggrund heraf var der en klar formodning for, at denne rolle som formidler gjaldt i relation til det generelle samarbejde og ligeledes i de konkrete transporter i 2016. Spørgsmålet var herefter, om Dachseres rolle som formidler pr. 1. januar 2016 ændrede sig til en transportørrolle som følge af ikrafttrædelsen af NSAB 2015. SAM Partner var af den overbevisning, at Dachser måtte anses som transportør, eftersom det er en sjældenhed i branchen, at der foreligger en søtransportaftale med fast pris i et år samt en pladsgaranti sammenholdt med, at der ikke forelå et skriftligt aftalegrundlag herom. Dog udtalte Sø- og Handelsretten, at:

*"Herefter og under hensyn til, at Jesper Johansen (Dachser A/S) har bestridt, at en sådan aftale mundtligt skulle være indgået mellem Dachser og SAM Partner, og at dette understøttes af parternes korrespondance i foråret 2016, finder retten, at SAM Partner ikke har godtgjort, at Dachser skulle være direkte kontraktspart i en særskilt årssrateaftale med pladsgaranti med SAM Partner."*¹⁰¹

Retten konstaterende således at der forelå en aftale om, at Dachser agerede som formidler i samarbejdsaftalen. Dette henset til, at SAM Partners var gjort opmærksom herpå i NSAB, som måtte anses for almindeligt kendt af en professionel transportindkøber. Endvidere havde parterne korresponderet herom i foråret 2016, der bekræftede det vedtagne forretningsgrundlag. Det kan på baggrund af denne afgørelse udledes, at der var mindskede krav til tydeligheden af formidlerforbeholdet i det vedtagne forretningsgrundlag. Dommen er dog af mindre relevans sammenlignet med den øvrige gennemgåede praksis, eftersom der i dette tilfælde er tale om en professionel kunde, der må stilles højere krav til end en almindelig forbruger. SAM Partner handlede i egenskab af professionel og burde derfor have kendskab til NSAB og betydningen heraf. Anderledes er det, såfremt professionelle formidlere forventer, at almindelige forbrugere har kendskab til lignende betingelser. Det må dermed betyde, at der stilles mindskede krav til tydeligheden og klarheden af formidlerforbehold, når der udelukkende er tale om professionelle parter, hvorimod der fortsat stilles skærpede krav, når der handles med en almindeligt oplyst forbruger.

På baggrund af den gennemgåede retspraksis kan det konstateres, at et vedtaget formidlerforbehold skal være tydeligt, tilstrækkeligt klart og let forståeligt for at kunne statueres gyldigt. Tydeligheds- og klarhedskravet vil udelukkende være overholdt, såfremt den almindelige forbruger kan forstå og afkode det givne formidlerforbehold. Forbrugeren skal således have de korrekte forudsætninger for at kunne klarlægge sin egen retstilling i forhold til de resterende parter i trepartsforholdet.

¹⁰¹ U.2018.1374S, 1384 (s. 8)

2.4.1.3. Involveringsgrad

I domstolens vurdering af om der foreligger et gyldigt formidlerforbehold, tyder det på, at retspraksis udover ovenstående krav ligeledes lægger vægt på den forventningsskabende adfærd, som formidleren udviser.¹⁰² Uagtet at en digital formidlingsplatform udtrykker sin juridiske position med termer som formidler og fuldmagt, har retspraksis vist, at der endvidere må udvises en adfærd, der afspejler formidlerforbeholdet, for at den almindelige forbruger forstår, at formidlingsplatformen ikke er direkte aftalepart.¹⁰³

I FRE-12/14146 vedrørende den mangelfulde cykel tillagde nævnet involveringsgraden betydning. Nævnet udtalte følgende om formidlerens adfærd over for forbrugeren sammenholdt med hjemmesidens indretning:

*"[...] Hertil kommer, at forbrugeren i forbindelse med købet modtog en kvittering fra dealsitet, og at dealsitet har modtaget reklamationer fra forbrugeren over fejl ved cyklen. Ifølge flertallet giver det ud fra en samlet helhedsvurdering således forbrugeren det indtryk, at det er dealsitet, der er aftaleparten."*¹⁰⁴

Formidleren bør på denne baggrund ikke involvere sig i en sådan udstrækning, at det giver forbrugeren et indtryk af, at formidleren udgør forbrugers aftalepart, herunder fremsende en kvittering til forbrugeren samt modtage reklamationer.

Formidlingsplatformen GoLeif.dk tog som i den ovenfor omtalte sag ligeledes imod reklamationer fra forbrugerne. Af GoLeif.dks rejsebetingelser fremgår det, at reklamationer som forbrugeren måtte have under rejsen, der ikke kan erstattes eller kompenseres af leverandøren, i stedet skal rettes til GoLeif.dk for en yderligere gennemgang. I Østre Landsrets begrundelse fremgik det, at formidlingsplatformen blev anset som direkte aftalepart, eftersom denne havde givet forbrugeren *"...føje til at gå ud fra, at aftalen om den omtvistede flyrejse blev indgået direkte med Den Danske Rejsegruppe."* Afgørelsen strider som tidligere beskrevet imod princippet om kontraktens relativitet. Udgangspunktet i dette princip er, at formidleren ikke bliver pligtsubjekt, hvorefter denne er berettiget til at henvise forbrugeren til leverandøren, såfremt forbrugeren ønsker at reklamere over et produkt. At formidleren tager imod reklamationer, kan derfor give forbrugeren indtryk af, at vedkommende er direkte aftalepart.¹⁰⁵ Det fremgår ikke eksplicit i Østre Landsrets begrundelse og af dommens resultat, at GoLeif.dks modtagelse af reklamationer var en afgørende faktor for afgørelsen, men eftersom

¹⁰² Sørensen, Marie J.; *Digitale formidlingsplatforme – formidlingsreglen i dansk forbrugerret*, U.2017B.119, s. 5

¹⁰³ Ibid

¹⁰⁴ FRE-12/14146, s. 2

¹⁰⁵ Østergaard, Kim; *Dealsites – formidler eller anden mellemmand i lyset af kontraktens relativitet* i Petersen, Hans V. G.; *Juridiske Emner ved Syddansk Universitet*, 2015, s. 109

denne blev truffet ud fra en helhedsvurdering, hvor GoLeif.dks betingelser i forhold til reklamationer blev fremhævet under de supplerende oplysninger, må det antages, at dette har haft betydning for rettens afgørelse. Sammenholdt med Forbrugerklagenævnets afgørelse i FRE-12/14146, hvor dealsitet blev anset som direkte aftalepart henset til blandt andet modtagelsen af forbrugernes reklamationer, udledes det, at denne form for adfærd indgår i helhedsvurderingen af, hvorvidt en formidler har givet forbrugeren føje til at gå ud fra, at denne er direkte aftalepart og dermed pligtssubjekt.

Østre Landsret kommenterer i en af præmisserne i U.2016.1062Ø på det faktum, at GoLeif.dk tog imod betaling samt udstedte flybilletterne til forbrugeren. Denne adfærd indgik ligeledes i U.2018.574V, hvor Vestre Landsret udtalte, at det af reservationsbekræftelsen fremgik, at overnatningsstedet tog imod betalingen. Formidlingsplatformene GoLeif.dk og Booking.com udviser således forskellige adfærd med hensyn til, hvilken af parterne der tager imod betalinger. GoLeif.dk involverer sig i højere grad i aftaleindgåelsen, eftersom de tager imod betalinger, hvorimod Booking.com forsøger at afholde sig fra at have noget med betalingerne at gøre.

På trods af at Booking.com ikke tager imod betaling, involverer de sig dog på en måde, der kan give forbrugeren føje til at gå ud fra, at vedkommendes aftalepart er Booking.com og ikke det svenske gårdhotel. Det viser sig ved, at Booking.com, som følge af forbrugers klage over overnatningsstedet, i første omgang tilbyder at finde et andet overnatningssted og ligeledes tilbyder en kompensation til forbrugeren svarende til 100 euro. Byretten vurderede på denne baggrund, at Booking.com ikke havde gjort det klart og tydeligt, at Booking.com fortsat agerede som formidler, eftersom denne gav forbrugeren tilbud om nyt overnatningssted og kompensation på vegne af overnatningsstedet. Vestre Landsret tiltrådte ikke denne vurdering, da de udtalte følgende:

*"Herefter, og da booking.com ikke har pådraget sig et ansvar som udlejer ved efter aftalens indgåelse af have forsøgt at løse de problemer, der var opstået, eller ved at tilbyde Johnny Sleiman Sørensen en kompensation, tager landsretten Booking.coms påstand til følge."*¹⁰⁶

Booking.coms påstand var, at de ikke udgjorde direkte aftalepart over for forbrugeren og dermed ikke var ansvarlig for aftalens opfyldelse. Vestre Landsret vurderer således, at Booking.com ikke bliver anset som værende forbrugers direkte aftalepart, uagtet deres udviste adfærd og involveringsgrad med hensyn til at tage imod reklamationer og tilbyde kompensation.

Både U.2016.1062Ø og U.2018.574V blev vurderet ud fra en samlet vurdering, hvor der lægges vægt på formidlingsplatformenes adfærd og involveringsgrad, eftersom det udtrykkeligt bliver påpeget i begrundelserne for de respektive afgørelser. Involverer en formidler sig for meget, da kan det skabe

¹⁰⁶ U.2018.574V, 578 (s. 4)

en forventning for forbrugeren om, at det er formidleren, der er direkte aftalepart i trepartsforholdet. I U.2016.1062Ø modtog GoLeif.dk både reklamationer og betalinger, hvilket sammenholdt med de ovenfor fremlagte forhold blev vurderet af Østre Landsret til at være en adfærd og en involveringsgrad, der gav forbrugeren føje til at gå ud fra, at GoLeif.dk var direkte aftalepart og dermed pligtssubjekt. Booking.coms tilbud om et nyt overnatningssted samt en tilbudt kompensation til forbrugeren blev ikke vurderet til at være en adfærd, der kunne anse Booking.com som værende aftalepart. Dog skal dette sammenholdes med Vestre Landsrets vurdering af, at Booking.com havde formået at vedtage et formidlerforbehold, der i henhold til Vestre Landsret udtalelser klargjorde forbrugerens retlige betydning. Det vurderes at være det tydelige og klare formidlerforbehold, som forbrugeren burde have forstået den retlige betydning af, der gør, at Booking.coms adfærd og involveringsgrad ikke gav forbrugeren føje til at gå ud fra, at denne var direkte aftalepart.

På baggrund af ovenstående konstateres det, at der i vurderingen af, hvorvidt der foreligger et gyldigt formidlerforbehold udover de første nævnte betingelser lægges vægt på formidlerens adfærd. Såfremt en formidler ønsker at sikre sig, at forbrugeren ikke har føje til at gå ud fra, at denne er direkte aftalepart i trepartsforholdet, er det nødvendigt at udvise en adfærd, der klart afspejler rollen som formidler. Det er derfor af stor betydning, at dealsites igennem deres adfærd sikrer sig, at den almindelige forbruger forstår, at formidlingsplatformen ikke er aftalepart i trepartsforholdet.¹⁰⁷ På baggrund af den gennemgåede retspraksis kan der således udledes et krav om en begrænset involveringsgrad, hvilket vil sige, at formidleren skal forsøge at involvere sig så lidt som muligt i selve aftalens opfyldelse, således at formidleren ikke giver et indtryk til forbrugeren af, at denne er direkte aftalepart.

2.4.1.4. Sammenfatning

Der kan på baggrund af den gennemgåede retspraksis udledes en række kumulative betingelser, der skal være opfyldt, for at en formidler ikke anses som direkte aftalepart og dermed pligtssubjekt over for forbrugeren. Først og fremmest skal der fremgå et formidlerforbehold i kontraktvilkårene. Der skal endvidere under aftaleindgåelsen gøres opmærksom på forbeholdet på en tydelig, tilstrækkelig klar og let forståelig måde, ligesom forbrugeren skal forstå, hvad accepten indebærer, for at forbeholdet kan betragtes som et gyldigt kontraktvilkår. Formidleren skal på denne måde sikre sig, at den gennemsnitlige forbruger forstår, at formidlingsplatformen ikke udgør direkte aftalepart i den pågældende aftale. Endelig er det en forudsætning, at formidleren ikke udviser en adfærd, der kan give forbrugeren føje til at gå ud fra, at formidleren er direkte aftalepart. Såfremt betingelserne er op-

¹⁰⁷ Sørensen, Marie J.; *Digitale formidlingsplatforme – formidlingsreglen i dansk forbrugerret*, U.2017B.119, s. 5

fyldt, må der anses at foreligge et gyldigt formidlerforbehold, hvorefter dealsitet bevarer sin retsstilling som værende formidler og den bagvedliggende leverandør i overensstemmelse med princippet om kontraktens relativitet forbliver pligtsubjekt, således at forbrugeren udelukkende kan rette sit krav mod leverandøren.

For det tilfælde, hvor der ikke er taget et gyldigt formidlerforbehold, anses formidleren som pligtsubjekt og dermed ansvarlig over for forbrugeren. Denne retsstilling gjorde sig gældende i U.2016.1062Ø, hvor fortolkningen af den samlede kontraktdata førte til, at GoLeif.dk indtrådte i rollen som pligtsubjekt, da der ifølge Østre Landsret ikke var vedtaget et gyldigt formidlerforbehold inter partes. Resultatet i dommen strider imod princippet om kontraktens relativitet, hvilket må siges at være inkonsistent i forhold til, hvad virkeligheden er, hvor leverandøren som realdebitor i udgangspunktet er pligtsubjekt. Østre Landsrets afgørelse indebærer en vidtgående forbrugerbeskyttelse, idet der opstilles strenge krav til udtrykeligheden af formidlerforbeholdet for at sikre, at det er forståeligt for den almindelige forbruger. Endvidere vil der som følge af denne retsstilling medføre en tvivl om den endelige ansvarsfordeling mellem formidleren og leverandøren, da det ligeledes kan være en mulighed, at parterne hæfter solidarisk, jf. mindretallets vurdering i FRE-13/01800. Endelig kan de økonomiske fordele ved at benytte sig af en formidler i værste fald undermineres, eftersom ansvaret delegeret fra leverandøren til formidleren kan tilsidesættes.⁵⁹ Der kan således stilles spørgsmålstejn ved, hvilken betydning U.2016.1062Ø skal tillægges i lyset af princippet om kontraktens relativitet.

Østre Landsret var i U.2016.1062Ø som nævnt af en anden opfattelse end Roskilde Byret. Disse modstridende kendelser er gennemgående i den nævnte retspraksis, hvilket tyder på, at der er tale om en yderst kompliceret problemstilling, der endnu ikke findes et konkret svar på. Der må således foreligge en tvivl om, hvilken størrelse et dealsite udgør. Det kan dog konstateres, at såfremt formidleren efterlever de fremlagte kumulative betingelser, da vil vedkommende undgå at blive direkte aftalepart i den konkrete aftale og dermed pligtsubjekt over for forbrugeren. Formidleren kan således undgå at blive ansvarlig for de misligholdelsesbeføjelser, som forbrugeren måtte have i tilfælde af kontraktbrud. Eftersom en formidler ikke anses for værende realdebitor skaber det usikkerhed om, hvilke misligholdelsesbeføjelser forbrugeren kan gøre gældende over for formidleren, såfremt formidleren anses for pligtsubjekt grundet et manglende gyldigt formidlerforbehold. Det findes derfor relevant at undersøge nærmere i følgende afsnit.

2.5. Forbrugerens misligholdelsesbeføjelser

Ud fra forudgående analyse fandtes det at være afgørende, hvorvidt forbrugeren kan identificere, hvem et eventuelt krav kan rettes imod i tilfælde af, at der foreligger kontraktbrud. Såfremt der foreligger et gyldigt formidlerforbehold og den bagvedliggende leverandør dermed anses for værende pligtsubjekt, kan forbrugeren rette et eventuelt krav mod leverandøren i overensstemmelse med købelovens bestemmelser. I tilfælde af at der ikke er vedtaget et gyldigt formidlerforbehold og formidleren dermed bliver pligtsubjekt i trepartsforholdet, antages det som nævnt i afsnit 2.2.1., at formidlingsreglerne finder anvendelse, idet disse har til formål at beskytte forbrugeren. Det findes i denne sammenhæng interessant at undersøge, hvilke misligholdelsesbeføjelser forbrugeren, på baggrund af kontraktgrundlaget med leverandøren, kan gøre gældende over for dealsitet som formidler, såfremt kontraktgrundlaget indeholder holdepunkter om misligholdelsesbeføjelser eller der ingen holdepunkter er herom. Forbrugeren kan i udgangspunktet påberåbe sig de samme misligholdelsesbeføjelser over for formidleren, som over for leverandøren, hvis formidleren vurderes at være forbrugerens direkte aftalepart.¹⁰⁸

Det obligationsretlige udgangspunkt er, at det kræver en fortolkning af kontraktgrundlaget for at finde ud af, hvilke misligholdelsesbeføjelser der kan påberåbes af forbrugeren. Såfremt kontraktgrundlaget ikke indeholder det fornødne indhold, således at misligholdelsesbeføjelserne kan udledes ved fortolkning, foretages der en aftalesupplering med udgangspunkt i obligationsrettens almindelige og/eller specielle del for blandt andet at fastlægge retsforholdet mellem medkontrahenterne i de kontraktgrundlag, som formidleren anvender dels bagud i afsætningskæden med leverandøren og dels fremadrettet i afsætningskæden med forbrugeren.¹⁰⁹

2.5.1. Forbrugerens misligholdelsesbeføjelser ifølge kontraktgrundlaget

Når en aftale indgås mellem to parter, vil parterne i det gensidige kontraktforhold have nogle krav på fordringen, som beror på de regler, der er gældende for det pågældende kontraktforhold. Såfremt realdebitor ikke formår at opfylde den kontraktmæssige realydelse, herunder forsinkelse ved levering eller at realydelsen lider af en mangel, da vil der foreligge misligholdelse, som kan give realkreditor (forbrugeren) grundlag til at gøre en eller flere misligholdelsesbeføjelser gældende over for realdebitor (leverandøren). Indholdet af misligholdelsesbeføjelserne beror på henholdsvis kontraktforholdet, misligholdelsens karakter og på de konkrete forhold ved misligholdelsen.¹¹⁰ Mislig-

¹⁰⁸ Andersen, Mads B. og Lookofsky, Joseph; *Lærebog i obligationsret I*, 2015, s. 201

¹⁰⁹ Jakobsen, Søren S. og Østergaard, Kim; *Hvornår er formidleren pligtsubjekt, og hvilke misligholdelsesbeføjelser vil realkreditor i givet fald kunne anvende i deleøkonomien?*, 2018, s. 12

¹¹⁰ Andersen, Mads B. og Lookofsky, Joseph; *Lærebog i obligationsret I*, 2015, s. 177-179

holdelsesbeføjelserne vil bestå i et krav om enten naturalopfyldelse, ophævelse eller økonomisk kompensation. Ved naturalopfyldelse kan selve realydelsens præstation gennemtvinges ved at kræve løsøregenstanden leveret i tilfælde af forsinkelse. Alternativt kan der kræves afhjælpning eller omlevering, såfremt løsøregenstanden lider af en mangel. Vurderes manglen eller forsinkelsen til at være væsentlig, da kan forbrugeren kræve ophævelse af kontrakten. Forbrugeren kan ligeledes kræve økonomisk kompensation i form af et forholdsmæssigt afslag eller erstatning.¹¹¹

Afhandlingen tager som før beskrevet udgangspunkt i en kontrakt, der regulerer et trepartsforhold, hvor en forbruger handler med en erhvervsdrivende leverandør, der benytter sig af et dealsite som mellemmand, der ligeledes er erhvervsdrivende. Kontrakten mellem parterne udgør retsgrundlaget, forudsat at dette er gyldigt indgået og bindende. Forbrugeren har mulighed for at gøre misligholdelsesbeføjelser gældende over for formidleren, såfremt formidleren ikke har taget et gyldigt formidlerforbehold, hvorefter formidlingsreglerne i henholdsvis købeloven § 4 a, stk. 2, forbrugeraftaleloven § 2, stk. 3 og aftaleloven § 38 a, stk. 3 finder anvendelse. Retsvirkningen ved at formidlingsreglerne finder anvendelse resulterer i, at formidleren bliver direkte aftalepart og dermed skal opfylde forpligtelserne i kontrakten, jf. afsnit 2.2.1. Formidleren indtræder således i leverandørens forpligtelser, herunder forpligtelser i forbindelse med misligholdelsesbeføjelser, jf. succesionsprincippet.¹¹² Hvilke misligholdelsesbeføjelser forbrugeren kan gøre gældende over for formidleren afhænger af, om der er reguleret misligholdelsesbeføjelser i kontrakten mellem leverandøren og forbrugeren.

Såfremt kontrakten regulerer misligholdelsesbeføjelserne som følge af et opfyldelses- eller mangelskrav, vil disse holdepunkter gøre sig gældende. Der kan dog eksistere præceptive regler i lovgivningen, som kan begrænse retsvirkningerne af kontrakten.¹¹³ Dette er blandt andet tilfældet for købelovens § 4 a, som er beskyttelsespræceptiv, jf. købelovens § 1, stk. 2. Det bør således vurderes, hvorvidt denne finder anvendelse for at kunne konstatere, om købelovens beskyttelsespræceptive regler gør sig gældende i det pågældende kontraktforhold, uagtet at aftalen regulerer misligholdelsesbeføjelser.

2.5.1.1. Realydelse i form af løsøregenstand

Købelovens bestemmelser finder anvendelse på kontraktgrundlaget, såfremt kontraktens genstand vedrører et løsøre. ¹¹⁴ Formidlingsreglen i købelovens § 4 a, stk. 2 kan derfor alene anvendes, hvis der er indgået en gyldig kontrakt om køb af et formuegode, der udgør løsøre. Endvidere er anven-

¹¹¹ Andersen, Mads B. og Lookofsky, Joseph; *Lærebog i obligationsret I*, 2015, s. 177-179

¹¹² Eyben, Bo von, Mortensen, Peter og Sørensen, Ivan; *Lærebog i obligationsret II*, 2014, s. 65

¹¹³ Andersen, Mads B. og Lookofsky, Joseph; *Lærebog i obligationsret I*, 2015, s. 19

¹¹⁴ Lookofsky, Joseph og Ulfbeck, Vibe; *Køb - Dansk indenlandsk købsret*, 2008, s. 33

delsen af denne formidlingsregel betinget af, at formidleren ikke har formået at vedtage et gyldigt formidlerforbehold. Som følge af formidlingsreglens anvendelse, omkvalificeres civilkøbet til et forbrugerkøb i købelovens forstand, hvorefter særreglerne om forbrugerkøb i købelovens §§ 72-87 ligeledes finder anvendelse. Forbrugeren vil ud fra disse særregler kunne gøre misligholdelsesbeføjelser gældende grundet en forsinkelse eller en mangel vedrørende den pågældende løsørestand.¹¹⁵ Som følge af den antagne anvendelse og retsvirkning af formidlingsreglen i købelovens § 4 a, stk. 2 har forbrugeren mulighed for at gøre misligholdelsesbeføjelser gældende over for formidleren og ikke den bagvedliggende

Forbrugeren kan i tilfælde af modpartens misligholdelse påberåbe sig en række misligholdelsesbeføjelser i forbindelse med et forbrugerkøb. Disse er henholdsvis afhjælpning, omlevering, ophævelse eller forholdsmæssigt afslag i købesummen, jf. købeloven § 78. Forbrugeren har tilmed mulighed for at støtte ret på erstatningsbeføjelsen i købelovens § 80. Formidleren kan som beskrevet blive anset som værende pligtsubjekt, såfremt et formidlerforbehold vurderes til ikke at være gyldigt, jf. formidlingsreglen i købeloven § 4 a, stk. 2. Eftersom formidleren i praksis ikke udgør realdebitor, kan der opstå nogle implikationer i forbindelse med formidlerens opfyldelse af de misligholdelsesbeføjelser, som forbrugeren kan gøre gældende.

Lider en løsørestand af en mangel, da kan forbrugeren som udgangspunkt enten forlange den fornødne afhjælpning eller kræve omlevering.¹¹⁶ I tilfælde af at en formidler skal udføre afhjælpning, kan dette resultere i, at formidleren føler sig nødsaget til at gøre brug af ekstern ekspertise, eftersom det må antages, at en formidler ikke besidder samme viden om løsørestanden som den bagvedliggende leverandør (realdebitor). Forbrugers krævede afhjælpning kan dermed blive et omkostningsfuldt og byrdefuldt forhold for formidleren. I retten til afhjælpning foreligger der dog en begrænsning af forbrugers ret til at kunne gøre denne misligholdelsesbeføjelse gældende. Såfremt afhjælpingen findes at være uforholdsmæssigt omkostningsfuldt for formidleren, kan denne forsøge at godtgøre, at der foreligger omstændigheder, der kan give grundlag for fravigelse af udgangspunktet om forbrugers valgret mellem afhjælpning og omlevering, jf. købeloven § 78, stk. 2. Forbrugers ret til at kræve afhjælpning fraviges derfor, hvis formidleren kan påvise, at udøvelsen af afhjælpning vil anses som uforholdsmæssig omkostningsfuldt grundet behovet for ekstern ekspertise.¹¹⁷ Dette formodes at gøre sig gældende, når et dealsite bliver vurderet som pligtsubjekt, eftersom det formodes, at mandskabet bag et dealsite ikke besidder den fornødne ekspertise til at kunne afhjælpe manglen på forbrugers løsørestand. Henset til formidlerens uforholdsmæssige om-

¹¹⁵ Lookofsky, Joseph og Ulfbeck, Vibe; *Køb - Dansk indenlandsk købsret*, 2008, s. 239

¹¹⁶ Ibid, s. 282

¹¹⁷ Ibid

kostninger vil en domstols kendelse vedrørende formidlerens pligtsubjektivitet dermed højst sandsynlig ende med at afskrive forbrugerens ret til at kunne påberåbe sig adgangen til afhjælpning. Forbrugeren har derimod mulighed for at benytte sig af omlevering, hvilket indebærer, at dealsitet er forpligtet til at tilbage tage den mangelfulde løsøre genstand og levere på ny.¹¹⁸ Dette medfører, at dealsitet i så fald er nødsaget til at levere et nyt produkt, som dealsitet dog ikke selv producerer og dermed ikke har på lager. Der opstår et problem, såfremt der er tale om et specieskøb,¹¹⁹ eftersom omlevering må betragtes for værende umuligt som følge af løsøre genstandens beskaffenhed.¹²⁰ Ydermere antages det, at et dealsite ligeledes vil opleve vanskeligheder ved at skulle omlevere i forbindelse med et genuskøb,¹²¹ idet et dealsite i praksis ikke udgør realdebitor og dermed ikke er i besiddelse af de pågældende løsøre genstande. Dealsitet har i denne anledning mulighed for at tage kontakt til leverandøren med henblik på at få leveret en ny løsøre genstand, men den bagvedliggende leverandør er ikke forpligtet til at levere et nyt identisk produkt som følge af, at dealsitet er pligtsubjekt. På denne baggrund betragtes det umuligt i praksis for dealsitet at udøve omlevering i forbindelse med henholdsvis et genuskøb og et specieskøb. Forbrugeren bliver således afskåret fra at kunne påberåbe sig adgangen til at kræve omlevering, jf. købeloven § 78, stk. 2.

I henhold til ovenstående kan det konstateres, at det ikke anses muligt for en forbruger at kræve afhjælpning eller omlevering i tilfælde af, at et dealsite som formidler bliver vurderet til at være pligtsubjekt. Forbrugeren vil dog fortsat have mulighed for at påberåbe sig hævebeføjelsen, jf. købeloven § 78, stk. 1, nr. 4, forudsat at der er tale om en væsentlig mangel. Såfremt forbrugeren påberåber sig denne beføjelse, kræves det, at løsøre genstanden efter sin art kan tilbageleveres mod den erlagte købesum. Eksisterer muligheden for genudveksling af ydelserne, da vil der som udgangspunkt ligeledes være adgang til ophævelse af kontrakten.¹²² Der synes dog til stadighed at foreligge nogle praktiske problemer i forbindelse med dealsitets udøvelse af denne beføjelse. Dealsitet har ganske vist modtaget købesummen for løsøre genstanden, men størstedelen af denne købesum antages at blive udbetalt til leverandøren, hvorefter leverandøren sørger for levering af løsøre genstanden til forbrugeren. Dealsitet vil dermed ikke længere være i besiddelse af forbrugerens erlagte købesum og vil i sidste ende lide et økonomisk tab, såfremt det er forpligtet til at tilbagebetale købesummen til forbrugeren, uagtet at denne ikke er i besiddelse af genstanden. I den omtalte sag FRE-12/14146 vedrørende den mangelfulde cykel blev dealsitet som formidler anset for værende

¹¹⁸ Lookofsky, Joseph og Ulfbeck, Vibe; *Køb - Dansk indenlandsk købsret*, 2008, s. 282

¹¹⁹ Specieskøb defineres som en unik ydelse. En aftale om en sådan ydelse opfyldes kun, såfremt realdebitor præsterer unikummet, jf. Lookofsky, Joseph og Ulfbeck, Vibe; *Køb - Dansk indenlandsk købsret*, 2008, s. 14

¹²⁰ Lookofsky, Joseph og Ulfbeck, Vibe; *Køb - Dansk indenlandsk købsret*, 2008, s. 282

¹²¹ Genuskøb er defineres som ydelser, der fremtræder som en artsbetegnelse, og hvor realkreditor har valgfrihed i sin opfyldelse, jf. Lookofsky, Joseph og Ulfbeck, Vibe; *Køb - Dansk indenlandsk købsret*, 2008, s. 14

¹²² Andersen, Mads B. og Lookofsky, Joseph; *Lærebog i obligationsret I*, 2015, s. 213

direkte aftalepart og blev dermed pligtssubjekt over for forbrugeren.¹²³ Her vurderede Forbrugerklagenævnet, at forbrugeren er berettiget til at ophæve aftalen over for dealsitet. Af sagen fremgår det:

*"Det følger af købelovens § 78, stk. 4 sammenholdt med § 79, at sælgeren skal opfylde tilbud om afhjælpning inden for rimelig tid[...] Sker dette ikke, kan køberen kræve et passende afslag i købesummen, ophævelse af købet eller omlevering. Under hensyn til at manglen ved cyklen tidligere er forsøgt repareret tre gange, er manglen udbedret inden for rimelig tid. Forbrugeren er derfor berettiget til at hæve købet og få købesummen på 4.296 kr. retur. Dealsitet er forbrugerens aftalepart og skal derfor betale købesummen på 4.296 kr. til forbrugeren."*¹²⁴

Forbrugerklagenævnet fastslår i denne præmis, at forbrugeren får adgang til at hæve købet og dermed få den erlagte købesum retur, jf. købeloven § 78, stk. 1, nr. 4. Forbrugerklagenævnet har således vurderet, at det i praksis er muligt for en forbruger at ophæve købet over for en formidler i form af et dealsite. Denne misligholdelsesbeføjelse anses derfor som muligt i praksis at udøve for dealsitet til forskel fra afhjælpning og omlevering. Det antages dog, at dealsitet ingen interesse har heri, eftersom det ikke vil være profitabelt som følge af, at dealsitet ikke er i besiddelse af hele købesummen, samt at løsøregenstanden ikke er værdifuld for dealsitet. Ophævelse vurderes således for værende uhensigtsmæssigt, eftersom dealsitet sammenholdt med antagelserne ovenfor ikke har interesse i at være i besiddelse af en løsøregenstand, som denne ikke selv har leveret og da dealsitet intet varelager har til opbevaring af den tilbageleverede ydelse.

Forbrugeren har endvidere en ret til at kræve økonomisk kompensation udmålt i enten et forholdsmæssigt afslag eller ved at kræve erstatning, jf. henholdsvis købelovens § 78, stk. 1, nr. 3 og § 80. Såfremt forbrugeren skal have mulighed for at kræve et forholdsmæssigt afslag, da skal manglen have en reel betydning for den værdi, som løsøregenstanden har for forbrugeren.¹²⁵ Dealsitet vil i praksis være i stand til at udøve et forholdsmæssigt afslag, eftersom de blot skal tilbagebetale en del af købesummen og der blot stilles krav om en værdiforringende mangel ved varen. En sådan løsning kan dog ikke anses at være profitabel for dealsitet, da dealsitet som nævnt ikke er i besiddelse af hele den oprindelige købesum og dermed vil lide et økonomisk tab. Ydermere har dealsitet ikke haft en indflydelse på undersøgelsen af, hvorvidt løsøregenstanden lider af mangler inden den leveres til forbrugeren. Dette forhold synes ligeledes at være en relevant betragtning i forbindelse med vurderingen af de øvrige misligholdelsesbeføjelser, eftersom dealsitet blot formidler aftalen mellem forbrugeren og den bagvedliggende leverandør og dermed ikke har indflydelse på løsøregenstandens

¹²³ Se resumé af denne sag i afsnit 2.4.

¹²⁴ FRE-12/14146, s. 3

¹²⁵ Lookofsky, Joseph og Ulfbeck, Vibe; *Køb - Dansk indenlandsk købsret*, 2008, s. 289

kvalitet. Et forholdsmæssigt afslag må være at foretrække for dealsitet fremfor ophævelse, idet beløbet alt andet lige ikke vil være af en ligeså betydelig størrelse ved forholdsmæssigt afslag som ved ophævelse. I anledningen af en mangel kan forbrugeren endvidere kræve erstatning i form af positiv opfyldelsesinteresse, jf. købeloven § 80. Erstatning kræver dog et ansvarsgrundlag og opfyldelse af de øvrige erstatningsbetingelser for at kunne gøres gældende og vil på den baggrund adskille sig fra forholdsmæssigt afslag.¹²⁶¹²⁷

Såfremt realydelsen i kontraktgrundlaget vedrører en løsøregenstand, vil formidlingsreglen i købelovens § 4 a, stk. 2 finde anvendelse. Retsvirkningen af formidlingsreglens anvendelse kan dog skabe implikationer i forbindelse med dealsitets udøvelse af misligholdelsesbeføjelser, hvilket vil resultere i en afskæring af forbrugeren muligheder for at kunne påberåbe misligholdelsesbeføjelser efter købelovens §§ 78 og 80. På baggrund af ovenstående analyse af dealsitets praktiske mulighed for at udøve misligholdelsesbeføjelser, når der findes bestemmelser herom i kontraktgrundlaget og der endvidere er tale om en realydelse i form af en løsøregenstand, vurderes det, at det alene vil være muligt for forbrugeren at kræve ophævelse, forholdsmæssigt afslag og/eller erstatning. Ophævelse vurderes dog for værende uhensigtsmæssigt for dealsitet.

2.5.1.2. Realydelse i form af tjenesteydelse

Købeloven udgør en del af obligationsrettens specielle del, idet den udelukkende regulerer kontrakttyper, der vedrører køb af løsøre. Såfremt realydelsen omhandler en tjenesteydelse, finder købeloven ikke anvendelse,¹²⁸ og dermed har formidlingsreglen i købelovens § 4 a, stk. 2 ikke relevans. Spørgsmålet er herefter, hvorvidt formidlingsreglen i forbrugeraftalelovens § 2, stk. 3 finder anvendelse. Trepartsforholdet med den dertilhørende kontrakt kan potentielt falde under forbrugeraftalelovens anvendelsesområde, eftersom loven finder anvendelse på aftaler indgået mellem en erhvervsdrivende, der handler som led i sit erhverv og en forbruger, der hovedsageligt handler udenfor sit erhverv. I et sådan tilfælde vil formidlingsreglen i forbrugeraftalelovens § 2, stk. 3 finde anvendelse, idet ordlyden statuerer, at reglen kan anvendes på aftaler om såvel varer som tjenesteydelser. I denne sammenhæng er det relevant at se nærmere på, hvilke misligholdelsesbeføjelser der kan udledes af forbrugeraftaleloven og dermed hvad forbrugeren kan støtte ret på ved kontraktbrud. Af

¹²⁶ Lookofsky, Joseph og Ulfbeck, Vibe; *Køb - Dansk indenlandsk købsret*, 2008, s. 290

¹²⁷ Se uddybende gennemgang af ansvarsgrundlaget i afsnit 2.5.2.2.

¹²⁸ U.2010.332Ø omhandlede en aftale mellem en køber og en sælger om etablering af et sikringssystem i form af levering og montering af 11 rullegitre. Fem år efter monteringen af rullegitrene brød tyve igennem et vindue, der var sikret af de monterede rullegitre og stjal værdigenstande for ca. 3 mio. kr. Det blev i den forbindelse konstateret, at rullegitrene ikke var monteret korrekt, hvorefter køber fremlagde et krav mod sælgeren. I resultatet fremgik det, at en sådan ydelse udgjorde en tjenesteydelse, hvorefter købelovens regler ikke kunne finde anvendelse.

forbrugeraftalelovens kapitel 3 og 4 fremgår henholdsvis en vidtgående oplysningspligt og en fortrydelsesret, men loven regulerer derimod ikke spørgsmålet vedrørende misligholdelsesbeføjelser, hvorfor denne ikke kan begrænse retsvirkningen af parternes aftale.

Såfremt købeloven og forbrugeraftaleloven ikke finder anvendelse, faldes der tilbage på aftaleloven, eftersom denne lov finder anvendelse på alle skyldforhold.¹²⁹ Formidlingsreglen i aftalelovens § 38 a, stk. 3 vil derfor gøre sig gældende, idet denne regel ud fra ordlyden finder anvendelse på alle aftaler indgået eller formidlet for den ene part af en erhvervsdrivende. Aftalelovens særlige afsnit om forbrugeraftaler gør sig dermed gældende for retsforholdet. Der findes dog ingen bestemmelser om misligholdelsesbeføjelser i dette afsnit, hvorfor heller ikke denne lov begrænser retsvirkningen af parternes aftale.

Vedrører kontraktgrundlaget en realydelse, der ikke falder under købelovens bestemmelser, men derimod under forbrugeraftalelovens eller aftalelovens anvendelsesområde, skal spørgsmålet vedrørende misligholdelsesbeføjelser søges løst ud fra den gyldigt indgåede og bindende kontrakt. Såfremt det udtrykkelige indhold i kontrakten ikke giver et tydeligt svar på realydelsens indhold, må der tages udgangspunkt i obligationsrettens almindelige og/eller specielle del.¹³⁰ Denne udfyldning af kontrakten vil være den samme som i det tilfælde, hvor kontrakten ikke indeholder holdepunkter om misligholdelsesbeføjelser, som gennemgås i nedenstående afsnit.

2.5.2. Forbrugerens misligholdelsesbeføjelser uden holdepunkter herom i kontraktgrundlaget

Udgangspunktet for at fastlægge den eller de relevante misligholdelsesbeføjelser er en fortolkning af kontraktgrundlaget. Såfremt der ikke eksisterer holdepunkter om misligholdelsesbeføjelser i kontraktgrundlaget, må der foretages en udfyldning af kontraktgrundlaget og dermed en aftalesupplementering med udgangspunkt i obligationsrettens almindelige og/eller specielle del.

2.5.2.1. Realydelse i form af løsøregenstand

Købeloven udgør *lex specialis* og indeholder en angivelse af de misligholdelsesbeføjelser, der kan bringes i anvendelse, såfremt andet ikke følger af henholdsvis kontraktgrundlaget og eventuelle begrænsninger som følge af beskyttelsespræceptive regler.¹³¹ Disse misligholdelsesbeføjelser kan

¹²⁹ Andersen, Mads B. og Lookofsky, Joseph; *Lærebog i obligationsret I*, 2015, s. 19

¹³⁰ Ibid, s. 18-19

¹³¹ Ibid, s. 180

således påberåbes uanset kontraktens indhold, forudsat at der er tale om en løsøregenstand. Som nævnt i afsnit 2.5.1.1., indebærer købelovens bestemmelser en ret til at kræve afhjælpning, omlevering af realydelsen, ophævelse af aftalen, et forholdsmæssigt afslag i købesummen og/eller erstatning, jf. købelovens §§ 78 og 80. Det kan dog som omtalt ovenfor vise sig vanskeligt for formidleren at opfylde en række af misligholdelsesbeføjelserne, eftersom denne i praksis ikke er realdebitor.

2.5.2.2. Realydelse i form af tjenesteydelse

Der findes en lang række kontrakttyper, hvor der ikke eksisterer *lex specialis*. Dette er blandt andet tilfældet, når der indgås en kontrakt vedrørende en tjenesteydelse. Såfremt der er tale om sådanne kontrakter, er det obligationsretlige udgangspunkt, at forbrugeren som skadelidte kan støtte ret på obligationsrettens almindelige del og eventuelle specialitetsgrundsætninger. Afhjælpning synes at være en specialitetsgrundsætning, eftersom der kun er hjemmel til denne adgang i købelovens bestemmelser om forbruger køb og ikke i bestemmelserne om handels- og civilkøb. Forbrugerne kan udover denne specialitetsgrundsætning påberåbe sig den eller de relevante misligholdelsesbeføjelser, som følger af de almindelige obligationsretlige grundsætninger. Først og fremmest har forbrugeren som skadelidte en adgang til at kræve erstatning af skadevolder, som er underlagt et culpaansvar, og hvor de resterende kumulative erstatningsbetingelser ligeledes skal være opfyldt. Der findes yderligere en adgang til at fastholde kontrakten i tilfælde af forsinkelse og dermed kræve naturalopfyldelse ved omlevering for det tilfælde, at løsøregenstanden dels lider af en væsentlig mangel og dels karakteriseres som genusgenstand.¹³² Endvidere følger der af obligationsrettens almindelige del en mulighed for at hæve kontrakten, som dog er betinget af, at misligholdelsen må anses for væsentlig ud fra en konkret vurdering.¹³³ Endelig har forbrugeren som skadelidte adgang til at kræve forholdsmæssigt afslag, hvilket forudsætter at realydelsen lider af en værdiforringende mangel. Der følger ikke en adgang til at kræve afhjælpning af obligationsrettens almindelige del. Den omtalte specialitetsgrundsætning finder således kun anvendelse, såfremt der er tale om en løsøregenstand i forbindelse med et forbruger køb, jf. købelovens § 78, stk. 1, nr. 1.¹³⁴ Forskellen på et køb af henholdsvis en løsøregenstand eller en tjenesteydelse er dermed, at forbrugeren i sidstnævnte aftale ikke kan påberåbe sig adgangen til at kræve afhjælpning.

De ovenfor nævnte misligholdelsesbeføjelser, der følger af de almindelige obligationsretlige grundsætninger, bør i princippet alle kunne påberåbes af forbrugeren, såfremt den givne tjenesteydelses-

¹³² Andersen, Mads B. og Lookofsky, Joseph; *Lærebog i obligationsret I*, 2015, s. 290-291

¹³³ Ibid, s. 295

¹³⁴ Købeloven kan dog anvendes analogt uden for lovens egentlige område, herunder blandt andet i forbindelse med aftaler om tjenesteydelser. Se bl.a. U.2012.950H, hvor princippet om afhjælpning i købelovens § 78, stk. 1, nr. 1 blev anvendt analogt på en mangelfuld tjenesteydelse.

kontrakt ikke indeholder holdepunkter herom. Der følger dog nogle implikationer, når det er formidleren af en kontrakt og i dette tilfælde et dealsite, der bliver direkte aftalepart og dermed pligtsubjekt over for forbrugeren, uagtet at denne i praksis ikke er realdebitor. Denne problemstilling illustreres i den omtalte dom U.2016.1062Ø, hvor formidlingsplatformen GoLeif.dk blev anset for pligtsubjekt over for forbrugeren, idet der ikke forelå et gyldigt formidlerforbehold. Østre Landsret fastslår i afgørelsen, at formidlingsplatformen bliver idømt erstatningsansvarlig over for forbrugeren, hvorefter GoLeif.dk må dække forbrugerens køb af erstattede flybilletter til en værdi af 2.580 kr. Eftersom købeloven ikke finder anvendelse på tjenesteydelsesaftaler og der dermed ikke findes hjemmel til objektivt ansvar, må ansvarsgrundlaget i denne sammenhæng være et almindeligt culpaansvar.¹³⁵ At GoLeif.dk bliver erstatningsansvarlig forudsætter således en culpøs adfærd og endvidere at de øvrige erstatningsbetingelser er opfyldt. Ud fra en traditionel erstatningsretlig tilgang findes der intet grundlag for at statuere, at der skal betales erstatning til forbrugeren, eftersom formidlerplatformen blot udøver sin funktion i markedet og dermed ikke handler culpøst. Såfremt GoLeif.dk har en form for medvirkeransvar, kan der argumenteres for et synspunkt om et hæftelsesansvar, men det findes vanskeligt at fastslå, at det anses for en ansvarspådragende handling, at et selskab går konkurs.¹³⁶ Det synes på denne baggrund uladsiggørligt at statuere, at formidlingsplatformen GoLeif.dk har handlet culpøst i forbindelse med Cimber Sterlings konkurs. Det samme må gælde for dealsites, eftersom disses funktion i markedet blot er at formidle en aftale mellem forbrugeren og den bagvedliggende leverandør, hvilket i sig selv ikke kan udgøre en culpøs handling i tilfælde af leverandørens misligholdelse. Uagtet denne betragtning ikendte domstolen dog GoLeif.dk erstatningsansvar.

Det fandtes i afsnit 2.3.3., at en formidler ikke er realdebitor, hvilket sammenholdt med U.2016.1062Ø indebærer, at forbrugeren er afskåret fra at kunne kræve naturalopfyldelse i tilfælde af, at realydelsen henholdsvis er forsinket eller lider af en væsentlig faktisk mangel. Dette skyldes, at et dealsite ikke har ressourcer eller profession til at omlevere realydelsen i form af en tjenesteydelse. I henhold til obligationsrettens almindelige del er der adgang for forbrugeren til at kræve ophævelse af kontrakten ved væsentlig misligholdelse. Det er dog ikke muligt at kræve ophævelse, hvis den givne realydelse allerede er præsteret, hvilket kan være tilfældet, når et dealsite formidler en tjenesteydelse og forbrugeren efter indløsning ønsker at ophæve aftalen. Såfremt realydelsen er præsteret, vil der ikke være mulighed for genudveksling, hvilket må betyde, at adgangen til at kræve ophævelse alene har betydning, når der foreligger anticiperet misligholdelse.¹³⁷ Dette vurderes dog

¹³⁵ Andersen, Mads B. og Lookofsky, Joseph; *Lærebog i obligationsret I*, 2015, s. 244-245

¹³⁶ Jakobsen, Søren S. og Østergaard, Kim; *Hvornår er formidleren pligtsubjekt, og hvilke misligholdelsesbeføjelser vil realkreditor i givet fald kunne anvende i deleøkonomien?*, 2018, s. 26

¹³⁷ Andersen, Mads B. og Lookofsky, Joseph; *Lærebog i obligationsret I*, 2015, s. 202

irrelevant for dealsites, eftersom der som udgangspunkt er tale om en engangsydelse ved køb af en deal.

Eftersom de gennemgåede misligholdelsesbeføjelser synes at have begrænset relevans i praksis, formodes adgangen til at kræve et forholdsmæssigt afslag i købesummen at være den centrale misligholdelsesbeføjelse, forudsat at realydelsen lider af en faktisk og værdiforringende mangel. Denne misligholdelsesbeføjelse følger dog ikke af afgørelsen vedrørende GoLeif.dk, uagtet at formidlingsplatformen blev anset for direkte aftalepart og dermed pligtsubjekt over for formidleren. Sammenholdt med FRE-12/14146 omhandlende den mangelfulde cykel, må det kunne udledes, at forbrugeren i begrænset omfang kan påberåbe de misligholdelsesbeføjelser, der følger af obligationsrettens almindelige del. Denne begrænsning skyldes primært det forhold, at formidleren i praksis ikke er realdebitor og det dermed rent praktisk ikke kan lade sig gøre for forbrugeren at kræve henholdsvis naturalopfyldelse, omlevering, eller ophævelse, jf. ovenstående analyse. Det må således alene kunne lade sig gøre i praksis at kræve forholdsmæssigt afslag og/eller erstatning i forbindelse med en tjenesteydelse, men spørgsmålet er, om det ikke reelt er begrænset til en erstatningspligt, jf. U.2016.1062Ø. Uanset svaret herpå, kan det konkluderes, at forbrugeren bliver begrænset med hensyn til de misligholdelsesbeføjelser, der kan påberåbes, såfremt formidleren bliver pligtsubjekt, eftersom formidleren i praksis ikke er realdebitor. Denne problemstilling synes ikke at være gennemtænkt i forbindelse med Østre Landsrets afgørelse i U.2016.1062Ø, idet de forsøger at beskytte forbrugeren, men retsvirkningen bliver, at forbrugeren afskæres fra at kunne påberåbe sig en række af de omtalte misligholdelsesbeføjelser.

2.5.3. Sammenfatning

I ovenstående analyse er der taget stilling til, hvad der i praksis kan lade sig gøre for et dealsite i forbindelse med udøvelse af misligholdelsesbeføjelser. Af nedenstående figur følger retsgrundlaget for at forbrugeren kan påberåbe sig misligholdelsesbeføjelser over for et dealsite, som ikke har taget et gyldigt formidlerforbehold og dermed er pligtsubjekt. Det centrale er, at såfremt formidleren anses for værende direkte aftalepart og dermed pligtsubjekt, da vil det i praksis alene være muligt for forbrugeren at gøre forholdsmæssigt afslag og/eller erstatning gældende, hvorved der sker en begrænsning af obligationsrettens misligholdelsesbeføjelser i både den almindelige og specielle del. Såfremt der er tale om en løsørengenstand, er det i praksis ligeledes muligt for forbrugeren at ophæve aftalen over for dealsitet. Dette er dog ikke i dealsitets interesse, eftersom det vil lide et økonomisk tab og samtidig være i besiddelse af en løsørengenstand, der ingen værdi har for dealsitet. Denne løsning findes således ikke hensigtsmæssig for dealsitet, uagtet at det kan lade sig gøre.

I nedenstående figur er retsgrundlaget sammenholdt med, hvad der praktisk er muligt for et dealsite at udøve.

	Løsoegenstand	Tjenesteydelse
Misligholdelsesbeføjelser reguleret i kontrakten	Beskyttelsespræceptive regler om forbrugerkøb i købeloven finder anvendelse. Købelovens §§ 78 og 80 kan dermed gøres gældende, dog med begrænsning til ophævelse, forholdsmæssigt afslag og erstatning	Misligholdelsesbeføjelserne er ikke underlagt nogle beskyttelsespræceptive regler, der kan begrænse retsvirkningen af aftalen og dermed finder misligholdelsesbeføjelserne i kontrakten anvendelse
Misligholdelsesbeføjelser ej reguleret i kontrakten	Købelovens §§ 78 og 80 finder anvendelse, dog med begrænsning til ophævelse, forholdsmæssigt afslag og erstatning	Misligholdelsesbeføjelser i obligationsrettens almindelige del finder anvendelse, dog med begrænsning til forholdsmæssigt afslag og erstatning

Figur 2.1. Overblik over hvilke misligholdelsesbeføjelser der i praksis kan gøres gældende over for et dealsite

2.6. Delkonklusion

Dealsites anvendes som det kommercielle og elektroniske bindeled mellem en forbruger og en leverandør. Et dealsite kvalificeres som formidler, såfremt de tre betingelser, der udspringer af formidlingsreglerne, er opfyldt. Betingelserne findes at være opfyldt, eftersom et dealsite driver virksomhed af erhvervsmæssig karakter, medvirker aktivt i forbindelse med en aftaleindgåelse mellem forbrugeren og den bagvedliggende leverandør og endelig, at et dealsite ikke udgør realdebitor. Kvalifikationen som formidler indebærer, at den bagvedliggende leverandør som udgangspunkt er pligtssubjekt i trepartsforholdet, jf. princippet om kontraktens relativitet. Dette udgangspunkt er blevet udfordret som følge af afgørelsen i U.2016.1062Ø, hvor formidlingsplatformen GoLeif.dk blev anset for værende direkte aftalepart over for forbrugeren og dermed pligtssubjekt. Uagtet at et dealsite kvalificeres som formidler, er der udledt en række betingelser af retspraksis, som skal iagttages for at der foreligger et gyldigt formidlerforbehold med henblik på at undgå at blive pligtssubjekt. Først og fremmest skal der eksistere et vedtaget formidlerforbehold mellem forbrugeren og dealsitet i kontraktvilkårene. Det er endvidere nødvendigt, at dealsitet gør opmærksom på formidlerforbeholdet på en tydelig, tilstrækkelig klar og let forståelig måde, således at den almindelige forbruger ved accept af kontraktvilkårene kan udlede, at dealsitet ikke er vedkommen af aftalepart. Endelig må dealsitet ikke involvere sig i en sådan grad, at det giver forbrugeren et indtryk af, at dealsitet ikke udgør direkte aftalepart i den pågældende aftale. I henhold til retspraksis kan et dealsite ikke gå ud fra, at dette ikke bliver pligtssubjekt, men retsstillingen kan forsøges undgået ved at iagttage de udledte betingelser. Såfremt betingelserne ikke er opfyldt, vil dealsitet falde

under formidlingsreglernes anvendelsesområde, hvorefter dealsitet må opfattes som direkte aftalepart og dermed pligtsubjekt. Anses dealsitet for værende pligtsubjekt, er det begrænset, hvilke misligholdelsesbeføjelser en forbruger kan gøre gældende i praksis, eftersom dealsitet ikke er realdebitor. Der er forskel på, hvad en forbruger kan påberåbe sig, når der er tale om henholdsvis en løsøregenstand og en tjenesteydelse, idet sidstnævnte ikke giver adgang til at kræve afhjælpning. Uanset realydelse er det i praksis umuligt at foretage afhjælpning og omlevering, hvorimod ophævelse alene er muligt, såfremt der er tale om løsøregenstand. Ophævelse vurderes dog i afhandlingen som værende uhensigtsmæssig at opfylde for dealsitet, hvorfor de centrale misligholdelsesbeføjelser, der i praksis kan påberåbes af forbrugeren er forholdsmæssigt afslag og/eller erstatning.

Kapitel 3. Dealsitets forretningsmodeller

Et dealsite handler som udgangspunkt ikke i eget navn og for egen risiko og regning, eftersom der foreligger et fuldmagtsforhold mellem den bagvedliggende leverandør som hovedmand og dealsitet som mellemmand, herunder formidler. Det er således den bagvedliggende leverandør, der er pligtsubjekt i forholdet og dermed denne part, som risikoen er allokeret til. I henhold til afsnit 2.4. kan et dealsite indtræde i rollen som pligtsubjekt, såfremt der ikke er vedtaget et gyldigt formidlerforbehold. I dette tilfælde vil dealsitet være den part, som risikoen tilfalder og dermed denne part, der står til ansvar over for forbrugeren, såfremt der gøres et opfyldelses- eller mangelskrav gældende. Det er derfor muligt for dealsitet igennem en række aktive tiltag at have indflydelse på, hvordan risikoen allokeres parterne imellem. På denne baggrund ønskes det undersøgt, hvad den optimale risikoallokering er med hensyntagen til dealsitets forretningsmuligheder og udfordringer afhængig af, om der er taget et gyldigt formidlerforbehold og dermed om dealsitet bliver pligtsubjekt eller ej.

3.1. Forholdet mellem leverandøren og dealsitet

Dealsites er hjemmesider, der markedsfører og formidler produkter mellem leverandører og forbrugere til nedsatte priser.¹³⁸ Tilbudspriserne resulterer i, at dealsites i mange tilfælde har en stor kundekreds. En leverandør kan på denne måde have incitament til at indgå i et samarbejde med et dealsite for at lade dealsitet være distributionskanal for dele af vedkommendes salg, hvilket må anses som et ønske om promovering og distribuering af leverandørens produkter med henblik på at udvide sin kundeskare og dermed øge sin profit.¹³⁹ Endvidere kan leverandørens anvendelse af et dealsite som distributionskanal anses som et forsøg på at øge sine konkurrencemæssige fordele.¹⁴⁰

Et dealsites motivation for at indgå i et samarbejde med en leverandør antages at være baseret på et dealsites afhængighed af salget af den bagvedliggende leverandørers produkter, eftersom der i henhold til afsnit 1.4. tages udgangspunkt i dealsites, som udelukkende formidler andres produkter. Eksistensen af disse dealsites vil dermed være truet, såfremt de ikke indgår i et samarbejde med en eller flere leverandører.

¹³⁸ Forbrugerrådet Tænk: <https://taenk.dk/raadgivning-og-rettigheder/naar-du-handler-paa-deal-sites-og-tilbudssider>

¹³⁹ Petersen, Bent og Østergaard, Kim; *Reconciling formal contracts and relational governance through Strategic Contracting*, 2017, s. 4

¹⁴⁰ Dyer, Jeffrey H., og Singh, Harbir; *The relational view: Cooperative strategy and sources of inter-organizational competitive advantage*, 1998, s. 660

Kontrakten mellem det pågældende dealsite og den bagvedliggende leverandør regulerer parternes rettigheder og forpligtelser.¹⁴¹ Til at analysere relationen og interessekonflikten mellem dealsitet og leverandøren, kan principal-agent-teorien anvendes, eftersom denne fokuserer på den kontraktmæssige relation parterne imellem.¹⁴² For at der foreligger en principal-agent-relation, skal relationen først og fremmest karakteriseres ved, at den ene parts ageren, herunder agenten, påvirker den anden part, der udgøres af principalen.¹⁴³ Afhandlingen tager som beskrevet udgangspunkt i en relation mellem et dealsite som mellemmand og en leverandør som hovedmand, hvorved disse parter indgår i et kontraktmæssigt forhold med henblik på, at dealsitet formidler leverandørens produkter. Det kontraktmæssige forhold indgås med henblik på et samarbejde, som begge parter kan drage fordel af, jf. ovenstående. Indgås et samarbejdsforhold parterne imellem må det på baggrund heraf antages, at den ene parts ageren påvirker den anden part. Endvidere skal der eksistere en interessekonflikt mellem parterne, for at der foreligger en principal-agent-relation.¹⁴⁴ I et mellemmandsforhold vil der ofte være uoverensstemmelse mellem hovedmandens og mellemmandens målsætninger og dermed eksisterer der en interessekonflikt.¹⁴⁵ Leverandøren og dealsitet udøver opportunistisk adfærd i et forsøg på at maksimere egennytte, hvorfor der eksisterer en interessekonflikt parterne imellem. Endelig karakteriseres principal-agent-relationen ved tilstedeværelsen af asymmetrisk information.¹⁴⁶ Dette indebærer, at principalen besidder færre informationer end agenten, hvorved agenten har mulighed for at forfølge sine egne interesser og derved handle diskretionært, mens principalen er ude af stand til at opdage eller standse dette. Defineres leverandøren som principalen i kontraktforholdet, da vil dealsitet som agent have mulighed for at forfølge sine egne interesser i eksempelvis måden, hvorpå denne markedsfører leverandørens produkt, eftersom leverandøren ikke har mulighed for at standse dealsitets diskretionære adfærd. En omvendt definition af parterne vil resultere i, at dealsitet som principal vil besidde færre informationer om produktets beskaffenhed i forhold til leverandøren, som i en sådan situation vil agere i rollen som agent. Asymmetrisk information vil således være til stede uanset, hvorledes parterne i nærværende kontraktforhold defineres. På denne baggrund vil principal-agent-teorien blive anvendt i afhandlingen.

¹⁴¹ Petersen, Bent og Østergaard, Kim; *Reconciling formal contracts and relational governance through Strategic Contracting*, 2017, s. 5

¹⁴² Knudsen, Christian; *Erhvervsøkonomi: Virksomheden i et organisatorisk, økonomisk og strategisk belysning*, 2014, s. 216-219

¹⁴³ Bregn, Kirsten; *Principal-agent-teori – med særligt henblik på lønsystemer*, 2004, s. 7

¹⁴⁴ Knudsen, Christian; *Erhvervsøkonomi: Virksomheden i et organisatorisk, økonomisk og strategisk belysning*, 2014, s. 216-219

¹⁴⁵ Petersen, Bent og Østergaard, Kim; *Reconciling formal contracts and relational governance through Strategic Contracting*, 2017, s. 5

¹⁴⁶ Knudsen, Christian; *Erhvervsøkonomi: Virksomheden i et organisatorisk, økonomisk og strategisk belysning*, 2014, s. 216-219

Grundmodellen i principal-agent-teorien bygger på nogle antagelser om principalen og agentens risikopræferencer. Parternes risikopræferencer afhænger af deres respektive forretningsspredning. Principalen antages at være risikoneutral, eftersom denne har mulighed for at indgå aftaler med flere agenter og derved sprede sin risiko.¹⁴⁷ Når principalens risikopræference er risikoneutral, betyder det, at denne er indifferent overfor to beslutningers potentielle risiko, forudsat at den forventede værdi ud fra en statistisk beregning er den samme.¹⁴⁸ Agenten antages derimod at være risikoavers, eftersom agentens forretning er meget afhængig af principalen.¹⁴⁹ I modsætning til at være risikoneutral, vil en risikoavers agent i et valg mellem to beslutninger med samme forventede værdi vælge beslutningen med mindst risiko.¹⁵⁰

Principal-agent-teorien vil i afhandlingen anvendes til at belyse relationen mellem leverandøren og dealsitet, når henholdsvis leverandøren eller dealsitet er pligtsubjekt. Teorien vil ligeledes anvendes i et forsøg på at udlede den optimale risikoallokering mellem parterne. I denne sammenhæng er det relevant at finde den rette balance mellem agentens incitamenter og dennes omkostninger ved at bære risikoen forbundet med disse incitamenter. Principalen vil på baggrund af en sådan balance kunne udforme en incitamentsforenelig kontrakt, der kan eliminere interessekonflikten imellem parterne og således sikre en optimal risikoallokering.

3.2. Risikoallokeringen når henholdsvis leverandøren eller dealsitet er pligtsubjekt

Som nævnt ovenfor afhænger risikoallokeringen mellem en leverandør og et dealsite af, hvem af parterne der er direkte aftalepart over for forbrugeren og dermed hvem der er pligtsubjekt. Såfremt dealsitet opfylder betingelserne i afsnit 2.4.1., vil der foreligge et gyldigt formidlerforbehold, hvorefter leverandøren i henhold til udgangspunktet forbliver pligtsubjekt og bærer al risikoen. Omvendt vil dealsitet indtræde i rollen som pligtsubjekt og bære al risikoen, hvis der ikke er vedtaget et gyldigt formidlerforbehold. Det må dermed betyde, at dealsitet aktivt kan foretage en række tiltag ved enten at lade leverandøren bære risikoen eller selv påtage sig den. Begge situationer medfører forretningsmuligheder og udfordringer for dealsitet, som findes relevante at analysere for at udlede, i hvilken situation mulighederne overstiger udfordringerne. Situationerne benævnes i følgende

¹⁴⁷ Petersen, Bent og Østergaard, Kim; *Reconciling formal contracts and relational governance through Strategic Contracting*, 2017, s. 14

¹⁴⁸ Bregn, Kirsten; *Principal-agent-teori – med særligt henblik på lønsystemer*, 2004, s. 10

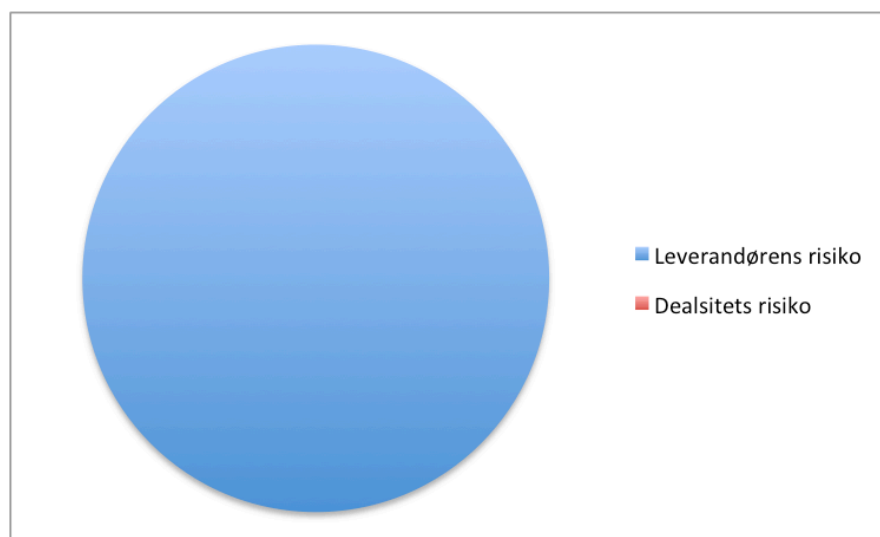
¹⁴⁹ Petersen, Bent og Østergaard, Kim; *Reconciling formal contracts and relational governance through Strategic Contracting*, 2017, s. 14

¹⁵⁰ Bregn, Kirsten; *Principal-agent-teori – med særligt henblik på lønsystemer*, 2004, s. 10

analyse som dealsitets to forretningsmodeller, der således indebærer forskellige forretningsmuligheder og udfordringer. Det strategiske beslutningsgrundlag skal dermed i nærværende afsnit tilvejes bringes for at undersøge, hvorledes dealsitet skal kontrahere i markedet henset til den forretningsmodel, der er mest profitabel. Spørgsmålet er, hvorvidt et dealsite skal påtage sig rollen som pligtsubjekt eller ej ud fra mulighederne og udfordringerne i de to forretningsmodeller.

3.2.1. Første forretningsmodel: Leverandøren som pligtsubjekt

Den første forretningsmodel tager udgangspunkt i den situation, hvor dealsitet har taget et gyldigt formidlerforbehold og leverandøren derfor anses for værende pligtsubjekt. Såfremt en forbruger gør et opfyldelses- eller mangelskrav gældende, vil det være leverandøren, der skal afholde omkostningerne som følge af, at denne er pligtsubjekt. Det betyder, at leverandøren som udgangspunkt bærer al risikoen over for forbrugeren og der ingen risiko er allokeret til dealsitet, som er illustreret i nedenstående figur.



Figur 3.1: Al risiko er allokeret til leverandøren i første forretningsmodel

Det findes i denne sammenhæng interessant at undersøge betydningen af den givne risikoallokering henset til parternes risikopræferencer.

3.2.1.1. Parternes roller i første forretningsmodel

Når en leverandør benytter sig af et dealsite som formidler, er det dealsitet, der markedsfører leverandørens produkt over for forbrugeren. Markedsføringen er med til at skabe en forventning hos forbrugeren om produktets egenskaber. Endvidere bidrager markedsføringen til et øget salg og

dermed profit for henholdsvis dealsitet og leverandøren, eftersom dealsitet modtager en andel af profitten ved salg af leverandørens produkter. Markedsføringen bidrager således til maksimeringen af dealsitets nytte, eftersom en agents nytte maksimeres i takt med indtjeningen.¹⁵¹ Såfremt et dealsite er opmærksom på, at en øget markedsføring kan medføre en yderligere maksimering af dennes nytte, må det kunne forventes, at dealsitet i nogle tilfælde vil initiere en så aggressiv markedsføring af leverandørens produkt, at markedsføringen skaber nogle ubevidste bristede forventninger hos forbrugeren vedrørende produktets beskaffenhed. Dealsitet har således mulighed for at øge dets indtjening og dermed dets nytte. Denne forventning om dealsitets adfærd begrundes i antagelsen i den ny-institutionelle økonomi vedrørende parternes nyttemaksimerende adfærd, jf. afsnit 1.7.

Såfremt en forbruger oplever, at det købte produkt ikke besidder de egenskaber, som denne måtte have rimelig grund til at forvente, kan det udløse et opfyldelses- eller mangelskrav, jf. købelovens § 75 a. Kravet er således en ekstraomkostning for leverandøren, der kan være opstået som følge af dealsitets nyttemaksimerende adfærd i forbindelse med markedsføringen. Omkostningerne relateret til opfyldelses- eller mangelskravet falder dog tilbage på leverandøren og ikke dealsitet, eftersom det er leverandøren, der i denne forretningsmodel er pligtsubjekt og dermed som udgangspunkt bærer al risiko over for forbrugeren. Leverandøren vurderes på denne baggrund til at være principal og dealsitet til at være agent, eftersom måden hvorpå dealsitet markedsfører leverandørens produkt er en handling, der påvirker leverandøren. Leverandøren antages dermed at være risikoneutral som følge af, at denne er principal, hvorimod dealsitet som agent antages som værende risikoavers, jf. antagelserne i afsnit 3.1.

3.2.1.2. Forretningsmodellens muligheder

I de følgende afsnit skal det undersøges, hvilke forretningsmuligheder dealsitet har i nærværende forretningsmodel med henblik på at udlede den optimale risikoallokering.

3.2.1.2.1. Mulighed for at udøve strategisk kontrahering

Som nævnt ovenfor antages leverandøren som principal at være risikoneutral og dealsitet som agent for værende risikoavers. I nærværende forretningsmodel bærer leverandøren som udgangspunkt al risikoen, hvilket betyder, at risikoen er allokeret i overensstemmelse med parternes risikopræferencer, eftersom leverandøren som risikoneutral er bedst egnet til at bære risikoen. Et af grundprincip-

¹⁵¹ Bregm, Kirsten; *Principal-agent-teori – med særligt henblik på lønsystemer*, 2004, s. 9

perne i strategisk kontrahering er, at risikoen fordeles efter, hvem der bedst kan bære risikoen.¹⁵² Strategisk kontrahering går ud på, at der eksisterer et partnerskab, hvor der lægges op til et længerevarende samarbejde.¹⁵³ Samarbejdet går ud på fælles værdiskabelse og i bedste fald opnåelse af relationsrente, som blandt andet opnås gennem relationsspecifikke investeringer og vidensdeling.¹⁵⁴ Ved at indgå i dette samarbejde og dermed udøve strategisk kontrahering, kan parterne opnå vedvarende konkurrencemæssige fordele.¹⁵⁵

Muligheden for at udøve strategisk kontrahering afhænger af parternes respektive størrelser. De antagne risikopræferencer tager, udover parternes roller, udgangspunkt i, at leverandøren er af en stor størrelse, hvorimod dealsitet er af en lille størrelse. Det skyldes, at en stor leverandør har mulighed for at sprede sin risiko i højere grad end en lille leverandør, eftersom førstnævnte ikke nødvendigvis er afhængig af dealsitet og desuden har mulighed for at benytte sig af forskellige mellem-mænd som distributionskanal.¹⁵⁶ Såfremt der omvendt opereres med et stort dealsite og en lille leverandør, da vil det være dealsitet, der har mulighed for at sprede sin risiko fordelt ud på flere leverandører i højere grad end et lille dealsite. I så fald vil risikoallokeringen i denne forretningsmodel ikke være i overensstemmelse med parternes risikopræferencer, eftersom et stort dealsite antages at være risikoneutral grundet muligheden for forretningsspredning. Der er på denne baggrund udelukkende mulighed for at udøve strategisk kontrahering i den situation, hvor leverandøren er af en stor størrelse og dealsitet af en lille størrelse.

3.2.1.2.2. Ingen forpligtelser for dealsitet

Risikoallokeringen er som nævnt i afsnit 3.2.1. fordelt således, at dealsitet som udgangspunkt ikke pålægges risiko i denne forretningsmodel. Det betyder, at dealsitet ikke pålægges nogen ekstraomkostninger som følge af, at forbrugeren gør et opfyldelses- eller mangelskrav gældende, ligesom der ikke medfølger et ansvar over for forbrugeren. Dealsitet er således ikke forpligtet til at udøve misligholdelsesbeføjelser eller på anden vis involvere sig, eftersom risikoen er allokeret til leverandøren, som dermed står til ansvar over for forbrugeren. Dette findes at være en forretningsmulighed for dealsitet, da det manglende ansvar fritager dealsitet for forpligtelser over for forbrugeren.

¹⁵² Petersen, Bent og Østergaard, Kim; *Reconciling formal contracts and relational governance through Strategic Contracting*, 2017, s. 14

¹⁵³ Ibid, s. 8

¹⁵⁴ Dyer, Jeffrey H., og Singh, Harbir; *The relational view: Cooperative strategy and sources of inter-organizational competitive advantage*, 1998, s. 661

¹⁵⁵ Petersen, Bent og Østergaard, Kim; *Reconciling formal contracts and relational governance through Strategic Contracting*, 2017, s. 7-8

¹⁵⁶ Ibid, s. 14

3.2.1.3. Forretningsmodellens udfordringer

Udover ovennævnte forretningsmuligheder medfører første forretningsmodel ligeledes en række udfordringer for dealsitet. Disse udfordringer findes tillige relevante at analysere i et forsøg på at udlede den optimale risikoallokering.

3.2.1.3.1. Asymmetrisk information

Det må lægges til grund, at dealsitet på baggrund af kontraktens udformning er bevidst om, at denne ikke udgør pligtsubjekt i nærværende forretningsmodel og dermed ikke har nogen risiko allokeret til sig. Som følge af at dealsitet ikke bærer risikoen og omkostningerne forbundet med et eventuelt opfyldelses- eller mangelskrav, må det antages, at dealsitet ikke tillægger omkostningerne ved et sådan krav særlig betydning. Uden nogen risiko vil dealsitet have mulighed for at forfølge sin opportunistiske adfærd i et forsøg på at maksimere egen nytte. Dealsitet har mulighed for at forfølge sin opportunistiske adfærd og handle diskretionært, såfremt der er asymmetrisk information til stede.¹⁵⁷

Denne informationsasymmetri kan vise sig på to måder. Der kan enten foreligge *adverse selection*, også kaldet *hidden information*, som er et ex-ante problem, der opstår før kontrakten indgås eller der kan foreligge *moral hazard*, der også betegnes *hidden action*. *Hidden action* er i modsætning til *hidden information* et ex-post problem, som primært eksisterer efter kontraktens indgåelse.¹⁵⁸ *Hidden action* er til stede i en principal-agent-relation, når principalen ikke har mulighed for at kontrollere eller tvinge agenten til at handle i overensstemmelse med principalens interesser. Agenten kan udnytte principalens manglende evne og på den måde udvise opportunistisk adfærd, såfremt agenten er opmærksom på principalens manglende evne til at kunne kontrollere eller tvinge agenten til at handle i overensstemmelse med principalens interesser.¹⁵⁹

I nærværende forretningsmodel består dealsitets opportunistiske adfærd, som nævnt, af en aggressiv markedsføring, der kan tilføre leverandøren unødigt risiko i form af et opfyldelses- eller mangelskrav med dertilhørende ekstraomkostninger. Denne adfærd antages ikke at være i overensstemmelse med leverandørens interesser, eftersom leverandørens interesser formodes at bestå i et ønske om, at dealsitet markedsfører på en korrekt måde, der skaber de korrekte forventninger hos forbrugeren. Dealsitet vil grundet den manglende risiko ikke opleve de omtalte ekstraomkostninger og vil derfor ikke være tilbageholdende med at udvise opportunistisk adfærd. Leverandøren vil som principal ikke være i besiddelse af evnerne til at kunne tvinge dealsitet som agent til at handle efter principalens interesser, idet dealsitet er bevidst om, at det ikke afholder de omtalte ekstraomkostninger.

¹⁵⁷ Bregn, Kirsten; *Principal-agent-teori – med særligt henblik på lønsystemer*, 2004, s. 9

¹⁵⁸ Ibid, s. 7

¹⁵⁹ Dutta, Prajit K.; *Strategies and Games: Theory and Practice*, 1999, s. 293

På denne baggrund vil dealsitet have mulighed for at udøve en opportunistisk adfærd efter kontraktens indgåelse med henblik på at maksimere egen nytte.¹⁶⁰ Et andet udtryk for denne adfærd er, at dealsitet *free-rider* ved at udnytte fordelene ved ikke at være ansvarlig over for forbrugeren og dermed opnå en høj profit på leverandørens bekostning. Den asymmetriske information viser sig i form af *hidden action*, eftersom den asymmetriske information består i skjulte handlinger, der forekommer ex post sammenholdt med leverandørens manglende evne til at tvinge dealsitet til at handle incitamentsforeneligt. I denne forretningsmodel vil dealsitet således ikke være tilbageholden med at udøve opportunistisk adfærd og forfølge egne interesser, uagtet at det ikke er foreneligt med leverandørens interesser. Kontrakten vurderes på denne baggrund ikke for værende incitamentsforenelig, hvilket skyldes dealsitets manglende risiko. Dette er som sådan ikke en udfordring for dealsitet, men eftersom dealsitet i denne forretningsmodel antages at være af en lille størrelse og leverandøren af en stor størrelse, må det antages, at leverandøren som principal ikke vil acceptere en kontrakt med et dealsite, der har mulighed for at *free-ride* som følge af den asymmetriske information. Leverandørens alternativ er selv at stå for salget af sine produkter, der kan indebære en højere profit i sidste ende, eftersom leverandøren ikke skal afholde ekstraomkostninger opstået ved dealsitets opportunistiske adfærd. Dealsitets *free-riding* kan således resultere i en ikkeeksisterende kontrakt, hvorfor asymmetrien i informationen må anses for at kunne blive en udfordring for såvel dealsitet som leverandøren. Såfremt der ikke eksisterer et samarbejde parterne imellem, mister dealsitet en stor forretningsmulighed, hvilket potentielt kan ødelægge dealsitets forretning, eftersom det er afhængig af samarbejdsaftaler. Tilstedeværelsen af den asymmetriske information bevirker, at der forekommer en interessekonflikt, hvorved der ikke er sikret en optimal risikoallokering i denne forretningsmodel. Den asymmetriske information anses dermed for at være en udfordring.

3.2.1.3.2. Risiko for konventionel kontrahering

Som nævnt ovenfor giver risikoallokeringen i nærværende forretningsmodel mulighed for at udøve strategisk kontrahering, såfremt der er tale om en leverandør af en stor størrelse og et dealsite af en lille størrelse. Det skyldes, at leverandøren som principal i så fald er risikoneutral og dealsitet som agent er risikoavers, hvorefter risikoen er fordelt i overensstemmelse med parternes risikopræferencer.¹⁶¹ Leverandørens risikoneutralitet skyldes dennes mulighed for at sprede sin risiko, hvorimod dealsitet i mindre grad har mulighed for dette. Denne risikoallokering giver som nævnt nogle mulig-

¹⁶⁰ Bregn, Kirsten; *Principal-agent-teori – med særligt henblik på lønsystemer*, 2004, s. 9

¹⁶¹ Petersen, Bent og Østergaard, Kim; *Reconciling formal contracts and relational governance through Strategic Contracting*, 2017, s. 15

heder i forbindelse med at udøve strategisk kontrahering, men ændres parternes størrelser, da kan det skabe nogle andre udfordringer.

Såfremt der er tale om en leverandør af en lille størrelse og et dealsite af en stor størrelse, der har indgået samarbejdsaftaler med et stort antal leverandører, vil parternes risikopræferencer ændre sig. I så fald vil det være af mindre betydning for dealsitet, at samarbejdet ophører, eftersom dealsitets indkomst er sikret gennem den store mængde samarbejdsaftaler med andre leverandører. Et dealsite af denne størrelse vil således ændre risikopræference til værende risikoneutral frem for risikoavers, idet dealsitet i højere grad har mulighed for at sprede sin risiko. Ligeledes vil den mindre leverandørs risikopræference ændre sig, da dennes indkomst i højere grad er afhængig af samarbejdet med dealsitet. Leverandøren vil på denne baggrund ikke have mulighed for at sprede sin risiko, hvorved leverandørens risikopræference ændres til at være risikoavers. Grundet dealsitets store størrelse og den lille leverandørs indkomstafhængighed af dealsitet, antages det, at dealsitet er den dominerende part i kontraktforholdet, hvilket betyder, at dealsitet er i besiddelse af den største forhandlingsevne. Som følge heraf har dealsitet i nærværende situation formålet at allokere al risiko og ansvar over på modparten, uagtet at dealsitet i dette tilfælde er den part, der er nærmest til at bære risikoen grundet dennes ressourcetilgængelighed. Dealsitet har nærmere forsøgt at allokere mest mulig risiko og ansvar over på medkontrahenten i et forsøg at maksimere egen nytte uden hensyntagen til, hvem der er bedst til at bære risikoen. Der kan derfor argumenteres for, at en samarbejdsaftale i nærværende forretningsmodel mellem en mindre leverandør og et større dealsite vil tage karakter af konventionel kontrahering, eftersom parterne i konventionel kontrahering grundlæggende fokuserer på egen risikosikring, hvorved forskellige typer af risiko i videst muligt omfang forsøges overført til medkontrahenten.¹⁶² At der foreligger en risiko for konventionel kontrahering anses som værende en udfordring, idet konventionel kontrahering indebærer egen optimering og dermed mangel på fælles værdiskabelse.¹⁶³

3.2.1.4. Udfordringernes mulige løsninger

I det følgende afsnit skal der ses nærmere på, hvorvidt der kan findes løsninger på udfordringerne vedrørende parternes uforenelige incitamenter og risikoen for konventionel kontrahering.

¹⁶² Østergaard, Kim; *Relevansen af interdisciplinær forskning og empiri i samfundsvidenskaben* i Retfærd årgang 37, nr. 3/146, 2014, s. 6

¹⁶³ Petersen, Bent og Østergaard, Kim; *Reconciling formal contracts and relational governance through Strategic Contracting*, 2017, s. 6

3.2.1.4.1. Incitamentsforenelig kontrakt

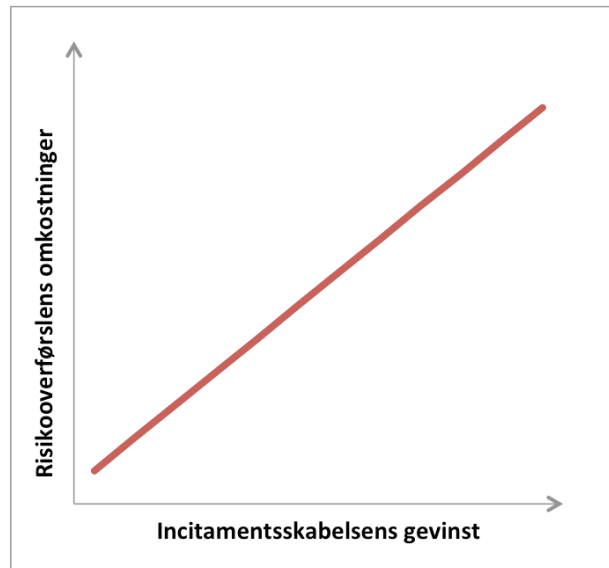
Dealsitet er som agent ikke pålagt nogen risiko i denne forretningsmodel og står dermed ikke til ansvar over for forbrugeren i tilfælde af kontraktbrud. Dealsitet opnår en andel af profitten ved salg af leverandørens produkt, men eftersom der for dealsitet ingen risiko er forbundet med forbrugers opfyldelses- eller mangelskrav, har dealsitet som nævnt i ovenstående analyse uforenelige incitamenter til at markedsføre leverandørens produkter i overensstemmelse med leverandørens mål. Det er ligeledes fundet, at incitamentsuforeneligheden kan medføre en interessekonflikt, der potentielt kan resultere i en ikkeeksisterende kontrakt parterne imellem, hvilket betragtes som en udfordring for dealsitet. Denne incitamentsuforenelighed bør søges løst gennem en incitamentsforenelig kontrakt med henblik på at finde den optimale risikoallokering i nærværende forretningsmodel.

For at dealsitet og leverandøren kan opnå overensstemmende incitamenter, er det nødvendigt at udarbejde en incitamentskorrekt kontrakt, der giver dealsitet incitamenter til at agere i overensstemmelse med leverandørens interesser.¹⁶⁴ Kontrakten skal specificere dealsitets belønning, der bevirker at dealsitets beslutninger fører til den gunstigste adfærd set fra leverandørens synspunkt, ligesom kontrakten skal være tilstrækkelig attraktiv for dealsitet for at vedkommende accepterer den.¹⁶⁵ Eftersom dealsitet som agent antages at være risikoavers, skal dealsitet kompenseres for de omkostninger, der er forbundet med den ekstra risiko, der tilføjes i incitamentskontrakten. Kompensationen skal således være større end den indkomst, som var sikret forinden der indførtes incitamenter i kontrakten, for at kontrakten er ligeså attraktiv for dealsitet. Leverandøren må på denne baggrund afveje, hvorvidt de forbundne omkostninger ved compensationen til dealsitet er større eller mindre end den gevinst, der opstår som følge af dealsitets øgede incitamenter.¹⁶⁶ Den incitamentskorrekte kontrakt afbalancerer risikooverførsels omkostninger med incitamentsskabens gevinst. Dette illustreres i figuren nedenfor.

¹⁶⁴ Bregn, Kirsten; *Principal-agent-teori – med særligt henblik på lønsystemer*, 2004, s. 9

¹⁶⁵ Knudsen, Christian: *Erhvervsøkonomi: Virksomheden i et organisatorisk, økonomisk og strategisk belysning*, 2014, s. 218

¹⁶⁶ Bregn, Kirsten; *Principal-agent-teori – med særligt henblik på lønsystemer*, 2004, s. 10



Figur 3.2: En incitamentsforenelig kontrakt skal afbalancere figurens elementer

Figuren viser en lineær sammenhæng mellem omkostningerne ved risikooverførslen og gevinsten ved agentens incitamentsskabelse. Leverandøren vil have for mange omkostninger, såfremt omkostningerne overstiger balancen, ligesom dealsitet ikke vil have nok incitamenter, hvis disse ligger under balancen.

En måde hvorpå der kan skabes en balance mellem figurens faktorer, er ved at leverandøren truer dealsitet med *blacklisting*, såfremt produktet ikke lever op til forbrugerens forventninger grundet en forventningsskabende og aggressiv markedsføring. Leverandøren kan på denne måde bringe samarbejdet til ophør i situationer, hvor forbrugerens krav mod leverandøren vedrører et produkt, der ikke stemmer overens med markedsføringen af produktet. Da der som nævnt tages udgangspunkt i et dealsite af en lille størrelse, er der en øget risiko for dennes konkurs, såfremt den ressourcestærke leverandør vælger at bryde samarbejdet ved at *blackliste* dealsitet. Det skyldes, at dealsitets eksistensberettigelse er betinget af, at det kan formidle leverandørers produkter og i denne sammenhæng anses de i særlig grad afhængige af ressourcestærke leverandører, hvorfor dealsitet må være påpasselig med at blive *blacklistet* og i værste fald gå konkurs som følge heraf. Leverandøren kan således skabe incitamenter for dealsitet til at markedsføre på en anseelig måde over for forbrugerne, hvilket formentlig vil medføre færre reklamationer og krav rettet mod leverandøren. For at dealsitet vil acceptere denne incitamentskorrekte kontrakt, skal dealsitet kompenseres af leverandøren for risikoen ved at blive *blacklistet*.¹⁶⁷ Spørgsmålet er i denne sammenhæng, hvorvidt den store leverandør ønsker at indgå et samarbejde med dealsitet, såfremt dealsitet ingen risiko er pålagt, når det er medansvarlig i forbrugerens opfyldelses- eller mangelskrav. Den ressourcestærke leverandør

¹⁶⁷ Bregm, Kirsten; *Principal-agent-teori – med særligt henblik på lønsystemer*, 2004, s. 10

vil antageligvis ikke være afhængig af en samarbejdsaftale med et lille dealsite som distributionskanal, eftersom leverandøren, grundet sin størrelse, vil formå at overleve i markedet uden en samarbejdsaftale med dette dealsite. Leverandøren vil ligeledes anses for ikke at være interesseret i at skulle håndtere besværet og omkostningerne ved, at kontrakten skaber en mulighed for at markedsføre på en misvisende måde. Den oprindelige kontrakt anses således ikke for værende attraktiv for leverandøren, idet der eksisterer en for stor risiko forbundet med at anvende et dealsite som distributionskanal, der ingen risiko bærer. Alternativet til incitamentskontrakten er derfor, at der ikke eksisterer en samarbejdsaftale mellem leverandøren og dealsitet, hvorfor dealsitet formodes at have en større interesse i at indgå en samarbejdsaftale velvidende om, at der eksisterer en risiko for *blacklisting*.¹⁶⁸ Kompensationen for dealsitet er således, at det anses som en lukrativ aftale at indgå i dette samarbejde, eftersom dealsitet formidler produkter for leverandøren og opnår en profitandel ved salg. Dealsitet må dermed stille sig tilfreds med risikoen for at blive *blacklistet*, såfremt forbrugeren gør et opfyldelses- eller mangelskrav gældende grundet en misvisende markedsføring.

3.2.1.4.2. Fra konventionel til strategisk kontrahering

Det kan overvejes, hvilke mulige løsninger der er i det tilfælde, hvor leverandøren er af en lille størrelse og dealsitet af en stor. Her vil der som nævnt være tale om konventionel kontrahering, eftersom risikoallokeringen ikke stemmer overens med parternes risikopræferencer.¹⁶⁹ Kontrakten vil derfor skulle udformes på anden vis for at lade parterne udøve strategisk kontrahering og dermed opnå fælles konkurrencemæssige fordele.¹⁷⁰ Risikoen skal i kontrakten forsøges allokeret i henhold til parternes risikopræferencer, hvilket ikke stemmer overens med måden risikoen er allokeret i denne forretningsmodel, eftersom risikoen som udgangspunkt udelukkende er allokeret til leverandøren, som er risikoavers, såfremt denne er af en lille størrelse. Parterne vil derfor i en sådan situation være nødsaget til at fordele risikoen anderledes, hvilket vil stemme overens med den anden forretningsmodel, hvor dealsitet kan undlade at opfylde betingelserne nævnt i afsnit 2.4.1. og dermed påtage sig al risikoen. Det findes på denne baggrund relevant at undersøge, hvilke forretningsmuligheder og udfordringer anden forretningsmodel giver anledning til.

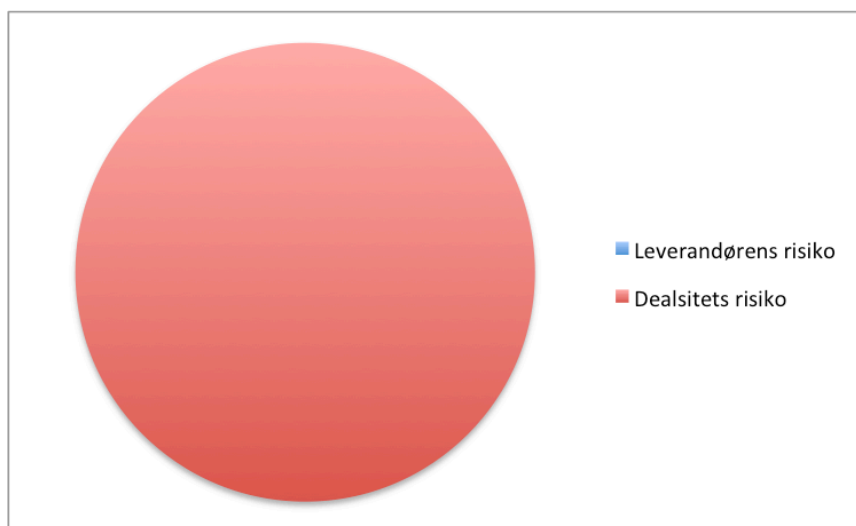
¹⁶⁸ Knudsen, Christian: *Erhvervsøkonomi: Virksomheden i et organisatorisk, økonomisk og strategisk belysning*, 2014, s. 218

¹⁶⁹ Petersen, Bent og Østergaard, Kim; *Reconciling formal contracts and relational governance through Strategic Contracting*, 2017, s. 14

¹⁷⁰ *Ibid*, s. 8

3.2.2. Anden forretningsmodel: Dealsitet som pligtsubjekt

Den anden forretningsmodel omhandler det tilfælde, hvor dealsitet ikke har taget et gyldigt formidlerforbehold og derfor anses som værende pligtsubjekt. Det er således dealsitet, der som udgangspunkt bærer al risikoen over for forbrugeren, hvorimod leverandøren ingen risiko bærer. Dette er illustreret i nedenstående figur.



Figur 3.3: Al risiko er allokeret til dealsitet i anden forretningsmodel

Det findes også i denne forretningsmodel relevant at undersøge, hvad risikoallokeringen medfører henset til parternes risikopræference.

3.2.2.1. Parternes roller i anden forretningsmodel

Leverandøren er den part i samarbejdsforholdet, der står for produktionen af det pågældende produkt, som dealsitet formidler videre til forbrugeren. Endvidere afholder leverandøren alle produktionsomkostninger forbundet med produktionen af det givne produkt. Disse omkostninger antages at være omkostninger, som leverandøren har et ønske om at minimere mest muligt i et forsøg på at maksimere sin egen nytte, jf. antagelserne i den ny-institutionelle økonomi i afsnit 1.7. For megen omkostningsminimering kan resultere i en øget risiko for fejl og mangler på det endelige produkt, som kan lede til yderligere omkostninger i tilfælde af, at forbrugeren gør et opfyldelses- eller mangelskrav gældende. Omkostningerne vil dog ikke tilfalde leverandøren ved anvendelse af denne forretningsmodel, men derimod dealsitet, eftersom dealsitet er pligtsubjekt og dermed som udgangspunkt bærer al risikoen. Leverandøren vil således fortsætte med at omkostningsminimere, da dette vil maksimere dennes nytte uden hensyntagen til den øgede risiko for fejl og mangler ved

produktet. Der opstår derfor i denne forretningsmodel en øget risiko for, at forbrugeren gør et opfyldelses- eller mangelskrav gældende som følge af leverandørens nyttemaksimerende adfærd.

Til forskel fra den første forretningsmodel er det leverandørens og ikke dealsitets nyttemaksimerende adfærd, der kan udløse ekstraomkostninger ved forbrugers opfyldelses- eller mangelskrav. På baggrund af at leverandørens handling anses for værende en ageren, der påvirker dealsitet, vurderes leverandøren til at være agent og dealsitet til at være principal i forholdet.

3.2.2.2. Forretningsmodellens muligheder

Det findes ligesom i første forretningsmodel interessant at analysere, hvilke forretningsmuligheder dealsitet har ved at benytte sig af anden forretningsmodel med henblik på at udlede den optimale risikoallokering.

3.2.2.2.1. Mulighed for at udøve strategisk kontrahering

Som nævnt ovenfor antages dealsitet i nærværende forretningsmodel at være principal og leverandøren for værende agent. Det betyder, at dealsitet er risikoneutral og leverandøren risikoavers. Risikoallokeringen er således i denne forretningsmodel fordelt i henhold til parternes risikopræferencer, idet al risikoen i udgangspunktet er fordelt til det risikoneutrale dealsite, som dermed bedst kan bære risikoen. I denne forretningsmodel er der således tale om bevidst risikodeling, eftersom dealsitet aktivt kan undlade at opfylde betingelserne i afsnit 2.4.1. og dermed indtræde i rollen som pligtssubjekt. Hvorvidt risikoen er allokeret til den part, der bedst kan bære risikoen, afhænger ligeledes af parternes respektive størrelser, da det også har indflydelse på parternes risikopræferencer.¹⁷¹ Der tages i forretningsmodellen udgangspunkt i, at dealsitet er af en stor størrelse og leverandøren af en lille, eftersom dealsitet i så fald har mulighed for at sprede sin risiko ud på et stort antal af leverandører, hvorimod den lille leverandør i høj grad er afhængig af dealsitet som distributionskanal. Dette stemmer overens med, at dealsitet er risikoneutral og leverandøren risikoavers, hvorfor der er tale om udøvelse af strategisk kontrahering.

Betydningen af parternes respektive størrelser kan eksemplificeres ved at se på dealsitet Sweetdeal, som er Danmarks største udbyder af deals.¹⁷² Sweetdeal formidler deals for et stort udvalg af leverandører inden for forskellige brancher. Det antages i dette eksempel, at Sweetdeal formidler en deal vedrørende en bestemt type cykel for en mindre lokal cykelhandler. Denne cykelhandler an-

¹⁷¹ Petersen, Bent og Østergaard, Kim; *Reconciling formal contracts and relational governance through Strategic Contracting*, 2017, s. 14

¹⁷² Sweetdeal: <https://www.sweetdeal.dk/pages/om-sweetdeal>

vender Sweetdeal som distributionskanal for at nå ud til en bredere kundeskare og for at opnå mersalg, der genererer højere profit. Cykelhandleren er således afhængig af Sweetdeal for at opnå de nævnte fordele, hvorimod Sweetdeal i langt højere grad kan vælge mellem et stort antal dealsitet af en lille størrelse og leverandøren af en stor. Det skyldes, at dealsitet i høj grad vil være afhængig af den store leverandør, hvorefter dealsitet må antages at være risikoavers og det modsatte gør sig gældende for leverandøren, der kan sprede sin risiko ud på flere mellemmand og dermed antages at være risikoneutral. Det betyder således, at det alene er muligt at udøve strategisk kontrahering i nærværende forretningsmodel, såfremt dealsitet er af en stor størrelse og leverandøren af en lille størrelse, idet risikoallokering i så fald stemmer overens med parternes risikopræferencer.¹⁷³

3.2.2.2. Positiv feedback

Leverandører kan med fordel vælge at anvende et dealsite som distributionskanal for vedkommendes produkter, hvor dealsitet påtager sig pligten til at afholde ekstraomkostninger forbundet med forbrugernes eventuelle opfyldelses- eller mangelskrav. Det formodes at være en fordel for leverandøren, eftersom denne som nævnt ønsker at omkostningsminimere grundet antagelsen om leverandørens nyttemaksimerende adfærd, jf. afsnit 1.7. Samtidig vil det gøre det lettere for forbrugerne udelukkende at rette kontakt til dealsitet ved aftalens indgåelse og opfyldelse, hvorved juridiske udfordringer undgås. Forbrugerne vil dermed være mere tilbøjelige til at handle via de dealsites, som påtager sig rollen som pligtsubjekt.

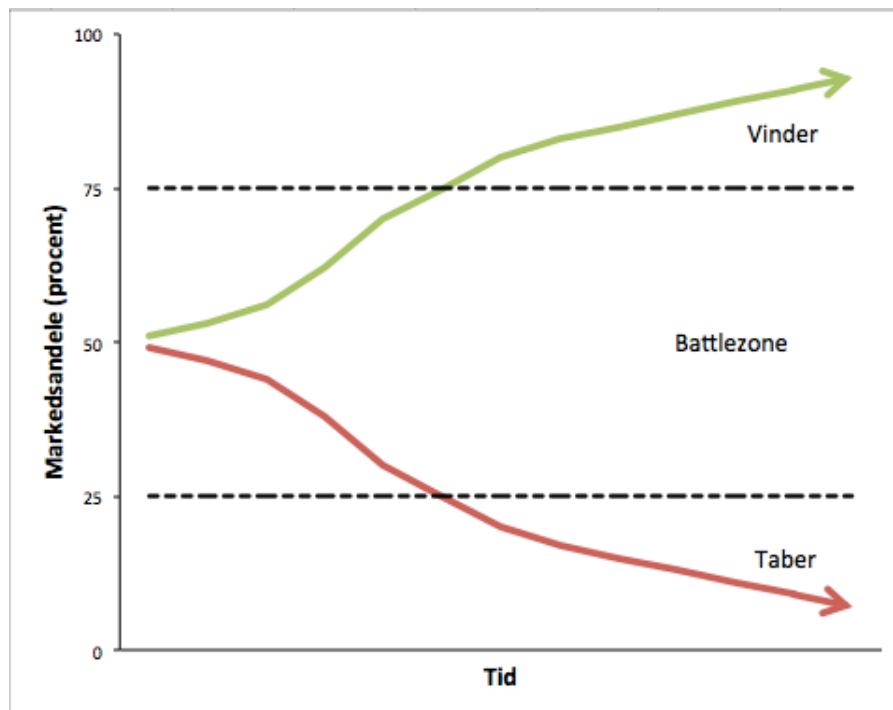
At dealsitet påtager sig rollen som pligtsubjekt kan skabe konkurrencemæssige fordele, eftersom det kan medføre en stigning i antallet af brugere, der anvender det pågældende dealsite.¹⁷⁴ Dette resulterer ofte i, at de stærke aktører i markedet bliver endnu stærkere, mens de svage aktører bliver endnu svagere. Disse effekter repræsenterer den positive feedback som ofte ses i markeder, hvor infrastrukturen er baseret på informationer og netværk.¹⁷⁵ Dynamikken er drevet af, at nye leverandører samt forbrugere er tilbøjelige til at vælge det netværk, hvor der i forvejen eksisterer et stort antal brugere. Det kan medføre så ekstreme forhold, at én aktør ender med at dominere markedet og de resterende aktører mister markedsandele.¹⁷⁶

¹⁷³ Petersen, Bent og Østergaard, Kim; *Reconciling formal contracts and relational governance through Strategic Contracting*, 2017, s. 15

¹⁷⁴ Shapiro, Carl og Varian, Hal R.; *Information Rules*, 1999, s. 176

¹⁷⁵ Ibid, s. 176-180

¹⁷⁶ Ibid



Figur 3.4:¹⁷⁷ Positiv feedback medfører at de stærke aktører bliver stærkere og de mindre aktører mindre

Figuren illustrerer, at et marked med positiv feedback vil medføre, at den stærke aktør over tid vil overtage den svage aktørs markedsandele, således at der opstår en vinder og en taber. Denne positive feedback kommer af, at brugere ofte vil benytte sig af det dealsite, der er stærk i markedet. I netværksindustrier, hvor dealsites opererer, kan der ud fra brugernes efterspørgsel opstå muligheder for stordriftsfordele, som netop opstår i de tilfælde, hvor et dealsites brugere værdsætter dealsitet på baggrund af andre brugeres udbredte brug af det.¹⁷⁸

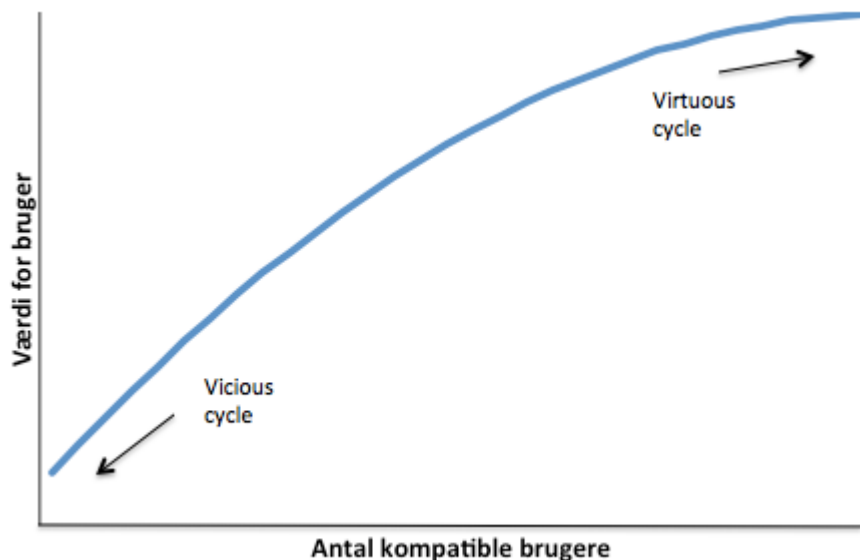
Positiv feedback kan, på baggrund af det ovenfor nævnte, være med til at skabe økonomisk vækst og dermed succes, som resulterer i yderligere vækst og succes. Denne positive selvforstærkende effekt kaldes *virtuous cycle*, som er at foretrække frem for *vicious cycle*.¹⁷⁹ *Vicious cycle* viser den modsatte effekt, hvor den svage aktør bliver endnu svagere som følge af, at en anden aktør på samme marked befinder sig i *virtuous cycle*. Når der findes et stort udbud af dealsites, der opererer på et marked med gode muligheder for positiv feedback, da vil der oftest kun være én aktør, som nyder godt af fordelene ved feedbacken. De resterende aktører kan derfor nemt ende i fænomenet *vicious cycle*.¹⁸⁰ Relationen mellem fænomenerne *virtuous cycle* og *vicious cycle* illustreres i følgende figur.

¹⁷⁷ Shapiro, Carl og Varian, Hal R.; *Information Rules*, 1999, s. 179

¹⁷⁸ Ibid, s. 179-180

¹⁷⁹ Ibid, s. 176

¹⁸⁰ Ibid



Figur 3.5:¹⁸¹ Popularitet tilfører værdi

Af figurens højre hjørne fremgår *virtuous cycle*, som viser, at et populært produkt med mange brugere bliver mere og mere værdifuldt for hver bruger, idet populariteten tiltrækker andre brugere.¹⁸² Omvendt viser *vicious cycle* en negativ selvforstærkende effekt, hvor produktet mister værdi som følge af mistede brugere. På et tidspunkt vil de resterende brugere, der anvender produktet og som befinder sig i en *vicious cycle* blive isoleret, fordi brugerne har unikke præferencer, eller fordi det bliver for omkostningsfuldt for produktet at tilpasse sig til markedet.¹⁸³ Hvorvidt produktet ender i den ene eller anden *cycle* afhænger ligeså meget af forbrugernes forventninger og dealsitets held, som det afhænger af produktets værdi. Såfremt en forbruger forventer, at et produkt vil blive populært, vil andre forbrugere have samme forventning, hvilket medvirker, at produktet ender i en *virtuous cycle*.¹⁸⁴ Omvendt ender produktet i en *vicious cycle*, hvis forbrugeren forventer, at produktet vil udgøre en fiasko.¹⁸⁵

Det er nødvendigt for et dealsite at foretage en række tiltag, hvis det befinder sig i et marked med andre aktører, der konkurrerer om at drage fordel af den eksisterende positive feedback med henblik på at opnå stordriftsfordele. Nødvendigheden skyldes, at der oftest er tale om et ustabil marked i forhold til, om en aktør ender i en *virtuous cycle* frem for *vicious cycle*. Eksisterer henholdsvis muligheden eller risikoen for at ende i en *virtuous cycle* eller *vicious cycle*, da vil det alene være få

¹⁸¹ Shapiro, Carl og Varian, Hal R.; *Information Rules*, 1999, s. 180

¹⁸² Ibid

¹⁸³ Ibid

¹⁸⁴ Ibid, s. 181

¹⁸⁵ Ibid

aktører, der overlever i markedet, hvorefter andre kan være nødsaget til at erklære sig konkurs.¹⁸⁶ Denne tendens er ofte set i markedet, hvor dealsites opererer, eftersom det tyder på, at der ikke er plads til et stort udbud af dealsites. Det har vist sig ved, at blandt andre Bownty og DagensBedste har måtte erklære sig konkurs over de seneste år.¹⁸⁷ Modsætningsvis har Sweetdeal formået at opnå større markedsandele og udgør til dags dato Danmarks største dealsite. Det tyder således på, at Sweetdeal opererer i en *virtuous cycle*, hvorimod Bownty og DagensBedste endte i en *vicious cycle*, hvilket medførte deres konkurs. Markedet for dealsites antages derfor for værende et marked med en vis ustabilitet med mulighed eller risiko for at ende i en *virtuous* eller *vicious cycle* som følge af, at markedet indeholder mulighed for positiv feedback. Denne mulighed for positiv feedback eksisterer ofte i infrastrukturer, der baseres på information, som netop er tilfældet for markedet med dealsites.

Såfremt et dealsite vil undgå at ende i en *vicious cycle*, skal det udbyde et populært produkt, som kan tiltrække et stort omfang af brugere, der som følge af populariteten vil tillægge produktet yderligere værdi.¹⁸⁸ Produktet, refereret til i teorien, udgøres af dealsitets platform, eftersom afhandlingen tager udgangspunkt i dealsites, der udelukkende udbyder produkter produceret af leverandører og dermed ikke producerer egne produkter. I henhold til figur 3.5. skal det enkelte dealsite således formå at popularisere sin platform blandt brugere, herunder såvel leverandører som forbrugere, og derved øge platformens værdi med henblik på at kunne drage fordel af den positive feedback, der opstår som følge af brugerens tendens til at anvende den platform, der i udbredt form allerede anvendes af andre brugere.

En måde hvorpå et dealsite kan øge brugernes efterspørgsel af dets platform er ved at allokere risikoen bevidst, således at dealsitet ikke tager de udledte betingelser i afsnit 2.4.1. i betragtning og dermed bliver pligtssubjekt frem for leverandøren. Leverandøren vil i dette tilfælde anse dealsitets pådragelse af risiko som en mulighed for at undgå ekstraomkostninger forbundet med en forbrugers eventuelle opfyldelses- eller mangelskrav. Leverandørers efterspørgsel på en samarbejdsaftale og dermed anvendelsen af et sådant dealsite må alt andet lige stige, idet der opstår en mulighed for at omkostningsminimere. Efterspørgslen på anvendelsen af et dealsites platform vil ligeledes stige blandt forbrugere, eftersom et dealsites tilkendegivelse af sin rolle som pligtssubjekt vil gøre det mere overskueligt og mindre tidskrævende for den enkelte forbruger udelukkende at skulle rette henvendelse til det pågældende dealsite ved både aftalens indgåelse og opfyldelse. Den øgede efterspørgsel vil på denne måde resultere i en stigning af dealsitets brugere. Det vil således have en

¹⁸⁶ Shapiro, Carl og Varian, Hal R.; *Information Rules*, 1999, s. 176-180

¹⁸⁷ Finans: <https://finans.dk/erhverv/ECE9516668/bownty-med-millioner-af-kunder-er-gaaet-konkurs/> og Ekstrabladet: <https://ekstrabladet.dk/nyheder/samfund/dealsite-firma-gaar-konkurs/6212577>

¹⁸⁸ Shapiro, Carl og Varian, Hal R.; *Information Rules*, 1999, s. 179-180

positiv virkning, såfremt dealsitet påtager sig rollen som pligtsubjekt og dermed bærer al risiko, eftersom det bliver attraktivt for henholdsvis leverandører og forbrugere. Den positive virkning forstærkes, når brugerne værdsætter dealsitet yderligere på baggrund af den mængde brugere, der i forvejen anvender dealsitets platform. Det vil således bidrage til at forstærke effekten af dealsitets tiltag, når positiv feedback er til stede på det marked, hvor dealsitet opererer.

Såfremt et dealsite har opnået et stort antal brugere, vil nye brugere være mere tilbøjelige til at vælge det dealsite med højeste antal brugere, når der eksisterer positiv feedback i markedet.¹⁸⁹ Denne tendens skaber nogle stordriftsfordele for dealsitet, som kan resultere i, at dealsitet overtager større markedsandele. Der er således tale om en positiv dynamik, hvor et tiltag resulterer i, at dealsitet kan drage fordel af den positive feedback i markedet og derved opnå stordriftsfordele.¹⁹⁰ Tiltaget består i, at dealsitet påtager sig rollen som pligtsubjekt, der efterfølgende resulterer i en øget efterspørgsel og et deraf øget antal brugere, eftersom nye brugere ofte vælger et allerede udbredt anvendt produkt. Grundet den positive feedback i markedet vil efterspørgslen stige yderligere og stordriftsfordelene øges, hvormed populariteten af dealsitets platform vil stige med en dertilhørende forøgelse af værdien, idet værdien af produktet stiger i takt med, at flere gør brug af det, jf. figur 3.5. Dealsitet vil på denne baggrund have mulighed for at ende i en *virtuous cycle*, såfremt dealsitet påtager sig rollen som pligtsubjekt og dermed påtager sig al risiko.



Figur 3.6: Potentielle følgevirkninger ved at et dealsite påtager sig rollen som pligtsubjekt

Ender et dealsite i en *virtuous cycle*, vil dealsitet som en stærk aktør blive endnu stærkere og de svage dealsites i markedet vil blive endnu svagere. I ekstreme tilfælde opstår en mulighed for at udkonkurrere andre aktører og dermed udgøre den dominerende aktør i markedet.¹⁹¹ Dealsitet vil således kunne befinde sig i et såkaldt *winner-take-all market* som illustreret i figur 3.4. Dette anses for at være tilfældet for Google, eftersom Googles markedsandel i juni 2016 blev målt til værende 91,7 %.¹⁹² Markedet, hvorpå Google opererer, er ligeledes et marked, hvor infrastrukturen er bygget op omkring informationer og netværk, hvorfor der formentlig eksisterer positive netværkseksternali-

¹⁸⁹ Shapiro, Carl og Varian, Hal R.; *Information Rules*, 1999, s. 179-180

¹⁹⁰ Ibid

¹⁹¹ Ibid, s. 179

¹⁹² Computerworld: <https://www.computerworld.dk/art/237662/ingen-konkurrenter-kan-ryste-googles-soegemaskine-derfor-slaar-google-alle-de-andre>

teter, som giver anledning til positiv feedback. Grundet Googles enorme markedsandel tyder det på, at Google har formået at drage fordel af den positive feedback i markedet og dermed befinder sig i et *winner-take-all market*.

Det er som tidligere beskrevet ikke udelukkende værdien af dealsitets platform, der bidrager til, at en aktør ender i en *virtuous cycle* og dermed skaber muligheden for at blive den dominerende aktør i det pågældende marked. Brugere af dealsitet skal ligeledes have en forventning om, at platformen vil blive populær sammenholdt med en god portion held. Såfremt brugerne ikke har en forventning om, at den digitale platform bliver populær, må det antages, at den positive dynamik, hvor et højt antal brugere resulterer i et endnu større antal brugere, ikke vil være til stede, hvorved et dealsites digitale platform i værste fald kan risikere at ende i en *vicious cycle*.¹⁹³



Figur 3.7: Potentielle følgevirkninger ved at miste markedsandele

I henhold til figuren er der tale om en negativ selvforstærkende effekt, hvor et dealsite mister markedsandele som følge af, at et andet dealsite er i en *virtuous cycle* og dermed opnår større markedsandele. De mistede markedsandele opstår som følge af en lavere efterspørgsel på dealsitet, eftersom der findes et større dealsite i markedet, der er mere populært at anvende grundet de mange brugere. På denne måde mister dealsitet værdi, hvilket resulterer i en *vicious cycle*. Før eller siden vil de tilbageværende brugere af dealsitet blive isoleret, eftersom de har unikke præferencer eller fordi det bliver for omkostningsfuldt for dealsitet at tilpasse sig til markedet.¹⁹⁴ Det kan således ende med, at dealsitet må erklæres konkurs, fordi muligheden for positiv feedback i markedet har medført, at et andet dealsite har vundet markedsandele og dermed har vokset sig større med den effekt, at andre dealsites taber markedsandele og ender i *vicious cycle*.

I henhold til det ovenfor udledte vil det kunne lede til stordriftsfordele, såfremt et dealsite bevidst vælger at allokere al risikoen til sig selv frem for medkontrahenten og dermed bliver pligtsubjekt i kontraktforholdet. Dealsitet vil på baggrund af ovenstående analyse potentielt kunne havne i en *virtuous cycle*, der i ekstreme tilfælde kan medføre en dominerende stilling i markedet, som vil resultere i konkurrencemæssige fordele. Det er dog en forudsætning, at dealsitet er af en stor størrelse, ligesom det er en forudsætning, at der eksisterer positiv feedback i markedet, hvor dealsitet

¹⁹³ Shapiro, Carl og Varian, Hal R.; *Information Rules*, 1999, s. 176

¹⁹⁴ Ibid, s. 180

opererer. Positiv feedback vil være til stede i markedet, såfremt der tillige forekommer positive netværkseksternaliteter, eftersom positive netværkseksternaliteter giver anledning til positiv feedback.¹⁹⁵ Det skal derfor undersøges nærmere, hvad der lægger til grund for disse netværkseksternaliteter og hvad de betyder.

3.2.2.2.1. Netværkseksternaliteter

Et dealsite kan aktivt påtage sig rollen som pligtsubjekt, hvilket kan lede til en høj efterspørgsel og dermed et stort netværk, jf. ovenstående analyse. Det store netværk er mere attraktivt for nye brugere i forhold til de mindre netværk, der eksisterer i markedet. Denne effekt kaldes netværkseksternaliteter og det er netop disse netværkseksternaliteter, der giver anledning til positiv feedback og dermed stordriftsfordele, såfremt netværkseksternaliteterne er positive.¹⁹⁶ Udtrykket netværkseksternaliteter kan opdeles i henholdsvis netværk og eksternaliteter, som begge er faktorer, der har stor betydning for, hvorvidt en aktør opnår konkurrencemæssige fordele.¹⁹⁷

Selve netværket, der fokuseres på i nærværende afhandling, er det virtuelle netværk, som opstår mellem dealsitet og dets brugere via dealsitets platform. I en sådan relation er det dealsitet, der kontrollerer netværket i håbet om at kunne opbygge et stort netværk og nyde godt af den dertilhørende profit.¹⁹⁸ At påtage sig rollen som pligtsubjekt vurderes som værende et tiltag, der kan medvirke til at udvide et dealsites netværk, eftersom det som nævnt vil bidrage til en stigning i efterspørgslen på anvendelsen af dealsitets digitale platform og dermed vil der forekomme en stigning i antallet af brugere. Dealsitet er ydermere den part, der kontrollerer, hvilke leverandører og dermed også hvilke produkter, det udbyder. Den øgede efterspørgsel, som tiltaget medfører, indebærer tillige en stigning i antallet af leverandører, der ønsker at få deres produkt udbudt på platformen. Dealsitet opnår på denne måde et stort netværk med leverandører. Når brugerne vælger at anvende dealsitets digitale platform, vælger de således ikke blot et produkt på platformen, men ligeledes et netværk af en stor størrelse,¹⁹⁹ hvilket antages at resultere i et endnu større udbud af produkter til fordel for brugerne.

Udover netværk er eksternaliteter endvidere en vigtig faktor i forsøget på at opnå konkurrencemæssige fordele. Eksternaliteter opstår, når et tiltag fra en deltager i det pågældende marked påvirker andre uden dertilhørende kompensation. Eksternaliteterne kan forekomme som henholdsvis positi-

¹⁹⁵ Shapiro, Carl og Varian, Hal R.; *Information Rules*, 1999, s. 183

¹⁹⁶ Ibid

¹⁹⁷ Ibid

¹⁹⁸ Ibid

¹⁹⁹ Ibid

ve eller negative.²⁰⁰ Oftest vil netværkseksternaliteter være positive i markedet for dealsites, eftersom en brugers valg af et dealsites netværk resulterer i en forøgelse af netværkets størrelse, uden at der forekommer en kompensation. Som beskrevet i afsnit 3.2.2.2. vil tiltaget resultere i en stigning af efterspørgslen på anvendelsen af dealsitets digitale platform. Netværket bliver større, når en ny bruger vælger at anvende dealsitets digitale platform og dermed dealsitets netværk. Denne forøgelse af netværket er til fordel for dealsitet. Dealsitet kan opnå denne fordel uden at skulle kompensere brugeren, hvorved eksternaliteterne er eksisterende i markedet. Det vurderes således, at positive netværkseksternaliteter er en tilstand, der er til stede i det marked, hvor dealsitet opererer.

Netværkseksternaliteter er den effekt, der danner grobund for *Metcalfe's law*.²⁰¹ Denne formel beskriver den positive sammenhæng mellem stigningen i antallet af brugere, der anvender et netværk og den dertilhørende stigning i netværkets værdi. Sammenhængen illustreres i følgende formel:

$$n * (n - 1) = n^2 - n$$

Den samlede værdi af netværket kan beskrives ud fra formlen, når der er n brugere i et netværk og værdien af dette netværk er proportionelt med antallet af andre personer, der anvender netværket.²⁰² Det betyder, at såfremt værdien af dealsitets netværk for én bruger svarer til 1 for hver bruger, der anvender netværket udover sig selv, da vil dealsitets netværk med et antal på eksempelvis 100 brugere have en værdi på knap 10.000. Dealsitets platform forøges således, når den påtage rolle som pligtsubjekt resulterer i en stigning i antallet af brugere på baggrund af en stigning i efterspørgslen. Som et lavpraktisk eksempel kan her nævnes telefonen. Såfremt en bruger anskaffer sig en telefon, vil værdien af en tilsvarende brugers telefon stige. Det skyldes, at den bruger der i forvejen var i besiddelse af en telefon herefter har mulighed for at kommunikere med den bruger, der netop har anskaffet sig en telefon. Brugere, der endnu ikke er i besiddelse af en telefon, vil være fristet og tilbøjelige til at anskaffe sig en telefon, eftersom den kan anvendes som kommunikationsmiddel til de eksisterende brugere. Efterspørgslen stiger dermed i takt med det øgede antal brugere, ligesom værdien af telefonen stiger.²⁰³

Det kan konstateres, at det giver anledning til positiv feedback, såfremt der er tilstedeværelse af positive netværkseksternaliteter, som bidrager til at give dealsitet en række konkurrencemæssige fordele. Disse konkurrencemæssige fordele opstår som følge af, at den positive feedback medfører stordriftsfordele. Det vurderes derfor, at denne forretningsmodel indebærer profitable muligheder,

²⁰⁰ Shapiro, Carl og Varian, Hal R.; *Information Rules*, 1999, s. 183

²⁰¹ Ibid, s. 184

²⁰² Ibid

²⁰³ Ibid

eftersom dealsitet kan udkonkurrere andre aktører i markedet og samtidig øge værdien af platformen.

3.2.2.3. Forretningsmodellens udfordringer

Uagtet at anden forretningsmodel medfører en række profitable muligheder for dealsitet, skal det ligeledes undersøges, hvorvidt den giver anledning til udfordringer.

3.2.2.3.1. Asymmetrisk information

Som nævnt i afsnit 3.2. bærer dealsitet som udgangspunkt al risikoen i nærværende forretningsmodel, hvilket betyder, at forbrugeren kan rette et krav mod dealsitet i tilfælde af kontraktbrud. Det må derfor antages, at den bagvedliggende leverandør ikke vil tillægge et eventuelt opfyldelses- eller mangelskrav og de dertilhørende ekstraomkostninger særlig betydning. Dette skyldes, at leverandøren ikke er pligtsubjekt i henhold til risikoallokeringen og dermed som udgangspunkt ikke vil være pålagt nogen risiko. Leverandøren kan på baggrund heraf forsøge at udøve opportunistisk adfærd for at maksimere sin egen nytte. Dette kan blandt andet gøres ved, at leverandøren minimerer sine produktionsomkostninger, således at produkterne produceres på billigste vis, hvorefter der opnås en højere fortjeneste og dermed opstår en øget risiko for, at produktet lider af en mangel. Såfremt leverandøren vælger at minimere sine produktionsomkostninger, vil det medføre et stigende antal reklamationer fra forbrugerne, som dealsitet må tage sig af og være ansvarlig for. Leverandøren kan således siges at *free-ride* ved at benytte sig af fordelene ved ikke at være ansvarlig over for forbrugeren og dermed opnå en højere profit på dealsitets bekostning. Dealsitet kan som principal ikke tvinge leverandøren som agent til at handle i dealsitets interesser, hvilket medfører, at leverandøren vil udøve denne opportunistiske adfærd efter kontraktens indgåelse med henblik på at maksimere egen nytte.²⁰⁴ Der foreligger således asymmetrisk information, som viser sig i form af *hidden action*, eftersom de skjulte handlinger forekommer ex post, ligesom at dealsitet ikke har mulighed for at tvinge leverandøren til at handle i overensstemmelse med førstnævntes interesser.²⁰⁵ Leverandørens incitamenters anses på denne baggrund som uforenelige med dealsitets interesser, hvorfor der ligeledes i denne forretningsmodel synes at foreligge en uforenelig kontrakt parterne imellem. Den asymmetriske information skaber en kontrakt med interessekonflikt og mangel på optimal risikoallokering, hvilket må betragtes som værende en udfordring.

²⁰⁴ Bregm, Kirsten; *Principal-agent-teori – med særligt henblik på lønsystemer*, 2004, s. 9

²⁰⁵ Ibid, s. 7

3.2.2.3.2. Risiko for konventionel kontrahering

I henhold til afsnit 3.2.2.2.1. er der alene mulighed for at udøve strategisk kontrahering, såfremt dealsitet er af en stor størrelse og leverandøren af en lille. Det skyldes, at dealsitet i dette tilfælde er risikoneutral grundet muligheden for at sprede sin risiko på mange leverandører, hvorimod leverandøren er risikoavers, fordi dennes indkomst i høj grad er afhængig af dealsitet. Findes parternes størrelser at være lige omvendt end i det nævnte tilfælde, da kan der opstå nogle udfordringer, eftersom parternes risikopræferencer i så fald ikke stemmer overens med risikoallokeringen.

Såfremt der indgås en samarbejdsaftale mellem en leverandør af en stor størrelse og et dealsite af en lille, vil parternes risikopræferencer ændres. Det skyldes, at leverandøren i det tilfælde ikke er afhængig af dealsitet for at kunne sælge sine produkter og derigennem opnå profit, hvilket medfører, at leverandøren har mulighed for at sprede sin risiko og dermed må anses som værende risikoneutral. Et dealsite af en lille størrelse vil tillige ændre risikopræference, eftersom det har ikke mulighed for at sprede sin risiko i samme omfang, som den store leverandør. Det skyldes, at dealsitets indkomst er afhængig af at kunne formidle leverandørens produkter for at kunne eksistere i markedet.²⁰⁶ På denne baggrund anses dealsitet som værende risikoavers. De ændrede risikopræferencer i den fremlagte situation findes således ikke at være i overensstemmelse med risikoallokeringen i denne forretningsmodel, hvor al risikoen i udgangspunktet er allokeret til dealsitet. I henhold til leverandørens antagne store størrelse og dermed betydeligt større forhandlingskraft end det lille dealsite, tyder det på, at denne part har formået at allokere risikoen over på medkontrahenten for at minimere egen risiko. Dette på trods af, at leverandøren i henhold til den antagne risikopræference, som værende risikoneutral, synes at være nærmest til at bære risikoen. Parterne vil i denne situation ikke have allokeret risikoen ud fra risikopræferencerne, hvilket tyder på, at parterne udøver konventionel kontrahering. Konventionel kontrahering fokuserer som omtalt i afsnit 3.2.1.3.2. på egen risikosikring, hvorved parterne ikke bidrager til fælles værdiskabelse, som derimod kan opnås ved at udøve strategisk kontrahering. Det anses på denne baggrund at være en udfordring i denne forretningsmodel, såfremt der er tale om en leverandør af en stor størrelse og et dealsite af en lille størrelse, hvor al risikoen er allokeret til det risikoaverse dealsite. Der skal derfor i det følgende forsøges at finde en løsning på denne udfordring såvel som udfordringen vedrørende asymmetrisk information.

²⁰⁶ Petersen, Bent og Østergaard, Kim; *Reconciling formal contracts and relational governance through Strategic Contracting*, 2017, s. 14

3.2.2.4. Udfordringernes mulige løsninger

Anden forretningsmodel fandtes ligeledes at indeholde udfordringer vedrørende henholdsvis parternes uforenelige incitamenter og risikoen for konventionel kontrahering. Det skal derfor undersøges, hvordan disse udfordringer kan søges løst.

3.2.2.4.1. Incitamentsforenelig kontrakt

Dealsitet er som principal pålagt al risiko i nærværende forretningsmodel og er dermed den part, som forbrugeren kan rette et krav mod i tilfælde af kontraktbrud. Leverandøren producerer produkter til dealsites og opnår på baggrund heraf en betydelig andel af profitten ved salget, men eftersom leverandøren ikke er pålagt nogen risiko forbundet med et eventuelt opfyldelses- eller mangelskrav, har vedkommende som nævnt i afsnit 3.2.2.3.1. uforenelige incitamenter i forhold til dealsitets interesser. Spørgsmålet er i denne sammenhæng, hvad et dealsite bagudrettet i afsætningskæden kan gøre gældende over for leverandøren, såfremt dealsitet benytter sig af denne forretningsmodel.

Ligesom i første forretningsmodel er det nødvendigt at udarbejde en incitamentsforenelig kontrakt, der giver leverandøren incitamenter til at handle i overensstemmelse med dealsitets interesser, hvilket bidrager til en optimal allokering af risikoen.²⁰⁷ Dealsitet skal indføre risiko i incitamentskontrakten, som leverandøren skal kompenseres for. Denne compensation skal tydeliggøres, således at leverandørens beslutninger er i overensstemmelse med dealsitets interesser. Compensationen skal være større end den indkomst, der var sikret i den oprindelige kontrakt, for at incitamentskontrakten er ligeså attraktiv for leverandøren.²⁰⁸ Dealsitet må således afveje, hvorvidt de forbundne omkostninger ved compensationen til leverandøren er større eller mindre end den gevinst, der opstår som følge af leverandørens øgede incitamenter.²⁰⁹

3.2.2.4.1.1. Blacklisting

I henhold til afsnit 3.2.2.3.1. foreligger der asymmetrisk information parterne imellem, der viser sig i form af *hidden action*, eftersom leverandøren har mulighed for at sløse i produktionen af produkterne, som dealsitet formidler til forbrugerne. Det betyder, at det pågældende dealsite står tilbage med ekstraomkostningerne forbundet med forbrugernes opfyldelses- eller mangelskrav udløst af produkternes ringe kvalitet. For at undgå udfordringen vedrørende leverandørers *free-riding* kan dealsitet

²⁰⁷ Bregn, Kirsten; *Principal-agent-teori – med særligt henblik på lønsystemer*, 2004, s. 9

²⁰⁸ Knudsen, Christian: *Erhvervsøkonomi: Virksomheden i et organisatorisk, økonomisk og strategisk belysning*, 2014, s. 218

²⁰⁹ Bregn, Kirsten; *Principal-agent-teori – med særligt henblik på lønsystemer*, 2004, s. 10

true med at *blackliste* de leverandører, der ikke lever op til kravene for produktet. At *blackliste* leverandører er dermed at luge ud i de brodne kar, som er skyld i, at dealsitet må stå til ansvar for et højt antal forbrugerreklamationer vedrørende mangelfulde produkter. Såfremt dealsitet *blacklister* en leverandør, kan det føre til dennes konkurs, eftersom der som nævnt tages udgangspunkt i et dealsite af en stor størrelse og en leverandør af en lille. I henhold til afsnit 3.2.2.2.1. er den lille leverandør i høj grad afhængig af dealsitet som distributionskanal for at nå ud til en større kundekreds og for at øge omsætningen. *Blacklisting* kan således være en god trussel med henblik på at forene leverandørens incitamenter med dealsitets interesser, eftersom leverandøren nødig vil *blacklistes*, da det øger risikoen for at måtte erklære sig konkurs.

Et eksempel på at *blacklisting* kan være en god trussel er, hvis der tages udgangspunkt i en restaurant, der har svært ved at nå ud til kunderne. I så fald kan leverandøren med fordel indgå en samarbejdsaftale med Danmarks største dealsite, Sweetdeal, som har en stor kundekreds og som forbrugere har tillid til, fordi det i henhold til den omtalte forretningsmodel er dem, der bærer al risikoen. Det vil således udelukkende være Sweetdeal, der skal rettes henvendelse til i forbindelse med aftalens indgåelse og opfyldelse.²¹⁰ Det formodes, at restauranten er bekendt med, at de ingen risiko bærer, eftersom de er velvidende om, at dealsitet har påtaget sig risikoen. Restauranten har således mulighed for at udvise opportunistisk adfærd, der kan medføre en ringe service. Restaurantens indtjening er sikret i det moment, hvor forbrugeren køber dealen via Sweetdeal og der er dermed begrænset incitament for restauranten til at yde sit bedste. Sweetdeal vil på denne baggrund opleve en massiv stigning i forbrugerreklamationer fra forbrugerne, der ønsker deres penge tilbage eller på anden vis ønskes kompenseres for den misligholdte aftale. I denne situation kan Sweetdeal give restauranten en advarsel om, at de bliver *blacklistet*, såfremt de ikke lever op til forbrugernes forventninger samt den indgåede aftale mellem restauranten og Sweetdeal. Efterlever restauranten ikke de stillede krav, vil Sweetdeal herefter have mulighed for at *blackliste* restauranten, eftersom denne er til ulempe for Sweetdeal, da restauranten *free-rider* som følge af, at risikoen udelukkende er allokeret til Sweetdeal. På denne måde kan dealsitet indføre incitamenter i kontrakten, således at disse er forenelige med dealsitets interesser.

Det er nødvendigt at kompensere leverandøren for de forbundne omkostninger, der følger ved at risikere at blive *blacklistet*. Kompensationen skal være tilstrækkelig stor til at leverandøren vil acceptere den incitamentsforenelige kontrakt, eftersom leverandøren som agent er risikoavers og dermed ikke villig til at påtage sig risiko uden kompensation.²¹¹ Risikoen for at blive *blacklistet* har høje

²¹⁰ Dette er blot et eksempel, eftersom Sweetdeal opererer efter første forretningsmodel, jf. bilag 1

²¹¹ Petersen, Bent og Østergaard, Kim; *Reconciling formal contracts and relational governance through Strategic Contracting*, 2017, s. 15

omkostninger for leverandøren, særligt grundet risikoen for at gå konkurs. Der vil derfor opstå et behov for en betydelig kompensation for den påtagne risiko. Spørgsmålet er dog, hvorvidt dealsitet overhovedet vil acceptere den oprindelige kontrakt og indgå et samarbejde, hvor leverandøren ingen risiko er pålagt og der ingen risiko medfølger det manglende ansvar. Der er en formodning for, at dealsitet ikke vil acceptere den oprindelige kontrakt, eftersom det er for omkostningsfuldt at bære al risikoen sammenholdt med leverandørens manglende incitamenter til at handle i overensstemmelse med dealsitets interesser. Alternativet til en incitamentsforenelig kontrakt må således være, at der ikke eksisterer en kontrakt parterne imellem. Såfremt alternativet til den incitamentsforenelige kontrakt er en ikkeeksisterende samarbejdsaftale med dealsitet som distributionskanal, vil leverandøren have en større interesse i at indgå i samarbejdet og ligeledes påtage sig den risiko at kunne *blacklistes ved free-riding*.²¹² Leverandøren opnår en højere profit ved at påtage sig en del af risikoen, hvorfor denne samarbejdsaftale vil være at betragte som leverandørens kompensation ved den påtagne risiko. Det anses dog for værende en markant risiko, som leverandøren pålægges i den incitamentsforenelige kontrakt og det kan overvejes, hvorvidt denne kontrakt lægger op til et kort- eller langvarigt samarbejde.²¹³

3.2.2.4.1.2. Regresadgang

En incitamentsforenelig kontrakt kan udarbejdes på flere forskellige måder. Ovennævnte mulighed for indførelse af dealsitets *blacklisting* af leverandøren anses som værende en aggressiv måde at forsøge at løse udfordringen vedrørende asymmetrisk information. Det skyldes, at dealsitet har mulighed for at bryde samarbejdet med leverandøren, som potentielt kan gå konkurs i og med, at der er tale om en leverandør af en lille størrelse, der er afhængig af det større dealsite. Det bør således være muligt at finde en løsning, der skaber bedre balance mellem risikooverførselens omkostninger og incitamentsskabens gevinst og samtidig sikre, at samarbejdet fortsætter.²¹⁴

En måde hvorpå parterne bedre kan dele risikoen, og dermed skabe incitamenter for leverandøren til at handle i overensstemmelse med dealsitets interesser, er, at indføre en regresadgang for dealsitet ex ante. Regres er et krav, som den erstatningsansvarlige part fremsætter mod en eller flere solidarisk erstatningsansvarlige parter om, at et betalt erstatningskrav skal refunderes.²¹⁵ Erstat-

²¹² Knudsen, Christian: *Erhvervsøkonomi: Virksomheden i et organisatorisk, økonomisk og strategisk belysning*, 2014, s. 218

²¹³ Se uddybende diskussion i afsnit 4.2.

²¹⁴ Bregn, Kirsten; *Principal-agent-teori – med særligt henblik på lønsystemer*, 2004, s. 10

²¹⁵ Eyben, Bo von og Isager, Helle; *Lærebog i erstatningsret*, 2015, s. 460

ningsansvarslovens § 25, stk. 1 indeholder følgende regel om de erstatningsansvarliges indbyrdes fordeling af erstatningskravet:

"Den indbyrdes fordeling af erstatningsbyrden mellem flere solidarisk ansvarlige foretages efter, hvad der under hensyn til ansvarets beskaffenhed og omstændigheder i øvrigt må anses for rimeligt."

Spørgsmålet er, om den indfriende part endeligt skal bære tabet, eller om tabet skal fordeles ved regres mellem den eller de øvrige erstatningsansvarlige parter, jf. erstatningsansvarslovens § 25, stk. 1. Der indrømmes som udgangspunkt regres til den indfriende part. Såfremt dette udgangspunkt ikke fandtes, ville den skadelidte part (forbrugeren) have mulighed for at gøre ansvaret gældende, hvor denne finder det passende ud fra personlige sympatier og antipatier.²¹⁶

I nærværende situation med et dealsite af en stor størrelse, der i udgangspunktet bærer al risiko, og en mindre leverandør, der umiddelbart ingen risiko bærer, vil det være muligt for dealsitet at indføre en regresadgang i kontrakten, såfremt leverandøren *free-rider* med hensyn til dealsitets ansvar over for forbrugeren. Dealsitet er dermed den indfriende part, der kan kræve regres af den eller de øvrige erstatningsansvarlige leverandører. Det kan overvejes, hvorvidt dealsitet og leverandøren i denne situation er solidarisk ansvarlige, eftersom det alene anses for at være leverandøren, der er skyld i et produkt produceret af dårlig kvalitet, hvilket forårsager forbrugers opfyldelses- eller mangelskrav. Dog er forretningsmodellen konstrueret således, at dealsitet er direkte aftalepart over for forbrugeren og dermed bærer al risikoen, hvorfor det som udgangspunkt er denne part, der hæfter for forbrugers tab i alle tilfælde og dermed er erstatningsansvarlig. Eftersom dealsitet ikke kan undlade at være ansvarlig over for forbrugeren som følge af forretningsmodellens konstruktion, er det derfor en mulighed at kræve regres af leverandøren, som må siges at være solidarisk erstatningsansvarlig i tilfælde af et mangelfuldt produceret produkt. Ved et dealsites regresadgang opstår der således en risiko for, at leverandøren skal afholde ekstraomkostninger ved en forbrugers opfyldelses- eller mangelskrav ud fra, hvad der anses som rimeligt henset til ansvarets beskaffenhed og øvrige omstændigheder, jf. erstatningsansvarslovens § 25, stk. 1. Det må derfor antages, at leverandøren ved dealsitets regresadgang vil tillægge kravet og de tilhørende omkostninger betydning. Ekstraomkostningerne formodes at være omkostninger, som leverandøren vil forsøge at undgå grundet antagelsen om leverandørens ønske om omkostningsminimering. Risikoen for et opfyldelses- eller mangelskrav og de dertilhørende ekstraomkostninger kan undgås ved at dealsitet indfører en regresadgang, der giver leverandøren incitament til ikke at udvise en opportunistisk adfærd og dermed ikke minimerer sine produktionsomkostninger, der ellers kan medføre produkter, som ikke lever op til forbrugernes forventninger. På denne måde kan dealsitet give leverandøren incitament til at

²¹⁶ Eyben, Bo von og Isager, Helle; *Lærebog i erstatningsret*, 2015, s. 460

handle i overensstemmelse med dets interesser. Dealsitet skal forsøge at udarbejde en incitamentsforenelig kontrakt, der kompenserer for de omkostninger, der opstår ved at indføre regres i kontrakten, eftersom regres skaber usikkerhed for den profit, som leverandøren var sikret i den oprindelige kontrakt uden dealsitets mulighed for indførelse af regres.²¹⁷

Muligheden for dealsitets regresadgang kan være at foretrække for leverandøren. Det skyldes, at delingen af risikoen kan anses som et udtryk fra leverandøren til dealsitet om, at vedkommende er villig til at dele risikoen, når en forbruger gør et opfyldelses- eller mangelskrav gældende over for dealsitet. Leverandøren anvender dealsitet som en alternativ distributionskanal frem for at anvende forhandlere eller selv lade forbrugerne opsøge leverandørens hjemmeside eller fysiske butik. En leverandør kan derfor se det som en fordel, at kravet rettes mod og håndteres af dealsitet og ikke af leverandøren selv, som på denne måde slipper for at være ansvarlig for aftalens indgåelse og opfyldelse. Der opstår ligeledes en større sandsynlighed for, at forbrugerne ved næste transaktion kontraherer direkte med leverandøren, når en forbruger første gang har handlet med leverandøren via dealsitet. Den alternative distributionskanal er på denne måde med til at skabe opmærksomhed vedrørende leverandørens produkt, hvilket på sigt kan medføre en stigning i salget heraf. Det kan dermed betale sig for leverandøren at lade risikoen dele parterne imellem og på den måde udvise loyalitet over for dealsitet. Ved at indføre en regresadgang for dealsitet kan der skabes gevinst for begge parter, eftersom leverandøren vil opnå incitamentet til at producere et kvalitetssikret produkt, der stemmer overens med dealsitets interesser, samt at dealsitet vil opleve færre opfyldelses- eller mangelskrav og derved færre ekstraomkostninger. Leverandøren pålægges dog en risiko ved at acceptere en kontrakt med en regresadgang. Dette er en risiko, som leverandøren ifølge teorien skal kompenseres for, såfremt dealsitet vil sikre, at leverandøren accepterer kontrakten.²¹⁸ Det vurderes, at leverandørens compensation vil bestå i, at dealsitet ikke vil ty til *blacklisting* som første reaktion, eftersom dealsitet har mulighed for at kunne kræve regres og samtidig bevare samarbejdet. Risikoen for *blacklisting* og en dertilhørende risiko for konkurs minimeres således, eftersom dealsitet som alternativ har mulighed for at kræve regres af leverandøren, såfremt vedkommende ikke lever op til forbrugerens forventninger og dealsitets interesser. Leverandøren vil derved acceptere denne kontrakt, eftersom alternativet er en kontrakt, hvor dealsitets første reaktion på opportunistisk adfærd er *blacklisting*, som kan føre til leverandørens konkurs. Dealsitet må som den indfriende part stille sig tilfreds med at skulle hæfte solidarisk med den også erstatningsansvarlige leverandør, hvilket er en højere omkostning end at have mulighed for at *blackliste* leverandøren og dermed fremadrettet slippe for opfyldelses- eller mangelskrav fra forbrugerne. Dealsitet må på denne baggrund afveje,

²¹⁷ Bregm, Kirsten; *Principal-agent-teori – med særligt henblik på lønsystemer*, 2004, s. 10

²¹⁸ Ibid

hvorvidt de forbundne omkostninger ved kompensationen til leverandøren er større eller mindre end den gevinst, der opstår som følge af leverandørens øgede incitament ved regresadgangen. Denne adgang lader dog til at skabe mulighed for et længerevarende samarbejde, eftersom parterne deler risikoen og dermed lever op til et af grundprincipperne i strategisk kontrahering.²¹⁹

3.2.2.4.1.3. Større profitandel til dealsitet som den ansvarlige part

Som en tredje løsning i forsøget på at udarbejde en incitamentsforenelig kontrakt og dermed sikre en optimal risikoallokering kan dealsitet kræve, at leverandøren betaler en større profitandel af salget for at skulle påtage sig rollen som pligtsubjekt og dermed i udgangspunktet bære al risikoen over for forbrugerne. Såfremt leverandøren ikke accepterer dette krav, vil alternativet hertil være, at dealsitet ikke ønsker at indlede et samarbejdsforhold på anden forretningsmodels præmisser, hvorved leverandøren mister en distributionskanal til at nå ud til en større kundekreds og øge sin omsætning. At lade leverandøren betale en større andel af profitten til dealsitet gør, at dealsitet har en større interesse i at indgå en sådan samarbejdsaftale, hvor det som udgangspunkt påtager sig al ansvar over for forbrugerne og samtidig har mulighed for at udnytte fordelene ved positive netværkseksternaliteter i denne forretningsmodel. I praksis er det en forudsætning at modtage en betydelig profitandel af salget, for at et dealsite har interesse i at benytte sig af anden forretningsmodel.²²⁰ Det skyldes, at det er omkostningsfuldt at påtage sig dette ansvar, idet det blandt andet kræver en stor kundeserviceafdeling, der kan tage sig af alle forbrugerreklamationerne og endvidere skal der foretages omfattende risikoanalyser af leverandørerne. Det er på denne baggrund en mulighed, at leverandøren betaler dealsitet en stor andel af salgets profit for at sikre, at dealsitet har interesse i at skulle benytte sig af denne forretningsmodel. Dette forhold løser dog ikke interessekonflikten mellem leverandøren og dealsitet. Såfremt interessekonflikten skal elimineres, er det en forudsætning, at leverandøren påføres en del af risikoen i forbindelse med forbrugerens opfyldelses- eller mangelskrav, hvilket ikke er tilfældet ved, at dealsitet lader leverandøren afgive en større andel af salgets profit. Leverandøren har således fortsat incitament til at *free-ride*, hvorfor dealsitet bør kombinere dette løsningsforslag med en regresadgang for at sikre incitamentsforenelighed samt en optimal risikoallokering.

²¹⁹ Petersen, Bent og Østergaard, Kim; *Reconciling formal contracts and relational governance through Strategic Contracting*, 2017, s. 26

²²⁰ Se bilag 1, spørgsmål 4

3.2.2.4.2. Fra konventionel til strategisk kontrahering

Som nævnt i afsnit 3.2.1.2.1. tages der i denne forretningsmodel udgangspunkt i et dealsite af en stor størrelse og en leverandør af en lille, således at risikoallokeringen stemmer overens med parternes respektive risikopræferencer. Dette medvirker, at der er mulighed for at udøve strategisk kontrahering.²²¹ I det tilfælde hvor parternes størrelser er omvendt, og dermed at dealsitet er af en lille størrelse og leverandøren af en stor, da er der ikke overensstemmelse mellem risikoallokeringen og risikopræferencerne, jf. afsnit 3.2.2.3.2. Risikoen skal i kontrakten forsøges allokeret ud fra parternes respektive risikopræferencer, for at der kan udøves strategisk kontrahering. Dette vil dog ikke være muligt i nærværende forretningsmodel, såfremt dealsitet er af en lille størrelse og leverandøren af en stor, eftersom risikoen som udgangspunkt tilfalder dealsitet, som i så fald anses for at være risikoavers. Parterne er dermed nødsaget til at allokere risikoen på anden vis for at undgå at udøve konventionel kontrahering, herunder at størstedelen af risikoen må allokere til leverandøren, hvilket er i overensstemmelse med første forretningsmodel, jf. afsnit 3.2.1.2.1. På denne måde kan der udøves strategisk kontrahering frem for konventionel kontrahering, som vil være tilfældet i anden forretningsmodel, jf. afsnit 3.2.2.3.2.

3.3. Delkonklusion

Et dealsite har direkte indflydelse på, hvorledes risikoen allokere mellem vedkommende selv og leverandøren, eftersom dealsitet enten kan vælge at opfylde betingelserne for et gyldigt vedtaget formidlerforbehold eller ej, jf. afsnit 2.4. Dealsitet kan således benytte sig af to forretningsmodeller, hvor leverandøren udgør pligtsubjekt i første forretningsmodel og dealsitet i anden forretningsmodel. Det betyder, at parterne hver især som udgangspunkt bærer al risiko i tilfælde af, at forbrugeren gør et opfyldelses- eller mangelskrav gældende. I første forretningsmodel anses leverandøren for at udgøre principal og dealsitet agent og modsatte gælder for anden forretningsmodel, jf. antagelserne om parterne i principal-agent-teorien. Første forretningsmodel indebærer den mulighed, at dealsitet umiddelbart ingen forpligtelser har over for forbrugeren i henhold til disses opfyldelses- eller mangelskrav, eftersom leverandøren bærer al risikoen. Det manglende ansvar giver dog anledning til, at dealsitet kan udøve opportunistisk adfærd i form af en aggressiv markedsføring, der kan medvirke en stigning i forbrugernes opfyldelses- eller mangelskrav. Den asymmetriske information anses som værende en udfordring for såvel dealsitet som leverandøren, eftersom asymmetrien i informationen kan resultere i en ikkeeksisterende kontrakt. Interessekonflikten kan løses ved at udarbejde en incitamentsforenelig kontrakt, der giver dealsitet incitamenter til at handle i overensstemmelse med

²²¹ Petersen, Bent og Østergaard, Kim; *Reconciling formal contracts and relational governance through Strategic Contracting*, 2017, s. 15

leverandørens interesser, hvorved leverandøren vil være villig til at indgå kontrakten. Risikoen kan påføres ved at true dealsitet med at *blacklistes*. Asymmetrisk information findes ligeledes at være en udfordring i anden forretningsmodel, hvor leverandøren kan *free-ride* på dealsitets ansvar og dermed minimere sine produktionsomkostninger for at opnå en højere profit, hvilket kan føre til flere opfyldelses- og mangelskrav, som dealsitet bærer risikoen for. Udfordringen kan løses på samme måde som i første forretningsmodel ved at udarbejde en incitamentsforenelig kontrakt, der skaber balance mellem risikooverførsels omkostninger og incitamentsskabets gevinst. Dealsitet kan skabe incitamenter ved at indføre en risiko for *blacklisting* eller en regresadgang, hvor sidstnævnte eventuelt kan kombineres med at lade leverandøren afstå en større andel af salgets profit til dealsitet. Begge forretningsmodeller medfører en mulighed for at udøve strategisk kontrahering, såfremt risikoallokeringen stemmer overens med parternes respektive størrelser og dermed deres risikopræferencer. Dog findes der tilsvarende en risiko for at udøve konventionel kontrahering i de tilfælde, hvor der netop ikke er sammenhæng mellem risikoallokeringen og de pågældende størrelser, som indikerer risikopræferencerne. Denne udfordring kan udelukkende løses, såfremt risikoen allokeres på anden vis, således at der er overensstemmelse mellem risikoallokeringen og parternes risikopræferencer. Endelig findes der i anden forretningsmodel yderligere en mulighed for dealsitet for at opnå stordriftsfordele som følge af, at der eksisterer positive netværkseksternaliteter, der giver anledning til positiv feedback i markedet. Dealsitet kan potentielt ende i en *virtuous cycle*, som i bedste fald kan føre til større markedsandele samtidig med, at andre aktører i markedet udkonkurreres.

Kapitel 4. Den optimale risikoallokering

I henhold til ovenstående analyse findes der både muligheder og udfordringer ved de to forretningsmodeller, som et dealsite kan vælge at benytte sig af. Et dealsite må afveje aspekterne i forretningsmodellerne for at vurdere hvilken forretningsmodel, der er mest profitabel. Det findes på denne baggrund relevant at undersøge den optimale risikoallokering og dermed hvilken forretningsmodel, et dealsite vil foretrække under hensyntagen til de resterende parter i trepartsforholdet.

4.1. Forretningsmuligheder i forhold til udfordringer

Et dealsites forretningsmuligheder og udfordringer forbundet med de to forretningsmodeller illustreres i overblikksform i følgende figur:

	Dealsitet bærer ingen risiko	Dealsitet bærer al risiko (pligtssubjekt)
Forretningsmuligheder	• Mulighed for at udøve strategisk kontrahering • Ingen forpligtelser	• Mulighed for at udøve strategisk kontrahering • Positiv feedback
Udfordringer	• Asymmetrisk information (dealsitets <i>hidden actions</i>) • Risiko for konventionel kontrahering	• Asymmetrisk information (leverandørens <i>hidden actions</i>) • Risiko for konventionel kontrahering

Figur 4.1: Overblik over forretningsmuligheder og udfordringer i forretningsmodellerne

Der findes umiddelbart forskellige forretningsmuligheder, men identiske udfordringer i de to forretningsmodeller. Udfordringerne skaber dog komplikationer på hver sin måde, eftersom den asymmetriske information i henhold til afsnit 3.2.1.3.1. og 3.2.2.3.1. viser sig at være udnyttet forskelligt afhængig af, hvem der i udgangspunktet bærer al risikoen. Samtidig afhænger risikoen for konventionel kontrahering af, hvilke størrelser henholdsvis dealsitet og leverandøren har, jf. afsnit 3.2.1.3.2. og 3.2.2.3.2. Udfordringerne har overordnet set samme løsningsforslag, men der er stor forskel på, hvor kompliceret og omkostningsfuldt det er at løse dem, jf. nedenstående diskussion i afsnit 4.2.

Dealsitets muligheder i de to forretningsmodeller afspejler, at dealsitet i henhold til teorien udelukkende har mulighed for at drage fordel af den positive feedback i markedet, såfremt denne aktivt påtager sig risikoen ved ikke at opfylde betingelserne i afsnit 2.4.1. og dermed benytte sig af anden forretningsmodel. Den positive feedback bidrager til at skabe stordriftsfordele, der medfører kon-

kurrencemæssige fordele, hvorfor denne effekt er positivt selvforstærkende.²²² Dealsitet har således mulighed for at ende i en *virtuous cycle*, såfremt der eksisterer positive netværkseksternaliteter, som giver anledning til den positive feedback. En tilstedeværelse af disse netværkseksternaliteter forudsætter, at dealsitet er af en stor størrelse, eftersom store netværk er mere attraktive for brugere i forhold til mindre netværk.²²³ Samtidig har størrelsen betydning i forhold til at kunne afholde ekstraomkostningerne forbundet med forbrugernes opfyldelses- eller mangelskrav. Dealsitet kan derfor udelukkende drage fordel af den positive feedback, hvis det er af en betydelig størrelse og har ressourcer til at hæfte for forbrugernes krav og endvidere findes attraktiv for brugerne af den digitale formidlingsplatform. Den positive feedback kan være med til at udkonkurrere andre aktører i markedet og samtidig øge værdien af platformen, hvilket udgør mere profitable forretningsmuligheder end i første forretningsmodel. Den positivt selvforstærkende effekt medvirker, at de svage aktører i markedet bliver endnu svagere.²²⁴ Det kan på denne baggrund overvejes, hvorvidt et dealsite, der ikke påtager sig risikoen for forbrugernes opfyldelses- og mangelskrav, kan ende i en *vicious cycle* og derved blive en svag aktør i markedet med øget risiko for at måtte erklære sig konkurs. I så fald må denne tendens anses for værende en udfordring for dealsitet, når det ingen risiko har allokeret til sig, hvilket er tilfældet i første forretningsmodel. Udfordringen er svær at finde en løsning på, eftersom det i første forretningsmodel forudsættes at dealsitet er af en lille størrelse og dermed ikke har mulighed for at gøre brug af netværkseksternaliteter, der kan føre til den positive feedback. Såfremt dealsitet skal have mulighed for at gøre nytte af denne profitable situation i første forretningsmodel, er det en forudsætning, at dealsitet er af en stor størrelse, hvilket dog i henhold til afsnit 3.2.1.3.2. vil medvirke, at der foreligger konventionel kontrahering. Samtidig må dealsitet aktivt foretage en række andre tiltag, der kan positionere det til at ende i en *virtuous cycle*.

At et dealsite ikke påtager sig risiko, og dermed benytter sig af første forretningsmodel, kan resultere i, at den eller de konkurrerende aktører foretager en række tiltag og på denne måde drager fordel af den tilstedeværende positive feedback. Såfremt en konkurrent vælger at benytte sig af anden forretningsmodel, vil denne påtage sig rollen som pligtssubjekt, hvilket resulterer i en stærkere position grundet tilstedeværelsen af positive netværkseksternaliteter i markedet, forudsat at konkurrenten er af en stor størrelse. Dealsitet, der derimod ikke påtager sig risikoen, og dermed benytter sig af første forretningsmodel, vil som følge heraf blive svagere, jf. afsnit 3.2.2.2.2. Det skyldes, at der er mangel på tiltag, der gør det muligt at drage fordel af de positive netværkseksternaliteter, som giver anledning til den positive feedback, der eksisterer i markedet for dealsites. Omvendt er det en fordel

²²² Shapiro, Carl og Varian, Hal R.; *Information Rules*, 1999, s. 176-180

²²³ Ibid, s. 183

²²⁴ Ibid, s. 176

for dealsitet, at der ikke medfølger forpligtelser i første forretningsmodel, eftersom det i udgangspunktet ikke har nogen risiko allokeret til sig.

Det kan på baggrund af ovenstående konstateres, at der eksisterer særligt profitable forretningsmuligheder for dealsitet i anden forretningsmodel, eftersom den påtagne risiko kan medføre stordriftsfordele, som i bedste fald kan føre til, at det pågældende dealsite opnår større markedsandele og dermed udkonkurrerer andre aktører i markedet. Første forretningsmodel indebærer muligheden for, at dealsitet kan minimere sine forpligtelser over for henholdsvis forbrugere og leverandører, hvilket ikke er en mulighed, der eksisterer i anden forretningsmodel. Dog kan første forretningsmodel medføre mistede markedsandele som følge af den manglende pådragelse af risiko, eftersom al risikoen allokeres til leverandøren, der står tilbage med ansvaret over for forbrugerne uanset dealsitets uforenelige incitamenter. Leverandøren har dog mulighed for at påføre dealsitet incitamenter og dermed en del af risikoen, jf. afsnit 3.2.1.4.1.

Begge forretningsmodeller indeholder en mulighed for at udøve strategisk kontrahering og en risiko for at udøve konventionel kontrahering. I denne sammenhæng har dealsitets og leverandørens størrelser betydning, ligesom det har betydning, hvorvidt parterne ønsker et kort- eller langvarigt samarbejde, hvilket analyseres nedenfor.

4.2. Konventionel versus strategisk kontrahering

Leverandøren fandtes i første forretningsmodel at udgøre principal og dealsitet agent og lige modsat gør sig gældende i anden forretningsmodel, hvor dealsitet er principal og leverandøren er agent, jf. afsnit 3.2.1.1. og 3.2.2.1. I første forretningsmodel er al risikoen allokeret til leverandøren. I denne sammenhæng er der mulighed for at udøve strategisk kontrahering, såfremt risikoallokeringen stemmer overens med parternes respektive størrelser, der indikerer risikopræferencerne.²²⁵ Omvendt er der risiko for udøvelse af konventionel kontrahering, hvis der ikke er overensstemmelse mellem risikoallokeringen og risikopræferencerne.²²⁶ Den samme mulighed og risiko gør sig gældende i anden forretningsmodel, hvor dealsitet bærer al risikoen.

Såfremt dealsitet i første forretningsmodel er af en stor størrelse, vil det have mulighed for at sprede sin risiko fordelt ud på et stort antal leverandører og må dermed anses for værende risikoneutral. Leverandørens mindre størrelse medvirker en begrænset mulighed for at sprede dets risiko, hvorfor denne anses for at være risikoavers, jf. afsnit 3.2.1.3.2. Modsætningsvis vil et dealsite af en lille

²²⁵ Petersen, Bent og Østergaard, Kim; *Reconciling formal contracts and relational governance through Strategic Contracting*, 2017, s. 15

²²⁶ Ibid, s. 14

størrelse i anden forretningsmodel være afhængig af den større leverandør, der kan sprede sin risiko ud på forskellige dealsites eller andre distributionskanaler. I denne situation vil dealsitet anses for værende risikoavers og leverandøren risikoneutral, hvilket betyder, at risikoallokeringen i begge modeller ikke er fordelt i henhold til parternes risikopræferencer, eftersom risikoen i så fald er allokeret til den part, der er risikoavers. Der vil derfor være tale om konventionel kontrahering. Konventionel kontrahering handler overordnet set om egen risikosikring, således at parterne i videst muligt omfang forsøger at overføre forskellige typer af risici til medkontrahenten.²²⁷ At risikoen er allokeret til den risikoaverse part udtrykker på denne baggrund, at den risikoneutrale part udelukkende fokuserer på at sikre egen risiko, hvorefter medkontrahenten påføres al risiko og ansvar trods sin risikoaverse profil. Dette må siges at være tilfældet, når risikoallokeringen i forretningsmodellerne ikke er i overensstemmelse med parternes risikopræferencer grundet deres respektive størrelser. Den eneste måde, hvorpå udfordringen kan løses, er at allokere risikoen på anden vis og lade den risikoneutrale part bære en del heraf og dermed udøve strategisk kontrahering, eftersom risikoen således vil være allokeret i overensstemmelse med parternes risikopræferencer.

Strategisk kontrahering lægger op til et længerevarende samarbejde, hvor parterne fokuserer på fælles værdiskabelse.²²⁸ Der er som nævnt mulighed for at udøve strategisk kontrahering i begge forretningsmodeller, såfremt risikoallokeringen stemmer overens med parternes risikopræferencer. Strategisk kontrahering kan således udøves, når parterne allokere størstedelen af risikoen til den risikoneutrale part i forholdet, hvilket lægger op til, at der opnås et længerevarende samarbejde. Udgangspunktet i formidlerforhold er, at formidleren i overensstemmelse med princippet om kontraktens relativitet ikke er direkte aftalepart og dermed ikke pligtsubjekt over for forbrugeren. Det betyder, at et dealsite som formidler ikke bærer nogen risiko, hvorfor første forretningsmodel som udgangspunkt er den forretningsmodel, der bør gøre sig gældende. Såfremt dealsitet bevidst undlader at opfylde betingelserne i afsnit 2.4.1., der ellers skal opfyldes for ikke at indtræde i rollen som pligtsubjekt, da påtager dealsitet sig aktivt risikoen over for forbrugeren. Der er derfor tale om bevidst risikodeling, hvor dealsitet fokuserer på forretningsmulighederne i at være pligtsubjekt og samtidig tager højde for parternes risikopræferencer, hvorefter der kontraheres strategisk. I anden forretningsmodel tages der udgangspunkt i, at dealsitet udgør en betydelig størrelse og leverandøren en lille, hvilket giver dealsitet mulighed for at udnytte de positive netværkseksternaliteter, der giver anledning til positiv feedback i markedet og på den måde opnå stordriftsfordele, som kan medvirke andre aktørers mistede markedsandele, jf. figur 3.6.

²²⁷ Østergaard, Kim; *Relevansen af interdisciplinær forskning og empiri i samfundsvidenskaben* i Retfærd årgang 37, nr. 3/146, 2014, s. 6

²²⁸ Petersen, Bent og Østergaard, Kim; *Reconciling formal contracts and relational governance through Strategic Contracting*, 2017, s. 8

Trods muligheden for at udøve strategisk kontrahering i begge forretningsmodeller følger ligeledes en række udfordringer. I første forretningsmodel er der en risiko for, at dealsitet markedsfører leverandørens produkter på en aggressiv måde, hvilket kan give forbrugeren grund til at have urealistiske forventninger til produktet. Dette kan skabe en øget risiko for leverandøren i form af opfyldelses- eller mangelskrav fra forbrugeren. Dealsitet har i denne forretningsmodel mulighed for at udvise en opportunistisk adfærd og *free-ride* på leverandørens ansvar, eftersom dealsitets profit er sikret, når produktet er formidlet til forbrugeren. Det er dermed leverandøren, der står tilbage med al risikoen. Udfordringen vedrørende *hidden action* kan løses ved at udarbejde en incitamentsforenelig kontrakt, der giver dealsitet incitamenter til at handle i overensstemmelse med leverandørens interesser, hvorved leverandøren således vil være villig til at indgå kontrakten og samtidig skal dealsitet kompenseres for de omkostninger, der er forbundet med den ekstra risiko, der indføres i incitamentskontrakten. Leverandøren kan på denne baggrund true dealsitet med at blive *blacklistet*, såfremt produktet ikke stemmer overens med forbrugernes forventninger grundet en forventnings-skabende og aggressiv markedsføring. I tilfælde af at dealsitet ikke vil acceptere risikoen ved *blacklisting*, vil det være vanskeligt for leverandøren at se fordelene i at samarbejde med dealsitet. I denne forretningsmodel er der netop tale om en leverandør af en stor størrelse, hvorved leverandøren blot kan anvende andre distributionskanaler, såfremt denne ikke ser fordelene ved at indgå et samarbejde med det lille dealsite. Dealsitets alternativ vil derfor være en ikkeeksisterende samarbejdsaftale med leverandøren. Samarbejdsaftalen baseret på incitamentskontrakten må således anses for at være dealsitets compensation, eftersom det giver dealsitet en højere profit at sikre en samarbejds-aftale end den situation, hvor denne er ikkeeksisterende. På denne måde pålægges dealsitet en del af risikoen i et forsøg på at udarbejde en incitamentsforenelig kontrakt. Spørgsmålet er dog, hvorvidt denne løsning lægger op til et længerevarende samarbejde, eftersom det skaber mistillid parterne imellem. Det kan overvejes, om en regresadgang alternativt kan indføres for at løse incitamentsproblemet, da det kan skabe incitamenter for dealsitet og lægger op til et længerevarende samarbejde, jf. afsnit 3.2.2.4.1.2. Leverandøren anses dog som ressourcestærk og kan dermed indhente profitten på egen hånd eller opnå en større kundekreds ved anvendelse af alternative distributionskanaler. Grundet leverandørens store størrelse og dennes mulighed for at overleve uden et dealsite af en lille størrelse, vurderes det, at leverandøren ingen interesse har i at håndtere besværet med at kræve regres.

I anden forretningsmodel anses det ligeledes som en udfordring, at der foreligger asymmetrisk information i form af *hidden action*. Her har leverandøren mulighed for at *free-ride* på dealsitets ansvar over for forbrugeren og dermed minimere sine produktionsomkostninger, således at produkterne produceres på billigste vis, hvilket øger risikoen for, at produktet lider af en mangel. Leveran-

døren opnår en højere profit ved at minimere produktionsomkostningerne, men denne forringelse skaber ekstraomkostninger, der tilfalder dealsitet. Den samme løsning som i første forretningsmodel gør sig gældende, hvilket vil sige, at dealsitet skal udarbejde en kontrakt, der forener parternes incitamenter. Der findes flere måder at udarbejde kontrakten på, som diskuteres nedenfor.

Først og fremmest kan dealsitet indføre muligheden for at kunne *blackliste* leverandøren i de tilfælde, hvor der *free-rides*. At *blackliste* en leverandør betyder, at samarbejdet brydes, hvilket ikke stemmer overens med grundprincipperne i strategisk kontrahering, men nærmere konventionel kontrahering. Det er en væsentlig risiko at pålægge leverandøren incitamenter og det findes svært at kompensere herfor, eftersom det genererer en form for mistillid, at der eksisterer en risiko for at blive *blacklistet*. I praksis viser det sig dog, at leverandører generelt *blacklistes* af dealsites, såfremt de ikke lever op til dealsitets forventninger og risikoberegninger.²²⁹ Det gælder dermed også i tilfælde, hvor første forretningsmodel finder anvendelse. Risikoen for at blive *blacklistet* må således altid være til stede, når en leverandør ikke handler i overensstemmelse med dealsitets interesser.

Som en anden løsning på udfordringen vedrørende leverandørens *free-riding* i anden forretningsmodel fremhæves dealsitets regresadgang. Dealsitet har mulighed for at indføre denne adgang i kontrakten, således at leverandøren skal betale regres, såfremt vedkommende anses for solidarisk erstatningsansvarlig, hvilket må siges at være tilfældet, når der er produceret et mangelfuldt produkt. Dealsitet har mulighed for at kræve fuld regres af leverandøren, såfremt leverandøren henset til ansvarets beskaffenhed og de øvrige omstændigheder anses for værende udelukkende ansvarlig for misligholdelsen, jf. erstatningsansvarslovens § 25, stk. 1. Denne løsning lægger dog op til konventionel kontrahering, eftersom dealsitet i så fald overfører al risikoen til den mindre leverandør, der anses for at være risikoavers. En adgang til at kræve fuld regres findes på denne baggrund ikke at medføre en optimal risikoallokering.

Som nævnt i afsnit 3.2.2.4.1.2. er regresadgang en mindre restriktiv måde at skabe incitamenter for leverandøren på i forhold til *blacklisting*. Det skyldes, at der ved indførelse af en regresadgang er mindre risiko for at leverandøren potentielt går konkurs som følge af, at denne *blacklistes* af dealsitet. Ligeledes minimeres risikoen for at samarbejdet ophører. Regres lægger op til bevidst risikodeling imellem parterne, når leverandøren er solidarisk erstatningsansvarlig, hvilket vil være tilfældet, når leverandøren *free-rides* på dealsitets ansvar og dermed producerer mangelfulde produkter. Leverandøren kan via regresadgangen opnå de rette incitamenter til at producere et kvalitetssikret produkt, som stemmer overens med dealsitets interesser. Leverandøren vil som agent kræve en kompensation for den pålagte risiko regresadgangen medfører i incitamentskontrakten. Denne

²²⁹ Se bilag 1, spørgsmål 3

komensation er som beskrevet i afsnit 3.2.2.4.1.2., at dealsitet ikke vil *blackliste* leverandøren som første reaktion, da muligheden for at kræve regres mindsker denne risiko og samtidig bevarer samarbejdet mellem parterne, som anses for fordelagtigt for begge parter. Leverandøren har således en mindsket risiko for at blive *blacklistet* af dealsitet og dermed minimeres risikoen for en eventuel konkurserklæring. Delingen af risikoen ved regresadgang skaber incitamentsforenelighed og gør, at dealsitet finder det attraktivt at påtage sig rollen som pligtsubjekt og dermed benytte sig af anden forretningsmodel, som begge parter kan nyde godt af, jf. dealsitets forretningsmuligheder i afsnit 3.2.2.2. og leverandørens begrænsede risiko. Den bevidste risikodeling lægger op til et længerevarende samarbejde, hvorfor der udøves strategisk kontrahering ved at udarbejde denne incitamentsforenelige kontrakt, der skaber balance mellem risikooverførsels omkostninger og incitamentsskabens gevinst.

I henhold til afsnit 3.2.2.4.1.3. er der som et sidste løsningsforslag, for at sikre en optimal risikoallokering, mulighed for at lade leverandøren betale en større andel af salgets profit til dealsitet. Det vil sige, at hvis dealsitet eksempelvis som udgangspunkt opnår 20 % af profitten i første forretningsmodel, kan leverandøren sætte profitten op til 40 % og lade dealsitet påtage sig risikoen i henhold til anden forretningsmodel. Leverandøren får dermed en profitabel aftale ved at slippe for at være ansvarlig for forbrugernes opfyldelses- eller mangelskrav. Det manglende ansvar kan dog ligeledes medvirke *free-riding*, hvorfor det bør overvejes at kombinere regresadgangen med nærværende løsningsforslag. Kombinationen vil bidrage til, at dealsitet opnår incitamenter til aktivt at undlade at opfylde betingelserne i afsnit 2.4.1. og dermed benytte sig af anden forretningsmodel sammenholdt med forretningsmulighederne i afsnit 3.2.2.2. Leverandøren opnår tillige incitamenter til at handle i overensstemmelse med dealsitets interesser, eftersom alternativet findes at være en risiko for *blacklisting* og subsidiært en ikkeeksisterende samarbejdsaftale på præmisserne i anden forretningsmodel, hvorefter der udelukkende er mulighed for at benytte sig af første forretningsmodel, som er udgangspunktet i dansk ret. I henhold til afsnit 3.2.1.4.1. vil leverandøren i første forretningsmodel stå tilbage med størstedelen af ansvaret over for forbrugerne og risikoen vil i så fald ikke være allokeret i henhold til parternes risikopræferencer, idet der i nærværende situation tages udgangspunkt i et dealsite af en stor størrelse og en leverandør af en lille. Kompensationen for leverandørens påtagne risiko anses således for at være den højere profit, der opnås som følge af den begrænsede risiko i anden forretningsmodel frem for den oprindelige kontrakt, hvor dealsitet bærer al risiko og dermed ikke vil acceptere.

Som nævnt i afsnit 3.2.2.4.1.3. er det ikke muligt at befinde sig i anden forretningsmodel, såfremt dealsitet ikke kompenseres for den påtagne risiko. Udfordringen er dog, at det i praksis kan være svært for leverandører af mindre størrelser at afstå en væsentlig andel af profitten til dealsitet.

Dealsitet Sweetdeal finder sig nødsaget til at kræve denne større profitandel af de større og loyale leverandører, som har ressourcer til at kompensere dealsitet for at bære størstedelen af risikoen.²³⁰

Det er derfor ikke nødvendigvis ligetil at benytte sig af anden forretningsmodel i praksis, såfremt der tages udgangspunkt i leverandører af små størrelser overfor større dealsites, som er tilfældet i afhandlingen. Dog må der kunne findes en løsning på at lade leverandører af små størrelser afholde en lidt større andel af profitten end i første forretningsmodel og samtidig lade dealsitet have regresadgang. At lade leverandøren afgive en større profitandel til dealsitet i forhold til, hvad dealsitet ellers kan opnå ved at benytte sig af første forretningsmodel, er et udtryk for bevidst risikodeling, hvor der tages højde for parternes risikopræferencer og samtidig skabes incitamenter for leverandøren til at handle i overensstemmelse med dealsitets interesser ved at påføre risiko i form af afgivelse af en højere andel af salgets profit og eventuelt dealsitets regresadgang. Parterne udøver på denne baggrund strategisk kontrahering ved bevidst at dele risikoen, eftersom der opnås fælles værdiskabelse og vedvarende konkurrencemæssige fordele.²³¹

På baggrund af ovenstående diskussion viser det sig, at der er mulighed for at udøve strategisk kontrahering i begge forretningsmodeller. Anden forretningsmodel indebærer dog mere profitable forretningsmuligheder for dealsitet end første forretningsmodel i form af muligheden for at opnå stordriftsfordele grundet den positive feedback i markedet. Samtidig kan anden forretningsmodels udfordring vedrørende leverandørens *free-riding* løses ved bevidst at dele risikoen ved dealsitets regresadgang og på den måde skabe incitamenter for leverandøren til at handle i overensstemmelse med dealsitets interesser. Leverandøren kompenseres for denne påtagne risiko ved at opnå en højere profit i incitamentskontrakten end i den oprindelige kontrakt, som dealsitet ikke vil acceptere, da det i så fald bærer al risikoen i tilfælde af, at forbrugeren gør et opfyldelses- eller mangelskrav gældende. Dealsitet skal i henhold til praksis ligeledes tildeles en større profitandel af salget ved at påtage sig størstedelen af risikoen.²³² På baggrund af disse muligheder, og forudsat at dealsitet er af en stor størrelse og leverandøren af en lille, lægger anden forretningsmodel op til at udøve strategisk kontrahering, ligesom den findes mest profitabel for dealsitet. Der skal i det følgende afsnit ses nærmere på, hvilke tanker direktøren af Sweetdeal gør sig om anvendelsen af anden forretningsmodel i praksis.

²³⁰ Se bilag 1, spørgsmål 2

²³¹ Petersen, Bent og Østergaard, Kim; *Reconciling formal contracts and relational governance through Strategic Contracting*, 2017, s. 8

²³² Se bilag 1, spørgsmål 4

4.3. Anden forretningsmodel i praksis

Sweetdeal er som nævnt Danmarks største dealsite, hvorfor de anses for at have ressourcer og kapacitet til potentielt at kunne opnå de profitable muligheder analyseret i afsnit 3.2.2.2. Sweetdeal oprettede for år tilbage et dealsite, der benyttede sig af anden forretningsmodel og dermed havde mulighed for at opnå de ovenfor oplistede fordele. Dette understøtter, at det netop udelukkende er store dealsites, der kan drage fordel af positive netværkseksternaliteter ved at påtage sig risikoen, jf. afsnit 3.2.2.2.1.²³³ Direktøren af Sweetdeal, Morten Boe Andersen, udtrykker det således:

*"Vi forsøgte os ellers med at handle som leverandør for år tilbage, hvor vi oprettede et andet dealsite som formidlingsplatform. Det måtte vi dog lukke, fordi vi lå inde med et stort varelager, som vi ikke kunne skille os af med. Vi har taget et aktivt valg om at have en forretningsmodel, hvor vi har begrænset risiko og der findes helt sikkert fordele ved at påtage sig ansvaret, men det medfører ligeledes en øget risiko og det er ekstremt omkostningsfuldt."*²³⁴

Morten Boe Andersens udtalelse kan klassificeres som Sweetdeals afprøvelse af anden forretningsmodel, hvor det oprettede dealsite påtog sig rollen som pligtssubjekt over for forbrugeren. Dealsitet afprøvede denne forretningsmodel, idet de vurderede, at forretningsmulighederne oversteg udfordringerne og de derved kunne opnå en øget profit ved at påtage sig al risikoen. Dog viste det sig, at det var for omkostningsfuldt at brænde inde med et stort varelager, som de ikke kunne afsætte det til forbrugerne. Den pågældende samarbejdsaftale med leverandøren afspejlede ikke den påtagede risiko, hvorfor dealsitet skulle have opnået en større profit af leverandøren, for at anden forretningsmodel ville være økonomisk rentabel. Det tyder således på, at dealsitet og leverandøren ikke har kontraheret strategisk. Parterne kunne have forsøgt risikoen allokeret mere optimalt ved ikke at lade dealsitet betale for produkterne på forhånd eller alternativt have fået en højere pris for netop at være i besiddelse af produkterne med risikoen for ikke at kunne afsætte dem. Som Morten Boe Andersen udtrykker, findes der fordele ved at benytte sig af anden forretningsmodel, men disse skal opvejes af den medfølgende risiko og omkostningerne herved. Samtidig er det en forudsætning, at der kontraheres strategisk, således at risikoen er allokeret efter parternes risikopræferencer, der giver anledning til et langvarigt samarbejde.

²³³ Shapiro, Carl og Varian, Hal R.; *Information Rules*, 1999, s. 183

²³⁴ Se bilag 1, spørgsmål 1

4.4. Det juridiske risikobegreb

I relation til ovenstående afsnit findes der løsninger, der indebærer profitable muligheder for dealsitet og som endvidere lægger op til udøvelse af strategisk kontrahering, hvor parterne på forskellig vis kan dele risikoen og på den måde begge opnå profit ved at indgå i et samarbejde. Det er dog interessant at undersøge, om der findes nogle begrænsninger for, hvordan risikoen bør allokeres i henhold til det juridiske risikobegreb.

Det juridiske risikobegreb knytter sig til det tilfælde, at en part ikke kan rette et krav mod en anden part som følge af en uforudset og tabsgivende hændelse.²³⁵ At bære risikoen betyder således, at den pågældende part bærer smerten og dermed eventuelle omkostninger som følge af hændelsen. I nærværende situation er dealsitet og leverandøren selv berettiget til at tage stilling til, hvorledes de kendte risici skal allokeres ved indgåelse af kontraktforholdet, hvilket er i overensstemmelse med det almindelige aftaleretlige princip vedrørende aftalefrihed, jf. DL 5-1-1 og 5-1-2 samt aftalelovens § 1. Det betyder således, at parterne kan allokere risikoen som de vil og der dermed ikke findes nogen begrænsninger for, hvorledes dette bør gøres. Eftersom parterne i henhold til de to forretningsmodeller selv allokere risikoen ud fra de respektive muligheder og udfordringer, findes det ikke relevant at se nærmere på, hvem af parterne der er nærmest til at bære risikoen. Det skal i følgende afsnit undersøges, hvad den optimale risikoallokering er henset til de juridiske og økonomiske muligheder og begrænsninger, der er gennemgået igennem afhandlingen.

4.5. Den optimale risikoallokering baseret på de juridiske og økonomiske muligheder og begrænsninger

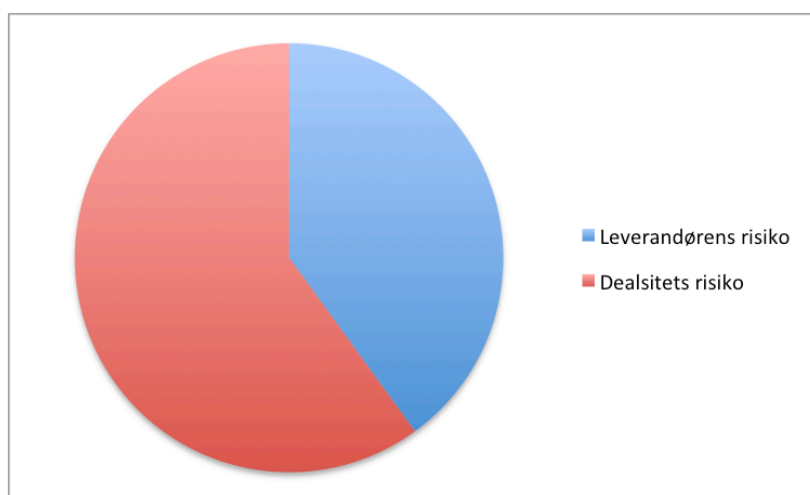
Igennem afhandlingen har dealsitet som virksomhed været omdrejningspunktet, men det findes nødvendigt at inddrage leverandørens og forbrugerens perspektiv for at opnå en helhedsvurdering af, hvilken risikoallokering der er at foretrække i forholdet mellem et dealsite og en leverandør. Risikoallokeringen anses alene for værende optimal, såfremt der tages højde for de juridiske og økonomiske muligheder og begrænsninger, der eksisterer i trepartsforholdet. Der vil således anvendes et interdisciplinært perspektiv, hvor afhandlingens hidtil juridiske og økonomiske resultater inddrages til vurderingen heraf.

Den juridiske analyse fremlagde tre kumulative betingelser, der skal tages i betragtning og opfyldes af et dealsite, såfremt denne ønsker at benytte sig af første forretningsmodel. Dette bør i særdeles-

²³⁵ Andersen, Mads B. og Lookofsky, Joseph; *Lærebog i obligationsret I*, 2015, s. 145

hed tages i betragtning, når der er tale om et dealsite af en lille størrelse, der ikke har ressourcer til at påtage sig rollen som pligtsubjekt og dermed som udgangspunkt bærer al risikoen. Såfremt et dealsite er af en stor størrelse, indebærer anden forretningsmodel flere profitable muligheder end første forretningsmodel. Samtidig er anden forretningsmodel mere gennemskuelig for forbrugeren, eftersom det udelukkende er dealsitet, forbrugeren skal rette henvendelse til i forbindelse med aftalens indgåelse og opfyldelse. Endelig bærer leverandøren mindre risiko i anden forretningsmodel sammenlignet med første forretningsmodel, eftersom dealsitet som udgangspunkt har allokeret al risiko til sig.

Det viste sig i afsnit 3.2.1.2.1. og 3.2.2.2.1., at der er mulighed for at udøve strategisk kontrahering, såfremt risikoen er allokeret i henhold til parternes risikopræferencer, hvilket der ikke foreligger nogle juridiske begrænsninger for, jf. afsnit 4.4. Det betyder, at dealsitet skal bære størstedelen af risikoen i anden forretningsmodel, eftersom denne part anses for at være af en stor størrelse og dermed har mulighed for at sprede sin risiko i højere grad end den lille leverandør. Risikoen bør derfor i henhold til de fremlagte økonomiske resultater allokeres således, at dealsitet bærer størstedelen af risikoen, såfremt dealsitet er af en stor størrelse og leverandøren af en lille. En sådan risikoallokering er illustreret i følgende figur.



Figur 4.2: Den optimale risikoallokering mellem dealsitet og leverandøren

Risikoen vurderes allokeret optimalt ved at lade leverandøren afgive en større profitandel til dealsitet, som stemmer overens med, hvad der blandt andet ses i praksis.²³⁶ Dette bidrager til kompensationen af dealsitets risiko ved i udgangspunktet at påtage sig al ansvaret i anden forretningsmodel. Dog vurderes en større profitandel ikke at løse interessekonflikten, eftersom denne løsning ikke

²³⁶ Se bilag 1, spørgsmål 2

forener leverandørens incitamenter med dealsitets interesser. Der bør derfor ligeledes indføres en regresadgang for dealsitet.

Såfremt dealsitet benytter sig af anden forretningsmodel og dermed bliver pligtsubjekt, følger der som nævnt en række profitable muligheder. Dealsitets virke som pligtsubjekt giver dog anledning til nogle juridiske begrænsninger, som er omdiskuteret i afsnit 2.5. Disse består i, at forbrugeren afskæres fra at påberåbe sig afhjælpning og omlevering ved en aftale om henholdsvis en løsøregenstand eller en tjenesteydelse. Ophævelse vurderes ikke at være en mulighed ved en tjenesteydelsesaftale, men det anses som praktisk muligt, når der er tale om en løsøregenstand. At forbrugeren har mulighed for at påberåbe sig ophævelse i forbindelse med en væsentlig mangelfuld løsøregenstand anses dog for uhensigtsmæssigt i praksis, eftersom dealsitet ikke er realdebitor og dermed ikke har interesse i at være i besiddelse af genstanden, som leverandøren har leveret. På baggrund heraf har forbrugeren i praksis således kun mulighed for at påberåbe sig økonomisk kompensation i form af forholdsmæssigt afslag og/eller erstatning. I henhold til U.2016.1062Ø er spørgsmålet, om påberåbelsen reelt er begrænset til erstatning. Denne udfordring anses for at kunne løses ved, at forbrugeren ikke oplever en anledning til at gøre misligholdelsesbeføjelser gældende. Leverandøren skal således være i besiddelse af tilstrækkelige incitamenter til at handle i overensstemmelse med dealsitets interesser og på den måde eliminere den asymmetriske information, der giver leverandøren mulighed for at udøve opportunistisk adfærd i form af *free-riding*.²³⁷ Såfremt dealsitet formår at løse incitamentsproblemet, kan det medføre en minimeret risiko for, at forbrugeren gør et opfyldelses- eller mangelskrav gældende. Dealsitet er nødt til at sikre sig, at leverandøren har tilstrækkelige incitamenter, således at der ikke er behov for at dealsitet skal udøve misligholdelsesbeføjelser. I så fald vil anden forretningsmodel med en indført regresadgang og leverandørens større afgivne profitandel være optimal for alle i trepartsforholdet.

Uagtet at anden forretningsmodel i henhold til ovenstående analyse anses som profitabel for alle parter, findes det dog urealistisk, at forbrugeren ikke gør misligholdelsesbeføjelser gældende i praksis. Det skyldes, at der ofte forekommer eksogene faktorer, som parterne ikke kan tage højde for, uanset at incitamenterne er forenelige. Dealsitet kan således ikke undgå, at forbrugeren før eller siden støtter ret på bestemmelserne om misligholdelsesbeføjelser i købelovens §§ 78 og 80 og som følger af obligationsrettens almindelige del. Bestemmelserne i købeloven er til for at beskytte forbrugeren i forbruger køb, jf. de almindelige bemærkninger i lovforslaget om ændring af købeloven.²³⁸ I praksis kan forbrugeren udelukkende gøre brug af erstatningsbeføjelsen i købelovens § 80, såfremt dealsitet er pligtsubjekt, hvilket resulterer i, at funktionen af købelovens § 78, stk. 1, nr. 1 og 2, samt

²³⁷ Bregn, Kirsten; *Principal-agent-teori – med særligt henblik på lønsystemer*, 2004, s. 9

²³⁸ LFF 1978-12-15 nr. 119 om ændring af købeloven

de tilsvarende misligholdelsesbeføjelser i obligationsrettens almindelige del, må anses som nytteløse. Endvidere anses købelovens § 78, stk. 1, nr. 4 som nytteløs, eftersom ophævelse vurderes at være uhensigtsmæssig for dealsitet. Benytter dealsitet sig af anden forretningsmodel, afskæres det dermed fra at kunne opfylde forbrugernes ønsker om andre misligholdelsesbeføjelser end økonomisk kompensation i form af forholdsmæssigt afslag og/eller erstatning, hvorved misligholdelsesbeføjelsernes formål svækkes i forbindelse med et forbruger køb. Dealsitet bør på denne baggrund overveje, hvorvidt det har tilstrækkelige ressourcer til udelukkende at kunne udøve misligholdelsesbeføjelser i form af forholdsmæssigt afslag og/eller erstatning. Endvidere bør det tage stilling til, om de profitable forretningsmuligheder opvejer den betydelige risiko og omkostningerne forbundet med at påtage sig ansvaret over for forbrugerne.²³⁹

I henhold til ovenstående vurderes det, at anden forretningsmodel, med indførelse af dealsitets regresadgang og opnåelse af en større andel af profitten ved salget, er den optimale risikoallokering henset til dealsitets forretningsmuligheder og udfordringer. Denne risikoallokering er dog udelukkende optimal, såfremt dealsitet er af en stor størrelse og dermed har tilstrækkelige ressourcer til at påtage sig størstedelen af ansvaret. Forbrugeren har reelt kun en mulighed for at opnå forholdsmæssigt afslag og/eller erstatning som de eneste misligholdelsesbeføjelser. Forbrugerbeskyttelsen udfordres i denne sammenhæng, eftersom forbrugeren afskæres fra at kunne gøre de resterende misligholdelsesbeføjelser gældende og risikoallokeringen i anden forretningsmodel anses derfor ikke som hensigtsmæssig for forbrugeren. Risikoallokeringen er således ikke nødvendigvis optimal for forbrugeren, uagtet at den findes optimal for dealsitet og leverandøren.

4.6. Delkonklusion

Anden forretningsmodel indebærer mere profitable muligheder for dealsitet end tilfældet i første forretningsmodel, eftersom dealsitets aktive påtagelse af al risikoen i anden forretningsmodel kan give anledning til en øget efterspørgsel fra forbrugere og leverandører. Dette kan medføre stordriftsfordele for dealsitet og i bedste fald overtagelse af større markedsandele, hvorefter andre aktører mister markedsandele, forudsat at dealsitet er af en stor størrelse og leverandøren af en lille. Der er endvidere tale om bevidst risikodeling i anden forretningsmodel, såfremt et dealsite af en stor størrelse aktivt påtager sig risikoen ved at undlade at opfylde betingelserne i afsnit 2.4.1., idet denne part bedre kan bære risikoen end leverandøren, der i dette tilfælde antages at være af en lille størrelse. Anden forretningsmodel lægger således op til udøvelse af strategisk kontrahering, hvor parterne bevidst allokerer risikoen og på den måde opnår fælles værdiskabelse og mulighed for et

²³⁹ Se bilag 1, spørgsmål 4

langvarigt samarbejde. Parterne allokerer risikoen optimalt ved, at dealsitet ex ante indfører en regresadgang og lader leverandøren afgive en større andel af salgets profit til dealsitet. Uagtet at anden forretningsmodel henset til den gennemgåede økonomiske teori anses for at være den optimale risikoallokering, følger en række juridiske begrænsninger for dealsitet ved at være ansvarlig over for forbrugeren. Det skyldes, at forbrugeren i praksis reelt kun har mulighed for at kræve økonomisk kompensation i form af forholdsmæssigt afslag og/eller erstatning. Bestemmelsen om misligholdelsesbeføjelser i købelovens § 78, stk. 1, nr. 1, 2 og 4 samt tilsvarende misligholdelsesbeføjelser i obligationsrettens almindelige del mister således deres betydning, hvilket anses for uhensigtsmæssigt i forhold til forbrugers beskyttelse. Uagtet at risikoallokeringen i anden forretningsmodel med de dertilhørende løsningsforslag findes optimal for dealsitet og leverandøren, findes risikoallokeringen dermed ikke nødvendigvis for værende optimal for forbrugeren.

Kapitel 5. Konklusion

Det konkluderes ud fra afhandlingens analyse, at de tre kumulative betingelser udsprunget af formidlingsreglerne findes opfyldt, hvorved et dealsite kvalificeres som formidler. I henhold til princippet om kontraktens relativitet indebærer denne kvalificering, at den bagvedliggende leverandør som udgangspunkt er ansvarlig over for forbrugeren og dermed pligtsubjekt. Denne retsstilling er dog kun gældende, såfremt et dealsite opfylder afhandlingens udledte betingelser baseret på retspraksis. Som den første betingelse skal der foreligge et vedtaget formidlerforbehold inter partes. Dernæst er dealsitet nødsaget til at gøre forbrugeren opmærksom på formidlerforbeholdet på en tydeligt, tilstrækkelig klar og let forståelig måde, således at den almindelige forbruger ved accept af kontraktvilkårene kan udlede, at dealsitet ikke er vedkommendes direkte aftalepart. Endelig er det en forudsætning, at dealsitet ikke involverer sig i aftalens opfyldelse i en sådan grad, der kan give forbrugeren føje til at gå ud fra, at dealsitet er direkte aftalepart. Såfremt dealsitet ikke opfylder de udledte betingelser, er det ubestridt, at dealsitet omfattes af formidlingsreglernes anvendelsesområde, hvilket medfører, at dealsitet anses som ansvarlig for aftalens opfyldelse over for forbrugeren. Anses dealsitet som ansvarlig over for forbrugeren og dermed pligtsubjekt er konsekvensen, at forbrugeren bliver afskåret fra at kunne gøre en række misligholdelsesbeføjelser gældende som følge af, at dealsitet ikke er realdebitor. Det skyldes, at der ved køb af en løsøregenstand i praksis udelukkende er muligt for dealsitet at foretage ophævelse eller økonomisk kompensation i form af forholdsmæssigt afslag og/eller erstatning, hvor ophævelse dog ikke findes hensigtsmæssig for dealsitet. Endvidere er det alene muligt for dealsitet at udøve forholdsmæssigt afslag og/eller erstatning i praksis, når der er tale om en tjenesteydelsesaftale. Det kan konkluderes, at såfremt dealsitet anses for værende pligtsubjekt, vil forbrugeren i praksis reelt kun have mulighed for at påberåbe sig forholdsmæssigt afslag og/eller erstatning uanset realkyldelse, hvorved der sker en begrænsning af obligationsrettens almindelige og specielle del.

Dealsitet kan benytte sig af to forretningsmodeller, hvor henholdsvis den bagvedliggende leverandør eller dealsitet selv er pligtsubjekt. I første forretningsmodel bærer den bagvedliggende leverandør al risikoen, eftersom denne er pligtsubjekt, hvorved der for dealsitet opstår mulighed for fritagelse af forpligtelser over for forbrugeren i forbindelse med opfyldelses- eller mangelskrav. Udfordringen består dog i, at det manglende ansvar skaber asymmetrisk information, der giver dealsitet anledning til at udøve opportunistisk adfærd i form af aggressiv markedsføring. Løsningen på denne udfordring er at true dealsitet med at blive *blacklistet*, når et opfyldelses- eller mangelskrav opstår. I anden forretningsmodel, hvor dealsitet bærer risikoen, findes asymmetrisk information ligeledes at være en udfordring, eftersom leverandøren har mulighed for at *free-ride* på dealsitets ansvar ved at minimere sine produktionsomkostninger. Dealsitet kan løse denne udfordring ved at indføre en risiko for

blacklisting eller en regresadgang, hvor sidstnævnte bør kombineres med at lade leverandøren afstå en større andel af salgets profit til dealsitet. Anden forretningsmodel indebærer også en profitabel mulighed for dealsitet, da der eksisterer positive netværkseksternaliteter i markedet, som giver anledning til positiv feedback. Dealsitet kan potentielt ende i en *virtuous cycle* ved aktivt at påtage sig rollen som pligtsubjekt. Tiltaget medfører en øget efterspørgsel, der fører til stordriftsfordele, som i bedste fald resulterer i større markedsandele samtidig med, at andre aktører i markedet udkonkurreres. Begge forretningsmodeller medfører en mulighed for at udøve strategisk kontrahering og en risiko for at udøve konventionel kontrahering afhængig af, om risikoallokeringen stemmer overens med parternes størrelser, der indikerer deres risikopræferencer.

Henset til dealsitets forretningsmuligheder og udfordringer konkluderes anden forretningsmodel at indebære den optimale risikoallokering mellem dealsitet og leverandøren, forudsat at dealsitet er af en stor størrelse og det indfører en regresadgang kombineret med leverandørens større afgivne andel af salgets profit. Der lægges således op til udøvelse af strategisk kontrahering ved at parterne bevidst deler risikoen og dermed opnå fælles konkurrencemæssige fordele og mulighed for et langvarigt samarbejde. Denne risikoallokering betragtes dog ikke som værende optimal for forbrugeren, eftersom denne i praksis afskæres fra at kunne gøre andre misligholdelsesbeføjelser gældende end forholdsmæssigt afslag og/eller erstatning. Købelovens § 78, stk. 1, nr. 1, 2 og 4 samt de tilsvarende misligholdelsesbeføjelser i obligationsrettens almindelige del mister deres betydning i denne sammenhæng, hvilket ikke stemmer overens med forbrugerbeskyttelsen. Risikoallokeringen i anden forretningsmodel er således optimal for dealsitet og leverandøren, men uhensigtsmæssig for forbrugeren, såfremt vedkommende ønsker at påberåbe sig andre misligholdelsesbeføjelser end forholdsmæssigt afslag og/eller erstatning.

Litteraturliste

Litteratur

Andersen, Lennart Lynge og Madsen, Palle Bo. 2012. *Aftaler og mellemænd*. København: Karnov Group.

Andersen, Mads Bryde og Lookofsky, Joseph. 2015. *Lærebog i obligationsret I*. København: Karnov Group.

Dutta, Prajit K. 1999. *Strategies and Games: Theory and Practice*. Massachusetts London: The MIT Press Cambridge.

Dyer, Jeffrey H., og Singh, Harbir. 1998. *The relational view: Cooperative strategy and sources of inter-organizational competitive advantage*. Pennsylvania: Academy of Management Review.

Eyben, Bo von og Isager, Helle. 2015. *Lærebog i erstatningsret*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Knudsen, Christian. 1994. *Økonomisk metodologi bind 1 – videnskabsteori og forklaringstyper*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Knudsen, Christian. 2014. *Erhvervsøkonomi: Virksomheden i et organisatorisk, økonomisk og strategisk belysning*. København: Samfundslitteratur.

Lookofsky, Joseph og Ulfbeck, Vibe. 2008. *Køb - Dansk indenlandsk købsret*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Møgelvang-Hansen, Peter og Werlauff, Erik m.fl. 2003. *Hyldestskrift til Jørgen Nørgaard*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Nielsen, Ruth. 2003. *Julebog*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Nielsen, Ruth og Tvarnø, Christina D. 2017. *Retskilder og retsteorier*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Pedersen, Hans V. G. 2015. *Juridiske emner ved Syddansk Universitet*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Shapiro, Carl og Varian, Hal R. 1999. *Information Rules*. Bosten: Harvard Business Review Press.

Dahl, Børge, Riis, Thomas og Trazakowski, Jan. 2016. *Liber Amicorum Peter Møgelvang-Hansen*. København: Ex Tuto Publishing.

Artikler

Anderson, Erin og Oliver, Richard L. 1987. Perspectives on behavior-based versus outcome-based sales force control systems. *Journal of Marketing* 51(October): 76-88.

Bregm, Kirsten. 2004. Principal-agent-teori – med særligt henblik på lønsystemer. *Research papers from the Department of Social Sciences* 13/04: 1-28.

Jakobsen, Søren Sandfeld og Østergaard, Kim. 2018. Hvornår er formidleren pligtssubjekt, og hvilke misligholdelsesbeføjelser vil realkreditor i givet fald kunne anvende i deleøkonomien?

Petersen, Bent og Østergaard, Kim. 2017. Reconciling formal contracts and relational governance through Strategic Contracting. *Research Paper in Journal of Business and Industrial Marketing*: 1-39.

Sørensen, Marie Jull. 2017. Digitale formidlingsplatforme – formidlingsreglen i dansk forbrugerret. *Ugeskrift for Retsvæsen* U.2017B.119: 1-8.

Østergaard, Kim. 2014. Relevansen af interdisciplinær forskning og empiri i samfundsvidenskaben. *Retfærd* 37(3/149): 3-24.

Love

Kong Christian Den Femtis Danske Lov, lov nr. 11000 af 15/04/1683

Lov om aftaler og andre retshandler på formuerettens område, lov nr. 781 af 26/08/1996, med senere ændringer, lov nr. 1376 af 28/12/2011 og lov nr. 1565 af 15/12/2015

Lov om erstatningsansvar, lov nr. 885 af 20/09/2005, med senere ændringer, lov nr. 1545 af 20/12/2006, lov nr. 523 af 06/06/2007, lov nr. 610 af 14/06/2011 og lov nr. 1244 af 18/12/2012

Lov om forbrugeraftaler, lov nr. 1457 af 17/12/2013

Lov om køb, lov nr. 237 af 28/03/2003, med senere ændringer, lov nr. 523 af 06/06/2007, lov nr. 718 af 25/06/2010 og lov nr. 1460 af 17/12/2013

Direktiver

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 1999/44/EF af 25/05/1999 om visse aspekter i forbruger køb og garantier i forbindelse hermed

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2011/83/EU af 25/10/2011 om forbrugerrettigheder

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2015/2302 af 25/11/2015 om pakkerejser og sammensatte rejsearrangementer samt om ændring af forordning (EF) nr. 2006/2004 og Europa-Parlamentets og Rådets Direktiv 2011/83/EU og om ophævelse af Rådets direktiv 90/314/EØF

Rådets direktiv 93/13/EØF af 05/04/1993 om urimelige kontraktvilkår i forbrugeraftaler

Forarbejder

Betænkning nr. 845/1978 om forbruger køb

Betænkning nr. 1440/2004 om revision af forbrugeraftaleloven

Bemærkninger til § 1, stk. 4 i L 39 af 1977 om Forslag til Lov om visse forbrugeraftaler

Bemærkninger til § 4 a, stk. 2 i LFF 1978-12-15 nr. 119 om ændring af købeloven

Domsliste

Dom af 16. juli 1998 i sag C-210/96, Gut Springenheide GmbH og Rudolf Tusky mod Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt

SH.2009.N.0001.07, Forbrugerombudsmanden mod QXL Ricardo Danmark A/S, Sø- og Handelsrettens dom 18. juni 2009

U.2000.2559Ø, A og B mod C og D, Østre Landsrets dom 29. september 2000

U.2010.332Ø, Tryg Forsikring A/S mod G4S Security A/S, Østre Landsrets dom 21. oktober 2009

U.2016.1062Ø, Forbrugerombudsmanden mod Den Danske Rejsegruppe, Østre Landsrets dom 18. november 2015

U.2018.574V, Booking.com mod Johnny Sleimann Sørensen, Vestre Landsrets dom 17. oktober 2017

U.2018.1374S, SAM Partner A/S mod Dachser Denmark A/S, Sø- og Handelsrettens dom 13. december 2017

Forbrugerklagenævnets afgørelser

FRE-12/14146

FRE-13/01800

Internet

Computerworld. Internetadresse: https://www.computerworld.dk/art/237662/ingen-konkurrenter-kan-ryste-googles-soegemaskine-derfor-slaar-google-alle-de-andre_ - Besøgt den 29.04.2018

Danmarks Statistik: It-anvendelsen i befolkningen 2016. Internetadresse: https://www.dst.dk/Site/Dst/Udgivelser/GetPubFile.aspx?id=20738&sid=itbef2016_ - Besøgt den 19.02.2018

Ekstrabladet. Internetadresse: <https://ekstrabladet.dk/nyheder/samfund/dealsite-firma-gaar-konkurs/6212577> - Besøgt d. 11.04.2018

Finans. Internetadresse: <https://finans.dk/erhverv/ECE9516668/bownty-med-millioner-af-kunder-er-gaaet-konkurs/> - Besøgt d. 11.04.2018

Forbrugerrådet Tænk. Internetadresse: <https://taenk.dk/raadgivning-og-rettigheder/naar-du-handler-paa-deal-sites-og-tilbudssider> - Besøgt den 27.03.2018

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. Internetadresse: <https://www.forbrug.dk/artikler/forbrug/test-og-raad/e-handel/dealsites/hvad-er-en-deal/?rn=43203> - Besøgt den 09.03.2018

Sweetdeal. Internetadresse: <https://www.sweetdeal.dk/pages/om-sweetdeal> - Besøgt den 08.04.2018

University of Texas Dallas. Internetadresse: <http://www.utdallas.edu/~liebowit/palgrave/network.html> - Besøgt den 30.03.2018

Notater

Forbrugerombudsmanden. 2016. *Salg af deals på internettet – hvem er ansvarlig?* Internetadresse: <https://www.forbrugerombudsmanden.dk/media/46463/2016-dealsitenotat.pdf>

Bilag

Bilag 1: Interview den 17. april 2018 med Morten Boe Andersen, direktør i Sweetdeal

Spørgsmål 1

Sweetdeal er jo Danmarks største udbyder af deals og vi formoder, at I ofte indgår samarbejder med leverandører af mindre størrelser. Har I i disse tilfælde overvejet at påtage jer rollen som pligtsubjekt og dermed blive ansvarlig over for forbrugeren i tilfælde af et mangelskrav?

Svar:

Det handler jo om, hvilken forretningsmodel man ønsker. Vores forretningsmodel tager udgangspunkt i, at vi er en del af et stort mediehus (Berlingske Media) og at vi udelukkende ønsker at handle som formidlingsplatform og ikke leverandør. Vi forsøgte os ellers med at handle som leverandør for år tilbage, hvor vi oprettede en anden formidlingsplatform. Det måtte vi dog lukke, fordi vi lå inde med et stort varelager, som vi ikke kunne skille os af med. Vi har taget et aktivt valg om at have en forretningsmodel, hvor vi har begrænset risiko og der findes helt sikkert fordele ved at påtage sig ansvaret, men det medfører ligeledes en øget risiko og det er ekstremt omkostningsfuldt.

Vi går faktisk ind og påtager os ansvaret, når der er tale om små beløb, som en kunde ønsker refunderet. Det gør vi dog kun i tilfælde, hvor vi har at gøre med loyale leverandører, som vi ikke vil blemre med refunderingskrav af ubetydelige beløb.

Spørgsmål 2

I relation til spørgsmål 1, vil det da være et andet svar, såfremt der indføres en regresadgang eller at leverandøren betaler en større profitandel til jer som følge af, at I påtager jer rollen som pligtsubjekt?

Svar:

Det kommer an på, hvor stor en profitandel vi taler om. Vi ville i princippet godt kunne påtage os den rolle, hvis vi kompenseres for det, men det ville betyde, at hele vores forretning måtte ændre forretningsmodel, fordi det er for kompliceret for kunderne, at vi som dealsite er ansvarlige for en del af vores produkter, mens leverandørerne er ansvarlige for en anden del. Denne forretningsmodel benytter Vupti.com sig af, som har opnået en markant øget omsætning grundet deres ageren som

både formidler og leverandør, men det betyder også, at kunderne kan ende med at skulle have håndteret deres fremsatte krav af forskellige parter.

At påtage sig rollen som pligtsubjekt medfører, at vi er nødsaget til at trække på vores større og loyale leverandører, eftersom det er dem, der har råd til at betale en større profitandel for at vi påtager os risikoen. Det er sværere at trække på de små leverandører, der i praksis ikke kan få det til at løbe rundt, hvis vi tager den største andel af salget.

Spørgsmål 3

I relation til spørgsmål 1, vil det da være et andet svar, hvis I kan blackliste de leverandører, der ikke lever op til jeres forventninger?

Svar:

Hvad angår blacklisting, så blacklister vi faktisk i forvejen de leverandører, der ikke lever op til vores forventninger og risikoberegninger. Vi går ind og laver dybdegående analyser på vores leverandører og i de tilfælde, hvor det bliver for risikofyldt at samarbejde, der blacklister vi dem. Så det ville selvfølgelig være den samme situation, hvis vi hæftede over for kunderne.

Spørgsmål 4

Hvad skal der til for at I kunne finde på at påtage jer rollen som pligtsubjekt?

Svar:

I sidste ende handler det om, hvor stort en profitandel vi i Sweetdeal kan opnå og dermed hvor høj kompensationen for risikoen er. Vi ville være nødsaget til at have en stor kundeserviceafdeling, ligesom vi ville skulle foretage omfattende risikoanalyser af leverandørerne samt andre omkostningsfulde tiltag. Desuden ville vi som nævnt være nødsaget til at ændre hele forretningen, fordi andet vil skabe forvirring hos kunderne, jf. spørgsmål 2. Vi ville derfor skulle modtage en betydelig andel af salget for at påtage os denne risiko.