

Incitamentsstrukturen i franchiseforhold

Problemer & løsningsmodeller



The incentive structure in franchise operations

Problems and solutions

Udarbejdet af:

Frederik Keil Bruhn – 93274

Kim Ammitzbøll Nielsen - 92315

Vejledere

Kim Østergaard

Bent Petersen

Antal anslag: 272.264

Antal normalsider: 119,7

Abstract

When using conventional franchise contracts as the contractual foundation of a franchise operation, a franchisee is inclined to engage in free-riding activities on behalf of the franchisor's brand. However, the franchisor can implement measures such as monitoring, which intend to decrease the franchisee's willingness to free-ride. Even though measures such as monitoring can be implemented, the franchisee's incentive to perform and to invest in relation specific assets is still not improved. This is because the franchisee fears the franchisor's hold-up, which is defined as the franchisor's desire to take over the franchisee's business in case it is sufficiently profitable. Measures such as monitoring, actually increase the risk of a franchisor's hold-up. In turn, this has a negative effect on the franchisee's incentive to perform, as a good performance will result in the franchisor taking over the given market. Even if the franchisee underperforms, he is at risk of the contract being terminated. Therefore, the franchisee finds himself in a termination dilemma.

It can be argued that hold-up safeguards must be included as part of the contractual obligation between a franchisor and franchisee in order to solve the hold-up and free-riding problems. Therefore, we analyse whether applicable law provides such hold-up safeguards, which can improve incentives to perform in the franchise relationship. However, franchising is not subject to special regulation in Denmark and the general regulation does not provide any useful hold-up safeguards. This leaves it to the parties to regulate the hold-up problem in the franchise contract.

Instead of applying a conventional way of contracting which leads to hold-up and free-riding problems, we hypothesize that the parties can apply a strategic approach to the contract. By so doing and taking the diverging risk preferences of the parties into account, much is to be gained for both the franchisee and franchisor. The strategic approach incentivises the parties to adopt the use of reciprocal options. By applying such options, the franchisee can expect compensation, both in case of good and bad results, which allows him to invest in relation specific assets and perform at a high level. We conclude that the use of contractual options in franchising will contribute to solving the hold-up and free-riding problems. Furthermore, reciprocal options can potentially improve the contractual risk allocation problem and thereby incentivise the franchisee to invest in relation specific assets. Last, we discuss the introduction of shoot-out clauses as a mechanism that might also be to the benefit of the parties. However, the application of shoot-out clauses comes with many difficulties that lead to the disappointing result of them not being applicable in order to solve hold-up and free-riding.

1.	INDLEDNING OG PROBLEMSTILLING	5
1.1.	INDLEDNING	5
1.2.	PROBLEMFORMULERING	8
1.3.	SYNSVINKEL	9
1.4.	AFGRÆNSNING	9
1.4.1.	Dansk ret.....	9
1.4.2.	Udgangspunktet om aftalefrihed og betydningen af anden lovgivning	9
1.4.3.	Forholdet til tredjemand	10
1.4.4.	Relevante aspekter af strategisk kontrahering	11
1.4.5.	Udvalgte aspekter indenfor principal/agent-teorien	11
1.4.6.	Yderligere juridiske konsekvenser af virksomhedsoverdragelser	11
1.5.	STRUKTUR.....	12
2.	KAPITEL 2: METODE OG TEORIER	14
2.1.	METODE.....	14
2.1.1.	Erhvervsjuridisk metode.....	14
2.1.2.	Juridisk metode	15
2.1.2.1.	Introduktion	15
2.1.2.2.	Retskilderne	15
2.1.3.	Reaktiv og proaktiv jura	17
2.2.	ØKONOMISKE TEORIER	18
2.2.1.	Neoklassisk økonomisk teori & ny-institutionel økonomisk teori	18
2.2.2.	Transaktionsomkostningsteorien	20
2.2.3.	Principal/agent-teori	21
2.3.	STRATEGISK KONTRAHERING & DEN RELATIONELLE KONTRAKTTEORI	23
3.	KAPITEL 3: FRANCHISEFORHOLDET	26
3.1.	BEGREBET FRANCHISING	26
3.1.1.	Business format franchising.....	28
3.1.2.	Masterfranchising.....	30
3.1.3.	Subordinationsfranchising vs. partnerskabsfranchising	30
3.2.	AFHANDLINGENS DEFINITION AF FRANCHISEBEGREBET	31
3.3.	FRANCHISEKONTRAKTER SAMMENLIGNET MED ANDRE KONTRAKTTYPER	31
4.	DET KONVENTIONELLE FRANCHISEFORHOLDS UDFORDRINGER.....	35
4.1.	DEN KONVENTIONELLE FRANCHISEKONTRAKT	35
4.2.	FRANCHISETAGERENS MIDDELMÅDIGE INDSATS	36
4.2.1.	Relationsspecifikke investeringer	37

4.3.	FREE-RIDING – ET PRINCIPAL/AGENT-TEORETISK PERSPEKTIV	38
4.3.1.	<i>Adverse selection & moral hazard</i>	39
4.3.2.	<i>Agentens nyttefunktion</i>	40
4.3.3.	<i>Antagelser om agentens adfærd</i>	40
4.3.3.1.	<i>Problemstilling A: Fastlønnnet vs. Resultatbaseret aflønning</i>	41
4.3.3.2.	<i>Problemstilling B: Franchisetagerens faldende nettonytte</i>	42
4.3.3.3.	<i>Delkonklusion</i>	43
4.4.	FORANSTALTNINGER SOM MINDSKER MULIGHEDEN FOR FREE-RIDING	44
4.5.	FRANCHISETAGERENS HOLD-UP RISIKO	45
4.5.1.	<i>Termineringsdilemmaet</i>	47
4.5.2.	<i>Hold-up safeguards</i>	49
4.6.	DELKONKLUSION	51
5.	PARTERNES RETSSTILLING.....	53
5.1.	REGULERING AF FRANCHISEKONTRAKTER	55
5.2.	LOYALITETSGRUNDSÆTNINGEN	56
5.2.1.	<i>Underretningspligt</i>	58
5.2.2.	<i>Tavshedspligt</i>	59
5.2.3.	<i>Samarbejdsforpligtigelse</i>	60
5.2.4.	<i>Generelt om loyalitetsgrundsætningen</i>	60
5.3.	KONCIPISTREGLEN	61
5.4.	AFTALELOVENS § 36	62
5.5.	RETSPRAKSIS OM FRANCHISEKONTRAKTER	64
5.5.1.	<i>Rettens kompetence</i>	65
5.5.2.	<i>Rækkevidden af franchisetagerens territorialbeskyttelse</i>	66
5.5.3.	<i>Delkonklusion</i>	67
5.6.	VEJLEDENDE ANVENDELSE AF GÆLDENDE RET OM NÆRTBESLÆGTEDE KONTRAKTTYPER	67
5.6.1.	<i>Regulering og retspraksis vedrørende eneforhandlere</i>	68
5.6.1.1.	<i>Opsigelse</i>	68
5.6.1.2.	<i>Ophævelse</i>	71
5.6.1.3.	<i>Erstatning og godtgørelse</i>	72
5.7.	DELKONKLUSION VEDRØRENDE GÆLDENDE RET	73
6.	STRATEGISK KONTRAHERING.....	75
6.1.	DEN RELATIONELLE KONTRAKTTEORI	76
6.1.1.	<i>Armslængderelationer og partnerskaber</i>	77
6.1.2.	<i>Komplementære ressourcer</i>	78
6.1.3.	<i>Udveksling af viden</i>	79

6.2.	DEFINITION AF STRATEGISK KONTRAHERING	79
6.3.	UDØVELSE AF STRATEGISK KONTRAHERING I FRANCHISEFORHOLD	80
6.3.1.	<i>Parternes Strategiske fit – udvælgelsesfasen og samarbejdsgrundlag</i>	<i>81</i>
6.3.2.	<i>Beskyttelse af relationsspecifikke investeringer og strategisk viden</i>	<i>81</i>
6.3.2.1.	<i>Beskyttelse mod ugunstige eksogene markedsforhold – Risikoallokering.....</i>	<i>82</i>
6.3.2.2.	<i>Beskyttelse mod hold-up - Strategisk kontrahering.....</i>	<i>84</i>
6.4.	ØKONOMISKE KONSEKVENSER AF STRATEGISK KONTRAHERING	86
6.5.	DELKONKLUSION	87
7.	OPTIONER OG SHOOT-OUT KLAUSULER.....	89
7.1.	OPTIONER.....	90
7.1.1.	<i>Reale- og finansielle optioner</i>	<i>91</i>
7.1.2.	<i>Optioner og deres anvendelse i franchiseforhold</i>	<i>91</i>
7.1.3.	<i>Anvendelsen af optioner i franchiseforhold</i>	<i>93</i>
7.1.4.	<i>Call optioner i franchiseforhold</i>	<i>94</i>
7.1.4.1.	<i>Call optionen som finansiell eller real option</i>	<i>96</i>
7.1.5.	<i>Virksomhedsoverdragelser baggrund af optioner.....</i>	<i>96</i>
7.1.6.	<i>Put optioner i franchiseforhold.....</i>	<i>98</i>
7.1.6.1.	<i>Put optionen som finansiell eller real option.....</i>	<i>99</i>
7.1.7.	<i>Reciprokke optioner</i>	<i>100</i>
7.1.8.	<i>Prisen for udnyttelse af optioner (Strike pris)</i>	<i>103</i>
7.1.8.1.	<i>Uafhængig vurdering</i>	<i>104</i>
7.1.8.2.	<i>Strike pris baseret på finansielle nøgletal og multiple</i>	<i>104</i>
7.1.9.	<i>Delkonklusion.....</i>	<i>106</i>
7.2.	SHOOT-OUT KLAUSULER	107
7.2.1.	<i>Problemstillinger i joint ventures</i>	<i>107</i>
7.2.2.	<i>Shoot-out klausuler som løsning i jointventures</i>	<i>108</i>
7.2.2.1.	<i>Russisk roulette</i>	<i>109</i>
7.2.2.2.	<i>Texas shoot-out.....</i>	<i>110</i>
7.2.2.3.	<i>Sale Shoot-out.....</i>	<i>110</i>
7.2.3.	<i>Selskabskonstruktionen i franchiseforholdet og relevansen heraf</i>	<i>111</i>
7.2.4.	<i>Prisfastsættelsen af kapitalandelene</i>	<i>112</i>
7.2.5.	<i>Muligheden for at anvende shoot-out klausuler i franchiseforhold</i>	<i>112</i>
7.2.6.	<i>Delkonklusion.....</i>	<i>114</i>
8.	KONKLUSION	115
9.	LITTERATURLISTE	118
10.	BILAG.....	122

1. Indledning og problemstilling

1.1. Indledning

Interessen for franchising er større end nogensinde. Dette gælder både i Danmark såvel som i resten af verden. Af populære franchisekoncepter, som operer i Danmark, kan blandt andet nævnes Sunset Boulevard, Louis Nielsen, Kvik, Søstrene Grene, McDonald's og Burger King. Særligt de to sidstnævnte koncepter må betegnes som internationale mastodonter indenfor franchising og i det hele taget som beviset for, at franchising kan være en meget succesfuld forretningsform.¹

Franchising kan kort sagt beskrives som et kontraktuelt samarbejde mellem en franchisetager og en franchisegiver. Franchising medfører, at en franchisegiver, der ejer de immaterielle rettigheder til et forretningskoncept, kan overdrage driften af forretningskonceptet til en franchisetager, således at sidstnævnte driver virksomhed for egen regning og for egen risiko men i franchisekonceptets navn. Derimod vil det typisk være franchisetageren, som ejer størstedelen af de materielle anlægsaktiver, som er nødvendige for at drive forretningskonceptet. Som enhver anden der driver virksomhed for egen regning, afholder franchisetageren omkostning til materialer/råvarer, ansatte, husleje og investeringer mv. Typisk vil franchisetager etablere et kapitalselskab, hvori han ejer 100 % af kapitalandelene. Derudover er franchisetager ansat i sit eget selskabs øverste ledelsesorgan, hvilket typisk er et krav fra franchisegivers side.²

Franchisekontraktens særpræg skal findes i parternes ydelser og modydelser. Ofte vil franchisegiveren tilbyde franchisetageren: 1) de immaterielle brugsrettigheder til et etableret forretningskoncept, 2) trademark-relaterede fordele, 3) assistance i opstartsfasen, såvel som løbende sparring ift. den daglige drift, 4) muligheden for at opnå stordriftsfordele i forhold til indkøb og marketing, 5) muligheden for informationsudveksling med andre franchisetagere af samme forretningskoncept. Ud over de ovenstående fem fordele kan franchisetageren typisk også forvente en territoriell beskyttelse mod franchisetagere af samme forretningskoncept.³ Som modydelse betaler franchisetageren en up-front franchise fee og en løbende royalty-fee. Sidstnævnte beregnes typisk som en procentsats af omsætningen. I tillæg til

¹ <https://chainindex.dk/hvad-er-franchise> (hjemmesiden sidst besøgt d. 8. maj 2019)

² Dyekjær-Hansen, Karen: Franchising, Det 32. nordiske juristmøde, 1990. side 389-391.

³ Se eksempelvis afsnit 5.5.2

franchisekontrakten udarbejdes en franchisemanual. I franchisemanualen beskrives franchisekonceptet i detaljer. Franchisemanualen behandler alt fra butikkens indretning, til produktmanualer, opskrifter, know-how, strategi mv. Franchisetageren skal med andre ord ikke bekymre sig om, hvad han skal lave, eller hvordan han skal gøre det. Han skal bare følge franchisekonceptet, som beskrevet i franchisekontrakten og franchisemanualen.⁴

Der findes i litteraturen en række forskellige, og til dels modstridende, forklaringer på hvilke motiver der ligger bag en virksomheds⁵ beslutning om at franchise en del af forretningen ud til en tredjemand/franchisetager. Dette fremgår blandt andet af Brickley & Dark (1987)⁶ og LaFontaine (1992)⁷. Det kan heller ikke udelukkes, at virksomhedens motiv skyldes en kombination af flere forskellige overvejelser; herunder muligheden at skaffe kapital. Franchisetagere indtræder ikke i et franchiseforhold at de samme grunde som franchisegivere. Franchisetageres motivation er en blanding af en lang række finansielle, emotionelle, personlige og sociale overvejelser. Ud fra en psykosocial vinkel kan franchising beskrives som muligheden for at udøve entreprenørskab og individualisme i kombination med samarbejde og partnerskab. Franchising kan anskues som en mulighed for at opnå personlige målsætninger i forhold til uafhængighed, materielle gevinster, entreprenørskab, kreativitet og fleksibilitet. Dog vil dette ske med en væsentlig lavere risiko, end hvis franchisetageren havde startet sin egen uafhængige forretning fra bunden. Franchisegiveren bruger ofte risiko-argumentet i sin branding af franchisekonceptet overfor potentielle fremtidige franchisetagere. Argumentet er, at forretningskonceptet har en lav risiko, da det allerede er testet i praksis med stor succes.⁸

Danske virksomheders interesse for at anvende franchising er ligeledes stigende. Dog synes der at være større interesse blandt de danske virksomheder for at anvende franchising som en metode til at komme

⁴ Spencer, Elizabeth Crawford: *The Regulation of Franchising in the New Global Economy*. Side 56-59. & Abell, Mark: *The franchise option a legal guide*. Kapitel 1 & Dyekjær-Hansen, Karen: Franchising, Det 32. nordiske juristmøde, 1990. side. 389-392 & Bilag 1 spørgsmål 2.

⁵ Med formuleringen "virksomhed" refereres der til den samme økonomiske aktør som efter kontraktindgåelse kan betegnes som franchisegiveren. Formuleringen "virksomhed" anvendes, da aktøren endnu ikke er franchisegiver på det tidspunkt hvor han gør sig overvejelserne.

⁶ Brickley, James A. og Frederik H. Dark: *The choice of organizational form - The case of franchising*. I: *Journal of Financial Economics* nr. 18, 1987, s. 401-420.

⁷ Lafontaine, Francis: Agency Theory and Franchising: Some Empirical Results. I: *The RAND Journal of Economics* nr. 23 no. 2, 1992, s. 263-283.

⁸ Spencer, Elizabeth Crawford: *The Regulation of Franchising in the New Global Economy*. Side 56-59. & Abell, Mark: *The franchise option a legal guide*. Kapitel 1.

ind på nye eksportmarkeder frem for at anvende franchising til at ekspandere nationalt. Af danske eksempler kan nævnes IC Group, Bestseller, Ecco, Jysk og Boconcept som alle benytter sig af franchising på eksportmarkederne men ikke nationalt.⁹ I nærværende afhandling vil fokus ligeledes være rettet mod franchisegivere, som benytter sig af franchising for at ekspandere på nye markeder. Hvorvidt der er tale om en udenlandsk franchisegiver som anvender franchising til at ekspandere på det danske marked, eller en dansk franchisegiver som anvender franchising til at ekspandere på det udenlandske marked, vil ikke influere analyserne i afhandlingen. Det afgørende er, at dansk lov finder anvendelse på kontrakten.¹⁰ I takt med at interessen for at benytte franchising intensiveres, er der også kommet øget fokus på selve kontrakttypen og fordelene og ulemperne ved denne. Ligeledes er der kommet fokus på hvilke forhold parterne vælger at regulere i franchisekontrakten.

The international Association for Contract & Commercial Management (IACCM) foretager hvert år en spørgeskemaundersøgelse¹¹, hvor de undersøger hvilke forhold, kontraktparter hyppigst inkluderer i kontrakten samt hvilke forhold, kontraktparterne anser som vigtigst. Af spørgeskemaundersøgelsen fremgår det, at de forhold der hyppigst inkluderes i kontrakten angår spørgsmålet om parternes risikoallokering samt hvordan parterne skal forholde sig, hvis samarbejdet ikke er en succes. Forhold vedrørende ansvarsbegrænsninger, erstatning, kontraktens ophør¹² og garantier udgør fire af de seks hyppigst inkluderede forhold i kontrakten. Denne prioritering står i imidlertid i kontrast til de forhold, som parterne anser som de vigtigste. Her valgte respondenterne at de følgende fire forhold var det vigtigste: 1) scope and goals, 2), responsibilities of the parties, 3) price, charge and price changes, 4) Delivery and acceptance.¹³ Resultatet af undersøgelsen fra 2018 komplementeres af følgende bemærkning:

*"If the reason for negotiation is to reach an agreement that delivers mutual benefit, it is quite clear that many of today's business-to-business negotiations fail to achieve their purpose."*¹⁴

⁹ http://detailfolk.dk/detailnyheder/franchising_har_enormt_potentiale_i_danmark.html (hjemmesiden sidst besøgt d. 8. maj 2019)

¹⁰ Se nærmere herom i afgrænsningen.

¹¹ Det er 18. gang at IACCM foretager undersøgelsen. Mere end 2.000 organisationer har deltaget i undersøgelsen.

¹² Også som refereret til som "terminering".

¹³ "Most negotiated terms 2018" <https://www.iaccm.com/resources/?id=10245> (hjemmesiden sidst besøgt 8. maj 2019)

¹⁴ "Most negotiated terms 2018" <https://www.iaccm.com/resources/?id=10245> (hjemmesiden sidst besøgt 8. maj 2019)

Det må heraf udledes, at kontraktparterne har mulighed for at opnå merværdi, hvis de rent faktisk inkluderer de forhold i kontrakten, som de anser som de vigtigste. Særligt spørgsmålet om kontraktens ophør synes at optage de kontraherende parter. I 1992 iværksatte Bent Petersen en undersøgelse af danske eksportøres eksportkanaler med særligt fokus på ophør af kontrakten med lokale samarbejdspartnere¹⁵. Over en periode på 5 år havde 16 % af eksportørerne bragt kontrakten til ophør med henblik på at udskifte af den lokale samarbejdspartner. 14 % af eksportørerne havde bragt kontrakten med den lokale samarbejdspartner til ophør og derefter etableret egne salgskanaler.¹⁶

Som det vil blive behandlet i afhandlingens analyser, vil franchisegiverens incitament til at bringe kontrakten til ophør afhænge af franchisetagerens resultater. Omvendt vil franchisetagerens incitament til at stræbe efter forskellige resultatniveauer¹⁷ afhænge af franchisegiverens mulighed for at bringe kontrakten til ophør. Der eksisterer derfor en "ond cirkel", som parterne bliver nødt til at håndtere, såfremt de ønsker at opnå den størst mulige indtjening. Formålet med nærværende afhandling er at afklare, hvorfor parterne i befinder sig i denne situation. Dernæst vil vi se om parterne i tråd med IACCM's resultater kan løse incitamentsproblemerne ved at anlægge en anderledes tilgang til kontraktens udarbejdelse. Nedenstående problemformulering vil sætte rammen for den resterende del af afhandlingen.

1.2. Problemformulering

Hvorfor kan konventionelle franchisekontrakter give anledning til free-riding og hold-up problemer, og i hvilket omfang kan parterne indarbejde kontraktmekanismer ex ante med henblik på generelt at forbedre incitamentsstrukturen?

¹⁵ I franchiseforhold er den lokale samarbejdspartner franchisetageren.

¹⁶ Petersen, Bent m.fl.: *The termination dilemma of foreign intermediaries: Performance, anti-shirking measures and hold-up safeguards*. Side 328-329

¹⁷ Som det vil blive uddybet i kapitel 4, kan franchisetageren ikke direkte vælge hvilket resultatniveau han ønsker at præstere. Årsagen hertil er, resultatniveauet afhænger af hans indsats samt en række eksogene forhold. Franchisetageren har derimod mulighed for at vælge indsatsniveau.

1.3. Synsvinkel

Nærværende afhandling anlægger som udgangspunkt franchisegiverens synsvinkel. Årsagen hertil er, at det er denne part, som leverer den karakteristiske ydelse. Ligeledes vil det ofte være franchisegiveren, som har størst mulighed for at præge kontraktens indhold. Dog er det også nødvendigt for besvarelsen af afhandlingens problemformulering at inddrage franchisetagerens synsvinkel med henblik på at afdække dennes incitamenter.

1.4. Afgrænsning

1.4.1. Dansk ret

Afhandlingen behandler overordnet set erhvervsforhold mellem to private parter. I nærværende afhandling behandles udelukkende retsstillingen efter dansk ret. Afhandlingens analyser er dermed særligt relevante i tilfælde hvor begge parter befinder sig i Danmark, eller hvor parterne, i en lovvalgsklausul, har aftalt, at dansk ret skal finde anvendelse. Der vil blive taget udgangspunkt i en situation, hvor franchisegiver forsøger at komme ind på et nyt marked vha. franchising, hvorfor lovvalgsklausuler må formodes at være hyppigt anvendt i sådanne situationer. Ligeledes findes der ikke regulering på EU-niveau, som synes at have relevans for parternes retsstilling.

1.4.2. Udgangspunktet om aftalefrihed og betydningen af anden lovgivning

Som det fremgår af afhandlingens kapitel 5, vil franchiseforholdet i høj grad være præget af aftalefrihed jf. DL 5-1-1, DL 5-1-2¹⁸ og aftalelovens¹⁹ § 1, hvilket er altafgørende for udøvelsen af strategisk kontrahering. Vi vil i nærværende afhandling ikke behandle andre begrænsninger af franchiseparternes aftalefrihed, end dem der findes i aftaleloven og Danske Lov. Det findes ikke relevant for besvarelsen af nærværende afhandlings problemformulering at inddrage konkurrenceretlige aspekter, som måtte have effekt på parternes mulighed for at indgå franchisekontrakten. Bent Petersen og Kim Østergaard fremhæver i denne sammenhæng: *"The use of strategic contracting should not give rise to any particular new problems in relation to competition law."*²⁰

¹⁸ Kong Christian Den Femtis Danske Lov år: 1683

¹⁹ Lov 1917-05-08 nr. 242 om Aftaler og andre Retshandler paa Formuerettens område. Med senere ændringer. (se venligst litteraturlisten)

²⁰ Østergaard, Kim og Bent Petersen: Reconciling contracts and relational governance through strategic contracting. Side 267.

Ligeledes vil vi i afhandlingens juridiske analyser afgrænse os fra at behandle de immaterielretlige, erhvervslejeretlige, køberetlige og markedsføringsretlige aspekter af franchisekontrakten, da dette må antages at have begrænset relevans for besvarelsen af afhandlingens problemformulering. I Danmark er franchising særligt udbredt indenfor salg og markedsføring af brændstof til motorkøretøjer på tankstation. Denne type af franchisekontrakter er reguleret i lov om benzinforhandlerkontrakter.²¹ Vi vil i nærværende afhandling ligeledes afgrænse os fra at behandle denne særlige type af kontrakter, og i stedet anlægge en mere overordnet analytisk tilgang til franchisekontrakter.

På trods af den juridiske analyses gennemgang af franchisetagerens mulighed for at kunne kræve goodwill, vil handelsagentslovens²² lignende regler i HAL §§ 25-27 for handelsagenter ikke blive inddraget. Årsagen hertil er, at en analog anvendelse af handelsagentloven må anses for åbenlys udelukket, da franchiseforhold på væsentlige områder adskiller sig fra Handelsagentforhold. Handelsagenten handler i agenturgiverens navn og for dennes regning og risiko, hvorimod franchisetageren handler i franchisekonceptets navn og for egen regning, og egen risiko.

Vi vil i den juridiske analyse også afgrænse os fra at behandle juridiske principper, som må formodes at have begrænset relevans. I nærværende afhandling behandles eksempelvis princippet om parternes loyalitetsforpligtelse og koncipistreglen, hvorimod andre juridiske principper så som forudsætningslæren udelades. Sidstnævnte synes i et vist omfang at være irrelevant, hvis ikke uanvendelig, i forhold til besvarelsen af afhandlingens problemformulering.

1.4.3. Forholdet til tredjemand

Analyserne i afhandlingen tager udgangspunkt i forholdet mellem franchisekontraktens parter, og fokuserer udelukkende på disse parternes indbyrdes muligheder og udfordringer. Parternes forhold til tredjemand vil ikke blive behandlet, da en sådan behandling synes at være irrelevant i forhold til besvarelsen af afhandlingens problemformulering.

²¹ Lovbekendtgørelse 2010-12-18 nr. 1718.

²² Lov 1990-05-02 nr. 272 om handelsagenter og handelsrejsende.

1.4.4. Relevante aspekter af strategisk kontrahering

Afhandlingen behandler udelukkende visse udvalgte af aspekter inden for strategisk kontrahering. Analyserne fokuserer primært på, hvordan parternes dedikation til kontrakten øges, således at der kan genereres relationsrente. Derimod vil andre områder inden for strategisk kontrahering så som udvælgelsen af franchisetager kun blive behandlet perifert, mens parternes valg af konfliktløsningsmodel slet ikke vil blive berørt.

1.4.5. Udvalgte aspekter indenfor principal/agent-teorien

Vi vil i nærværende afhandling afgrænse os fra at behandle principal/agent-teoriens efficiensbetingelse om agentens villighed til at indgå kontrakten. Set i lyset af afhandlingens problemformulering, må det anses for mere væsentligt at fokusere på principal/agent-teoriens 2. efficiensbetingelse om agentens efterlevelse af de aftalte kontraktvilkår. Nærmere bestemt agentens incitament til at shirke/free-ride.

1.4.6. Yderligere juridiske konsekvenser af virksomhedsoverdragelser

Vi vil i nærværende speciale også afgrænse os fra at fortage en yderligere behandling af de juridiske konsekvenser af en virksomhedsoverdragelse. I afsnit 7.1.5 behandles de væsentligste aspekter af virksomhedsoverdragelser, som parterne bør iagttage, når de udarbejder deres optioner. En dybdegående behandling af disse aspekter vil være omfattende, hvorfor der af hensyn til afhandlingens omfang og problemformulering afgrænses herfra.

1.5. Struktur

Kapitel 1: Indledning og problemstilling

I kapitel 1 introduceres afhandlingens emne og problemformulering. Derudover beskrives afhandlingens synsvinkel samt hvilke områder, det har været nødvendigt at afgrænse sig fra af hensyn til afhandlingens problemformulering og omfang.

Kapitel 2: Metode og teorier

I kapitel 2 behandles de metoder og teorier, som er blevet anvendt i forbindelse med udarbejdelsen af afhandlingen. I kapitlet er der særligt fokus på den erhvervsjuridiske metode, og på hvordan denne udgør et interdisciplinært krydsfelt mellem den juridiske og økonomiske videnskab.

Kapitel 3: Franchiseforholdet

I Kapitel 3 vil vi indsnævre franchisebegrebets betydning med henblik på at opstille en definition, som vil danne grundlaget for begrebets anvendelse i resten af afhandlingen. For at opstille en definition af begrebet, er det nødvendigt at gennemgå forskellige franchisebegreber, som optræder i litteraturen. Slutteligt vil franchisekontrakten blive placeret i forhold til øvrige nærtbeslægtede kontraktformer.

Kapitel 4: Det konventionelle franchiseforholds udfordringer

I kapitel 4 vil vi afdække parternes individuelle interesser samt undersøge de udfordringer, som det konventionelle franchiseforhold giver anledning til. Nærmere bestemt analyseres årsagerne til franchisetagerens middelmådige eller dårlige indsatsniveau. Analysen tager udgangspunkt i antagelsen om, at parterne udøver konventionel kontrahering med henblik på at egen-optimere. I kapitlet fokuseres der på to tætforbundne årsager til franchisetagerens dårlige eller middelmådige indsats: 1) franchisetagerens generelle incitament til at free-ride på franchisegiverens renommé, og 2) franchisetagerens hold-up risiko.

Kapitel 5: Parternes retsstilling

I kapitel 5 undersøges det i hvilken udstrækning, gældende ret kan bidrage med en løsning på parternes incitamentsproblemer. Der vil være et særligt fokus på, franchisekontraktens betydning for parternes retsstilling, og om baggrundsretten opstiller hold-up safeguards.

Kapitel 6: Strategisk kontrahering

I kapitel 6 analyseres det, i hvilket omfang franchiseparterne kan udøve strategisk kontrahering med henblik på at løse de incitamentsproblemer, som det konventionelle franchiseforhold giver anledning til. Analyserne vil i høj grad fokusere på franchisetageren mulighed for at beskytte franchisetageren mod eksogene markedsforhold og hold-up, således at franchisetageres incitament til at yde det bedst mulige indsatsniveau samt foretage relationsspecifikke investeringer øges.

Kapitel 7: Optioner & shoot-out-klausuler

I kapitel 7 introduceres optioner og shoot-out-klausuler som en et forsøg på at skabe incitamentsforenelighed mellem parterne. Formålet er blandt andet at undersøge, om disse mekanismer kan tage højde for parternes risikopræferencer samt løse hold-up problemet, og dermed skabe merværdi.

Kapitel 8: Konklusion

Sammenfattende konklusion på afhandlingens analyser.

2. Kapitel 2: Metode og teorier

2.1. Metode

Nærværende afsnit vil overordnet redegøre for de metodiske tilgange der danner rammen for afhandlingen. Metode kan overordnet defineres, som måden hvorpå et genstandsfelt kan behandles og under hvilke forudsætninger dette kan ske.²³

2.1.1. Erhvervsjuridisk metode

Afhandlingens problemformulering bliver besvaret ved anvendelse af den erhvervsjuridiske metode. Den erhvervsjuridiske metode er en integreret metodisk tilgang, der beskæftiger sig med det interdisciplinære krydsfelt mellem den juridiske- og økonomiske videnskab.²⁴ Den juridiske metode samt de økonomiske teorier der anvendes i nærværende speciale vil blive selvstændigt gennemgået nedenfor i hhv. afsnit 2.1.2 og afsnit 2.2.

Den erhvervsjuridiske metode er problemorienteret. Problemejeren ansues som værende en virksomhed der står over for en række beslutninger. Herved kan der siges at være tale om en aktør der opererer på et bestemt marked under en række fastlagte aktørforudsætninger.²⁵ Den erhvervsjuridiske metode fokuserer på hvordan virksomheden kan optimere i økonomisk henseende, minimere risikoen for retskonflikter, samt hvordan juraen kan anvendes som et proaktivt styringsinstrument.²⁶

Da den erhvervsjuridisk metode er interdisciplinær, vil der i nærværende speciale blive inddraget en række elementer fra den juridisk såvel som økonomiske videnskab. De vigtigste bestanddele der inddrages fra juridiske videnskab er den juridiske metode, som vil blive introduceret særskilt i det efterfølgende afsnit 2.1.2. Særligt den nationale og komparative retsdogmatik er central for den erhvervsjuridiske metode. Ud fra et virksomhedssynspunkt er det essentielt at kunne fastlægge "gældende ret." - de lege lata, da gældende ret udgør en vigtig bestanddel af virksomhedens beslutningsgrundlag.²⁷ For at virksomhedens beslutningsgrundlag bliver så kvalificeret som muligt, bør retsdogmatikken ikke stå alene.

²³ Østergaard, Kim: Metode på cand.merc.jur studiet. Side 270

²⁴ Østergaard, Kim: Metode på cand.merc.jur studiet. Side 276-277

²⁵ Østergaard, Kim: Metode på cand.merc.jur studiet. Side 280-285.

²⁶ Østergaard, Kim: Metode på cand.merc.jur studiet. Side 280-285.

²⁷ Østergaard, Kim: Metode på cand.merc.jur studiet. Side 280.

Ved at inddrage økonomiske modeller og teorier i samspil med gældende ret, kan virksomheden træffe beslutninger på et langt mere kvalificeret grundlag og derved maksimere indtjeningen. De økonomiske modeller vil i høj grad blive anskuet ud fra ny institutionel økonomisk teori med inddragelse af elementer fra neoklassisk økonomisk teori. Ny institutionel økonomisk teori kan anses som en videreudvikling af den neoklassiske økonomiske teori. De to teorier har begge det til fælles, at analyseniveauet er markeret, og at analyseenheden er virksomheden. Teorierne beskrives nedenfor i afsnit 2.2.1.

2.1.2. Juridisk metode

2.1.2.1. Introduktion

Juridisk metode omfatter retsdogmatik, komparativ retsdogmatik, retshistorie, retssociologi og retspolitik. Som nævnt ovenfor udgør den retsdogmatiske metode en vigtig del af den erhvervsjuridiske metode. Den retsdogmatiske metode vil i nærværende afhandling blive benyttet med henblik på at belyse retsgrundlaget for franchisekontrakter. Retsdogmatisk metode går som disciplin ud på at beskrive, analysere samt fortolke gældende ret – de lege lata.²⁸ Gældende ret skal forstås som det resultat en domstol ville komme frem til ved anvendelsen af retskilder og retsdogmatisk analyse.²⁹

2.1.2.2. Retskilderne

Retskilderne udgør det centrale omdrejningspunkt for den retsdogmatiske analyse. Retskilderne består ifølge Alf Ross' version af realistisk retsteori af *regulering, retspraksis, retssædvaner* samt *forholdets natur*.³⁰ *Regulering* er den mest objektive retskilde. Med objektivitet forstås den grad, hvori en retskilde udgør en færdigformuleret retsregel, således at dommeren stilles mindre frit, når der skal træffes afgørelse.³¹ *Regulering* kan betegnes som den, i helhold til kompetencenormerne, fastsatte ret i generel form. Den fastsatte ret kommer til udtryk i autoritative tekster og indgår i typisk i et hierarki ud fra princippet om *Lex superior*. Dermed har en almindelig lov højere rang end en bekendtgørelse. *Regulering* foregår på flere niveauer. Ét og samme retsområde kan derfor både være underlagt national regulering, EU-regulering samt folkeretlig regulering.

²⁸ Tvarnø, Christina D. og Ruth Nielsen: *Retskilder & Retsteorier*. Side 30.

²⁹ Tvarnø, Christina D. og Ruth Nielsen: *Retskilder & Retsteorier*. Side 31.

³⁰ Tvarnø, Christina D. og Ruth Nielsen: *Retskilder & Retsteorier*. Side 30-34.

³¹ Tvarnø, Christina D. og Ruth Nielsen: *Retskilder & Retsteorier*. Side 81-82.

Retspraksis er som retskilde de regler der kan udledes ved at kigge på tidligere retsafgørelser af tilsvarende spørgsmål.³² Hvis der er tale om afgørelser afsagt ved en domstol, kan afgørelsen have præjudikatvirkning. Retsafgørelser tillægges dog forskellig grad af præjudikatvirkning. Kun Hvis der er tale om domstolsafgørelser fra de øverste domstole kan en afgørelsen tillægges præjudikatværdi.³³ Foruden retsafgørelser kan administrativ praksis have præcedensvirkning. Eksempler på administrativ praksis kan være afgørelser afsagt af de særlige klagenævn. Eksempelvis Klagenævnet for Udbud eller Byggeriets Ankenævn. Det kan dog diskuteres hvor stor retskildeværdi den administrative praksis skal tillægges.³⁴ I nærværende speciale vil der blive inddraget en række domme med henblik på at udlede parternes retsstilling. Først og fremmest, inddrages retspraksis, der direkte omhandler franchisekontrakter. Derudover inddrages retspraksis, som behandler det nært beslægtede retsområde om forhandlerkontakter. Sidstnævnte vil blive anvendt vejledende med henblik på at udlede gældende ret.

Tilblivelsen af *retssædvaner* og kutymer sker gennem borgernes og virksomhedernes adfærd. Retssædvaner defineres som handlemåder, der er blevet fulgt almindeligt, stadigt og længe ud fra en følelse af retlig forpligtelse.³⁵ Fordi franchising, ud fra en juridisk betragtning, er et relativt nyt fænomen, forekommer der ikke nogle sædvaner på området.

Forholdets natur forekommer mest anvendeligt på en konkret tvist eller transaktion. Set i lyset af nærværende afhandlings problemformulering, som omhandler franchiseforholds overordnede udfordringer, må anvendeligheden af forholdets natur betragtes som yderst begrænset.³⁶

Prioriteringen af de enkelte retskilders relevans og gyldighed kan variere alt efter hvilken retsteori man ligger til grund for den retsdogmatiske analyse. Retsrealismen er, set fra et skandinavisk synspunkt, af stor betydning, da den udgør en vigtig del af grundlaget for skandinavisk retskildelære. I Danmark udgør Alf Ross omdrejningspunktet for retsrealismen.³⁷ Ifølge Alf Ross er gældende ret den ret, som gælder lige nu i samfundet. Den gældende ret bestemmes som:

³² Tvarnø, Christina D. og Ruth Nielsen: *Retskilder & Retsteorier*. Side 81.

³³ Tvarnø, Christina D. og Ruth Nielsen: *Retskilder & Retsteorier*. Side 177-178.

³⁴ Tvarnø, Christina D. og Ruth Nielsen: *Retskilder & Retsteorier*. Side 197.

³⁵ Tvarnø, Christina D. og Ruth Nielsen: *Retskilder & Retsteorier*. Side 202.

³⁶ Tvarnø, Christina D. og Ruth Nielsen: *Retskilder & Retsteorier*. Side 215.

³⁷ Tvarnø, Christina D. og Ruth Nielsen: *Retskilder & Retsteorier*. Side 423.

*"Den normative ideologi der faktisk er virksom, eller må tænkes virksom, i dommerens sind, fordi den opleves af ham som socialt forbindende og derfor effektivt efterleves."*³⁸

Siden 1950'erne har man antaget at der ikke er nogen rangorden mellem de enkelte danske retskilder. Således kan lovtekst tilsidesættes såfremt at forholdets natur tillægges større betydning under de konkrete forhold.³⁹ Ifølge Alf Ross' opfattelse bør analysen af retskilderne dog foretages i en bestemt rækkefølge. Analysen påbegyndes i regulering, dernæst retspraksis, så sædvaner og til sidst forholdets natur. På denne måde vil alle jurister nå til samme resultat fordi de har samme forforståelse og fortolkningsstil.⁴⁰

2.1.3. **Reaktiv og proaktiv jura**

Retsdogmatikken og den dømmende magt forholder sig alene til forhold af historisks karakter. Retsdogmatikken kan med andre ord karakteriseres som værende reaktiv, da den med udgangspunkt i de relevante retskilder søger at løse konflikter. Set fra et virksomhedsperspektiv har denne tilgang til juraen begrænsede anvendelsesmuligheder. Langt størstedelen af de beslutninger der træffes af virksomheder er fremtidsrettede, og virksomheden bør derfor fokusere på at anvende juraen proaktivt således at konflikter forebygges eller undgås.⁴¹

Proaktiv jura er det modsatte af reaktiv jura. Målsætningen er at udnytte Juraen som en løftestang til at skabe værdi for virksomheden.⁴² At være proaktiv betyder *"at handle i forventning, at tage kontrol."*⁴³ Proaktiv jura indeholder både præventive såvel som promoverende elementer. De præventive elementer har til formål at forebygge uønskede situationer således at juridiske risici ikke materialiseres. De promoverende elementer har til formål at promovere og stimulere en ønsket adfærd hos kontraktparterne.⁴⁴ . Franchisekontrakten skal således udgøre et proaktivt styrings- og ledelsesinstrument med fokus på parternes relationelle forhold.

³⁸ Tvarnø, Christina D. og Ruth Nielsen: *Retskilder & Retsteorier*. Side 423

³⁹ Tvarnø, Christina D. og Ruth Nielsen: *Retskilder & Retsteorier*. Side 29-36

⁴⁰ Tvarnø, Christina D. og Ruth Nielsen: *Retskilder & Retsteorier*. Side 34

⁴¹ Østergaard, Kim: *Relevansen af interdisciplinær forskning og empiri i samfundsvidenskaben*. Side 8 ff.

⁴² Berger-walliser, Gerlinde og Kim Østergaard: *Proactive Law in a Business Environment*. Side. 16

⁴³ Siedel, George og Helena Haapio: *Proactive law for managers: a hidden source of competitive advantage*. Side. 11

⁴⁴ Siedel, George og Helena Haapio: *Proactive law for managers: a hidden source of competitive advantage*. Side. 11

I nærværende afhandling vil den proaktive tilgang til juraen spille en central rolle i forbindelse med tankegodset om strategisk kontrahering.⁴⁵ Den proaktive tilgang vil blive anvendt med henblik på at analysere og forbedre de kontraherende parter kontrakt. Franchisekontrakten skal således udgøre et proaktivt styrings- og ledelsesinstrument med fokus på parternes relationelle forhold.

2.2. Økonomiske teorier

Som tidligere nævnt spiller inddragelsen af økonomiske teorier en central rolle i den erhvervsjuridiske metode. I de følgende afsnit præsenteres de væsentligste teorier, som danner grundlaget for analyserne i nærværende afhandling.

2.2.1. Neoklassisk økonomisk teori & ny-institutionel økonomisk teori

Både den neoklassiske økonomiske teori såvel som den ny-institutionelle økonomiske teori har markedet som analyseniveau og virksomheden som analyseenhed. I begge teoretiske retninger handler virksomheden ud fra på forhånd fastlagte aktørforudsætninger.⁴⁶

Den ny-institutionelle økonomiske teori blev for første gang defineret som en selvstændig økonomisk teori i bogen *"Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications"* af Oliver E. Williamson i 1975. Oprindelsesgrundlaget for den ny-institutionelle tankegods skal ydermere findes hos Ronald H. Coase, som i lighed med Oliver E. Williamson var kritisk overfor den, på daværende tidspunkt, fremherskende neoklassiske økonomiske teori.⁴⁷ Kritikken gik på at aktørforudsætningerne i den neoklassiske teori var for abstrakte og i det hele taget urealistiske. Den ny institutionelle tankegods kan derfor betragtes som et opgør med de underliggende abstrakte aktørforudsætninger.

Forskellene mellem de to teoretiske retninger er centreret om tre forskellige forudsætninger. Den første forskel skal findes i antagelsen om aktørernes rationalitet. Den neoklassiske teori opererer med fuld rationalitet, hvorimod den ny institutionelle teori antager at aktørerne er begrænset rationelle.⁴⁸ Den anden centrale forskel mellem de teoretiske retninger drejer sig om aktørernes informationsniveau. I

⁴⁵ Se nærmere herom i afsnit 2.3.

⁴⁶ Østergaard, Kim: *Metode på cand.merc.jur studiet*. Side 272 ff.

⁴⁷ Richter, Rudolf: *Essays on New Institutional Economics*. Side 1-28

⁴⁸ Østergaard, Kim: *Relevansen af interdisciplinær forskning og empiri i samfundsvidenskaben*. Side 9

den neoklassiske økonomiske teori antages det, at aktørerne kan handle på baggrund af fuldkommen information. Den ny institutionelle økonomiske teori arbejder derimod med en antagelse om imperfekt og asymmetrisk information.⁴⁹ Foruden de to anførte antagelser ovenfor, antages det i neoklassisk økonomisk teori, at produktet på markedet er homogent, at antallet af sælgere er stort, og at markedet hverken har indgangs- eller udgangsbarrierer. Med andre ord er der tale om et perfekt marked uden transaktionsomkostninger.⁵⁰ Fraværet af transaktionsomkostninger udgør den tredje centrale forskel mellem de to økonomiske retninger. I modsætning til den neoklassiske økonomi erkender den ny institutionelle økonomiske teori eksistensen af transaktionsomkostninger.⁵¹ Ronald Coase giver i sin artikel "The Problem of Social Cost" nedenstående definition på begrebet transaktionsomkostninger:

"In order to carry out a market transaction it is necessary to discover who it is that one wishes to deal with, to inform people that one wishes to deal and on what terms, to conduct negotiations leading up to a bargain, to draw up the contract, to undertake the inspection needed to make sure that the terms of the contract are being observed, and so on. These operations are often extremely costly (...)"⁵²

Det kan af ovenstående definition udledes, at de tre centrale aktørforudsætninger er tæt forbundne. Man kan eksempelvis forestille sig følgende markedstransaktion: En franchisegiver forsøger at udvide sit forretningskoncept, og han skal i den forbindelse udpege en ny franchisetager. Grundet sin begrænsede rationalitet samt antagelsen om imperfekt information, er franchisegiveren nødt til at indhente en lang række information for at kunne foretage udvælgelsen på et oplyst grundlag. Indhentningen af information medfører dog at franchisegiveren afholder en række transaktionsomkostninger.⁵³

Besvarelsen af nærværende afhandlings problemformulering vil hovedsageligt ske med udgangspunkt i den ny institutionelle økonomiske teori. Årsagen hertil er, at denne hovedretning opererer med de mest

⁴⁹ Østergaard, Kim: *Relevansen af interdisciplinær forskning og empiri i samfundsvidenskaben*. Side 9.

⁵⁰ Østergaard, Kim: *Metode på cand.merc.jur studiet*. Side 272 ff.

⁵¹ Østergaard, Kim: *Metode på cand.merc.jur studiet*. Side 272 ff.

⁵² Coase, Ronald: *The Problem of Social Cost*. I: *Journal of Law and Economics* vol. 56. Side 850.

⁵³ Østergaard, Kim: *Metode på cand.merc.jur studiet*. Side 273.

realistiske forudsætninger. Besvarelsen vil blandt andet inddrage Oliver E. Williamson transaktionsomkostningsteori, Jeffrey H Dyer og Harbir Singhs relationelle kontraktteori samt principal-agent teorien. Disse teorier vil særskilt blive introduceret nedenfor.

2.2.2. Transaktionsomkostningsteorien

Transaktionsomkostningsteorien handler om, hvordan en transaktion kan organiseres, således at de samlede transaktionsomkostninger minimeres. Målet er at opnå en efficient forvaltning af transaktionerne. Williamson sondrer mellem to forskellige kategorier af reguleringsformer som kan anvendes til organisering af transaktioner. Ifølge Williamson kan transaktioner organiseres i virksomheden eller i markedet. Disse to reguleringsformer udgør yderpunkterne. Mellem disse to yderpunkter findes en uendelig række af såkaldte "hybrider" der ligeledes kan anvendes til organisere transaktionerne. Hybriderne udgør en blanding af de to yderpunkter og indeholder derfor elementer fra begge reguleringsformer.⁵⁴ Nærværende afhandling vil have et særligt fokus på hybriderne, da franchising kan henføres til denne kategori af reguleringsformer.⁵⁵

I transaktionsomkostningsteorien sondres der mellem internalisering og eksternalisering af transaktioner. Ved internalisering organiseres en transaktion indenfor virksomhedens rammer, hvorimod eksternalisering betyder at transaktionen organiseres i markedet.⁵⁶ Sondringen kan illustreres med følgende eksempel: En bagervirksomhed kan vælge selv at stå for leveringen af kagerne til kunderne, og dermed internalisere transaktionen. Alternativt kan virksomheden eksternalisere transaktionen og købe fragtydelsen i markedet.

Som ovenfor nævnt udspringer transaktionsomkostningsteorien af den ny institutionelle økonomiske teori. I Williamsons transaktionsomkostningsteori antages det derfor ligeledes, at de økonomiske agenter er begrænset rationelle, og at de handler opportunistisk.⁵⁷ For at analysere hvordan en given transaktion bør organiseres, skal en række forskellige dimensioner af transaktionen afdækkes. Ifølge Williamson består de tre vigtigste dimensioner af 1) frekvensen hvormed transaktionen gentages, 2) Graden af

⁵⁴ Knudsen, Christian: *Økonomisk metodologi*. Side 217-218, Bind 2. Og Sornn-Friese, Henrik: *Hvad er en virksomhed?: Erhvervsøkonomisk teori og analyse*. Side 101.

⁵⁵ Knudsen, Christian: *Økonomisk metodologi*. Side 208, Bind 2.

⁵⁶ Østergaard, Kim: *Relevansen af interdisciplinær forskning og empiri i samfundsvidenskaben*. Side 9-10.

⁵⁷ Knudsen, Christian: *Økonomisk metodologi*. Side 213, Bind 2.

usikkerhed forbundet med udførelsen af transaktionen, og 3) graden af aktivspecifitet.⁵⁸ Aktivspecifitet afhænger af hvilke alternative anvendelsesmuligheder et aktiv har udenfor kontraktforholdet. Hvis nytteværdien er høj ved den alternative anvendelse, så er der en lav grad af aktivspecifitet. Modsat forholder det sig hvis nytteværdien er lav udenfor kontraktforholdet.⁵⁹

Begrebet transaktionsomkostninger omfatter alle de omkostninger der er forbundet med at identificere, planlægge og udføre transaktioner. For at kunne gennemføre en transaktion skal en økonomisk aktør udføre en række forskellige aktiviteter, som alle medfører forskellige typer af transaktionsomkostninger. Der sondres overordnet mellem to kategorier af transaktionsomkostninger: *ex ante omkostninger* og *ex post omkostninger*. Ex ante omkostninger er en fælles betegnelse for alle de transaktionsomkostninger, som aktøren afholder før kontraktindgåelse. Et eksempel på ex ante omkostninger er søge- og informationsomkostninger. Disse omkostninger opstår, når virksomheden skal undersøge, hvad markedet kan tilbyde i form af produkter, services og handelspartnere.

Foruden søge- og informationsomkostninger, skal der også afholdes forhandlingsomkostninger i forbindelse med forhandling samt koncipering af kontrakten.⁶⁰ Forhandlingsomkostninger kan være alt lige fra udgifter som virksomheden skal afholde til eksterne rådgivere, så som revisorer og advokater, men også noget så simpelt som udgifter til transport. Ex post omkostninger er de transaktionsomkostninger, som en aktør afholder efter kontraktindgåelsen. Et eksempel herpå er håndhævelsesomkostninger. Disse omkostninger er forbundet med aktiviteter, der udføres af en aktør efter kontraktindgåelsen med henblik på at sikre modpartens overholdelse af kontrakten. Aktiviteter der vedrører ændring og tilpasning af kontrakten giver ligeledes anledning til ex post transaktionsomkostninger.⁶¹

2.2.3. Principal/agent-teori

Principal-agentteorien beskæftiger sig med årsager til og konsekvenser af målkonflikt mellem en principal og en agent.⁶² Principal/agent-teorien arbejder, i lighed med transaktionsomkostningsteorien, ud fra

⁵⁸ Knudsen, Christian: *Økonomisk metodologi*. Side 204-215, Bind 2.

⁵⁹ Østergaard, Kim: *Relevansen af interdisciplinær forskning og empiri i samfundsvidenskaben*. Side 10.

⁶⁰ Sornn-Friese, Henrik: *Hvad er en virksomhed?: Erhvervsøkonomisk teori og analyse*. Side 104-105.

⁶¹ Sornn-Friese, Henrik: *Hvad er en virksomhed?: Erhvervsøkonomisk teori og analyse*. Side 104-105.

⁶² Sornn-Friese, Henrik: *Hvad er en virksomhed?: Erhvervsøkonomisk teori og analyse*. Side 125.

antagelsen om, at individet er begrænset rationelt og kan have opportunistisk adfærd.⁶³ til forskel fra transaktionsomkostningsteorien, er det selve kontrakten mellem principalen og agenten der udgør analyseenheden og ikke de enkelte transaktioner.⁶⁴

Principal/agent-teorien er i litteraturen typisk beskrevet som et arbejdsgiver-arbejdstagerforhold. Man kan dog forestille sig en lang række alternative principal-agentrelationer, heriblandt forholdet mellem en franchisetager og franchisegiver. Overordnet set er der tale om en principal-agentsituation når "*en aktør (principalen) delegerer autoritet til en anden (agenten), og agentens handlinger indvirker principa- lens benefice.*"⁶⁵ Relationen mellem principalen og agenten er særligt kompleks, da der eksisterer asymmetrisk information. Med andre ord har principalen mindre information vedrørende agentens handlinger end agenten selv. Agenten har dermed mulighed for at handle ud fra egne interesser (og potentielt i strid med principalens interesser) uden, at principalen har mulighed for at opdage dette og gribe ind. Informationsasymmetrien kan enten være opstået som et resultat af agentens ekspertise på det gældende område, eller fordi principalen er afskåret fra at overvåge agentens handlinger på en direkte og omkostningsfri måde. Principal/agent-teorien søger at løse problemet med modstridende interesser, således at der kan konciperes incitamentsforenelige kontrakter.⁶⁶

Ud fra et principal-agentteoretisk synspunkt kan kontrakten karakteriseres som efficient, når to betingelser er opfyldt. For det første skal agenten være villig til at acceptere kontrakten. I teorien antages det, at agenten er villig til at acceptere kontrakten, så snart han har udsigt til en belønning. Belønning skal i denne sammenhæng forstås som en situation, hvor agenten stilles bedre end hans bedste alternativ til at indgå kontrakten. Den anden efficiens-betingelse opfyldes, når agenten, udover at acceptere kontrakten, også efterlever de aftalte kontraktvilkår. Agenten antages at være nyttemaksimerende og såfremt kontrakten ikke er incitamentsforenelighedskabende, vil agenten shirke.⁶⁷ For at leve op til den anden betingelse skal kontrakten specificere de incitamenter der motiverer agenten.⁶⁸ I nærværende

⁶³ Sornn-Friese, Henrik: *Hvad er en virksomhed?: Erhvervsøkonomisk teori og analyse*. Side 127.

⁶⁴ Sornn-Friese, Henrik: *Hvad er en virksomhed?: Erhvervsøkonomisk teori og analyse*. Side 128.

⁶⁵ Sornn-Friese, Henrik: *Hvad er en virksomhed?: Erhvervsøkonomisk teori og analyse*. Side 125.

⁶⁶ Knudsen, Christian: *Økonomisk metodologi*. Side 164, Bind 2.

⁶⁷ Oversat til Dansk: "Skulke". I nærværende afhandling anvendes ligeledes formuleringen "free-riding" i situationer hvor principal/agent-forholdet angår en franchisegiver og en franchisetager.

⁶⁸ Sornn-Friese, Henrik: *Hvad er en virksomhed?: Erhvervsøkonomisk teori og analyse*. Side 130.

afhandling vil sidstnævnte efficiens-betingelse være i centrum for analysen af franchisetagerens incitament til at free-ride på franchisegiverens renommé.

Som nævnt ovenfor beskæftiger principal-agentteorien sig med situationer hvor den tilgængelige information er asymmetrisk fordelt mellem aktørerne. Der findes overordnet set to typer af situationer med informations-asymmetri. *Adverse selection* og *moral hazard*. Adverse selection⁶⁹ er et informationsproblem der eksisterer før kontrakten overhovedet indgås. Der er med andre ord tale om et ex ante eller præ-kontraktuelt problem. Adverse selection dækker over den situation hvor en højrisiko agent besidder privat information af negativ karakter om sig selv, som principalen ikke besidder. Agenten vil tilbageholde den private information med henblik på fremstå som en mindre risikabel kontraktpartner overfor principalen, og dermed opnå en mere gunstig kontrakt.⁷⁰

Moral hazard⁷¹ er en betegnelse for de informationsproblemer der eksisterer efter kontrakten er indgået. Der er med andre ord tale om et ex post eller post-kontraktuelt problem. Der forekommer en moral hazard situation, når agenten har mulighed for at skjule sine handlinger for principalen, og når disse handlinger er ufordelagtige for principalens interesser.⁷² I nærværende afhandling vil principal-agentteorien blive anvendt til at koncipere den mest efficiente kontrakt under de niveauer af risikovillighed, usikkerhed og informationsniveauer, der kendetegner franchiseforhold.⁷³

2.3. Strategisk kontrahering & den relationelle kontraktteori

I nærværende afhandling analyseres muligheden for at udøve strategisk kontrahering i franchiseforholdet. Udgangspunktet er at undersøge, hvorledes økonomiske teorier kan berige juraen under kontrakt-konciperingen og således skabe grundlag for udøvelsen af strategisk kontrahering. Formålet med at udøve strategisk kontrahering er at skabe incitamentsforenelighed samt at minimere risikoen for opportunistisk adfærd. Strategisk kontrahering indeholder både elementer fra den juridiske og økonomiske videnskab, hvorfor det er oplagt at anvende den erhvervsjuridiske metode som fundament for analysen.

⁶⁹ Også kaldet "skjulte informationer"

⁷⁰ Knudsen, Christian: *Økonomisk metodologi*. Side 165 ff., Bind 2.

⁷¹ Også kaldet "skjulte handlinger"

⁷² Knudsen, Christian: *Økonomisk metodologi*. Side 167 ff., Bind 2.

⁷³ Sornn-Friese, Henrik: *Hvad er en virksomhed?: Erhvervsøkonomisk teori og analyse*. Side 126.

Strategisk kontrahering er et udtryk for parternes tilgang til selve kontraktkonciperingen. Ved udøvelse af strategisk kontrahering benyttes en blanding af både reaktive og proaktive klausuler. Dermed adskiller strategisk kontrahering sig radikalt fra konventionel kontrahering, der udelukkende fokuserer på reaktive klausuler. Reaktive klausuler har fokus rettet på risiko- og rettighedsallokering mellem kontrahenterne, i tilfælde af at der ikke sker rigtig opfyldelse af kontrakten. Formålet er således at overføre så meget risici på medkontrahenten som muligt. Proaktive klausuler har en mere forebyggende/foregribende karakter. Proaktive klausuler søger at fremme hvad der er ønskeligt og minimerer juridiske risici, for derved at opnå forretningsmæssig succes.⁷⁴

Analyserne i nærværende afhandling tager udgangspunkt i det tankegods der præsenteres i Bent Petersens og Kim Østergaards artikel *Reconciling contracts and relational governance through strategic contracting*. Østergaard og Petersen definerer strategisk kontrahering således:

“We view strategic contracting as characterized by the aim of generating relational rent through the use of both proactive and reactive provisions that, based on resource complementarity and strategic fit between the contract parties, protect knowledge exchange and relationship-specific investments from opportunistic behavior. Hence, a strategic contract is a partnership arrangement through which the contracting parties aim to achieve joint competitive advantage.”⁷⁵

Tankegodset er, at økonomiske aktører der har et strategisk fit, samt besidder komplementære ressourcer kan opnå vedvarende konkurrencemæssige fordele. De konkurrencemæssige fordele opnås ved at promovere ønskelig adfærd så som informationsudveksling og investering i relationsspecifikke aktiver. Derudover skal kontrakten minimere parternes opportunistiske adfærd.

Østergaard og Petersens definition kan anses som en videreudvikling af tidligere litteraturs behandling af relationelle kontraktforhold. I 1998 blev et lignende tankegods præsenteret i Jeffrey H. Dyer & Harbir

⁷⁴ Østergaard, Kim: Relevansen af interdisciplinær forskning og empiri i samfundsvidenskaben. Side 9.

⁷⁵ Østergaard, Kim og Bent Petersen: *Reconciling contracts and relational governance through strategic contracting*. Side 267.

Singh's artikel "The relational View: Cooperative Strategy and Sources of Interorganizational Competitive Advantage."⁷⁶ I artiklen analyserer Dyer og Singh hvorledes uafhængige virksomheder, så som en franchisetager og franchisegiver, kan samarbejde samt anvende komplementære ressourcer til at opnå merværdi. Dyer og Singh kalder denne merværdi for *relationsrente*. Merværdien skal i den relationelle sammenhæng forstås som værdi, som parterne ikke har mulighed for at skabe ved alternativ anvendelse af de komplementære ressourcer.⁷⁷

Ifølge Dyer og Singh skal fire karakteristika være opfyldt før partnerskabet kan medføre konkurrencemæssige fordele. 1) parterne skal foretage relationsspecifikke investeringer. 2) Der skal ske udvesling af viden. 3) parterne skal besidde komplementære ressourcer og 4) partnerskabet skal have lavere transaktionsomkostninger samt en mere effektiv governance-struktur end konkurrerende partnerskaber.⁷⁸ Petersen og Østergaard analyserer forskellene mellem hhv. konventionel kontrahering og strategisk kontrahering med udgangspunkt i fem forskellige kontraktdimensioner: i) Choice of intermediary, ii) Collaborative basis, iii) Commercial risk allocation, iv) Commitment og v) Conflict resolution. Foruden den komparative analyse af de to tilgange, opstiller Petersen og Østergaard en række betingelser for hvornår strategisk kontrahering bør anvendes frem for konventionel kontrahering (og omvendt).

⁷⁶ Dyer, Jeffrey H og Harbir Singh: The Relational View: Cooperative Strategy and Sources of Inter-organizational Competitive Advantage. I: *Academy of Management Review* nr. vol. 23, no. 4, 1998, Side. 660-679.

⁷⁷ Jeffrey H. Dyer & Harbir Singh, The Relational View: Cooperative Strategy and Sources of Inter-organizational Competitive Advantage, *Academy of Management Review*, vol. 23, no. 4, Side 660-679. & Østergaard, Kim: Relevansen af interdisciplinær forskning og empiri i samfundsvidenskaben. Side 11-16.

⁷⁸ Dyer, Jeffrey H og Harbir Singh: The Relational View: Cooperative Strategy and Sources of Inter-organizational Competitive Advantage.

3. Kapitel 3: Franchiseforholdet

Franchising er en anerkendt måde at drive forretning på. På trods af det udbredte kendskab til selve ordet, er begrebet franchising vanskeligt at definere. En del af vanskelighederne opstår, fordi franchising som forretningsmodel, er forskellig fra franchiseforhold til franchiseforhold. Derfor kan det umiddelbart virke selvmodsigende at anvende begrebet franchising om én forretningsmodel. I nærværende kapitel vil vi indsnævre franchisebegrebets betydning med henblik på at opstille en definition, som vil danne grundlaget for begrebets anvendelse i resten af afhandlingen

3.1. Begrebet franchising

Denne afhandling beskæftiger sig udelukkende med dansk franchising, hvorved der forstås franchising, som drives inden for landets grænser.⁷⁹ Der findes ikke en entydig definition af franchising, hverken i litteraturen, lovgivningen eller i retspraksis. I den forbindelse anfører Morten Wegener,⁸⁰ at det er:

*"(...) yderst vanskeligt i almindelighed at sige noget blot tilnærmelsesvis præcist om begrebets indhold, idet sprogbrugen såvel i eksisterende lovgivning som i praksis og litteraturen er overordentlig uensartet og til tider ligefrem holdningsløs bred. Skal der alligevel gives et generelt signalment, må man formentlig indskrænke sig til at sige, at begrebet først og fremmest anvendes som samlebetegnelse for organisering af kontraktbaserede afsætningssystemer mellem selvstændige erhvervsdrivende, typisk i vertikal henseende."*⁸¹

På trods af ovenstående udsagn er der flere både nationalt såvel som internationalt, der har forsøgt at definere franchising. At der mangler en fællesbetegnelse som uddybende beskriver franchising, kan ansues som et resultat af, at franchising i sin form varierer fra franchisekoncept til franchisekoncept. Derfor må det antages, at en definition af franchising, udelukkende omfatter franchisekoncepters overordnede fællestræk. Europa-Kommissionens forordning nr. 4087/88⁸² defineres franchising i artikel 1 stk. 3, litra a, som værende:

⁷⁹ Der henvises til nærværende afhandlings afgrænsning.

⁸⁰ Wegener, Morten: *Lovgivning om franchising? I: Ugeskrift for Retsvæsen nr. U.1990B.217*, 1990, Side. 218-231.

⁸¹ Wegener, Morten: *Lovgivning om franchising?* Side 1.

⁸² Europa-Kommissionens forordning nr. 4087/88 af 30. november 1988 har imidlertid ikke længere retskraft, idet den ophørte 31. december 1999. Europa-Kommissionen har ikke efterfølgende udarbejdet en tilsvarende forordning.

”en helhed af industrielle eller intellektuelle ejendomsrettigheder til varemærker, varenavne, butiksskilte, brugsmønstre, mønstre, ophavsret, know-how eller patenter, som benyttes ved salg af varer eller levering af tjenesteydelser til den endelige bruger”

Det skal bemærkes at ovennævnte forordning per 31. december 1999 trådte ud af kraft. Bestemmelsen kan dog stadig anvendes til at kvalificere franchising som begreb. Ovenstående bestemmelse behandler forholdet mellem franchisegiver og franchisetager, ved at opliste nogle af de aktiver og brugsrettigheder, som franchisegiver typisk tildeler franchisetager. I relation til artikel 1, stk. 3 skal det bemærkes, at franchisekontrakten ikke er benævnt, som værende en del af selve franchisebegrebet. Dette kan undre, eftersom det er denne kontrakt, der regulerer forholdet mellem franchisegiver og franchisetager. Franchisekontrakten beskrives dog i forordningens artikel 1, stk. 3, litra b, som:

*(...) en aftale, hvorved en virksomhed, franchisegiveren, til en anden, franchisetageren, mod direkte eller indirekte finansielt vederlag overdrager, retten til at udnytte en franchise til detailsalg af nærmere bestemte arter af varer og/eller tjenesteydelser (...)*⁸³

Definitionerne i artikel 1, stk. 3, litra a og b, fokuserer primært på de juridiske aspekter i franchiseforholdet samt hvilke rettigheder der er omfattet af hhv. franchisebegrebet samt kontrakten. Umiddelbart kan formuleringen i Kommissionens forordning nr. 4087/88, artikel 1, stk. 3, litra b tilsluttes, da disse definitioner, i hvis udstrækning beskriver forholdet mellem franchisegiver og franchisetager. Set i lyset af ovenstående bestemmelser kan det udledes, at begrebet franchising refererer til selve franchisekontrakten og dennes indhold. Kontrakten bør indeholde bestemmelser om anvendelsen af de i artikel 1 stk. 3, litra a nævnte rettigheder.

I den danske juridiske litteratur er franchise begrebet blevet forsøgt beskrevet flere gange. Karen Dyekjær-Hansen undersøger i forbindelse hermed hvordan selve ordet ”franchising” anvendes i litteraturen. Hun kommer frem til at betegnelsen franchising ofte bliver anvendt som en betegnelse for en: *”(.) form for distribution/afsætning af varer, parallelt med fx detailsalg, kædesalg eller markedssalg.*”⁸⁴

⁸³ Europa-Kommissionens forordning nr. 4087/88 af 30. november 1988

⁸⁴ Dyekjær-Hansen, Karen: Franchising, Det 32. nordiske juristmøde, 1990. s. 389

Karen Dyekjær-Hansen, anfører i forbindelse hermed, at virksomhedsøkonomer ofte betegner franchising som: *"(...) en form for økonomisk organisation af driften parallelt med fx datterselskabsetablering, antagelse af forpagtere, indkøbskæder m.v."*⁸⁵ Disse definitionsforsøg fokuserer på de driftsøkonomiske aspekter, herunder den måde hvorpå varer og/eller tjenesteydelser søges afsat til slutbrugeren. Definitionerne beskæftiger sig ikke med de juridiske aspekter af franchising.⁸⁶ Definitionerne er derfor ikke anvendelige til at konkretisere begrebet franchising i en juridisk forstand, hvorfor franchising, under en juridisk anskuelsesform ofte blive forsøgt defineret anderledes.⁸⁷ Som eksempler på juridiske definitioner af franchising nævner Karen Dyekjær-Hansen f.eks.:

"(...) franchise means a contract, agreement or arrangement, (...), between two or more persons, by which a franchisee is required to pay a franchise fee in consideration for any of the following:
(i) a right to engage in the business ... organized and directed by the franchisor
*(ii) the right to engage in a business which is associated with the franchisor's trademark(...)"*⁸⁸

Generelt kan det tilsluttes, som Erik Hørlyck anerkender, at det er vanskeligt at definere franchising som begreb. Erik Hørlyck anfører derudover, at det er tæt på håbløst at lave en dansk betegnelse herfor.⁸⁹

3.1.1. Business format franchising

Den moderne form for franchising, som vi kender i dag, koncentrerer sig om det, der betegnes som business format franchising. I forretningsterminologien bliver franchising dog også anvendt om "straight product distribution franchising" der alene vedrører forhandling af varer og "trade name franchising" der primært angår en aftale om brug af et varemærke. De to sidstnævnte er dog umiddelbart mest sammenlignelige med hhv. forhandleraftaler og varemærkelicenser. For en gennemgang af nært beslægtede kontrakttyper, henvises der til afsnit 3.3.⁹⁰ Formålet med business format franchising, som er den mest

⁸⁵ Dyekjær-Hansen, Karen: Franchising, Det 32. nordiske juristmøde, 1990. Side. 389.

⁸⁶ Dyekjær-Hansen, Karen: Franchising, Det 32. nordiske juristmøde, 1990. Side. 390.

⁸⁷ Dyekjær-Hansen, Karen: Franchising, Det 32. nordiske juristmøde, 1990. Side. 390.

⁸⁸ Fra Provinsens Albertas Franchise Act R.S.A 1980 c f 17)

⁸⁹ Erik Hørlyck – Lovgivning om franchising og forpagtning, Side 1.

⁹⁰ Dyekjær-Hansen, Karen: Franchising. Side 392.

kendte og anvendte franchisetype, er at opnå en "image enhed" på markedet. Dermed fremstår franchisetagerens forretning som en del af en kæde. Morten Wegener anfører i overensstemmelse med Karen Dyekjær-Hansen følgende:

" (...) hvis man skal søge det muligt særegne ved franchising fastlagt. (...) må man i stedet interessere sig for, hvad der i USA betegnes som »Business Format Franchising.«⁹¹

Business format franchising fungerer, som et vertikalt afsætningssystem for varer eller tjenesteydelser. Afsætningen sker typisk igennem bilaterale aftaler mellem franchisegiver og franchisetager. Parterne i business format franchising, fungerer som selvstændigt erhvervsdrivende, og handler derfor for egen regning og egen risiko. Samarbejdet som er reguleret af franchisekontrakten, går ikke kun på afsætningen af enkelte varer, men angår driften af hele franchisetagers virksomhed, der skal drives i overensstemmelse med franchisegivers koncept.⁹²

Samarbejdet i business format franchising, består typisk af tre hovedelementer. Det første element dækker over, at franchisetager er forpligtiget til drive forretningen i overensstemmelse med franchisegivers koncept. Dette er typisk reguleret i et bilag til franchisekontrakten kaldet franchisemanualen.⁹³ Heri ligger blandt andet en forpligtelse til, at levere bestemte varer- og eller ydelser, indrette butikken på en bestemt måde samt at uddanne franchisetagers personale i overensstemmelse med bestemte forskrifter. For business format franchising, vil der typisk være fyldestgørende retningslinjer for salg, indkøb, prispolitik og varer mm. Dette baner vejen for en strømlignet markedsføringsproces, hvorved franchisegiver kan markedsføre alle franchisetagere ved brug af identiske kampagner.⁹⁴ Det andet element vedrører de immaterielle rettigheder samt særegne forretningskendetegn, som tilhører franchisegiveren, men som franchisetageren igennem franchisekontrakten opnår en ret til at anvende. Det tredje element vedrører franchisegivers løbende bistand til franchisetager. Bistanden ydes med henblik på at sikre franchisetagers mulighed for at drive forretningen i overensstemmelse med franchisegivers koncept.⁹⁵

⁹¹ Wegener, Morten: Lovgivning om franchising?. side 1.

⁹² Wegener, Morten: Lovgivning om franchising?. side 1.

⁹³ Bilag 1 spørgsmål B.

⁹⁴ Wegener, Morten : Lovgivning om franchising? side 1.

⁹⁵ Wegener, Morten : Lovgivning om franchising? side 2.

3.1.2. Masterfranchising

Masterfranchising anvendes primært i tilfælde hvor franchisekonceptets ejer (franchisegiver) ønsker at etablere sig på et nyt marked. Masterfranchising skal ikke betragtes som et alternativ til business format franchising, men derimod en måde at organisere større franchisesystemer på. Masterfranchising er særligt udbredt blandt store internationale franchisekoncepter. I forbindelse med etableringen på det nye marked vil franchisegiveren udvælge en juridisk person, og indgå en masterfranchiseaftale med denne. Masterfranchiseaftalen giver masterfranchisetageren ret til at agere som en lokal franchisegiver. Masterfranchisetageren kan med andre ord indgå franchiseaftaler på det nye marked med de enkelte franchisetagere.

At etablere sig ved en masterfranchisetager, gør det nemt for franchisegiver at udvide sit koncept, da franchisegiveren vil have "one point of contact" med masterfranchisetageren, som har kontakten med de enkelte franchisetagere.

3.1.3. Subordinationsfranchising vs. partnerskabsfranchising

Ved franchising er der typisk én toneangivende part, som besidder retten til de immaterielle aktiver. Franchisesystemet kan betragtes som værende ejet af franchisegiver, og franchisetageren er pålagt drive forretningen i overensstemmelse med franchisegiverens koncept.⁹⁶ Der vil altså i langt de fleste franchiseforhold være tale om et subordinationsforhold mellem franchisegiver og franchisetager. Det antages umiddelbart, at subordinationsfranchising, er den mest anvendte "franchisestruktur". Det er væsentligt at forstå, at subordinationsfranchising ikke skal betragtes, som et alternativ til business format franchising. Begrebet subordinationsfranchising, er blot anvendt i forretningsterminologien til at beskrive parternes over-/ underordningsforhold.

Modsat subordinationsfranchising, eksisterer der i praksis også franchisesystemer, hvor franchisegiver og franchisetager bliver ligestillede parter, typisk igennem et jointventure. Der vil som i de fleste jointventure konstruktioner, være en rollefordeling parterne imellem, så den ene part for eksempel forpligter sig til at forestå den daglige drift, mens den anden part fx kan forestå indkøb, produktudvikling osv. Fordelingen af roller, må antages at variere fra franchisekoncept til franchisekoncept.

⁹⁶ Wegener, Morten : Lovgivning om franchising? side 4.

3.2. Afhandlingens definition af franchisebegrebet

Vanskelighederne med at definere franchising skyldes i høj grad, at ikke to franchising-koncepter er ens. På trods af dette, er der flere karakteristika, som går igen i langt de fleste franchiseforhold. For at kunne analysere nærværende afhandlings problemformulering, har det været nødvendigt at klarlægge begrebet franchising. Derfor har vi på baggrund af ovenstående gennemgang udarbejdet en definition på franchising som synes at være brugbar både i økonomisk og juridisk øjemed.

”Franchising kan defineres som, et afsætningssystem, der er baseret på et kontraktuelt reguleret samarbejde mellem franchisegiver og franchisetager. Franchisegiver tildeler, mod et vederlag, brugsretten til afsætningssystemet til franchisetager, som selvstændigt, for egen regning og risiko, kan drive virksomhed i overensstemmelse med franchisegiverens koncept.

3.3. Franchisekontrakter sammenlignet med andre kontrakttyper

Nærværende afsnit har til formål at placere franchisekontrakter i forhold til øvrige kontraktformer. I den juridiske litteratur har man forsøgt at drage visse paralleller til en række nært beslægtede kontrakttyper.⁹⁷ En sådan sammenligning må anses for værende forståelig, da franchisekontrakter i høj grad består af elementer, som kan hentes fra mere almindeligt udbredte kontrakttyper. Franchisekontrakter kan dermed karakteriseres som *kombinationskontrakter*⁹⁸.

Paralleliseringen peger hovedsageligt i to forskellige retninger.⁹⁹ På den ene side indeholder franchisekontrakter en række delelementer der stammer fra aftaler om afsætningsformidling. Forandlertaler og agenturaftaler er klassiske eksempler på aftaler af denne type. På den anden side indeholder franchisekontrakter også en række delelementer der regulerer spørgsmål af immaterialretlig karakter. Disse delelementer kan sammenlignes med indholdet af en licensaftale. Foruden ovenstående to centrale om-

⁹⁷ Dyekjær-Hansen, Karen: *Franchising*. Side 395. & Wegener, Morten: *Lovgivning om franchising?* Side. 1. & Lando, Ole, m. fl.: *Udenrigshandelens Kontrakter*. Side 264 ff.

⁹⁸ Wegener, Morten: *Lovgivning om franchising?* Side 6.

⁹⁹ Iversen, Bent: *Handelsagenten og eneforhandleren*. Side 225. ff. & Wegener, Morten: *Lovgivning om franchising?* Side 7. & Dyekjær-Hansen, Karen: *Franchising*. Side 395.

råder, kan der også drages paralleller til kontrakter vedrørende køb, leje, forpagtning og tjenesteaftaler.¹⁰⁰ Kombinationen af alle de nævnte kontraktelementer giver franchisekontrakten en selvstændig juridisk karakter.

Da litteraturen hovedsageligt foretager en parallelisering til forhandlerkontrakter og licenskontrakter, vil vi af hensyn til afhandlingens omfang udelukkende fokusere på franchisekontraktens forhold til disse to beslægtede kontrakttyper.¹⁰¹ Ved en licensaftale sker der en delvis overførsel af rettighedshaverens (licensgivers) eneret til tredjemand (licenstagere).¹⁰² Der ikke tale om en overførsel af selve ejendomsretten, men der i mod en overførsel af brugsretten. Et typisk eksempel herpå er retten til at udnytte et varemærke eller et patent. Udstrækningen af brugsretten er nærmere specificeret i licensaftalens vilkår. Tilladelsen til at udnyttelsen af rettigheden gives mod betaling af en såkaldt licensafgift.¹⁰³

Et af de karakteristiske elementer der adskiller franchiseaftaler fra licensaftaler er, at kontrakten er genstand for en flerhed af immaterialretligheder. Hvor licenskontrakter hovedsageligt angår en retten til udnyttelse af et enkelt varemærke, vil franchiseaftaler derimod specificere retten til at udnytte samtlige immaterialretligheder, der naturligt hører til virksomheden.¹⁰⁴ Franchiseaftalen vil typisk specificere retten til at udnytte logoer, varemærker og andre forretningskendetegn. Derudover vil aftalen også specificere de immaterialretligheder der knytter sig til de produkter/og services som franchisetageren sælger. F.eks. ophavsret, knowhow, patenter mv.¹⁰⁵

En forhandler kan defineres som den, der i eget navn og for egen regning køber og videresælger varer, der er købt hos producenten.¹⁰⁶ Forhandlerkontrakter kan siges at bestå af to individuelle kontrakter. Den ene kontrakt regulerer samarbejdet mellem forhandleren og producenten og specificerer forhandlerens opgaver i leverandørens salgsorganisation. Den anden kontrakt regulerer de køberetlige forhold

¹⁰⁰ Wegener, Morten: *Ophør af franchiseaftaler*. Side 268 ff.

¹⁰¹ Wegener, Morten: *Lovgivning om franchising?* & Dyekjær-Hansen, Karen: *Franchising*.

¹⁰² Iversen, Bent: *International handelsret*. side 321 ff.

¹⁰³ Patent- og Varemærkestyrelsen: <http://vmguidelines.dkpto.dk/aa/aaa/fornyelser-og-aendringer-i-registret/aendringer-i-registret/licensaftaler.aspx> (sidst besøgt d. 08.03.2019) & <http://www.ip-handelsportal.dk/aftaleindgaelse/valg-af-aftale/licensaftaler.aspx> (sidst besøgt d. 08.03.2019)

¹⁰⁴ Dyekjær-Hansen, Karen: *Franchising*. side 392.

¹⁰⁵ Iversen, Bent: *Handelsagenten og eneforhandleren*. Side 226.

¹⁰⁶ Østergaard, Kim: *Relevansen af interdisciplinær forskning og empiri i samfundsvidenskaben*. Side 12.

omkring forhandlerens køb af leverandørens produkter.¹⁰⁷ Der findes i dansk ret ingen lovgivning der vedrører selve forhandlerbestemmelserne. De køberetlige forhold er derimod reguleret af KBL eller CISG. Som undtagelse hertil findes lex specialis i form af lov om benzinforhandlere jf. lovbekendtgørelse nr. 433 af 31. maj 2000.

Der findes tre hovedtyper af forhandlerkontrakter. Masseforhandlere, eneforhandlere og selektiv distribution. Ved massedistribution sælger producenten sine produkter til så mange forhandlere som muligt på den pågældende marked.¹⁰⁸ Et dansk eksempel på massedistribution kan findes hos Arla Foods, hvis produkter er tilgængelige i stort set samtlige danske supermarkeder, convenience stores, mv. Modsat forholder det sig ved eneforhandling, hvor det centrale led i aftalen er, at eneforhandleren overlades eneret til at videreforhandle producentens produkter indenfor et territorielt, eller på anden måde, afgrænset område.¹⁰⁹ Typisk vil en franchisekontrakt indeholde en eneret for franchisetageren til af afhænde franchisegiverens varer eller tjenester indenfor afgrænset geografisk område.¹¹⁰ Franchisekontrakten har dermed visse ligheder med eneforhandling. Den tredje hovedtype af forhandlerkontrakter er selektiv distribution. Ved selektiv distribution forpligter producenten sig til at videresælge sine varer til en række forhandlere, der er særligt udvalgte på grundlag af en række nærmere fastsatte kriterier.¹¹¹ Disse kriterier kan eksempelvis omhandle krav til indretning af forretningslokaler, uddannelse af personale, mv. Franchising kan derfor siges at have en række ligheder med selektiv distribution, da der ved franchising ligeledes stilles et omfattende krav til butikkens indretning uddannelse, og i det hele taget måden hvorpå afsætningen af varer finder sted.

I andre tilfælde vedrører franchiseaftalen ikke en decideret overførsel af produkter fra franchisegiveren til franchisetageren, men derimod kun de ovenfor omtalte immaterielle rettigheder til brug fremstilling af specifikke produkter/services. I sådanne tilfælde adskiller franchiseaftaler sig markant fra forhandleraftaler.¹¹² Helt generelt skal forskellen mellem forhandlerkontrakter og franchisekontrakter findes i franchisetagerens identitet. For at have karakter af franchising skal der foreligge en identitetsændring

¹⁰⁷ Ole, m.fl.: *Udenrigshandelens Kontrakter*. Side 261 ff.

¹⁰⁸ Østergaard, Kim: *Relevansen af interdisciplinær forskning og empiri i samfundsvidenskaben*. Side 12-15.

¹⁰⁹ Iversen, Bent: *Handelsagenten og eneforhandleren*. Side 214.

¹¹⁰ Ole, m.fl.: *Udenrigshandelens Kontrakter*. Side 264.

¹¹¹ Østergaard, Kim: *Relevansen af interdisciplinær forskning og empiri i samfundsvidenskaben*. Side 12-15.

¹¹² Iversen, Bent: *Handelsagenten og eneforhandleren*. Side 225-226.

således at franchisetageren virksomhed fremstår som en del af franchisegiverens virksomhed. Karen Dyekjær-Hansen giver følgende eksempel:

”(...)at en virksomhed, fx Apple Computer, udnævner en række forhandlere, gør ikke disse aftaler til franchiseaftaler. Det afgørende må være at der ud over forhandleraftalen, etableres en identitetsændring, således at forhandleren ikke alene er en virksomhed, der forhandler Apple computer, men en Apple Computer virksomhed”¹¹³

Lighederne og forskellene mellem de franchisekontrakter og forhandlerkontrakter kan groft sagt opsummeres på følgende måde: De to kontrakttyper har det til fælles, at både franchisetageren og eneforhandleren handler for egen regning og egen risiko. Hvor eneforhandleren handler i eget navn, handler franchisegiveren derimod i franchisegiverens navn.¹¹⁴

¹¹³ Dyekjær-Hansen, Karen: *Franchising*. Side. 395

¹¹⁴ Iversen, Bent: *Handelsagenten og eneforhandleren*. Side 226 & Dyekjær-Hansen, Karen: *Franchising*. Side. 395.

4. Det Konventionelle franchiseforholds udfordringer

Nærværende kapitel har til formål at afdække parternes individuelle interesser samt at undersøge de udfordringer, som det konventionelle franchiseforhold giver anledning til. Nærmere bestemt analyseres det hvorfor franchisetageren har incitament til kun at yde en middelmådige indsats. Franchisetagerens indsatsniveau spiller en central rolle for franchisegiveren. Årsagen hertil er, at franchisetagerens indsats i høj grad kan påvirke omsætningsniveauet og dermed også størrelsen af franchisegiverens royalty fee.

Analysen tager udgangspunkt i antagelsen om, at parterne udøver konventionel kontrahering med henblik på at egen-optimere.¹¹⁵ I kapitlet fokuseres der på to tætforbundne årsager til franchisetagerens middelmådige indsats: 1) franchisetagerens generelle incitament til at free-ride¹¹⁶ på franchisegiverens renommé, og 2) franchisetagerens hold-up risiko. Strukturen for kapitel 4 er som følger:

Indledningsvis vil vi i afsnit 4.1 introducere begrebet *konventionel kontrahering* med henblik på at sikre den fundamentale forståelse for parternes tilgang til kontrakten. Dernæst vil vi i afsnit 4.2 introducere problemet om franchisetagerens middelmådige indsats. I afsnit 4.3 analyseres franchisetagerens incitament til at free-ride som årsag til franchisetagerens valg af indsatsniveau. Franchiseforholdet vil her blive belyst ud fra en principal/agent-teoretisk synsvinkel. Analysen har særligt fokus på agentens nyttefunktion samt tilstedeværelsen af asymmetrisk information. I afsnit 4.4 evalueres en række foranstaltninger, som potentielt kan modvirke free-riding. Analysen fortsættes i afsnit 4.5, hvor franchisetagerens hold-up risiko behandles. Til slut rundes kapitel 4 af med en delkonklusion i afsnit 4.6.

4.1. Den konventionelle franchisekontrakt

Langt størstedelen af alle mellemmandskontrakter må betegnes som konventionelle kontrakter. Dette gælder både for agenturaftaler og distributøraftaler men i særdeleshed også franchiseaftaler.¹¹⁷ I praksis

¹¹⁵ Parterne egen-optimerer om nødvendigt på bekostning af medkontrahenten.

¹¹⁶ Begrebet "free-riding" vil i nærværende afhandling blive anvendt om franchisetagerens incitament til at shirke på bekostning af franchisegiver." begrebet "shirking" anvendes som udtryk for en situation hvor agenten med vilje ikke lever op til kontrakten, og dermed springer over hvor gærdet er lavest. I nærværende afhandling vil begrebet shirking fortsat blive anvendt i sammenhænge hvor der ikke specifikt er tale om et franchiseforhold, men principal/agent-forhold generelt.

¹¹⁷ Hvilket fremgår af følgende citat i Østergaard, Kim og Bent Petersen: Reconciling contracts and relational governance through strategic contracting side 265: "Intermediary contract governing, (...) franchises, have generally remained remarkably immutable. Most intermediary contract are still best described as "prenuptial agreements" with the primary

har parterne et yderst begrænset fokus på fælles værdiskabelse og incitamentsforenelighed. Typisk er målet med franchisekontrakten at opstille klare retningslinjer for, hvordan eventuelle konflikter skal afgøres. Disse typer af kontrakter vil i det følgende blive betegnet som "konventionelle kontrakter".¹¹⁸

I konventionelle kontraktforhold skabes den egentlige relation og tillid mellem parterne uden om den formelle kontrakt. Dette betegnes som parternes relationelle governance. Man kan med andre ord sige, at kontrakten udelukkende fungerer som en slags forsikring, der kun tages frem, såfremt der opstår en konflikt. Konventionel kontrahering er karakteriseret af parternes mål om at egenoptimere, også selvom dette sker på bekostning af medkontrahenten. Parternes egenoptimering kommer til udtryk i kontrakten gennem en række forskellige reaktive klausuler, hvor parterne hovedsageligt har følgende fire fokusområder: 1) at overføre mest muligt risiko til medkontrahenten, 2) at regulere hvordan konflikter skal løses, 3) at regulere hvordan kontrakten skal ophøre, og 4) at regulere hvordan aktiverne skal fordeles mellem parterne, såfremt konflikten fører til ophør af kontrakten. Parternes konventionelle tilgang til kontrakten kan give anledning til en række incitamentsproblemer, som vil blive behandlet nærmere i de følgende afsnit.¹¹⁹

4.2. Franchisetagerens middelmådige indsats

Vi vil i det følgende analysere parternes interesser og udfordringer i franchiserelationen med henblik på at afdække incitamentsstrukturen. Formålet er at afklare, hvorfor franchisetageren yder en middelmådig indsats. Franchisetageren kan selv bestemme hvor stor en indsats, han ønsker at yde. Indsatsen skal forstås som den mængde ressourcer, i form af tid og penge, som han vælger at investere i arbejdet som franchisetager. At drive en succesfuld franchiseforretning kræver hårdt arbejde og vedholdenhed. Derudover skal franchisegiveren investere i en lang række aktiver i opstartsfasen såvel som i kontraktens løbetid. Hos McDonalds Danmark skal franchisegiveren eksempelvis forvente initialinvestering på tre

objective of stipulating the conditions for dissolution of the cooperation. These conventional contracts are primarily regulate how disputes are settled, and how tangible and intangible assets are to be divided between the parties in the case of dissolution.

¹¹⁸ Østergaard, Kim og Bent Petersen: *Reconciling contracts and relational governance through strategic contracting*. Side 265-267.

¹¹⁹ Østergaard, Kim og Bent Petersen: *Reconciling contracts and relational governance through strategic contracting*. Side 265-267.

millioner kroner. Hos Søstrene Grene beløber den forventede initialinvestering sig til halvdelen til to millioner kr.¹²⁰

Et gennemgående lighedstræk for investeringerne er, at der er tale om såkaldte "relationsspecifikke investeringer". Nærværende afhandling vil have et særligt fokus på parternes relationsspecifikke investeringer. Derfor defineres begrebet i det følgende afsnit 4.2.1 med henblik på at sikre den fundamentale forståelse for begrebets betydning i relation til franchiseforhold. I afsnit 4.3 påbegyndes analysen af parternes incitamentsstruktur. Målet er at udlede, hvorfor franchisetageren yder en middelmådig indsats.

4.2.1. Relationsspecifikke investeringer

Relationsspecifikke investeringer, eller i Oliver E. Williamsons terminologi, aktivspecifikke investeringer generer en lavere værdi i en alternativ anvendelse, sammenholdt med den værdi der kan opnås via kontraktforholdet (I nærværende afhandling franchisekontrakten.) Oliver E. Williamson definerer aktivspecifitet som følger:

*"(...) asset specificity refers to durable investments that are undertaken in support of particular transactions, the opportunity cost of which investments is much lower in best alternative uses or by alternative users should the original transaction be prematurely terminated, (...)"*¹²¹

Graden af aktivspecifitet kan variere fra et højt niveau til et lavt niveau. Ved et højt niveau af aktivspecifitet er den pågældende investering værdiløs i en alternativ anvendelse. Dette betegnes som idiosynkratiske investeringer. Et eksempel herpå kan være franchisetagerens investering i en maskine, som udelukkende kan fremstille varer, som er beskyttet af franchisegiverens immaterielrettigheder. I så fald har det pågældende aktiv ingen værdi uden for kontraktrelationen, da franchisetageren hverken kan eller må afsætte de pågældende produkter uden for kontraktrelationen. Et andet eksempel på idiosynkratiske investeringer er franchisetagerens investering i markedsføringsmateriale eller interiør som er påtrykt franchisegivers varemærke/logo/navn. Eksempelvis kan en franchisetager hos McDonald's ikke

¹²⁰ <https://www.mcdonalds.com/dk/da-dk/job-og-fremtid/franchising.html> (Siden besøgt d. 13. marts 2019)
<https://sostrenegrene.com/da/franchise/> (Siden besøgt d. 16. marts 2019)

¹²¹ Williamson, Oliver E.: *The economic institutions of capitalism*. Side 55.

anvende investeringer i Menutavler, Gule M-formede strukturer mv. uden for franchisekontrakten. Ved et lavt niveau af aktivspecifitet vil værdien af aktivet derimod kun falde marginalt ved alternativ anvendelse uden for franchisekontrakten. Eksempler på sådanne aktiver kan f.eks. være råvarer og råmaterialer.¹²²

Overordnet set sondres der mellem fem forskellige typer af relationsspecifikke investeringer, som gennemgås i det følgende. 1) *Human aktivspecifitet* vedrører parternes akkumulering af viden og ekspertise som har værdi inden for kontraktforholdet. Her kan der eksempelvis både være tale om knowhow og decideret uddannelse. 2) *Fysisk aktivspecifitet* er investeringer i anlægsaktiver så som maskiner og andet udstyr, som kan anvendes til at producere/levere de varer/ydelser som franchisetageren tilbyder. 3) *Lokationsspecifitet* er eksempelvis franchisetagerens averteringsomkostninger i forbindelse med indretningen af forretningsstedet. 4) Den fjerde type af aktivspecifitet er *parternes investering i brandet*. Særligt franchisegiveren vil investere et betydeligt beløb i at fremme kundernes kendskab til franchisekonceptet. I sidste ende er brand-værdien også en af de væsentligste årsager til, at franchisetager vælger at blive franchisetager i det konkrete forretningskoncept. 5) Den femte og sidste kategori af relationsspecifikke investeringer er parternes *dedikerede aktiver*. Dedikerede aktiver kan defineres som de aktiver, som parterne udelukkende investerer i med henblik på at signalere et troværdigt engagement i franchiseforholdet.¹²³

4.3. Free-riding – Et principal/agent-teoretisk perspektiv

For at afdække incitamentsstrukturen, kan franchiseforholdet beskrives som et principal/agent-forhold, hvor franchisegiveren er principal, og franchisetageren er agent. Franchisegiveren er økonomisk afhængig af franchisetagerens handlinger. Det er afgørende for franchisegiveren, at franchisetageren lever op til kontrakten, og at han yder den bedst mulige indsats. Årsagen hertil er, at franchisegiverens royaltýindtægt afhænger af franchisetagerens omsætning, som i høj grad påvirkes af franchisetagerens indsats. For at analysere parternes incitamenter i franchiseforholdet, er det vigtigt at forstå deres risikoprofiler. Parternes risikoprofiler må først og fremmest antages at være forskellige. Ydermere antages det, at franchisetager er risiko avers, og at franchisegiver er risiko neutral eller mindre risiko-avers end franchisetageren. Vi antager dette, da franchisegiveren som regel har diversificeret sin forretning ud på flere

¹²² Østergaard, Kim: *Relevansen af interdisciplinær forskning og empiri i samfundsvidenskaben*. Side 17-18.

¹²³ Østergaard, Kim: *Relevansen af interdisciplinær forskning og empiri i samfundsvidenskaben*. Side 17-18.

franchisetagere, og dermed spredt sin risiko. Franchisetageren derimod har typisk investeret i én eller få forretningsenheder, og han er dermed afhængig af, at lige netop den eller disse få enheder klarer det godt.¹²⁴

4.3.1. Adverse selection & moral hazard

Så længe franchisegiveren kan vide sig sikker på, at franchisetageren efterlever kontrakten, giver franchiseforholdet ikke anledning til problemer. Problemerne opstår først, hvis der foreligger asymmetrisk information mellem parterne. Såfremt dette er tilfældet, kan franchisegiveren ikke se, om franchisegiveren reelt set efterlever kontrakten.

Informationsasymmetrien kan give anledning til to forskellige typer af problemstillinger. Først og fremmest kan den asymmetriske information komme til udtryk i den prækontraktuelle fase. Dette betegnes som *adverse selection*. Begrebet adverse selection dækker over situationer, hvor agenten bevidst vælger at skjule information overfor principalen. I franchiseforhold vil adverse selection-situationen typisk opstå i forbindelse med franchisegiverens udvælgelse af potentielle franchisetagere. Kandidaten, som ønsker at blive franchisetager, kan med vilje vælge at tilbageholde information eller afgive urigtige oplysninger med henblik på at fremme sin egen økonomiske position. Eksempelvis kan kandidaten tilbageholde information, som stiller ham i et negativt lys ift. andre kandidater.¹²⁵

Udover de ovenfor nævnte adverse selection-situationer, kan parternes informationsasymmetri komme til udtryk i ex post-situationer. Dette betegnes som *moral hazard*. Problemet opstår, når agenten/franchisetagen har muligheden for at skjule sine handlinger overfor principalen, og når disse handlinger er risikofyldte eller ufordelagtige for principalen/franchisegiveren. Franchisegiveren kan derfor ikke vide sig sikker på, at franchisetageren rent faktisk opfylder sine forpligtelser i helhold til franchisekontrakten. Når Franchisetageren vælger at free-ride på franchisegiverens renommé, er der tale om en moral hazard situation.¹²⁶

¹²⁴ Levinthal, Daniel: A survey of agency models of organizations. Side 157. ff. & Dark, Frederick H. m.fl.: An Agency Perspective on Franchising. Side 27-32. & Brickley, James A. og Frederik H. Dark: *The choice of organizational form - The case of franchising*. Side 401 ff.

¹²⁵ Knudsen, Christian: *Økonomisk metodologi*. Side 164-170., Bind 2.

¹²⁶ Knudsen, Christian: *Økonomisk metodologi*. Side 164-170., Bind 2.

4.3.2. Agentens nyttefunktion

For at belyse franchisetagerens incitamentsstruktur, er der behov for at betragte franchiseforholdet i et større perspektiv. Nedenfor behandles derfor en række centrale antagelser, som ikke kun gælder for franchiseforhold, men som ligeledes er gældende for alle typer af principal/agent-situationer. Antagelserne giver anledning til to problemstillinger, problemstilling A og problemstilling B, som behandles separat i henholdsvis afsnit 4.3.3.1 og afsnit 4.3.3.2. Franchising-modellen synes i høj grad at løse problemstilling A, hvorfor nærværende afhandling har fokus særligt rettet mod problemstilling B.

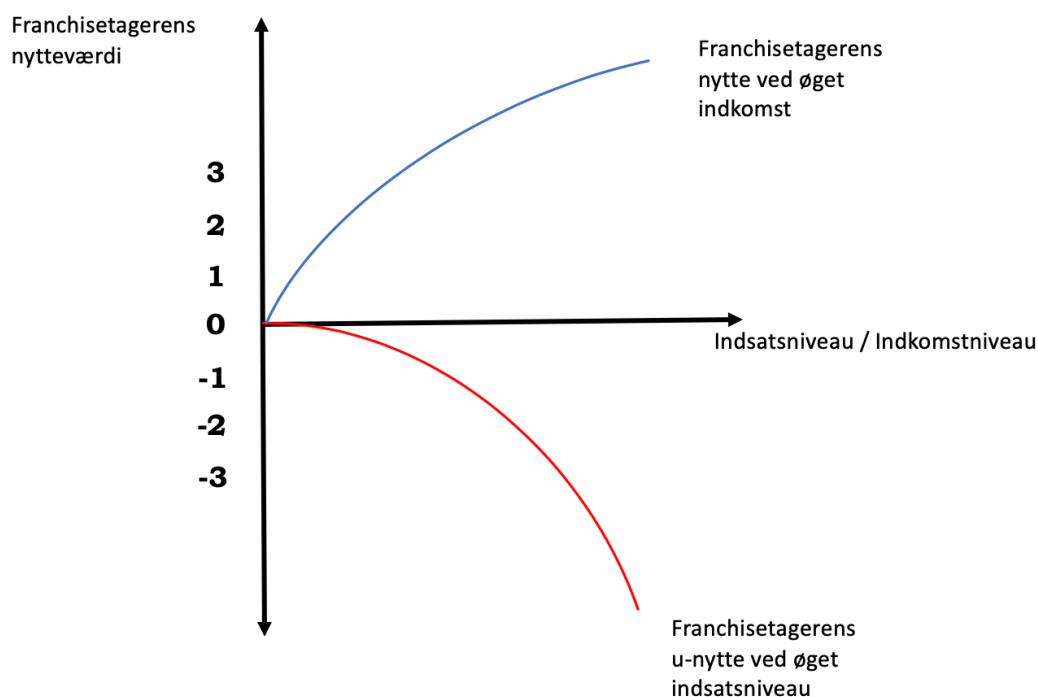
4.3.3. Antagelser om agentens adfærd

Spørgsmålet om hvordan principalen kan motivere agenten er helt centralt i alle typer principal/agent-forhold. Det antages, at kontraktforholdet består af to nyttemaksimerende individer, principalen og agenten. Agentens nyttefunktion består af to variable, agentens Indkomst og agentens indsats. Derudover er tre antagelser centrale for at forstå agentens handlinger¹²⁷:

- 1) Agenten vil for et givent indkomstniveau foretrække at yde en lav indsats frem for en høj indsats.
- 2) Derudover antages det, at agentens nytte stiger i takt med at hans indkomst stiger. Dog er den marginale nytte af den stigende indkomst aftagende.
- 3) Sidst men ikke mindst antages det, at agentens u-nytte vil stige med tiltagende hastighed i takt med, at agenten øger sin indsats. Med andre ord er den marginale u-nytte af at yde en ekstra indsats tiltagende.

Antagelse 2 og 3 illustreres i nedenstående figur.

¹²⁷ Levinthal, Daniel: A survey of agency models of organizations. Side 157. ff. & Knudsen, Christian: *Økonomisk metodologi*. Side 164-170., Bind 2.



Figur 1

På baggrund af de ovenstående antagelser står principalen overfor to forskellige problemstillinger, som behandles separat nedenfor.

4.3.3.1. Problemstilling A: Fastlønnen vs. Resultatbaseret aflønning

Den første problemstilling opstår som følge af antagelse nr. 1) og drejer sig om agentens generelle tendens til at yde en ringe indsats, når han ikke kan overvåges. Principalen kan ikke tvinge agenten til at yde den bedst mulige indsats. Han bliver derfor nødt til at motivere agenten til at yde det bedst mulige indsatsniveau. Da agenten foretrækker at yde en lav indsats frem for en høj indsats for et givent indkomstniveau, vil agenten altid yde en lav indsats, såfremt han er fastlønnen, og såfremt principalen ikke kan overvåge hans indsatsniveau. For at undgå denne situation bør agenten, ud fra en principal/agent-teoretisk tankegang, aflønnes på et resultatbaseret grundlag.¹²⁸

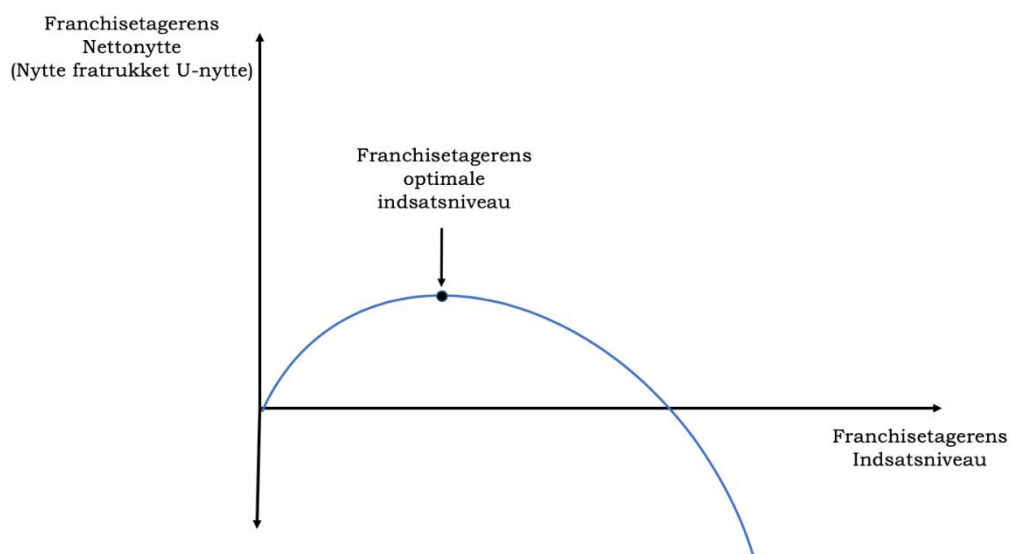
Vi vil i nærværende afhandling anse resultatbaseret aflønning som en integreret del af franchisekontrakten. Resultatbaseret aflønning må anses som en naturlig del af franchisekontrakten, da franchisetageren

¹²⁸ Levinthal, Daniel: A survey of agency models of organizations. Side 157. ff. & Petersen, Bent m.fl.: *The termination dilemma of foreign intermediaries: Performance, anti-shirking measures and hold-up safeguards*. Side 317-321.

handler for egen regning og for egen risiko. Franchisetagerens forretningsmæssige dispositioner og de heraf opnåede resultater har direkte indflydelse på hans aflønning. Antagelse nr. 1) synes derfor ikke at give anledning til problemer, når parterne har aftalt franchising.

4.3.3.2. Problemstilling B: Franchisetagerens faldende nettonytte

Resultatbaseret aflønning i form af franchising er i imidlertid ikke tilstrækkeligt til at modvirke franchisetagerens free-riding. Årsagen hertil skal findes i problemstilling B, som opstår som følge af antagelse nr. 2) og antagelse nr. 3). I følge disse antagelser vil franchisetagerens marginalnytte falde i takt med, at hans indkomst stiger. Ligeledes vil hans marginale u-nytte stige i takt med at hans indsats forøges. Det kan på baggrund heraf udledes, at der eksisterer et indsatsniveau, hvor franchisetageren ikke længere er motiveret til at yde en ekstra indsats, fordi hans samlede nettonytte¹²⁹ forværres. Ved at yde det pågældende indsatsniveau, vil den øgede u-nytte overstige den ekstra nytte. Franchisetagerens optimale nytteniveau illustreres i nedenstående figur.



Figur 2

Agenten har ikke incitament til at øge sit indsatsniveau når:

U-nytte af øget indsatsniveau > Nytte af øget indkomst (som følge af øget indsatsniveau)

¹²⁹ Agentens nyttefunktion afhænger af indkomst og indsats. Nettonytten er et udtryk for den nytte, som agenten opnår i kraft af øget indkomst fratrukket u-nyttens ved at yde en ekstra indsats.

Franchisetagerens aftagende marginalnytte ville ikke være et problem for franchisegiveren, hvis han havde fuld information om franchisetagerens handlinger. I så fald kunne franchisegiveren observere hvilket indsatsniveau franchisetageren ydede, og sanktionere franchisetageren såfremt indsatsniveauet var utilfredsstillende. Dette er i imidlertid ikke tilfældet. Grundet asymmetrisk information stilles franchisegiveren i en vanskelig situation. Franchisegiveren kan ikke observere franchisetagerens handling, men udelukkende hans resultater i form af omsætningen på markedet. Situationen kompliceres yderligere af, at der ikke er en direkte sammenhæng mellem franchisetagerens indsats og den opnåede omsætning. Franchisetagerens omsætning påvirkes til dels af hans indsatsniveau, men også af en række eksogene faktorer.¹³⁰

Franchisetagerens gode omsætning kan derfor både skyldes hans høje indsatsniveau såvel som positive eksogene forhold. Eksempelvis påvirkes omsætning af faktorer så som rent held, øget efterspørgsel og gunstige markedsforhold. I franchiseforhold nyder franchisetageren ligeledes godt af de windfall gains, som genereres som følge af franchisegiverens centraliserede markedsføringsindsats. Overordnet set kan tilstedeværelsen af positive eksogene forhold resultere i, at franchisetageren stilles i en yderst gunstig position. Kombinationen af asymmetrisk information samt positive eksogene forhold giver franchisetageren mulighed for at opnå et højt omsætningsniveau, uden at han skal yde et højt indsatsniveau. I sådanne situationer har franchisetageren rig mulighed for at free-ride på franchisegivers renommé.¹³¹ Lige såvel som eksogene forhold kan have en positiv indvirkning på franchisetagerens omsætning, kan de også påvirke den negativt. Et utilfredsstillende omsætningsniveau kan derfor både skyldes negative eksogene forhold såvel som franchisetagerens mangelfulde indsats.

4.3.3.3. Delkonklusion

På baggrund af ovenstående må det konkluderes, at principalen (franchisegiveren) ikke er i stand til at eliminere samtlige free-riding problemer ved at benytte sig af franchising. Franchisetageren har fortsat

¹³⁰ Levinthal, Daniel: A survey of agency models of organizations. Side 157. ff. & Petersen, Bent m.fl.: *The termination dilemma of foreign intermediaries: Performance, anti-shirking measures and hold-up safeguards*. Side 317-321.

¹³¹ Petersen, Bent m.fl.: *The termination dilemma of foreign intermediaries: Performance, anti-shirking measures and hold-up safeguards*. Side 317-321.

incitament til at free-ride i situationer, hvor en øget indsats resulterer i en lavere nettonytte. Det konkluderes ydermere, at franchisetagerens mulighed for at free-ride i høj grad skyldes tilstedeværelsen af asymmetrisk information.

4.4. Foranstaltninger som mindsker muligheden for free-riding

Som ovenfor anført er asymmetrisk information en af hovedårsagerne til free-riding-problemet. Franchisegiveren bør derfor forsøge at modvirke franchisetagerens free-riding ved at mindske graden af asymmetriske information. I praksis kan franchisegiveren gøre dette ved at monitorere franchisetageren. Monitorering af franchisetageren kan blandt andet praktiseres ved, at franchisegiveren udfører uanmeldte kontrolbesøg hos franchisetageren. Alternativt kan franchisegiveren kvalitetsteste franchisetagerens produkter/services. For at have en gavnlig effekt må det formodes, at graden af monitoreringen skal være intensiv. Ulempen ved monitorering er, at det er både dyrt og vanskeligt at anvende i praksis. Samtidig signalerer denne type af kontroller en mangel på tillid mellem franchisegiveren og franchisetageren. Det må dog konkluderes, at monitoreringen kan udgøre et vigtigt supplement til franchising. Ved at mindske graden af asymmetrisk information, kan franchisegiveren bedre evaluere franchisetageren indsats, og i sidste ende bedre vurdere, om franchisekontrakten bør termineres eller ej som følge af franchisetagerens ringe indsats. Kort sagt øges sandsynligheden for terminering i takt med, at franchisegiveren intensiverer sin monitorering.¹³²

Monitorering er kun ét ud af en række værktøjer, som franchisegiveren kan anvende med henblik på at minimere franchisetagerens incitament til at free-ride. Risikoen for free-riding kan desuden formindskes ved at indarbejde klausuler i franchisekontrakten, som udsætter franchisetager for en troværdig opsigelsestrussel. Franchisegiveren kan eksempelvis indlejre bestemmelser, som medfører et kort opsigelsesvarsel eller en kort kontraktlængde. Alternativt kan franchisegiveren benytte sig af "dual distribution" med henblik på at reducere informationsasymmetrien i principal-agent forholdet. Et eksempel på dual distribution kunne være, at franchisegiveren åbner egne salgsenheder på markedet, og derved opnår en bedre forståelse af de eksogene forhold, der påvirker markedet. I praksis vil mulighederne for at anvende dual distribution i forbindelse med franchising være meget begrænsede. Franchisetageren tilbydes typisk eks-

¹³² Petersen, Bent m.fl.: *The termination dilemma of foreign intermediaries: Performance, anti-shirking measures and hold-up safeguards*. Side 318-319.

klusivrettigheden til et nærmere geografisk afgrænset marked. Eksklusivrettigheden har til formål at beskytte franchisetageren mod konkurrence og free-riding fra andre franchisetagere som opererer på samme marked. Ved at beskytte franchisetageren mod disse forhold, øges hans incitament til at investere i de nødvendige relationsspecifikke aktiver. Hvis franchisegiveren selv åbner egne salgsenheder på markedet, undermineres franchisetagerens territoriale beskyttelse.¹³³

I lyset af de ovenfor analyserede foranstaltninger, fristes man til at tro, at resultatbaseret aflønning (i form af franchising) i kombination med eksempelvis monitorering, kan resultere i en optimal incitamentsstruktur, hvor franchisetageren yder sin bedst mulige indsats. Dette er dog ikke tilfældet. De ovenfor behandlede foranstaltninger kan muligvis løse free-riding problemet, men de forstærker samtidig en række andre incitamentsproblemer, som vil blive behandlet i det følgende afsnit. Kombinationen resultatbaseret aflønning (i form af franchising) og intensiv monitorering kan antageligvis forbedre franchisetagerens indsats, men som vi skal se nedenfor i afsnit 4.5, er franchisetageren fortsat ikke fristet til at yde en den bedst mulige indsats.

4.5. Franchisetagerens hold-up risiko

Selvom franchisetageren motiveres til ikke at free-ride, vil han fortsat afholde sig fra at yde den bedst mulige indsats. Årsagen hertil er, at franchisetageren frygter, at franchisegiveren handler opportunistisk. Dette betegnes som franchisetagerens hold-up risiko. En af de overvejelser, som franchisegiveren gør sig i forbindelse med franchising, drejer sig om muligheden for selv at opnå den fulde fortjeneste på franchisetagerens marked. Ved at indgå franchisekontrakten giver franchisegiver afkald på muligheden for at etablere sin egen salgsenhed på det pågældende marked.¹³⁴ Med andre ord mister franchisegiveren muligheden for at opnå den fulde fortjeneste på markedet. Franchisegiveren vil løbende evaluere, hvorvidt han bør opsigse franchisekontrakten med henblik på at etablere sin egen salgsenhed. Såfremt han etablerer sin egen salgsenhed, er der tale om fremadrettet vertikal integration. Manøvren kan virke drastisk, da franchisegiveren herved foretager et skifte i sin etableringsform på markedet. Det må ikke desto mindre konstateres, at franchisegiveren har incitament til at foretage et sådant skifte, når den

¹³³ Petersen, Bent m.fl.: *The termination dilemma of foreign intermediaries: Performance, anti-shirking measures and hold-up safeguards*. Side 318-319.

¹³⁴ Under forudsætning af, at franchisegiveren yder fuld territorial beskyttelse til franchisetageren.

forventede gevinst ved at indtræde på markedet overstiger gevinsten ved at være franchisegiver. I figur 3 nedenfor illustreres franchisegivers opportunistiske overvejelser.¹³⁵

Franchisegiveren har incitament til at overtage franchisegivers marked når:

$$\pi^m - C^e - C^t \geq R - C^f$$

Hvor:

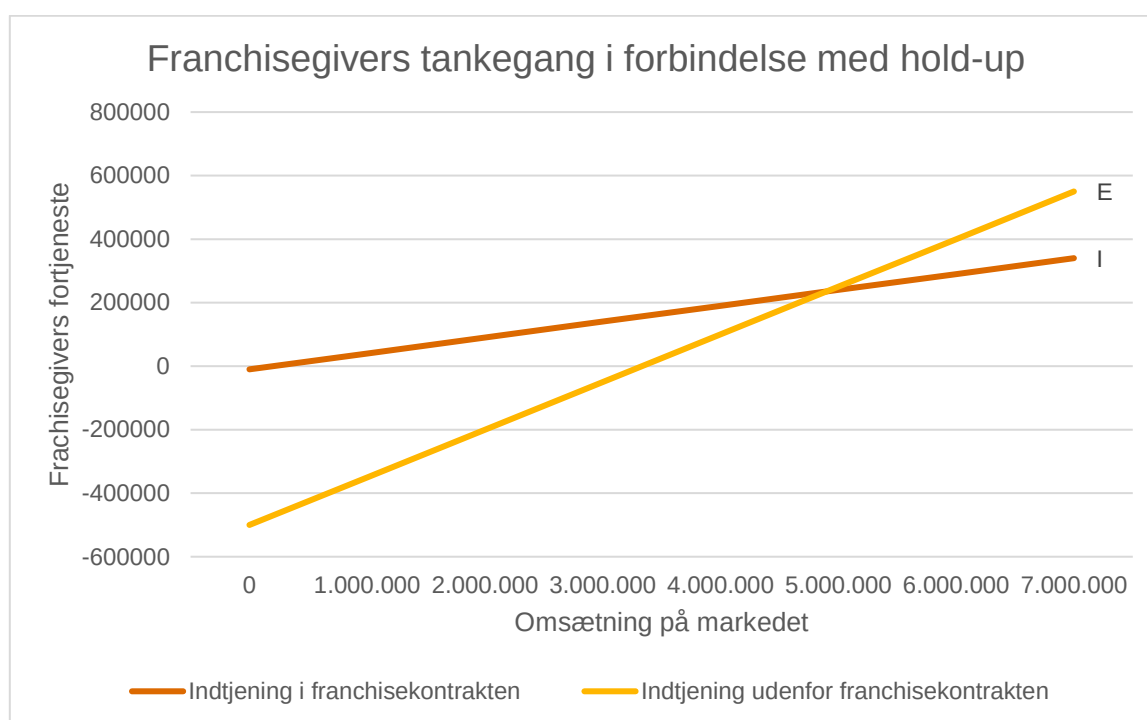
π^m = Det forventede overskud fra egen salgsenhed på markedet.

C^e = Omkostninger forbundet med etablering af egen salgsenhed.

C^t = Omkostninger forbundet med termineringen af franchisekontrakten.

R = Den løbende royalty-fee fra franchisetageren.

C^f = De løbende omkostninger forbundet med at være franchisegiver.



Figur 3

¹³⁵ Petersen, Bent m.fl.: *The termination dilemma of foreign intermediaries: Performance, anti-shirking measures and hold-up safeguards*. Side 320-328 og Side 334-335.

Franchisegiverens fortjeneste ved at forblive i franchisekontrakten er illustreret med kurven "I". Modsat er franchisegivers fortjeneste ved at udtræde af franchisekontrakten illustreret med kurven "E". I punktet hvor de to kurver krydser hinanden er franchisegiveren indifferent. Han foretrækker begge etableringsformer lige meget, da de resulterer i samme fortjeneste. Så snart E-Kurven overstiger I-kurven, har franchisegiver incitament til at terminere franchisekontrakten med henblik på at oprette egne salgsheder.

Franchisetageren er bevidst om hold-up-risikoen, og han vælger at tilpasse sine forretningsmæssige dispositioner herefter. For at undgå at kontrakten termineres, undlader franchisetageren med vilje at yde den bedst mulige indsats. I stedet for yder han blot et middelmådigt indsatsniveau.¹³⁶ Franchisetageren nøjes derfor med en omsætning, som er lavere, end den han kunne have opnået, såfremt han havde leveret den bedst mulige indsats. Set fra franchisetagerens synsvinkel, er en lavere omsætning trods alt bedre end at blive opsagt. På grund af risikoen for hold-up, vil franchisetageren også afholde sig fra at investere i de nødvendige relationsspecifikke aktiver. Denne tilbageholdenhed medfører i sig selv, at franchisetagerens omsætningsniveau ligger under det maksimale. Hvis franchisetageren, som følge af det lave indsatsniveau, leverer en dårlig omsætning over en længere periode, vil franchisegiveren foretage en udskiftning af franchisetageren. Franchisegiveren udskifter franchisetageren i håb om, at en ny franchisetager kan præstere bedre end den gamle.¹³⁷

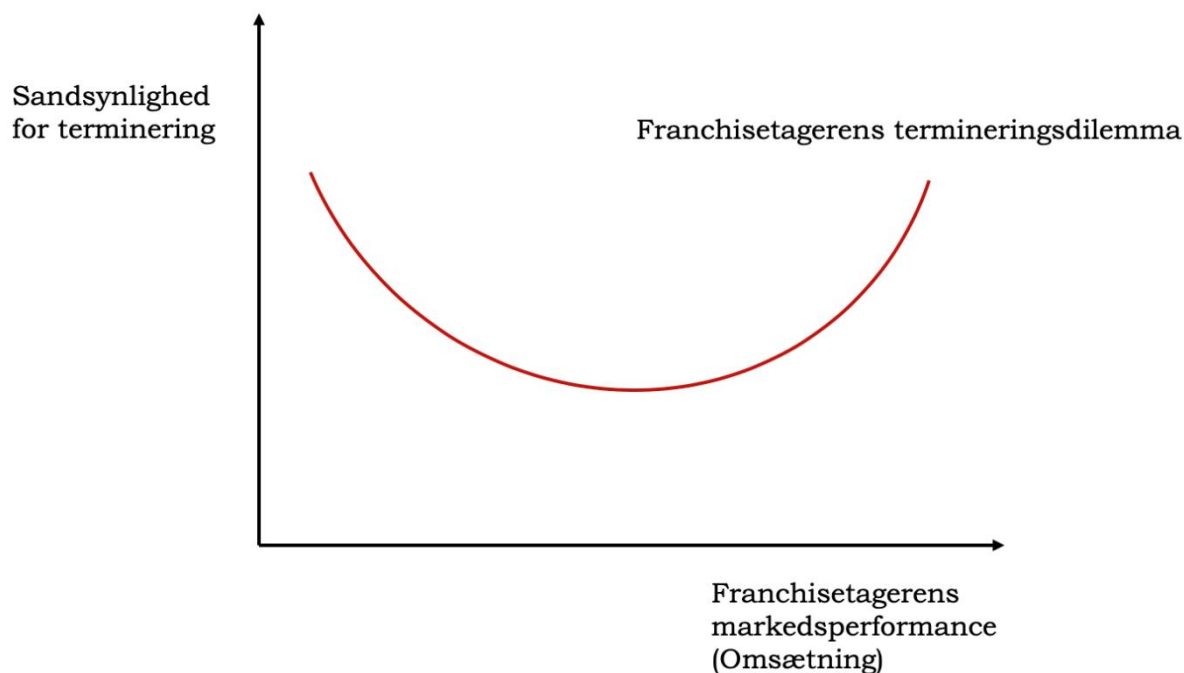
4.5.1. Termineringsdilemmaet

Det må på baggrund af ovenstående konstateres, at franchisetageren befinder sig i et såkaldt termineringsdilemma. Begrebet termineringsdilemma dækker over en situation, hvor en høj såvel som lav omsætning vil resultere i, at franchisegiveren terminerer kontrakten. Af frygt for at blive opsagt vælger franchisegiveren at yde en middelmådig indsats i håb om, at omsætningen ligeledes vil være middelmådig, således at han hverken termineres pga. en dårlig omsætning, eller som følge af franchisegiverens opportunistiske adfærd. Termineringsdilemmaet illustreres i figur 4 nedenfor.¹³⁸

¹³⁶ Her er der tale om franchisegiverens opfattelse af franchisetagerens indsatsniveau.

¹³⁷ Petersen, Bent m.fl.: *The termination dilemma of foreign intermediaries: Performance, anti-shirking measures and hold-up safeguards*. Side 320-328 og Side 334-335.

¹³⁸ Petersen, Bent m.fl.: *The termination dilemma of foreign intermediaries: Performance, anti-shirking measures and hold-up safeguards*. Side 320-328 og Side 334-335.



Figur 4

Den vertikale akse udgør franchisetagerens sandsynlig for at blive termineret og den horisontale akse udgør franchisetagerens markedspersormance (omsætning). Som ovenfor nævnt afhænger franchisetagerens omsætning af hans indsats og en række eksogene forhold.¹³⁹ Termineringsdilemmaet illustreres ved en U-formet graf. Franchisetageren vil forsøge at tilpasse sin indsats, således at hans markedspersormance (omsætning) hverken er ekstremt god eller ekstremt ringe, da dette øger risikoen for terminering af kontrakten. Franchisetageren vil derfor stræbe efter et omsætningsniveau på midten af den U-formede graf.¹⁴⁰

Ud fra et økonomisk perspektiv må den foreliggende incitamentsstruktur karakteriseres som yderst inefficent. Årsagen hertil er, at termineringsdilemmaet udgør en barriere for parternes mulighed for at opnå den højst mulige omsætning på markedet. Da begge parterets fortjeneste afhænger af franchisetagerens omsætning, er det både i franchisetagerens og i franchisegiverens interesse at forbedre incitamentsstrukturen. Den optimale incitamentsstruktur skal sikre at franchisetageren motiveres til at yde

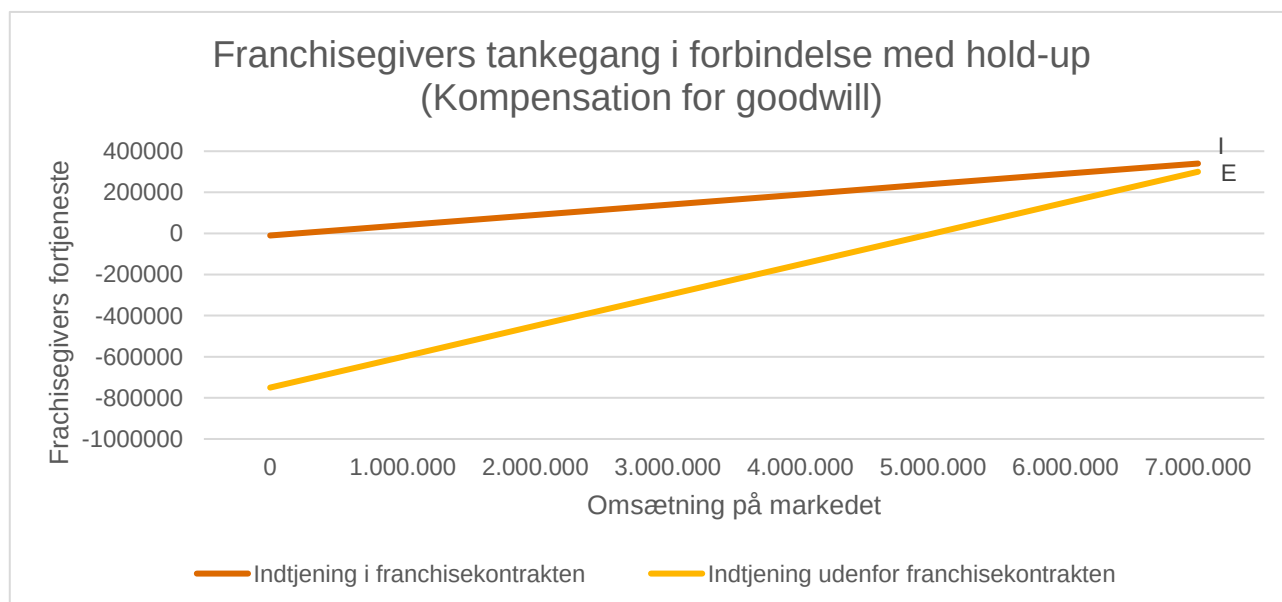
¹³⁹ Dog vil vi i nærværende afhandling antage at der på trods af de eksogene forhold er en vis sammenhæng mellem franchisetagerens indsats og hans markedspersormance (omsætning).

¹⁴⁰ Petersen, Bent m.fl.: *The termination dilemma of foreign intermediaries: Performance, anti-shirking measures and hold-up safeguards*. Side 320-328 og Side 324-325.

den bedst mulige indsats samt investere i relationsspecifikke aktiver. Franchisetagerens motivation øges i høj grad ved at minimere hans hold-up risiko.

4.5.2. Hold-up safeguards

En mulig løsning på hold-up problematikken er at minimere franchisetagerens hold-up-risiko ved at inkorporere hold-up safeguards i kontrakten. Hold-up safeguards kan kort beskrives som foranstaltninger, som har til formål at beskytte franchisetagerens relationsspecifikke investeringer. Hold-up safeguards mindsker franchisegiverens incitament til at terminere franchisekontrakten ved at øge omkostningerne forbundet med termineringen af kontrakten eller ved forsinke og/eller komplicere ophørsprocessen. Ligeledes vil franchisetagerens hold-up risiko også mindskes såfremt han kompenseres for sine relationsspecifikke investeringer i tilfælde af at franchisekontrakten termineres. Såfremt der indarbejdes en hold-up safeguard, i form af kompensation for goodwill til franchisetageren, vil dette medføre højere termineringsomkostninger for franchisegiveren. Situationen illustreres i figur 5 nedenfor, som bygger videre på figur 3 ovenfor. Grundet en stigning i variabelen C^t (Franchisegiverens omkostninger i forbindelse med termineringen af Franchisekontrakten) forskydes E-grafen i figur 5 nedad. I det pågældende eksempel vil de to grafer fortsat krydse hinanden.¹⁴¹ Dog vil franchisegiveren først have incitament til at handle opportunistisk ved et langt højere omsætningsniveau end det er tilfældet i figur 3. For eksempel har

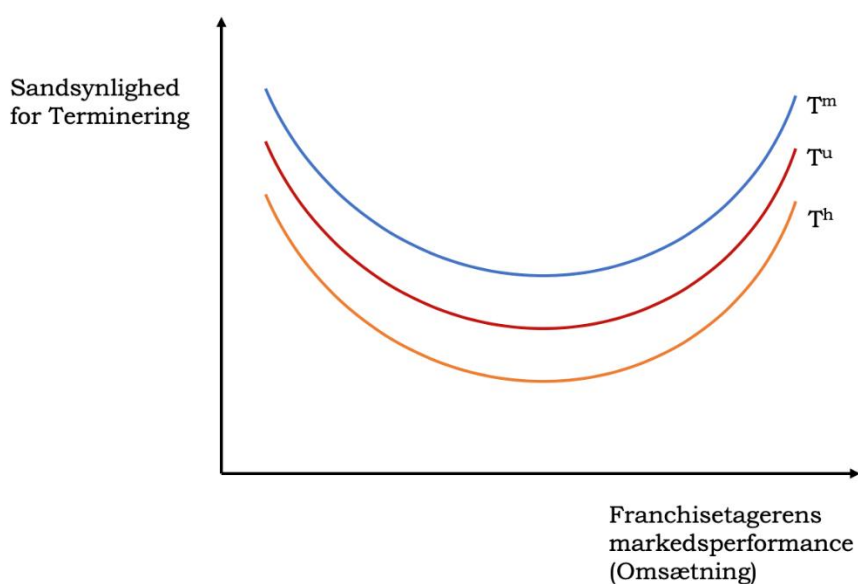


Figur 5

¹⁴¹ De to grafer vil dog først krydse hinanden uden for det illustrerede grafområde

franchisegiveren ikke længere incitament til at foretage fremadrettet vertikal integration ved et omsætningsniveau i omegnen af 6 millioner, da han står til at lide et økonomisk tab.¹⁴²

I figur 6 nedenfor illustreres det hvordan franchisetagerens sandsynlig for at blive termineret påvirkes af hold-up safeguards. Figuren bygger videre på figur 4. T^U udgør udgangspunktet fra figur 4. I takt med at der indføres hold-up safeguards, forskydes den U-formede termineringskurve i nedadgående retning. Dette illustreres ved grafen T^h . Årsagen hertil er, at franchisegiveren termineringsomkostninger er blevet forøget. Det modsatte gør sig gældende når franchisegiveren indfører monitorering. Som konkluderet ovenfor i afsnit 4.4 vil sandsynligheden for terminering øges i takt med, at franchisegiveren intensiverer monitoreringen. Dette illustreres ved grafen T^m . I takt med at sandsynligheden for terminering øges, vil franchisetageren hold-up risiko ligeledes stige. På samme måde vil franchisetagerens hold-up risiko også stige, når franchisegiveren indfører andre foranstaltninger, som har til hensigt at modvirke franchisetagerens free-riding. Eksempelvis forøges franchisetagerens hold-up-risiko betydeligt, når franchisegiveren insisterer på en kort kontraktlængde, eller et kort opsigelsesvarsel.¹⁴³



Figur 6

¹⁴² Østergaard, Kim og Bent Petersen: Reconciling contracts and relational governance through strategic contracting side 266-270. & Petersen, Bent m.fl.: *The termination dilemma of foreign intermediaries: Performance, anti-shirking measures and hold-up safeguards*. Side 320-328 og Side 334-335.

¹⁴³ Petersen, Bent m.fl.: *The termination dilemma of foreign intermediaries: Performance, anti-shirking measures and hold-up safeguards*. Side 320-328 og Side 327-328.

Grundet parternes konventionelle tilgang til kontrakten må muligheden for at indføre hold-up safeguards anses som yderst begrænset. Ud fra en konventionel tilgang, skal kontrakten signalere en troværdig opsigelsestrussel, hvilket ikke kan lade sig gøre, såfremt der indføres hold-up safeguards. Som konklusion på nærværende afsnit vil vi derfor nøjes med at anerkende eksistensen af sådanne safeguards samt effekten af disse. Parternes mulighed for at inkorporere hold-up safeguards behandles uddybende i kapitel 6 og 7 som en del af tankegodset strategisk kontrahering.¹⁴⁴

4.6. Delkonklusion

For at sikre en optimal incitamentsstruktur i franchiseforholdet er der behov for en afbalancering mellem kontrolforanstaltninger som modvirker franchisetagerens opportunistiske adfærd og beskyttelsesforanstaltninger som modvirker franchisegiverens opportunistiske adfærd.

Agenten har incitament til at shirke/free-ride, da han for et givent indkomstniveau foretrækker at yde så lav en indsats som muligt. Franchising udgør en effektiv løsning på dette incitamentsproblem, da franchisetagere de facto er aflønnet på resultatbaseret grundlag. Franchisetageren har dog fortsat incitament til at free-ride, da der findes et indsatsniveau, hvor u-nyttens ved at øge indsatsniveauet overstiger den ekstra nytte han modtager i form af indkomst. Franchisegiveren kan håndtere dette problem ved at indføre intensiv monitorering af franchisetagerens handlinger. Det må formodes, at en kombination af resultatbaseret aflønning, (i form af franchising), og intensiv monitorering har potentialet til at løse free-riding problemet.

Selvom der indføres incitamentsskabende foranstaltninger i form monitorering, kan franchisetageren fortsat mangle incitament til at yde den bedst mulige indsats. Årsagen hertil er blandt andet, at franchisetageren frygter, at franchisegiveren handler opportunistisk ved at terminere franchisekontrakten, hvilket betegnes som hold-up. Som følge heraf foretager franchisetageren ikke de nødvendige relationsspecifikke investeringer. Franchisetagerens hold-up-risiko stiger i takt med, at franchisegiveren intensiverer monitoreringen af franchisetageren.

¹⁴⁴ Østergaard, Kim og Bent Petersen: Reconciling contracts and relational governance through strategic contracting. side 267 og side 270.

Slutteligt må det konkluderes, at franchisegiveren formentlig kan løse både free-riding problemet og hold-up problemet ved at indføre den rette balance af hold-up safeguards og kontrolforanstaltninger som skal modvirke franchisetagerens free-riding. I denne forbindelse må hold-up safeguards kunne siges at udgøre nøglen til både at løse free-riding problemet og hold-up problemet. Årsagen hertil er, at franchisegiveren, ved at indføre hold-up safeguards, kan formindske franchisetagerens hold-up risiko i så stort et omfang, at franchisegiveren også har mulighed for at indføre monitorering, uden at dette stiller franchisetageren i et termineringsdilemma. Dog må det anføres, at parterne som følge af deres konventionelle tilgang til kontrakten, næppe vil inkorporere hold-up safeguards. Konventionel kontrahering er i høj grad karakteriseret af parternes manglende dedikation til samarbejdet. Ud fra en konventionel tilgang vil kontrakten i stedet signalere en troværdig opsigelsestrussel for franchisetageren.

På baggrund af de identificerede incitamentsproblemer er det relevant at afdække, om parternes retsstilling kan bidrage med en løsning. En sådan gennemgang af gældende ret, vil blive foretaget i det følgende kapitel.

5. Parternes retsstilling

På baggrund af de i kapitel 4 identificerede incitamentsproblemer, er det nødvendigt at analysere parternes retsstilling i det konventionelle franchiseforhold. Formålet er at undersøge, i hvilken udstrækning baggrundsretten bidrager med en løsning på parternes incitamentsproblemer, således at parterne ikke nødvendigvis behøver at tage højde for dette i franchisekontrakten. Som det tidligere er konkluderet i kapitel 4, vil franchisetageren være mere tolerant over for indførslen af foranstaltninger som modvirker hans free-riding, når der samtidig indføres hold-up safeguards. Eksempelvis vil en øget mængde af monitorering ikke stille franchisetageren i et termineringsdilemma, såfremt franchisegiveren indfører passende hold-up safeguards. Dog vil franchisegiveren ikke indføre hold-up safeguards som følge af hans konventionelle tilgang til kontrakten. I det konventionelle franchiseforhold opstår hold-up risikoen fordi, franchisekontrakten så at sige tillader det. Jo bedre mulighed franchisegiveren har for at terminere kontrakten, jo større hold-up risiko udsættes franchisetageren for. I nærværende kapitel vil det derfor blive analyseret, om baggrundsretten kan beskytte franchisetageren mod hold-up risikoen.

For kontrahenterne er franchisekontrakten en væsentlig kilde når deres retsstilling skal fastlægges. Franchisekontrakten fungerer som en egentlig retskilde for parterne. Kontrakten betragtes dog ikke som en retskilde i sædvanlig forstand, da den ikke får betydning for tredjemand, men alene parterne i franchiseforholdet. Der kan derfor opstå problemer, når kontrakten enten er tavs eller giver anledning til spørgsmål om forståelsen. Når der i en franchisekontrakt ikke er taget stilling til spørgsmålet om ophør, vil der derfor naturligvis ikke kunne fortages en fortolkning heraf. Der må derfor foretages aftalesupplementering af franchisekontrakten igennem dennes *lex causae*.¹⁴⁵ Dette betyder, at relevante retskilder inddrages, og baggrundsretten bliver derfor særligt relevant for at fastslå gældende ret. Særligt aftaleloven, obligationsrettens almindelige del og retspraksis findes at være relevant.¹⁴⁶

Det vil blive belyst, om baggrundsretten regulerer parternes retsstilling tilstrækkeligt, så franchiseforholdets parter ikke, selv er nødt til at indføre hold-up safeguards. Loyalitetsforpligtigelsen vil blive belyst med henblik på at udlede, om indholdet af denne bidrager til en forbedret retsstilling mellem parterne.

¹⁴⁵ Det er almindeligt anerkendt, at grænsen imellem fortolkning og udfyldning er meget flydende jf. Andersen, Lennart Lynge og Palle Bo Madsen: *Aftaler og Mellemmænd*. Side 373.

¹⁴⁶ Som nævnt i afhandlingens afgrænsning, vil købeloven ikke blive behandlet. På trods af at der i franchiseforhold, utvivlsomt sker en udveksling af værdier imellem parterne, og at købeloven finder anvendelse på alle køb, vurderes betydningen af købeloven ikke at være relevant ved besvarelsen af afhandlingens problemformulering.

Det vil derefter blive belyst, hvordan koncipistreglen bidrager til at fastslå parternes retsstilling i tilfælde af tvivsspørgsmål om kontraktens opsigelsesvilkår. Derefter vil det blive behandlet, om urimelige opsigelsesvarsler begrundes anvendelsen af aftalelovens § 36.

I tilfælde hvor franchiseparterne har indgået en kontrakt, som indeholder bestemmelser om kontraktens ophør, vil disse, i tilfælde af tvivsspørgsmål om forståelsen, kunne give anledning til fortolkning og udfyldning. Størstedelen af området om fortolkning og udfyldning af aftaler er ikke lovreguleret.¹⁴⁷ Aftalefortolkning kan betragtes som en juridisk proces, hvor dommeren afvejer samtlige fortolkningsmomenter. Fortolkning skal betragtes som samlet afvejning af alle momenter som er relevante. Fortolkningsmomenterne, som domstolen kan inddrage i den samlede vurdering, er situationsbestemte, men de kan bestå af en objektiv- og subjektiv fortolkning. Derudover kan fortolkningsprincipper såsom koncipistreglen, gyldighedsreglen og minimumsreglen nævnes. Fortolkningsprincipper skal ikke betragtes som regler, men de skal derimod ses som momenter, der indgår i en større vurdering på lige fod med principper om kontraktens formål, ordlyd og rimelighed.¹⁴⁸ Nedenstående analyse udgør ikke en udtømmende gennemgang af fortolkningsregler og udfyldning i dansk ret. Analysen berører derimod de relevante kilder med henblik på at udlede, om baggrundsretten sikrer franchisetageren mod franchisegiverens hold-up.

Vi vil i afsnit 5.2 foretage en gennemgang af loyalitetsforpligtigelsen, som er en del af obligationsrettens almindelige del. Herefter vil koncipistreglen og aftalelovens § 36 blive berørt i hhv. afsnit 5.3 og 5.4. Dernæst vil afsnit 5.5 belyse retspraksis på området for franchisekontrakter. Sidst men ikke mindst vil det i afsnit 5.6 blive undersøgt, i hvilken udstrækning reglerne for nærtbeslægtede kontrakttyper finder anvendelse på franchisekontrakter. Formålet er blandt andet at afdække, om der findes principper og regler om fortolkning og udfyldning, ugyldighed eller misligholdelse, som kan have betydning for franchisegiverens mulighed for at bringe kontrakten til ophør, og dermed også betydning for franchisetagerens hold-up risiko.

¹⁴⁷ Andersen, Lennart Lynge. 2018. *Aftalelovens § 36 – fra kontraktfrihed til urimelighedskontrol*

¹⁴⁸ Andersen, Eigil Lego. 2014. *Aftalefortolkning. Ugeskrift for retsvæsen*. Side 1.

5.1. Regulering af franchisekontrakter

Forholdet mellem franchisegiver og franchisetager er som bekendt reguleret i en franchisekontrakt. I modsætning til en række andre lande som har valgt at regulere franchisekontrakter, findes der i Danmark ingen særskilt lovgivning, som regulerer forholdet mellem franchisegiver og franchisetager.¹⁴⁹¹⁵⁰ Som følge af den manglende regulering på området, er udgangspunktet, at franchisekontrakten er omfattet af de almindelige danske regler og principper, som finder anvendelse på alle typer af kontrakter. Ligeledes betyder den manglende regulering, at det står parterne frit for at definere franchisekontraktens vilkår.

For kontrahenterne er franchisekontrakten en væsentlig kilde, når deres retsstilling skal fastlægges. Franchisekontrakten fungerer som en egentlig retskilde for parterne. Kontrakten betragtes dog ikke som en retskilde i sædvanlig forstand, da den ikke får betydning for tredjemand men alene for parterne i franchiseforholdet.

Selvom der ikke eksisterer *lex specialis* på området, er franchisekontrakten fortsat omfattet af aftaleloven i kraft af lovens status som *lex generalis*.¹⁵¹ De altovervejende udgangspunkter i dansk kontraktret er, at der eksisterer en frihed til at kontrahere,¹⁵² at det er op til parterne at blive enige om indholdet af kontrakten, og at en indgået aftale er bindende, såfremt denne er gyldigt indgået (*pacta sunt servanda*).

Grundsætningen om aftalers bindende virkning, oprinder fra Danske Lov 5-1-1¹⁵³ og 5-1-2 og aftalelovens § 1.¹⁵⁴ For franchisekontrakter medfører denne grundsætning, at en aftale er bindende for parterne, som har indgået aftalen. Ydermere er det op til parterne at opfylde de forpligtelser, som de har

¹⁴⁹ Morten Wegener refererer i sin artikel: "*Lovgivning om franchising?*" til Advokat Erik Hørlycks overvejelser om det mulige behov for fremtidig lovgivningsmæssig regulering af franchising. Hørlyck's generelle synspunkt er, at selvom der ved franchiseaftaler formelt er tale om kontraktforhold mellem selvstændige erhvervsdrivende, så er franchisetageren typisk fuldstændigt underkastet de vilkår, som franchisegiveren fastsætter. Netop forholdet mellem de kontraherende parter syntes at spille en betydelig rolle for franchisekontrakten, og for hvorvidt vilkår i denne kan ende med at være urimeligt byrdefulde for primært franchisetageren.

¹⁵⁰ Rasmussen, Jakob Ørskov: *The Franchise Law Review*. Side 272.

¹⁵¹ Lovbekendtgørelse nr. 193 af 2.3.2016 om aftaler og andre retshandler på formuerettens område.

¹⁵² Andersen, Lennart Lynge og Palle Bo Madsen: *Aftaler og mellemmænd*. Side 19.

¹⁵³ Karnovs Groups online noter til Danske Lov 5-1-1. Note nr. 1 af Peter Mortensen, Professor, dr.Jur., Københavns Universitet (sidst besøgt den 6. maj 2019)

¹⁵⁴ Gomard, Bernhard m.fl.: *Almindelig kontraktsret*. 5. udg. Side 16.

påtaget sig i overensstemmelse med kontrakten i hele kontraktens løbetid. Parternes aftalefrihed er dog ikke ubegrænset jf. Danske Lov 5-1-2:¹⁵⁵

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

Med Danske Lov 5-1-2 gøres det klart, at aftaler, som ikke er i strid med dansk lovgivning eller ærbarhed, skal overholdes i overensstemmelse med deres ordlyd. Det må altså modsætningsvis kunne sluttes, at aftaler som er i strid med dansk lovgivning, ikke kan gøres gældende. Derfor det er væsentligt ved indgåelse af franchisekontrakter, at parterne eller deres rådgivere tager stilling til hvorvidt det er relevant at inddrage anden lovgivning. Eksempelvis konkurrenceloven, markedsføringsloven, lejeloven, produktansvarsloven, købeloven eller renteloven. Formålet med gennemgangen af anden deklaratorisk lovgivning er at sikre, at parterne ikke aftaler noget, som vil være i strid med disse love.¹⁵⁶

På baggrund af ovenstående kan det udledes, at det er selve franchisekontrakten, som regulerer forholdet mellem parterne. Det betyder, at begge parter skal stille store krav til kontraktens udformning, således at denne kan regulere samarbejdet bedst muligt. Som det tidligere er blevet bemærket, er størstedelen af de nuværende franchisekontrakter er udformet som konventionelle kontrakter.¹⁵⁷

5.2. Loyalitetsgrundsætningen

Loyalitetsgrundsætningen er en obligationsretlig grundsætning, som finder anvendelse på alle typer af kontrakter. Af selve grundsætningen følger der en række delforpligtigelser, som kommer til udtryk på forskellig vis alt efter kontraktens naturalia negotii og alt efter, om der eksisterer lex specialis eller ej. De forskellige delforpligtigelser, som finder anvendelse i franchiseforhold, vil derfor nødvendigvis ikke

¹⁵⁵ Kong Christian den Femtis Lov af 15. april 1683.

¹⁵⁶ Rasmussen, Jakob Ørskov: *The Franchise Law Review*. Side 269-282.

¹⁵⁷ Østergaard, Kim og Bent Petersen: *Reconciling contracts and relational governance through strategic contracting* Side 265.

finde anvendelse ved simple købskontrakter.¹⁵⁸ Med henblik på at fastlægge gældende ret om franchisekontraktens opsigelsesbestemmelser, bør det undersøges, om loyalitetsforpligtelsen er blevet tilsidesat, og hvad konsekvenserne er af en sådan tilsidesættelse.

Loyalitetsforpligtigelsens anvendelse, med henblik på at fastlægge gældende ret om franchisekontraktens ophørsbestemmelser, knytter sig primært til de retsvirkninger, der er forbundet til en tilsidesættelse af loyalitetsforpligtigelsen.¹⁵⁹

Loyalitetsgrundsætningens indhold syntes generelt at være opsummeret i nedenstående citat. I citatet defineres loyalitetsgrundsætningen generelt. Definitionen tager højde for risikoen for opportunistisk adfærd samt det faktum, at virksomheder søger at egen-optimere:

*”Loyalitetsgrundsætningen udtrykker således det positivt formulerede generelle princip om, at medkontrahenterne skal varetage hinandens interesser, uagtet at i aftaler mellem private virksomheder er det overordnede formål profitmaksimering, som i økonomisk henseende indebærer egen-optimering og risiko for opportunistisk adfærd, som bl.a. ugyldighedsreglerne i og uden for aftaleloven udgør et negativt formuleret juridisk værn imod.”*¹⁶⁰

Loyalitetsforpligtigelsen kan opfattes som en pligt til at tage rimeligt hensyn til medkontrahentens interesser.¹⁶¹ Loyalitetsgrundsætningen finder anvendelse i hele kontraktens livscyklus, der rummer den prækontraktuelle fase, perioden hvor kontrakten er i kraft og tidspunktet efter kontraktens ophør. Nedenfor vil de delforpligtigelser, som vurderes at finde særlig anvendelse i franchiseforhold blive belyst, med henblik på at udlede, om der er særlige elementer, som kan afhjælpe hold-up problemet.

¹⁵⁸ Madsen, Christian Frank og Kim Østergaard: Udkast til artiklen: *Loyalitetsgrundsætningen i dansk ret - indhold og retsvirkninger ved tilsidesættelse*. Side 1.

¹⁵⁹ Madsen, Christian Frank og Kim Østergaard: Udkast til artiklen: *Loyalitetsgrundsætningen i dansk ret - indhold og retsvirkninger ved tilsidesættelse*. Side 1.

¹⁶⁰ Madsen, Christian Frank og Kim Østergaard: Udkast til artiklen: *Loyalitetsgrundsætningen i dansk ret - indhold og retsvirkninger ved tilsidesættelse*. Side 1.

¹⁶¹ Andersen, Lennart Lynge og Palle Bo Madsen: *Aftaler og mellemænd*. side 423. & Andersen, Mads Bryde: *Grundlæggende aftaleret*. Side 113. & Madsen, Christian Frank og Kim Østergaard: Udkast til artiklen: *Loyalitetsgrundsætningen i dansk ret - indhold og retsvirkninger ved tilsidesættelse*. Side 2.

5.2.1. Underretningspligt

Særligt i den prækontraktuelle fase er underretningspligten relevant. Franchisekontrakten er som udgangspunkt konciperet af franchisegiveren. Dette er en naturlig følge, som blandt andet skyldes, at kontrakten indeholder informationer om franchisekonceptet og måden hvorpå dette skal drives af franchisetageren. Da selve forretningsgangen, altså måden hvorpå driften af franchisekonceptet skal finde sted, ønskes hemmeligholdt af franchisegiveren helt frem til indgåelsen af kontrakten, stilles franchisetageren i en ufordelagtig situation. Dette resulterer i, at franchisekontrakten ofte bliver præsenteret så sent i den prækontraktuelle fase, at franchisetageren stilles i en meget dårlig forhandlings position, såfremt der er forpligtigelser i kontrakten, som franchisetageren anser som urimelige eller byrdefulde. I litteraturen bliver det fremført, at der findes eksempler på franchisegivere, som bevidst har indført byrdefulde vilkår i franchisekontrakten, som formentligt ville blive tilsidesat af domstolene i håb om, at franchisetageren ikke ville opdage dette.¹⁶² Underretningspligten bør ses som et udtryk for parternes forpligtelse til at informere hinanden om væsentlige forhold, der kan påvirke, hvorvidt kontrakten overhovedet kan indgås eller ej i den prækontraktuelle fase.¹⁶³

Den prækontraktuelle underretningspligt bygger på, at der eksisterer en forhandlingsfase. Om der sker en egentlig forhandling ved indgåelsen af franchisekontrakter, er dog tvivlsomt.¹⁶⁴ At der ikke i den prækontraktuelle fase, syntes at ske en egentlig forhandling, kan virke atypisk sammenlignet med andre kontraktindgåelser. Franchisekontrakter er typisk udformet, som en standard kontrakt. I U.2019.1337V¹⁶⁵ udtaler Henrik Burkal, administrerende direktør for Rema 1000, at der i Rema 1000, anvendes den samme kontrakt til alle deres franchisetagere. Der er altså ikke, som situationen er i dag, mulighed for forhandling.¹⁶⁶ På trods af at der opereres med en standardkontrakt, som i nogle franchiseforhold ikke vil være genstand for forhandling, må det udledes, at underretningspligten stadigvæk er gældende. At en part fremlægger en kontrakt, som er ensidigt udarbejdet, giver anledning til, at modparten grundigt gennemgår kontrakten, hvorved der kan argumenteres for, at selve fremlæggelsen af kontrakten udgør en underretning.

¹⁶² Spencer, Elizabeth Crawford: *The Regulation of Franchising in the New Global Economy*. Side 80.

¹⁶³ Madsen, Christian Frank og Kim Østergaard: Udkast til artiklen: *Loyalitetsgrundsætningen i dansk ret - indhold og retsvirkninger ved tilsidesættelse*. Side 7.

¹⁶⁴ Crawford Spencer, Elizabeth: *The Regulation of Franchising in the New Global Economy* side. 81

¹⁶⁵ Der henvises til afsnit 5.5.2 for en nærmere gennemgang af denne dom.

¹⁶⁶ Madsen, Christian Frank og Kim Østergaard: Udkast til artiklen: *Loyalitetsgrundsætningen i dansk ret - indhold og retsvirkninger ved tilsidesættelse*. Side 7.

Da parterne udøver konventionel kontrahering, og når der ikke finder forhandling sted forud for kontraktindgåelse, syntes denne delforpligtigelse ikke at være anvendelig. Såfremt parterne i stedet vælger at anlægge en strategisk tilgang til franchisekontrakten og dermed også forhandle kontrakten, må det antages, at der ville gælde en vidtgående underretningspligt.¹⁶⁷

Udover at være gældende i den prækontraktuelle fase gør underretningspligten sig også gældende i kontraktens løbetid. I kontraktens løbetid indebærer underretningspligten, at medkontrahenter er gensidigt forpligtede til at underrette medkontrahenten om forhold, der kan påvirke opfyldelse af kontrakten.¹⁶⁸

5.2.2. Tavshedspligt

I franchiseforhold er der et behov for vidensudveksling i den prækontraktuelle fase. Franchisegiver har derfor et behov for at sikre, at den viden som deles med franchisetager ikke videregives til tredjemand. I franchiseforhold bliver der typisk underskrevet hensigtserklæringer, som manifester parternes intentioner om at kontrahere. Hensigtserklæringer indeholder typisk bestemmelser, der drejer sig om, at den viden som allerede er udvekslet og senere måtte udveksles, er underlagt tavshedspligt. Udover hensigtserklæringen bliver der typisk også indgået en særskilt fortrolighedserklæring. Det særlige ved franchising er, at det typisk er hele forretningskonceptet, der er omfattet af fortrolighedserklæringen, hvorfor tavshedspligten/fortroligheden typisk vil gælde for hele kontraktens livscyklus. Problemet i forhold til franchisekontraktens indgåelse, kan formentligt anskues som et resultat af, at franchisegiveren ønsker at hemmeligholde værdifulde informationer helt frem til kontraktindgåelsen. Det må på baggrund heraf udledes, at franchisetager ikke kan træffe en beslutning på et fuldt oplyst grundlag. Det kan umiddelbart virke atypisk, at franchisegiveren på trods af en underskreven fortrolighedserklæring, ikke ønsker at give franchisetageren mulighed for at træffe beslutning om at blive franchisetager på et fuldt oplyst grundlag.¹⁶⁹

¹⁶⁷ Parternes mulighed for at udøve strategisk kontrahering behandles nærmere i kapitel 6.

¹⁶⁸ Madsen, Christian Frank og Kim Østergaard: Udkast til artiklen: *Loyalitetsgrundsætningen i dansk ret - indhold og retsvirkninger ved tilsidesættelse*. Side 15.

¹⁶⁹ Madsen, Christian Frank og Kim Østergaard: Udkast til artiklen: *Loyalitetsgrundsætningen i dansk ret - indhold og retsvirkninger ved tilsidesættelse*. Side 9 & afhandlingens Bilag 1, spørgsmål B.

5.2.3. Samarbejdsforpligtigelse

Samarbejdsforpligtigelsen bør ansues i relation til billighedsfortolkningen, der kan udledes af domstolens fortolkningsvirksomhed. Frem for at blive betragtet som modparter, bliver parterne i et kontraktforhold i stedet betragtet som medkontrahenter. Samarbejdsforpligtigelsen indeholder en pligt om, at parterne skal samarbejde. Dette kan umiddelbart betragtes som en implicit del af franchiseforholdet, da franchiseforholdets succes er afhængig af, at hver part udfører hver sin rolle, og at parterne er afhængige af hinanden. Dog må det anføres, at konventionelle franchisekontrakter ikke umiddelbart giver anledning til, at franchisetager og franchisegiver samarbejder, idet det antages, at der foreligger en målkonflikt mellem parterne. Denne målkonflikt er et resultat af franchisegiverens opportunistiske adfærd, der resulterer i franchisetagerens frygt for hold-up, hvorfor sidstnævnte ikke leverer den bedst mulige indsats. Samarbejdsforpligtigelsen gør sig derfor ikke gældende i konventionelle franchisekontrakter i samme omfang, som hvis parterne havde indgået en strategisk kontrakt.¹⁷⁰ At der udledes en samarbejdsforpligtigelse, må naturligvis være betinget af, at opfyldelsen af franchisekontrakten er baseret på et samarbejde med henblik på opfyldelse af kontrakten.

5.2.4. Generelt om loyalitetsgrundsætningen

Såfremt en kontraktpart tilsidesætter loyalitetsforpligtelsen, kan dette betragtes som et retsbrud, hvorfor medkontrahenten kan påberåbe sig obligationsrettens almindelige misligholdelsesbeføjelser, samt kræve naturalopfyldelse. Dette vil også være tilfældet i franchising, da der som nævnt ikke foreligger lex specialis på området. Parterne i franchising er erhvervsdrivende, og det er aftalen, som er parternes "lov". Loyalitetsforpligtigelsen vil formentligt ikke kunne bidrage til at løse hold-up eller free-riding problemet på trods af, at grundsætningen fordrer, at parterne handler loyalt og varetager hinandens interesser. Dog kan der argumenteres for, at grundsætningen og særligt underretningspligten, bør give anledning til, at parterne sikrer at der aftales tydelige vilkår om opsigelse, da utydelige vilkår kan ligge den risiko-averse franchisetager til last.

Loyalitetsforpligtigelsen må desuden formodes at være særligt gældende i situationer, hvor det kan antages, at medkontrahenten ikke kan tage vare på sine egne interesser, og hvor dette medfører risiko for tab eller lignende.¹⁷¹ I almindelighed kommer loyalitetsgrundsætningen blandt andet til udtryk som en

¹⁷⁰ Parternes mulighed for at udøve strategisk kontrahering behandles nærmere i kapitel 6.

¹⁷¹ Andersen, Mads Bryde: *Grundlæggende aftaleret*. Side 462.

gensidig loyal oplysningspligt. En sådan oplysningsforpligtigelse er en delforpligtigelse, der medfører, at parterne bør oplyse hinanden om forhold der antages at medføre forretningsmæssige skuffelser såfremt information tilbageholdes.¹⁷² Det må desuden gælde, at loyalitetsgrundsætningen for alvor kan komme til sin ret, såfremt parterne indgår et strategisk samarbejde, som mindsker den eksisterende målkonflikt.

5.3. Koncipistreglen

I tilfælde af at der opstår tvivlsspørgsmål om franchisekontraktens opsigelsesvilkår, kan kontrakten fortolkes ud fra koncipistreglen. Koncipistreglen kan anvendes, når kontrakten er udformet af den ene af parterne, hvorefter medkontrahenten blot underskriver kontrakten. Koncipistreglen medfører, at uklare kontraktvilkår fortolkes mod koncipisten.¹⁷³ Reglen er den hyppigst påberåbte fortolkningsregel i dansk ret.¹⁷⁴ Reglens præventionshensyn virker, således at man tilskynder koncipisten til at gøre sig umage ved kontraktudarbejdelsen, således at der frembringes præcise og effektive kontraktbestemmelser. I artiklen "Aftalefortolkning"¹⁷⁵ fremfører Eigil Lego Andersen, at koncipistregelens betydning ikke må overvurderes. Han pointerer samtidig, at reglen har begrænsede anvendelsesmuligheder i situationer, hvor kontrakten skal ses som et resultat af forhandlinger mellem parterne, og hvor begge parter har bidraget til udfærdigelsen af kontrakten.¹⁷⁶

Der anlægges i nærværende afhandling det synspunkt, at det altid er franchisegiveren, som konciperer franchisekontrakten.¹⁷⁷ Eftersom franchisegiveren og franchisetageren handler i erhvervsøjemed, vil der ikke være forbrugerpræceptive regler, som parterne skal tage hensyn til. Det er dog klart, at franchisegiveren vil være den toneangivende part i forretningsforholdet. En variant af koncipistreglen er, at uklarheder fortolkes mod den sagkyndige part. Årsagen hertil er, at en overlegen part, som franchisegiveren kan antages at være, er underlagt en forpligtelse til at forebygge fremtidige tvivls- og stridsspørgsmål. Dog kan dette hensyn ikke altid tillægges betydning, når begge parter er professionelle.¹⁷⁸ Såfremt franchisegiveren har affattet en kontrakt, der bevidst har et tvetydigt udtryk eller en vag formulering, med

¹⁷² Andersen, Mads Bryde og Joseph Lookofsky: *Lærebog i obligationsret I*, side 70. & Moalem, David: *Fortielser ved kontraktindgåelse – Om obligationsrettens loyale oplysningspligt*. Side 1.

¹⁷³ Andersen, Lennart Lynge og Palle Bo Madsen: *Aftaler og mellemænd*. Side 382.

¹⁷⁴ Andersen, Mads Bryde: *Grundlæggende aftaleret*. Side 332.

¹⁷⁵ Andersen, Eigil Lego. 2014. *Aftalefortolkning*.

¹⁷⁶ Andersen, Eigil Lego. 2014. *Aftalefortolkning*. Side 6.

¹⁷⁷ Crawford Spencer, Elizabeth: *The Regulation of Franchising in the New Global Economy*. Side 81-83.

¹⁷⁸ Andersen, Lennart Lynge og Palle Bo Madsen: *Aftaler og mellemænd*, side 384.

henblik på at kunne gennemtvinge den for franchisegiveren mest gunstige forståelse, vil koncipistreglen for alvor finde sin berettigelse.¹⁷⁹ Koncipistreglen hviler på en almindelig billigheds- eller rimelighedsbetragtning, som betyder, at man ved fortolkningen af uklare vilkår vil forsøge at pålægge risikoen for forståelsesmæssige uklarheder på den part, der bedst kunne have varetaget på pågældende uklarhed på forhånd.

Mulighederne for at anvende koncipistreglen til at afhjælpe problemerne med free-riding samt hold-up må anses som yderst begrænsede. Koncipistreglen finder formentligt anvendelse ved fortolkning af utydelige opsigelsesvilkår. Koncipistreglens anvendelse vil, i forhold til afhandlingens fokus, primært være relevant i tilfælde af at franchisegiveren opsiger/ophæver franchise kontrakten, på baggrund af vilkår, som er uklare i franchisekontrakten. Dog vurderes det, at koncipistreglen ikke på egen hånd kan afhjælpe problemerne med free-riding og hold-up, hvorfor koncipistreglen ikke vil blive behandlet yderligere.

5.4. Aftalelovens § 36

Som følge af at franchisekontrakten er underlagt de almindelige aftaleretlige regler, kan hele eller dele af kontrakten tilsidesættes hvis den må anses for at være urimelig. Såfremt det overvejes at tilsidesætte enten hele eller dele af franchisekontrakten, er ugyldighedsreglerne i aftalelovens §§ 28-33, § 36 og § 39 anvendelige.¹⁸⁰ I det følgende vil det blive belyst, om aftalelovens § 36 kan anvendes med henblik på at tilsidesætte urimelige ophørsvilkår. Aftalelovens § 36 er vidtgående, og den baserer sig på en retlig standard i form af en urimelighedsnorm.¹⁸¹ Ordlyden af aftalelovens § 36 er som følger:

”En aftale kan ændres eller tilsidesættes helt eller delvis, hvis det vil være urimeligt eller i strid med redelig handlemåde at gøre den gældende. Det samme gælder andre retshandler.

Stk. 2. Ved afgørelsen efter stk. 1 tages hensyn til forholdene ved aftalens indgåelse, aftalens indhold og senere indtrufne omstændigheder”¹⁸²

¹⁷⁹ Andersen, Lennart Lynge og Palle Bo Madsen: *Aftaler og mellemmand*, Side 385.

¹⁸⁰ Andersen, Lennart Lynge. 2018. *Aftalelovens § 36*. Side 154.

¹⁸¹ Andersen, Lennart Lynge og Palle Bo Madsen: *Aftaler og mellemmand*, Side 201.

¹⁸² Aftalelovens § 36 er en tilføjelse til aftaleloven som blev gennemført ved lov nr. 250 af 12.06.1975 om ændring af borgerlig straffelov, aftaleloven m.v. Bestemmelsen er senere blevet ændret ved lov nr. 1098 af 21.12.1994 om ændring af lov om aftaler og andre retshandler på formuerettens område og visse andre love.

Det fremgår af forarbejderne til aftaleloven, at motivationen for at gennemføre en ny generalklausul, der i højere grad giver mulighed for at tilsidesætte urimelige aftalevilkår, blandt andet skal findes i hensynet til at beskytte forbrugere og andre mod, at medkontrahenten misbruger sin overlegne stilling til at opnå fordele ved at anvende vilkår, der ensidigt tjener hans interesse.¹⁸³

Generelt udvises der tilbageholdenhed med at anvende aftalelovens § 36 i erhvervssammenhænge, hvor begge parter i kontraktforholdet er professionelle.¹⁸⁴ Baseret på antagelsen om at begge parter i et franchiseforhold handler i erhvervsøjemed, er det relevant at belyse, om en eventuelt urimelig eller delvis urimelig aftale kan tilsidesættes i medfør af aftalelovens § 36. Generalklausulen finder i højere grad anvendelse på forbrugeraftaler, hvor den erhvervsdrivende, må antages at være en stærkere part end forbrugeren. Dog er der ikke noget i ordlyden af generalklausulen, som taler for, at den ikke kan, eller ikke bør anvendes på aftaler indgået mellem erhvervsdrivende. Det fremhæves fx i forarbejderne, at også erhvervsdrivende kan have en underlegen position i forhold til en anden erhvervsdrivende, ligesom en forbruger vil have en underlegen position i forhold til de fleste erhvervsdrivende.¹⁸⁵ At have en underlegen position kan være ensbetydende med, at parten ikke har mulighed for at påvirke den kontrakt, som parten indgår. Dette antages at være tilfældet i franchising, hvor det typisk er franchisegiveren, der koncipierer kontrakten, hvorfor der ikke sker en reel forhandling af denne.

Såfremt der foreligger en urimelig ophørsbestemmelse i franchisekontrakten, har domstolene en række forskellige muligheder. Franchisekontrakten kan ændres, hvilket er ensbetydende med, at der foretages korrektion af aftalen. Derudover kan domstolene lempe det pågældende vilkår eller helt tilsidesætte franchisekontrakten.¹⁸⁶ Såfremt domstolene tilsidesætter aftalen i sin helhed, har franchisekontrakten ikke længere retsvirkning efter sit indhold. Domstolene er dog påpasselige med at anvende aftalelovens § 36 ved aftaler indgået mellem erhvervsdrivende¹⁸⁷. Årsagen hertil skal findes i domstolenes generelle synspunkt om, at professionelle parter selv skal være i stand til at foretage den indbyrdes risikofordeling. Denne bør ikke kunne ændres, blot fordi forholdene udvikler sig ufordelagtigt for den ene part.¹⁸⁸ Der-

¹⁸³ Andersen, Lennart Lynge og Palle Bo Madsen: Aftaler og mellemmand. Side 204.

¹⁸⁴ Andersen, Lennart Lynge og Palle Bo Madsen: Aftaler og mellemmand. Side 207.

¹⁸⁵ Andersen, Lennart Lynge og Palle Bo Madsen: Aftaler og mellemmand. Side 207.

¹⁸⁶ Andersen, Lennart Lynge. 2018. *Aftalelovens § 36 – fra kontraktfrihed til urimelighedskontrol*. Side. 220.

¹⁸⁷ Andersen, Mads Bryde: *Grundlæggende aftaleret*. Side 426.

¹⁸⁸ Gomard, Bernhard m.fl.: *Almindelig kontraktsret*. Side. 176.

udover vurderes det, at professionelle parter har bedre mulighed for at udbygge deres beslutningsgrundlag inden de træffer en forretningsmæssig disposition sammenlignet med ikke professionelle parter.¹⁸⁹ Umiddelbart må det påpeges, at parterne i et erhvervsforhold skal kunne stole på den indgåede kontrakt. Når der er sikkerhed omkring kontrakten, har parterne mulighed for at tilrettelægge deres forretningsmæssige dispositioner efter denne.¹⁹⁰ Erik Hørlyck argumenterer for, at aftalelovens § 36 er relevant i forhold til franchisekontrakter, da der ikke eksisterer frie forhandlinger med henblik på at opnå afbalancerede kontraktvilkår. Årsagen hertil er, at der typisk foreligger en ubalance mellem parterne. Ubalancen består i, at franchisegiveren typisk vil stå stærkere i franchiseforholdet, da franchisegiver er den mest professionelle part.¹⁹¹

Mulighederne for at anvende aftalelovens § 36 til at afhjælpe problemerne med free-riding samt hold-up må anses som yderst begrænsede. Aftalelovens § 36 kan anvendes til at tilsidesætte kontraktvilkår, der er urimelige eller delvist urimelige. I forhold til nærværende afhandlings fokusområde, vil aftalelovens § 36 primært være relevant i tilfælde af, at franchisegiveren opsiger/ophæver franchisekontrakten på baggrund af vilkår, som urimelige eller delvist urimelige. Dog vurderes det, at aftalelovens § 36 ikke på egen hånd kan afhjælpe problemerne med free-riding og hold-up. Dette skyldes i høj grad, at parterne er erhvervsdrivende, og derfor indgår aftalen "på lige fod", hvorfor aftalelovens § 36 ikke vil blive behandlet yderligere.

5.5. Retspraksis om franchisekontrakter

Som gennemgået ovenfor i afsnit 5.1 er udgangspunktet, at inter partes forholdet mellem franchisegiveren og franchisetageren, i fravær af lovgivning på området, reguleres af den foreliggende franchisekontrakt. Såfremt parternes retsstilling ikke kan afgøres ud fra aftalegrundlaget, er det relevant at undersøge, om parternes retsstilling kan udledes med udgangspunkt i retspraksis på området. Mængden af national retspraksis på franchiseområdet må imidlertid karakteriseres som yderst begrænset. Morten Wegener anfører, at den begrænsede mængde retspraksis skyldes parternes vedtagelse af alternative konfliktløsningsmuligheder:

¹⁸⁹ Andersen, Mads Bryde: *Grundlæggende aftaleret*. Side 426.

¹⁹⁰ Gomard, Bernhard m.fl.: *Almindelig kontraktsret*. Side. 13.

¹⁹¹ Hørlyck, Erik: *Lovgivning om franchising og forpagtning*. Side 2.

”Som ved andre længerevarende kommercielle samarbejdsforhold er det ikke forbavsende, at retspraksis er mager. I de fleste aftaler er udgangspunktet, at uoverensstemmelser primært skal søges løst ved forhandling, eventuelt med deltagelse af en uvildig tredjemand (mediation, mægling o.l.), (...) Er denne udvej ikke farbar, er der øjensynlig en overvejende præference for anvendelse af voldgift frem for brug af de almindelige domstole.”¹⁹²

Ikke desto mindre har domstolene de seneste år truffet afgørelse i to sager, som må tillægges præjudikatværdi. Den første sag U.2018.1334V¹⁹³ omhandler rettens kompetence til at træffe afgørelse, i tilfælde hvor franchiseparterne har aftalt voldgift. Den anden sag U.2019.1347V¹⁹⁴ behandler spørgsmålet franchisegivers misligholdelse af franchisekontrakten. I forlængelse af misligholdelsesspørgsmålet behandles ligeledes franchisetagerens mulighed for at kræve erstatning. Sagen omhandlede rækkevidden af franchisetagerens territorialbeskyttelse overfor konkurrerende franchisetagere af samme forretningskoncept. De to sager vi blive behandlet særskilt nedenfor.

5.5.1. Rettens kompetence

Dommen U.2018.1334V handler i grove træk om rettens (herunder fogedrettens) kompetence i tilfælde af, at parterne har aftalt, at tvister skal løses ved voldgift. Set i lyset af Morten Wegeners bemærkning om alternative konfliktløsningsmuligheder i forrige afsnit, må spørgsmålet om rettens kompetence anses som yderst relevant.

Sagen drejede sin om en franchisegiver G og en franchisetager T som havde indgået en franchiseaftale. Ifølge franchiseaftalen skulle T for egen regning købe og videresælge hårde hvidevarer efter G's forretningskoncept. T skulle drive forretningen i forretningslokaler, som G havde lejet af tredjemand. Det fremgik ydermere af franchiseaftalen, at enhver tvist som måtte opstå mellem parterne i forbindelse med franchiseaftalen skulle løses ved Det Danske Voldgiftsinstitut. I december 2016 udstedte T to kreditnotaer på hver 18.000 kr. til det kryptiske kundenummer ”kontant”. G bad i juni 2017 T redegøre for

¹⁹²Wegener, Morten: *Ophør af franchiseaftaler*. Side 268, se fodnote 12 i denne.

¹⁹³ UFR 2018.1334V, Skousen Online Services A/S mod Skousen Mega Syd ApS, Vestre Landsrets kendelse af 20. december 2017.

¹⁹⁴ UFR. 2019.1347V, René John Ipsen ApS mod Rema 1000 Danmark A/S, Vestre Landsrets dom af 12. december 2018.

de to kreditnotaer, og for hvem der har modtaget de to beløb. T fremsender rettidigt besvarelse til G, men G mente ikke, at besvarelsen var fyldestgørende. G valgte derfor at ophæve franchisekontrakten på grund af T's væsentlige misligholdelse. I denne forbindelse bad G omgående om at få adgang til forretningslokalerne, som G havde lejet af tredjemand. T protesterer mod dette, hvorfor G bad fogedretten om at indsætte G i forretningslokalerne. Fogedretten valgte i imidlertid at afvise sagen med henvisning til, at parterne havde aftalt voldgiftsbehandling. G valgte at kære fogedrettens afgørelse, hvorefter det var op til landsretten at træffe afgørelse.

Landsretten fandt ikke, at parternes aftale om voldgift var til hinder for, at domstolene efter anmodning fra en part kan iværksætte tvangsfuldbyrdelse herunder gennemtvungelse af besiddelseskrav ved en fogedforretning jf. voldgiftslovens § 9. Ydermere fandt Landsretten, at den ikke havde kompetence til at afgøre retmæssigheden af franchiseaftalens ophævelse. Dog fandt Landsretten at bevisførelsen om berettigelsen af G's ophævelse af franchiseaftalen ville være af en karakter og et omfang som henset til voldgiftsklausulen gjorde det betænkeligt at fremme sagen jf. retsplejelovens § 597 skt. 3. Landsretten tiltrådte fogedrettens afgørelse om at afvise at fremme G's begæring.

5.5.2. Rækkevidden af franchisetagerens territorialbeskyttelse

Sagen U.2019.1347V angik spørgsmålet om franchisegiverens misligholdelse af franchisekontrakten. FG (Rema 1000 Danmark A/S) og FT (René John Ipsen ApS) indgik i 2009 en franchisekontrakt. Ifølge kontrakten skulle FT drive en Rema 1000-forretning for egen regning og egen risiko. Af franchisekontrakten fremgik det, at FG havde forpligtet sig til at sikre FT et rimelig kundegrundlag. Derfor måtte FG ikke åbne en anden Rema 1000-butik i nærheden af FT's butik, såfremt en ny butik væsentligt ville forringe FT's bestående kundegrundlag. I 2011 åbnede FG en ny butik 2,3 km fra FT's butik. FT anlagde sag mod FG med krav om erstatning for tab som følge af åbningen af den nye Rema 1000-butik. FT gjorde gældende, at FG havde misligholdt kontrakten ved at åbne en ny butik i nærheden af FT's eksisterende butik. FG blev frifundet i byretten såvel som i landsretten. I anden instans havde der været afholdt syn og skøn om den nye Rema 1000-butiks påvirkning på FT's kundegrundlag. Set i lyset af FG's kontraktforpligtelse var det afgørende, om påvirkningen af kundegrundlaget kunne karakteriseres som værende "*væsentlig*". Landsretten fandt, at FT's kundegrundlag var blevet påvirket af åbningen af den nye Rema 1000-butik, men ikke i en grad, som kunne anses som væsentlig, hvorfor FT ikke var berettiget til erstatning.¹⁹⁵

¹⁹⁵ Ugeskrift for retsvæsen: U2019.1347V

5.5.3. Delkonklusion

Set i relation til problemerne om free-riding og hold-up bidrager den sparsommelige retspraksis om franchisekontrakter ikke med nogen løsning på den inefficente incitamentsstruktur. Retspraksis bidrager ikke med nogle effektive værn mod franchisetagerens free-riding. Ligeledes opstiller retspraksis ikke nogen former hold-up-safeguards, som er i stand til at beskytte franchisetageren mod franchisegiverens opportunistiske adfærd.

5.6. Vejledende anvendelse af gældende ret om nærtbeslægtede kontrakttyper

I mangel af retspraksis vedrørende franchisekontrakter, er det nærliggende at undersøge, om reglerne der gælder for nærtbeslægtede kontrakttyper kan anvendes vejledende. Hvorvidt en vejledende anvendelse er mulig, må bero på en konkret vurdering. Såfremt det konkluderes, at en vejledende anvendelse ikke er mulig, må retstilstanden da udledes ud fra almindelige obligationsretlige grundsætninger som gennemgået ovenfor.

Spørgsmålet om hvorvidt reglerne for nærtbeslægtede kontraktformer kan finde vejledende anvendelse, er ikke behandlet ved de danske domstole. Derimod er spørgsmålet blevet omtalt i udenlandsk litteratur samt i udenlandske retsafgørelser.¹⁹⁶ I den udenlandske litteratur drages der i høj grad paralleller til licensaftaler og eneforhandleraftaler. Dette synspunkt bakkes op af de franske domstole, der i en række afgørelser har lagt vægt på lighederne mellem forhandlerkontrakter og licenskontrakter.¹⁹⁷ I den danske litteratur har Morten Wegener argumenteret for, at der formentlig er mulighed for en lignende vejledende anvendelse i dansk ret:

”Også i dansk ret må udgangspunktet formentlig være, at en fastlæggelse af retsvirkningerne inter partes principielt er åben for anvendelse af reglerne for de forskellige kombinerede kontraktstyper ved siden af hinanden, alt efter hvilke bestanddele af kontrakten foreliggende tvivls-spørgsmål angår.”¹⁹⁸

¹⁹⁶ Wegener, Morten: Lovgivning om franchising? Side 7.

¹⁹⁷ Wegener, Morten: Lovgivning om franchising? Side 7.

¹⁹⁸ Wegener, Morten: Lovgivning om franchising? Side 7.

Det konkluderes, at der i mangel af lex specialis på området for franchisekontrakter samt en yderst begrænset mængde retspraksis på området, kan foretages en vejledende anvendelse af de regler, der gælder for nærtbeslægtede kontrakttyper på franchisekontrakter. Ydermere må det konstateres, at det er oplagt at foretage en vejledende anvendelse af de regler der gælder for eneforhandlerområdet, da denne kontrakttype, som konkluderet i afsnit 3.3, har mange ligheder med franchisekontrakter.

5.6.1. Regulering og retspraksis vedrørende eneforhandlere

Som tidligere omtalt i afsnit 3.4 er området for forhandlerkontrakter ikke reguleret i lex specialis. I mangel af særlig regulering, udgør retspraksis den centrale retskilde inden for forhandlerkontrakter. Gældende ret bør derfor udledes med udgangspunkt heri. I det følgende vil en række centrale domme på området for eneforhandlerkontrakter blive behandlet i relation til franchisekontrakter. Retsspraksis på området for eneforhandlerkontrakter er centreret omkring spørgsmål, der drejer sig om opsigelse, ophævelse, erstatning og godtgørelse.

5.6.1.1. Opsigelse

I relation til spørgsmålet om opsigelse følger det af dansk retspraksis, at eneforhandleraftaler, som er af længere varigheder, og hvor opsigelsesvarsel ikke er aftalt, ikke kan opsiges med kortere varsel end seks måneder. For så vidt angår kortere aftaleforhold (kortere end 11 måneder) har højesteret fastsat et minimumsvarsel på én måned.¹⁹⁹ Såfremt parterne på forhånd har aftalt et opsigelsesvarsel, bør dette som udgangspunkt respekteres. Et opsigelsesvarsel kan dog tilsidesættes i medfør af aftalelovens § 36, såfremt dette må anses for urimeligt.²⁰⁰ Domstolene har ikke udtrykkeligt anvendt handelsagentlovens regler for opsigelsesvarsel analogt på eneforhandleraftaler.²⁰¹ Dog skal opsigelsen ske under betingelser, der i et vist omfang er identiske med dem, der gælder for opsigelse af agenturaftaler.²⁰² Vi vil nedenfor gennemgå en række centrale afgørelser, der tager stilling til spørgsmålet om opsigelse. Afgørelserne har alle det til fælles, at det er producenten der opsiges aftalen. I den modsatte situation, hvor forhandleren

¹⁹⁹ Lando, Ole, m.fl.: *Udenrigshandelens Kontrakter*. Side 277.

²⁰⁰ Lando, Ole, m.fl.: *Udenrigshandelens Kontrakter*. Side 277.

²⁰¹ Lando, Ole, m.fl.: *Udenrigshandelens Kontrakter*. Side 277.

²⁰² Iversen, Bent: *Handelsagenten og eneforhandleren*. Side 263.

opsiger kontrakten, vil forhandlerens opsigelsesvarsel tidsmæssigt være underlagt de samme retningslinjer som producentens opsigelsesvarsel.²⁰³

Retspraksis skaber formodning for, at producenten skal iagttage et rimeligt opsigelsesvarsel.²⁰⁴ Et eksempel herpå kan udledes af Højesterets dom U2000.1543H.²⁰⁵ I sagen blev en eneforandleraftale opsagt med et varsel på tre måneder. Aftalen mellem en dansk eneforhandler og en italiensk gear-producent havde varet i 17 år, og parterne havde ikke aftalt et opsigelsesvarsel. Højesteret tiltrådte Sø- og Handelsrettens bemærkninger og lagde til grund, at eneforhandlerforholdet, af hensyn til forholdets karakter og længde, ikke kunne bringes til ophør med et kortere varsel end seks måneder. Eneforhandleren blev tilkendt erstatning for manglende indtjening i den resterende del af opsigelsesperioden.

Et lignende resultat kan udledes af U2000.567H²⁰⁶, hvor en eneforandleraftale mellem en dansk eneforhandler og en fransk spiritusproducent blev opsagt med et varsel på ca. 3 måneder. Selve aftaleforholdets længde var 8 år, og kontraktforhandlinger havde stået på i 4 år. Eneforhandleren gjorde gældende, at producenten forud for aftaleindgåelsen havde givet tilsagn om et opsigelsesvarsel på 12 måneder. Højesteret fandt ikke, at et opsigelsesvarsel på tre måneder kunne anses som rimeligt. Derudover fandt retten det ikke godtgjort, at parterne forud for aftaleindgåelsen havde indgået aftale om et opsigelsesvarsel på 12 måneder. Højesteret fandt, at et opsigelsesvarsel på 6 måneder kunne anses for passende. Eneforhandleren blev derefter tilkendt erstatning for mistet fortjeneste i den resterende del af opsigelsesperioden.

De ovennævnte sager illustrerer, at domstolene ikke er tilbageholdende med at justere længden af opsigelsesvarslet til fordel for eneforhandleren. Retspraksis er dog ikke begrænset til udelukkende at gælde disse tilfælde. I sagen U2007.974H²⁰⁷ gav Højesteret en bilimportør medhold i, at importøren var berettiget til at opsiges en række eneforandleraftaler med et forkortet opsigelsesvarsel på 12 måneder. Par-

²⁰³ Iversen, Bent: *Handelsagenten og eneforhandleren*. Side 265.

²⁰⁴ Iversen, Bent: *Handelsagenten og eneforhandleren*. Side 263.

²⁰⁵ UfR 2000.1543H, Ingeniør- og Handelsfirma Claus Reinhold Andersen ved Claus Reinhold Andersen mod Motovario S.p.A., Højesterets dom af 12. april 2000.

²⁰⁶ UfR 2000.567H, Chateau de Cognac S.A. mod Taster Wine A/S, Højesterets dom af 15. december 1997.

²⁰⁷ UfR 2007.974H, Toyota Danmark A/S mod Knud Jørgensen Automobiler A/S, Højesterets dom af 11. januar 2007.

terne havde oprindeligt aftalt et opsigelsesvarsel på 24 måneder. Det fremgik imidlertid også af eneforhandleraftalen, at producenten kunne opsigse aftalen med mindst 12 måneders varsel, hvis det var nødvendigt at foretage en reorganisering af forhandlernettet eller en del heraf. Højesteret fandt, at det første opsigelsesvarsel på 24 måneder ikke afskar producenten fra senere at gøre det forkortede opsigelsesvarsel gældende. Derudover fandt Højesteret, at producenten var berettiget til at forkorte opsigelsesvarslet, da en reorganisering var nødvendig som følge af en generel nedgang i efterspørgslen på markedet samt gennemførslen af en ny EF-forordning, der indebar, at det hidtidige distributionssystem blev ændret.

Sammenfattende kan det konkluderes, at opsigelsesvarslet, uagtet om det er aftalt mellem parterne, kan forlænges hvis det anses for urimeligt. Der gælder som minimum et opsigelsesvarsel på seks måneder for længerevarende kontraktforhold. Modsat kan det udledes af U2007.974H, at et opsigelsesvarsel også kan forkortes, når adgangen hertil er aftalt på forhånd, og når det forkortede opsigelsesvarsel ikke kan anses som urimeligt. Kontraktforholdets længde er derfor altafgørende i rimelighedsvurderingen.

Som behandlet i kapitel 4, spiller opsigelsesvarslet en central rolle i franchiseparternes kontrakt, da længden af opsigelsesvarslet har stor betydning for franchisegiverens mulighed for at terminere franchisekontrakten. Ud fra en konventionel tilgang, signalerer kontrakten en troværdig opsigelsestrussel.²⁰⁸ Et kort opsigelsesvarsel styrker denne opsigelsestrussel, hvilket forstærker franchisetagerens hold-up-risiko. I franchisesituationer vil der typisk være tale om et længerevarende kontraktforhold, hvorfor der ved vejledende anvendelse af retspraksis på eneforhandlerområdet gælder et opsigelsesvarsel på minimum seks måneder i franchiseforhold. Hvorvidt seks måneder er nok til at udgøre en effektiv hold-up safeguard, vil variere fra franchiseforhold til franchiseforhold. Dog vil vi i nærværende afhandling lægge til grund, at et opsigelsesvarsel på seks måneder ikke i sig selv kan udgøre en effektiv hold-up safeguard. Set i lyset af franchisetagerens betydelige relationsspecifikke investeringer, skal opsigelsesvarslet formentlig forlænges for at udgøre en effektiv hold-up safeguard.

²⁰⁸ Østergaard, Kim og Bent Petersen: Reconciling contracts and relational governance through strategic contracting side

5.6.1.2. Ophævelse

I nogle situationer vil det være nødvendigt at ophæve eneforhandleraftalen med øjeblikkelig virkning og dermed se bort fra et gældende opsigelsesvarsel. I overensstemmelse med almindelige obligationsretlige grundsætninger, er det en forudsætning for at ophæve eneforhandleraftalen, at der er sket væsentlig misligholdelse af aftalen forud for ophævelsen. Begrebet væsentlig misligholdelse er en realitet i rets anvendelsen uanset om parterne har taget stilling til dette spørgsmål i kontrakten.²⁰⁹ Spørgsmål om hvorvidt der er tale om væsentlig misligholdelse eller ej er behandlet indgående i retspraksis. I sagerne U2001.260H²¹⁰ og U2000.1980H²¹¹ kunne kontrakten bringes til ophør på grund af eneforhandlerens væsentlige misligholdelse med betaling af varerne.

Retten til at ophæve aftalen er dog ikke isoleret til tilfælde, hvor en part har misligholdt et eller flere af de aftalte vilkår. Manglende iagttagelse af loyalitetsforpligtelsen, kan i grove tilfælde berettige en part til at ophæve aftalen uden forudgående varsel. I højesterets afgørelse U2008.1911H²¹² havde en dansk eneforhandler i en årrække været eneforhandler af en række vvs-produkter, som blev fremstillet af en norsk producent. Parterne besluttede i 2001 at indgå en termineringsaftale med henblik på at afslutte samarbejdet. Ifølge termineringsaftalen skulle samarbejdet officielt ophøre den 31. december 2001. I sommeren 2001 begyndte eneforhandleren at markedsføre producentens produkter under et andet navn. Samtidig var eneforhandlerens svenske søsterselskab begyndt at markedsføre konkurrerende produkter på det danske marked. Producenten påtalte gentagende gange eneforhandlerens adfærd, uden at dette havde nogen virkning. Producenten valgte at ophæve eneforhandleraftalen i december 2001. Højesteret fandt, at leverandøren var berettiget til at ophæve aftalen, da eneforhandleren ved at handle groft illoyalt havde tilsidesat sin loyalitetsforpligtelse, hvilket udgjorde en væsentlig misligholdelse af aftalen.

Foruden de ovenstående situationer skal det bemærkes, at aftaler på eneforhandlerområdet ofte indeholder bestemmelser om, at eneforhandleren har pligt til at aftage minimumskvoter af de produkter,

²⁰⁹ Iversen, Bent: *Handelsagenten og eneforhandleren*. Side 265.

²¹⁰ UfR 2001.260H, Gastrolux GmbH mod Pyrolux Production A/S, Højesterets dom af 1. november 2000.

²¹¹ UfR 2000.1980H, A/S Poul Thoft Simonsen mod Hedensted Gruppen A/S Højesterets dom af 20 juni. 2000.

²¹² UfR 20081911H, SAV-Danmark Trading A/S mod Raufoss Water & Gas AS Norge, Højesterets dom af 14. maj 2008.

som aftalen vedrører. Såfremt forhandleren ikke aftager den fastsatte minimumskvote, kan producenten have ret til at ophæve aftalen som følge af forhandlerens væsentlige misligholdelse af aftalen.²¹³ I lighed med eneforhandlerkontrakter kan franchisekontrakter indeholde volumenkrav. Ofte indlejres sådanne volumenkrav i franchisekontrakten i form af en pligtig minimumsomsætning.²¹⁴ Såfremt franchisetagerens omsætning er lavere end volumenkravet, er franchisegiveren berettiget til at ophæve franchisekontrakten grundet væsentlig misligholdelse. Set i relation til franchisetagerens termineringsdilemma er sådanne omsætningskrav meget problematiske. Årsagen hertil er, at franchisegiveren ikke længere behøver at iagttage gældende opsigelsesvarsler, da der er tale om væsentlige misligholdelse. Såfremt der indlejret volumenkrav i franchisekontrakten, øges franchisetagerens risiko for terminering.

5.6.1.3. Erstatning og godtgørelse

I forlængelse af spørgsmålet om opsigelse og ophævelse er det relevant at undersøge, om der kan kræves erstatning og godtgørelse. Der kan som udgangspunkt kræves erstatning, hvis opsigelsen eller ophævelsen har været uberettiget, og modparten har lidt et tab som følge heraf.²¹⁵ I de ovenfor refererede sager U2000.1543H og U2007.974H blev eneforhandleren tilkendt erstatning for tab som følge af mistet fortjeneste i den resterende del af opsigelsesperioden. Man kan også forestille sig den omvendte situation, hvor en producent retter et erstatningskrav mod eneforhandleren. Der ville i så fald være tale om erstatning for tab lidt som følge producentens manglende mulighed for at afhænde sine produkter på det pågældende marked.²¹⁶

Hvorvidt eneforhandleren har mulighed kræve godtgørelse for tab af oparbejdet goodwill står ikke klart. Retspraksis er langt fra entydig på området²¹⁷. Dog må muligheden for at kræve godtgørelse anses som værende yderst begrænset. Højesteret nægter i de fleste tilfælde muligheden for godtgørelse med henvisning til, at eneforhandleren selvstændigt indkøber og videresælger produkterne²¹⁸. Med andre ord afskæres eneforhandleren fra at kræve godtgørelse, da han handler for egen regning og egen risiko. Retspraksis peger i flere tilfælde i retning af, at der skal forelægge helt særlige omstændigheder, før

²¹³ Iversen, Bent: *Handelsagenten og eneforhandleren*. Side 238.

²¹⁴ Wegener, Morten: *Ophør af franchiseaftaler*. Side 277. & Crawford Spencer, Elizabeth: *The Regulation of Franchising in the New Global Economy*. Side 101.

²¹⁵ Iversen, Bent: *Handelsagenten og eneforhandleren*. Side 271.

²¹⁶ Iversen, Bent: *Handelsagenten og eneforhandleren*. Side 272.

²¹⁷ Iversen, Bent: *Handelsagenten og eneforhandleren*. Side 278-286.

²¹⁸ Lando, Ole, m.fl.: *Udenrigshandelens Kontrakter*. Side 281.

godtgørelse kan komme på tale. Et eksempel på helt særlige omstændigheder er en situation, hvor producenten klart har tilsidesat eneforhandlerens interesser. Højesterets afgørelse U2000.1581H²¹⁹ er et eksempel på en sådan situation. De særlige omstændigheder der gjorde sig gældende i sagen var *berigelsesmomentet* og leverandørens groft illoyale adfærd. Den pågældende eneforhandler havde grundet kontraktforholdets korte varighed ikke fået muligheden for at skabe en indtægtsgivende forretning, der kunne modsvare den berigelse, som producenten opnåede ved at overtage kundekredsen. Højesteret fandt på det grundlag, at eneforhandleren havde ret til en godtgørelse på 200.000 kr. Set i lyset af sagens omstændigheder må det dog vurderes, at en godtgørelse der tildeles på grundlag af medkontrahentens illoyale adfærd, har mere karakter af erstatning end godtgørelse i ordet traditionelle forstand.²²⁰

Da franchisetageren i lighed med eneforhandleren handler for egen regning og egen risiko, vil franchisetagerens mulighed for at kræve godtgørelse for oparbejdet goodwill være yderst begrænset. Spørgsmålet om franchisetagerens adgang til at kræve godtgørelse for tab er oparbejdet goodwill er interessant, da en sådan godtgørelse kan fungere som en effektiv hold-up safeguard. Godtgørelse for tab af goodwill fungerer som en effektiv hold-up safeguard, da franchisegiveren, i tilfælde af terminering, bliver godtgjort for en del af de relationsspecifikke investeringer, som han har afholdt i forbindelse med opbygningen af forretningens kundeportefølje og omdømme. Med andre ord øges franchisetagerens incitament til at foretage de relationsspecifikke investeringer.

5.7. Delkonklusion vedrørende gældende ret

Det kan på baggrund af den ovenstående gennemgang konkluderes, at baggrundretten på franchiseområdet er yderst begrænset. Den manglende særlovgivning samt de retlige principper og den sparsomme retspraksis overlader en høj grad af fleksibilitet til franchiseforholdets parter. Den høje grad af fleksibilitet har både ulemper og fordele. På den ene side har parterne i vid udstrækning mulighed for at udforme en kontrakten, således at den passer specifikt til deres særlige behov. Modsat kan den høje grad af fleksibilitet anskues som noget negativt, da parterne som følge af deres opportunistiske adfærd har tendens til at udforme kontrakter, der forhindrer incitamentsforenelighed.

²¹⁹ UfR 2000.1581H, Markisol AB og Mairo AB mod Stila-Plast A/S, Højesterets dom 25. april 2000.

²²⁰ Iversen, Bent: *Handelsagenten og eneforhandleren*. Side 278-286.

Det konkluderes, at hverken koncipistreglen, aftalelovens § 36 eller loyalitetsgrundsætningen på egen hånd kan afhjælpe hold-up problemerne. Det må ydermere konkluderes, at mængden af retspraksis på franchiseområdet er yderst begrænset. De seneste par års domme synes heller ikke at behandle spørgsmål der kan bidrage til at skabe en bedre incitamentsstruktur.

Grundet franchisekontrakters mange ligheder med eneforhandlerkontrakter er der formentlig mulighed for at foretage en vejledende anvendelse af de regler, der gælder på området for eneforhandlerkontrakter. Der er ingen *lex specialis* på området for eneforhandlerkontrakter. Dog findes der et ikke ubetydeligt omfang af retspraksis på området. Denne retspraksis er centreret omkring spørgsmål der drejer sig om opsigelse, ophævelse, erstatning og godtgørelse. Ved at foretage en vejledende anvendelse af reglerne for eneforhandlerkontrakter må det konkluderes, at der for længerevarende franchiseforhold gælder et opsigelsesvarsel på minimum 6 måneder. Det vurderes, at et 6 måneders opsigelsesvarsel ikke i sig selv er tilstrækkeligt til at eliminere franchisetagerens risiko for hold-up. Franchisekontrakten kan desuden ophæves, såfremt der foreligger væsentlig misligholdelse. Væsentlig misligholdelse kan forekomme, hvis franchisetageren ikke lever op til eventuelle volumenkrav, hvorfor risikoen for terminering hermed øges. Der kan kræves erstatning såfremt ophævelsen eller opsigelsen er uberettiget. Derudover må det konkluderes, at franchisetageren ikke har mulighed for at kræve godtgørelse for oparbejdet goodwill.

Det må samlet set konkluderes, at baggrundretten ikke er tilstrækkelig til at sikre en efficient incitamentsstruktur. Parterne vil derfor, med henblik på at forbedre incitamentsstrukturen, selv skulle varetage dette hensyn i udformningen af kontrakten.

6. Strategisk kontrahering

Opsummering - Det konventionelle franchiseforholds udfordringer

I kapitel 4 blev det konkluderet, at franchisetagerens incitament til at free-ride kan modvirkes ved at indføre en række forskellige foranstaltninger i franchisekontrakten. På trods af disse foranstaltninger har franchisetageren dog fortsat ikke incitament til at yde den bedst mulige indsats. Dette skyldes blandt andet franchisetagerens hold-up risiko. Ydermere blev det konkluderet, at de forskellige foranstaltninger, som skulle modvirke franchisetageren free-riding, oven i købet forstærkede hold-up risikoen. Franchisetageren befinder sig derfor i et termineringsdilemma, hvor både et højt såvel som lavt indsatsniveau øger franchisetagerens risiko for at blive opsagt. I kapitel 5 blev det konkluderet, at baggrundsretten ikke er tilstrækkelig til at sikre en efficient incitamentsstruktur i franchiseforholdet. Grundet det retlige udgangspunkt om aftalefrihed samt fraværet af incitamentsskabende reglerne på franchiseområdet stilles parterne i en situation, hvor det udelukkende er op til dem selv at udforme en kontrakt, der skaber incitamentsforenelighed og merværdi i franchiseforholdet.

Kapitlets struktur

Formålet med nærværende kapitel er at analysere, hvorledes franchiseparterne har mulighed for at udøve strategisk kontrahering med henblik på at løse de ovenfor adresserede incitamentsproblemer. Analysen indledes i afsnit 6.1 med en introduktion til den relationelle kontraktteori, som danner grundlaget for tankegodset om strategisk kontrahering. Formålet med gennemgangen af den relationelle kontraktteori er, at sikre den fundamentale forståelse for en række centrale begreber, som ligeledes anvendes i tankegodset om strategisk kontrahering. Dernæst vil vi i afsnit 6.2 definere begrebet strategisk kontrahering. Analysen fortsættes i afsnit 6.3, hvor parternes mulighed for at udøve strategisk kontrahering i franchiseforhold behandles. Først og fremmest undersøges det, om forudsætningerne for at udøve strategisk kontrahering i franchiseforhold er til stede. Derefter evalueres franchisegiverens muligheder for at øge franchisetagerens motivation til at foretage relationsspecifikke investeringer ved at beskytte franchisetageren mod eksogene markedsforhold og hold-up. I afsnit 6.4 berøres de transaktionsomkostningsmæssige aspekter strategisk af kontrahering. I afsnit 6.5 sammenfattes kapitlets væsentligste pointer i en delkonklusion.

6.1. Den relationelle kontraktteori

Som tidligere omtalt, vil franchiseforholdets parter typisk anlægge en konventionel tilgang til franchisekontrakten. Parterne fokuserer i høj grad på hvordan de kan egen-optimere, samt på hvordan konflikter skal afgøres. Modsat har parterne begrænset fokus på fælles værdiskabelse og incitamentsforenelighed. I nærværende kapitel anlægges en anderledes tilgang til måden, hvorpå parterne bør kontrahere. Analyserne tager udgangspunkt i Kim Østergaards og Bent Petersens tankegods om *strategisk kontrahering*. Østergaard og Petersen behandler tankegodset i artiklen: *“Reconciling contracts and relational governance through strategic contracting*. Strategisk kontrahering kan anses som en videreudvikling af tidligere litteraturs behandling af relationelle kontraktforhold. Vi vil derfor indlede med en behandling af denne litteratur, med henblik på at udlede betydningen af en række centrale begreber, samt danne det teoretiske grundlag for at udøvelsen af strategisk kontrahering i franchiseforhold.

I 1998 præsenterede Jeffrey H. Dyer & Harbir Singh artiklen *“The relational View: Cooperative Strategy and Sources of Interorganizational Competitive Advantage.”* Dyer og Singh analyserer hvorledes uafhængige virksomheder, så som en franchisetager og franchisegiver, kan samarbejde og skabe relationsrente, således at der opnås konkurrencemæssige fordele.²²¹ Relationsrente skal ifølge Dyer og Singh forstås som:

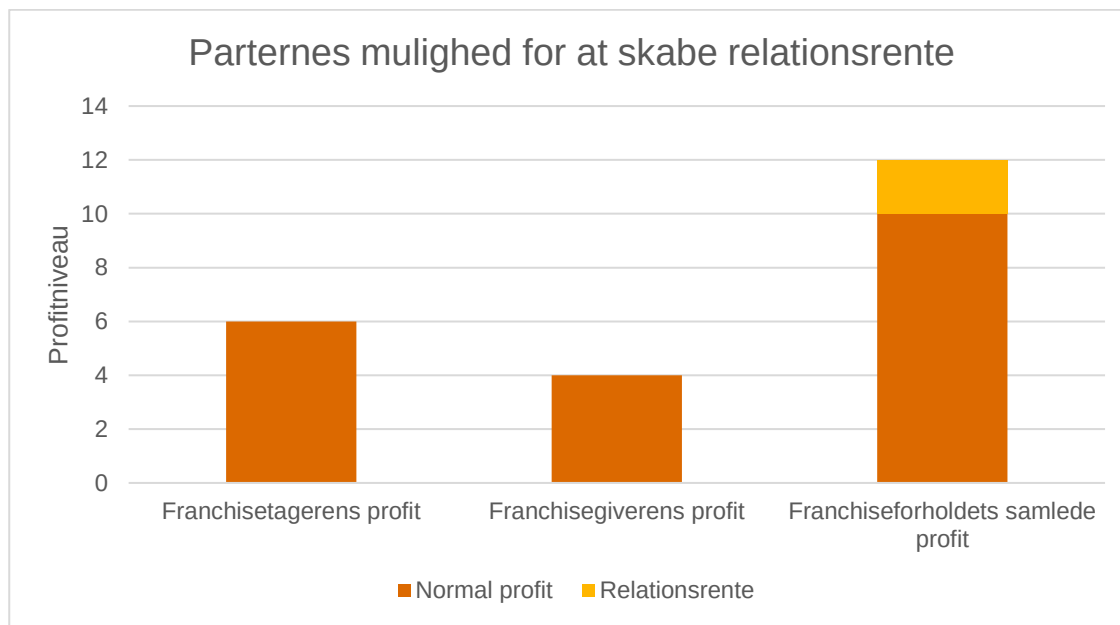
“(...) a supernormal profit jointly generated in an exchange relationship that cannot be generated by either firm in isolation and can only be created through the joint idiosyncratic contributions of the specific alliance partners.”²²²

Det er derfor afgørende, at relationsrenten udelukkende kan genereres som et resultat af de idiosynkratiske bidrag, som hver af de specifikke parter bidrager med. I figur 7 nedenfor illustreres parternes mulighed for at opnå relationsrente ved hjælp af deres respektive idiosynkratiske bidrag. Såfremt der ikke ydes idiosynkratiske bidrag, kan franchisetageren opnå et profitniveauet på 6 og franchisegiveren et

²²¹ Dyer, Jeffrey H og Harbir Singh: The Relational View: Cooperative Strategy and Sources of Inter-organizational Competitive Advantage. Side 660-679. & Østergaard, Kim: Relevansen af interdisciplinær forskning og empiri i samfundsvidenskaben. Side 11-16.

²²² Dyer, Jeffrey H og Harbir Singh: The Relational View: Cooperative Strategy and Sources of Inter-organizational Competitive Advantage. Side 662.

profitniveau på 4. Samlet set kan parterne altså opnå et profitniveau på 10. (Markeret med blå i søjlen længst mod højre). Vælger parterne derimod at yde idiosynkratiske bidrag, har de mulighed for at generere en relationsrente på 2. (markeret med orange i søjlen længst mod højre). Samlet set opnår parterne dermed et profitniveau på 12 i stedet for 10.



Figur 7

6.1.1. Armslængderelationer og partnerskaber

Dyer og Singh sonderer mellem to hovedtyper af relationer. Armslængde-relationer og partnerskaber. Ifølge Dyer og Singh er der ikke mulighed for at skabe relationsrente i armslængde-relationer. Der er intet idiosynkratisk over kontraktforholdet som gør, at parterne har mulighed for at generere relationsrente. Med andre ord kan parterne ikke skabe en profit, der overstiger hvad andre køber/sælger-forhold kan generere på markedet. Dyer og Singh karakteriserer armslængde-transaktioner som kontraktforhold, hvor parterne foretager investeringer i ikke-specifikke aktiver frem for relationsspecifikke aktiver. Derudover er informationsudvekslingen mellem parterne på et minimalt niveau. Set i forhold til teknologi og funktioner er parterne generelt uafhængige af hinanden. Sidst men ikke mindst foretager parterne minimale investeringer i at skabe en effektiv governance-struktur for kontraktforholdet.²²³

²²³ Dyer, Jeffrey H og Harbir Singh: The Relational View: Cooperative Strategy and Sources of Inter-organizational Competitive Advantage. Side 660-679. & Østergaard, Kim: Relevansen af interdisciplinær forskning og empiri i samfundsvidenskaben. Side 11-16.

Som en direkte modsætning til armslængderelationer findes det som Dyer og Singh betegner som partnerskaber. I partnerskaber har kontraktparterne mulighed for at generere relationsrente, og derved opnå konkurrencemæssige fordele, såfremt kontraktrelationen har følgende karakteristika: 1) parterne skal foretage relationsspecifikke investeringer, 2) parterne skal udveksle viden, 3) parterne skal besidde komplementære ressourcer, og 4) partnerskabet skal have lavere transaktionsomkostninger samt en mere effektiv governance-struktur end konkurrerende partnerskaber.²²⁴ Begrebet komplementære ressourcer skal fastlægges, da det kan give anledning til fortolkningsvanskeligheder.

6.1.2. Komplementære ressourcer

Jeffrey H. Dyer og Harbir Singh definerer komplementære ressourcer som en kontraktparts ressourcer, der, i kombination med medkontrahentens ressourcer, kan generere relationsrente. Med andre ord ressourcer der genererer større værdi hvis de anvendes kollektivt inden for partnerskabet, end hvis de anvendes adskilt uden for partnerskabet. For at ressourcerne kan karakteriseres som komplementære, er det en forudsætning, at ressourcerne ikke kan købes i et sekundært marked uden for partnerskabet. Ydermere skal der også være tale om ressourcer, som ikke kan deles mellem parterne, såfremt de ikke indtræder i kontraktforholdet. Årsagen hertil er, at såfremt parterne har mulighed for at dele ressourcerne uden for forholdet, har de ikke incitaments til at indtræde i forholdet med henblik på at nyde godt af medkontrahentens komplementære ressourcer.²²⁵

Eksempelvis udgør franchisetagerens lokalkendskab til markedet samt hans salgs- og markedsføringskompetencer komplementære ressourcer. Ligeledes besidder franchisegiveren komplementære ressourcer i form af immaterielle aktiver så som varemærker og knowhow. Franchisegiveren kan også have en medarbejderstab, som yder specialiserede services til forretningskonceptets franchisetagere. Franchisegiveren kan også besidde komplementære ressourcer i form af særligt tilpassede IT-systemer, som kan komme franchisetagerne til gode.²²⁶

²²⁴ Dyer, Jeffrey H og Harbir Singh: The Relational View: Cooperative Strategy and Sources of Inter-organizational Competitive Advantage. Side 660-679.

²²⁵ Dyer, Jeffrey H og Harbir Singh: The Relational View: Cooperative Strategy and Sources of Inter-organizational Competitive Advantage. Side 666-669.

²²⁶ F.eks. ERP-systemer, betalingssystemer, eller en E-handelsplatform.

6.1.3. Udveksling af viden

For at parterne kan opnå succes og dermed opnå det fulde markedspotentiale, er det en absolut nødvendigt, at der udveksles strategisk viden. Dyer og Singh anser vidensdeling som en vigtig kilde til at generere relationsrente på linje med relationsspecifikke investeringer. Et eksempel på strategisk viden kan være markedsspecifik information som franchisetageren ligger inde med, men som franchisegiveren ikke er i besiddelse af. Det kan eksempelvis være information, som kan hjælpe franchisegiveren med at målrette og forbedre den centraliserede markedsføringsindsats, såfremt informationen blev delt. Når information deles opstår muligheden for at generere relationsrente.

Såfremt parterne anlægger en konventionel tilgang til franchisekontrakten, kan franchisetageren have incitament til at tilbageholde informationen, såfremt informationsudvekslingen ødelægger franchisetagerens mulighed for at free-ride på franchisegiverens renommé. Dette vil f.eks. være tilfældet med information om franchisetagerens indsatsniveau. For at relationen har karakter af et partnerskab, skal franchisekontrakten sikre, at parterne udveksler strategisk viden. Franchisekontrakten skal med andre ord indeholde kontraktmekanismer, som reducerer risikoen for at parterne handler opportunistisk. Jo større en mængde af strategisk viden parterne udveksler, jo større sandsynlighed har parterne for at generere relationsrente i fællesskab.²²⁷

6.2. Definition af Strategisk kontrahering

Som nævnt ovenfor udgør Dyer og Singhs relationelle teori en vigtig bestanddel i tankegodset bag strategisk kontrahering. Som vi skal se nedenfor, udgør sammenhængen mellem relationsrente, komplementære ressourcer, aktivspecifikke-investeringer og informationsudveksling kernen i begge teorier.

Formålet med strategisk kontrahering er at anvende kontrakten som et løbende styringsinstrument i hele kontraktens løbetid. Dette fundamentale udgangspunkt står i kontrast til konventionelle kontrakter, hvor kontrakten udelukkende tages frem i tilfælde af konflikt. Ved udøvelse af strategisk kontrahering, kan parterne designe en velspecificeret kontrakt, som har potentialet til at komplementere og

²²⁷ Østergaard, Kim og Bent Petersen: Reconciling contracts and relational governance through strategic contracting side 272. & Dyer, Jeffrey H og Harbir Singh: The Relational View: Cooperative Strategy and Sources of Inter-organizational Competitive Advantage. Side 660-679

styrke parternes relationelle governance. Ved udøvelse af strategisk kontrahering benyttes en kombination af både reaktive og proaktive klausuler. Klausulerne har til formål at motivere parterne til at udveksle strategisk information samt foretage de nødvendige relationsspecifikke investeringer. Helt konkret motiveres kontraktparterne ved, at der indlejres kontraktbestemmelser, som modvirker medkontrahentens opportunistiske adfærd. Ydermere indeholder kontrakten bestemmelser, som har til formål at promovere samarbejde. Såfremt det lykkedes at motivere parterne til at foretage de nødvendige dispositioner, kan der generes relationsrente, hvilket resulterer i langvarige konkurrencemæssige fordele. Østergaard og Petersen definerer strategisk kontrahering som følgende:

“We view strategic contracting as characterized by the aim of generating relational rent through the use of both proactive and reactive provisions that, based on resource complementarity and strategic fit between the contract parties, protect knowledge exchange and relationship-specific investments from opportunistic behavior. Hence, a strategic contract is a partnership arrangement through which the contracting parties aim to achieve joint competitive advantage.”²²⁸

Østergaard og Petersens definition af strategisk kontrahering kan for overblikkets skyld inddeles i henholdsvis mål, midler og forudsætninger. Målet er at generere relationsrente med henblik på at skabe fælles konkurrencemæssige fordele. Midlerne er at opstille safeguards som beskytter informationsudveksling og relationsspecifikke investeringer mod parternes opportunistisk adfærd. For at kontraktparterne har mulighed for at udøve strategisk kontrahering, skal to centrale forudsætninger være til stede. For det første skal der foreligge et ”strategisk fit” mellem parterne for det andet skal parterne besidde komplementære ressourcer.

6.3. Udøvelse af strategisk kontrahering i franchiseforhold

Vi vil i nærværende afsnit analysere hvordan franchisegiver og franchisetager kan inkorporere principperne om strategisk kontrahering i franchisekontrakten. Analysen vil tage udgangspunkt i ovenstående definition på strategisk kontrahering. Først og fremmest skal det fastslås, om forudsætninger for udøvelse af strategisk kontrahering er til stede. Nærmere bestemt om der foreligger et strategisk fit mellem

²²⁸ Østergaard, Kim og Bent Petersen: Reconciling contracts and relational governance through strategic contracting side 267.

parterne, og om de besidder komplementære ressourcer. Spørgsmålet om franchise-parternes komplementære ressourcer er tidligere blevet behandlet i afsnit 6.1.2 ovenfor, hvor vi konkluderede, at parterne i franchiseforhold typisk besidder komplementære ressourcer. Derfor vil vi i det følgende afsnit nøjes med at fokusere på forudsætningen om strategisk fit.

6.3.1. Parternes Strategiske fit – udvælgelsesfasen og samarbejdsgrundlag

Tilstedeværelsen af strategisk fit bør spille en central rolle i forbindelse med franchisegiverens udvælgelse af franchisetageren. Udvælgelsesprocessen udgør ikke en del af selve franchisekontrakten, men den har altafgørende betydning for, hvordan kontrakten skal designes. Udvælgelsen af den rigtige franchisetager udgør selve fundamentet for udøvelsen af strategisk kontrahering. Det er en væsentlig forudsætning, at den udvalgte franchisetager med stor sandsynlighed er den bedst mulige kandidat på markedet. For at kunne karakteriseres som den bedst mulige kandidat, skal franchisetageren først og fremmest besidde den rette mængde entusiasme og engagement. Derudover er det altafgørende, at der foreligger et strategisk fit mellem parterne.²²⁹ Der foreligger et strategisk fit mellem franchisegiver og franchisetager når parterne ikke blot er enige om de fælles målsætninger, men også om hvordan målsætningerne skal opnås. Parternes strategiske fit manifesteres, når der udarbejdes en fælles forretningsplan. Forretningsplanen bør specificere, 1) det kundesegment, som parterne forsøger at ramme, 2) hvilke komplementære ressourcer som franchisegiver og franchisetager skal udnytte, og 3) på hvilket tidspunkt de skal udnyttes. Derudover skal forretningsplanen også sikre, at der er enighed om sammensætningen af produktsortimentet, placering af butikken samt markedspositioneringen. Franchisegiveren og franchisetager bør også afstemme, om der findes signifikante kulturelle forskelle, som kan komplicere samarbejdet. Såfremt sådanne forskelle eksisterer, bør parterne aftale hvordan de bedst muligt håndteres.

6.3.2. Beskyttelse af relationsspecifikke investeringer og strategisk viden

I konventionelle franchisekontrakter må det formodes, at franchisegivers dedikation til samarbejdet er særdeles begrænset. Franchisegiverens manglende dedikation kan i høj grad skyldes hans lette adgang til at udskifte franchisetageren uden at skulle afholde store omkostninger. Franchisekontrakten signale-

²²⁹ Østergaard, Kim og Bent Petersen: Reconciling contracts and relational governance through strategic contracting side 268-271

rer dermed en reel termineringstrussel over for franchisetageren, da den ikke indeholder foranstaltninger, som kan beskytte franchisetagerens relationsspecifikke investering. Foruden franchisetagerens risiko for hold-up, kan en inefficient allokering af kommercielle risici ligeledes signalere manglende dedikation til samarbejdet.²³⁰ Spørgsmålet om parternes risikoallokering vil blive behandlet nærmere nedenfor i afsnit 6.3.2.1 I modsætning til konventionel kontrahering, forudsætter strategisk kontrahering, at franchisegiveren dedikerer sig fuldt ud til samarbejdet.

Det altoverskyggende mål i strategisk kontrahering er at generere relationsrente. I franchiseforhold opnås relationsrente hovedsageligt ved, at parterne foretager relationsspecifikke investeringer. Franchisetagerens relationsspecifikke investeringer skal beskyttes mod tre typer af trusler: 1) konkurrerende franchisetageres free-riding, 2) ugunstige eksogene forhold, samt 3) franchisegiverens hold-up. De tre typer af trusler skal minimeres, da de har en negativ påvirkning på franchisetagerens mulighed for at opnå en fortjeneste på de relationsspecifikke investeringer. Når muligheden for at opnå fortjeneste forringes, vil franchisetagerens incitamentet til at investere i de relationsspecifikke aktiver ligeledes falde.²³¹

Først og fremmest skal franchisetageren beskyttes mod free-riding fra konkurrerende franchisetagere. Som tidligere konkluderet, vil en sådan beskyttelse næsten altid være indlejret i franchisekontrakten i form af en territorial eksklusivitetsklausul. Risikoen for konkurrerende franchisetageres free-riding, vil derfor ikke blive behandlet yderligere. De øvrige to trusler behandles særskilt i afsnit 6.3.2.1 og 6.3.2.2 nedenfor.

6.3.2.1. Beskyttelse mod ugunstige eksogene markedsforhold – Risikoallokering

For at motivere franchisetageren til at foretage de nødvendige relationsspecifikke investeringer, skal han beskyttes mod risikoen for ugunstige eksogene markedsforhold. Eksempler på ugunstige eksogene forhold kan f.eks. være økonomisk recession, politisk uro, forbrugerboykot, import-restriktioner mv. Parternes allokering af risici udgør derfor en vigtig dimension i franchisekontrakten. Der er markant forskel på hvordan parterne allokerer risici under udøvelse af henholdsvis konventionel- og strategisk kontrahering. Ved udøvelse af konventionel kontrahering insisterer parterne på at allokere mest mulig risiko

²³⁰ Østergaard, Kim og Bent Petersen: Reconciling contracts and relational governance through strategic contracting side 269-271

²³¹ Østergaard, Kim og Bent Petersen: Reconciling contracts and relational governance through strategic contracting side 269-271

til medkontrahenten. Dette står i skarp kontrast til tankegodset om strategisk kontrahering. Ud fra sidstnævnte tankegods, bør kommercielle risici allokere til den kontraktpart som er bedst i stand til at bære dem. Fordelingen af risici afhænger med andre ord af parternes risikoprofil.²³²²³³

På grund af forskellen i parternes risikoprofiler, anses principalen for at være den part, som er bedst i stand til at påtage sig de kommercielle risici. Det økonomiske rationale bag at allokere kommercielle risici til den mindst risiko averse part er, at denne part vil kræve en lavere risikopræmie for at påtage sig de kommercielle risici end den mere risiko averse part.²³⁴

Parternes risikoallokering kommer ofte til udtryk i den aftalte aflønningsform. Ifølge principal/agent-teorien bør agents aflønningsform afhænge af: 1) agents risikoprofil, 2) målbarheden af agents aktiviteter, 3) målbarheden af agents resultater samt 4) graden af eksogen usikkerhed. Såfremt parterne anlægger en konventionel tilgang til kontrakten, vil principalen insistere på resultatbaseret aflønning, da dette overfører mest mulig kommerciel risiko til agenten. Ud fra tankegodset om strategisk kontrahering, bør en risikoavers agent i stedet aflønnes på et adfærds/aktivitets-baseret grundlag, da dette minimerer agents kommercielle risiko. Muligheden for at udøve strategisk kontrahering i form af adfærdsbaseret aflønning må imidlertid betegnes som yderst begrænset i franchisesituationer. Begrundelsen herfor skal findes i franchiseforholdets natur. Som det tidligere er blevet konkluderet i afsnit 4.6, medfører franchiseforholdet, at franchisetager de facto aflønnes på et resultatbaseret grundlag.²³⁵

²³² Østergaard, Kim og Bent Petersen: Reconciling contracts and relational governance through strategic contracting side 269-273 & Sornn-Friese, Henrik: *Hvad er en virksomhed?: Erhvervsøkonomisk teori og analyse*. Side 125 ff.

²³³ I principal/agent-teorien antages det, at principalen og agenten har vidt forskellige risikoprofiler. Principalen antages at være risiko neutral, hvorimod agenten antages at være risikoavers. Forskellen mellem parternes risikoprofiler kan begrundes ud fra en antagelse om parternes forretningsspredning. Franchisegiveren har ofte fordelt sin risiko ud på mange forretninger. Det kan både være forretninger som franchisegiveren selv driver, men også forretninger som drives af forskellige franchisetagere på andre markeder. På grund af denne forretningsspredning antages det, at franchisegiveren er risikoneutral. Det modsatte gør sig gældende for franchisetageren. Ofte har franchisetageren kun én forretning. Han er derfor dybt afhængig af, at netop denne forretning har succes. Alternativt kan franchisetageren have flere forretninger. Dog vil disse forretninger ofte være placeret på samme marked, hvilket betyder, at den kommercielle risiko stadigvæk er høj for franchisetageren.

²³⁴ Østergaard, Kim og Bent Petersen: Reconciling contracts and relational governance through strategic contracting side 269-273

²³⁵ Østergaard, Kim og Bent Petersen: Reconciling contracts and relational governance through strategic contracting side 269-273

For at påtage sig den øgede kommercielle risiko, vil franchisetageren søge sig kompenseret gennem en højere risikopræmie. Da franchisetageren er den direkte modtager af ethvert overskud fra den pågældende forretning, skal en øgning af risikopræmien betragtes som en reduktion af hans omkostninger til franchisegiveren. Franchisetagerens risikopræmie kan derfor øges på to måder. 1) Der kan ske en reduktion i up-front franchiseafgiften som betales til franchisegiver i starten af franchiseforholdet. 2) Risikopræmien kan forøges ved at reducere den løbende royalty-fee, som franchisetageren skal betale til franchisegiveren.

Da muligheden for at udøve strategisk kontrahering i form af adfærdsbaseret aflønning må betegnes som yderst begrænset i franchiseforhold, må parterne benytte sig af alternative proaktive kontraktmekanismer med henblik på at sikre en mere hensigtsmæssig risikoallokering. Vi vil i kapitel 7 undersøge om parterne med fordel kan anvende enten optioner eller shoot-out klausuler med henblik på at opnå en bedre risikoallokering og en bedre incitamentsstruktur i franchiseforholdet.

6.3.2.2. Beskyttelse mod hold-up - Strategisk kontrahering

For at øge franchisetagerens incitament til at foretage relationsspecifikke investeringer, skal hold-up risikoen minimeres. Årsagen hertil er, at franchisegiverens opportunistiske adfærd kan afskære franchisetageren fra at opnå en fortjeneste på de relationsspecifikke investeringer. Hold-up risikoen kan begrænses ved at indføre hold-up safeguards. Begrebet hold-up safeguards blev introduceret i afsnit 4.5.2 ovenfor. Dog blev det konkluderet, at parterne havde begrænset mulighed for at anvende sådanne safeguards grundet deres konventionelle tilgang til kontrakten. Dette er imidlertid ikke tilfældet, når parterne udøver strategisk kontrahering. Ud fra tankegodset om strategisk kontrahering vil parterne anvende kontrakten som fundament for samarbejdet. Kontraktens fornemmeste opgave er derfor i høj grad at beskytte franchisetageren mod risikoen for hold-up. Der findes mange forskellige former for hold-up safeguards. Fælles for dem alle er, at de kræver et offer fra franchisegiverens side.²³⁶ Oliver E. Williamson udleder i sin artikel *Credible Commitments* hvordan hold-up safeguards kan medføre relationelle fordele mellem to parter. Williamson betragter hold-up safeguards som gidsler og udleder følgende:

²³⁶ Østergaard, Kim og Bent Petersen: Reconciling contracts and relational governance through strategic contracting side 270-273 & Petersen, Bent m.fl.: *The termination dilemma of foreign intermediaries: Performance, anti-shirking measures and hold-up safeguards*. Side 317-328.

”Between two buyers, one of whom posts a hostage in support of specific asset investments by suppliers while the other does not, suppliers will offer better terms to the later, *ceterus paribus*”²³⁷

Alt andet lige kan en køber, som tilbyder et gidsel (hold-up safeguards), opnå bedre vilkår end køberen som ikke tilbyder et gidsel (hold-up safeguards). Det samme princip må formodes at gælde for franchiserelationer. Ved at tilbyde franchisetageren hold-up safeguards, kan franchisegiveren signalere en troværdig dedikation til samarbejdet. Dermed øges franchisetagerens tilbøjelighed til at investere i de nødvendige relationsspecifikke aktiver. For at frembringe den ønskede effekt, skal hold-up safeguards fungerer som en direkte barriere mod franchisegiverens terminering af kontrakten.

Der findes mange forskellige typer af hold-up safeguards. I afsnit 4.5.2 illustrerede vi f.eks. hvordan franchisetagerens ret til kompensation for oparbejdet goodwill kan udgøre en hold-up safeguard. Ligeledes kan gensidige relationsspecifikke investeringer betragtes som et udtryk for franchisegiverens dedikation til samarbejdet. Franchisegiveren kan med andre ord vælge selv at investere i relationsspecifikke aktiver og på denne måde indgyde til, at franchisetageren gør det samme. Dette er dog lettere sagt end gjort. I praksis kan franchisegiveren have udfordringer med at foretage relationsspecifikke investeringer. Årsagen hertil er, at franchisegiverens investeringer typisk er markedsspecifikke frem for relationsspecifikke. Investeringerne udgør derfor ikke en troværdig termineringsbarriere for franchisegiveren, da investeringer med lethed kan anvendes af franchisegiven uden for det konkrete kontraktforhold. Franchisegiveren kan i stedet vælge at medfinansiere nogle af franchisetagerens relationsspecifikke aktiver. Dette betegnes som kvasi-integration. Eksempelvis kan franchisegiveren helt eller delvist finansiere salgstræning og anden uddannelse af franchisetageren eller dennes personale. Ved at foretage sådanne investeringer dedikerer franchisegiveren sig til parternes samarbejde.²³⁸

²³⁷ Oliver E. Williamson, “Credible commitments: Using hostages to support exchange”, *The American Economic Review*, Vol. 73 No. 4, s. 537.

²³⁸ Østergaard, Kim og Bent Petersen: Reconciling contracts and relational governance through strategic contracting side 270-273 & Petersen, Bent m.fl.: *The termination dilemma of foreign intermediaries: Performance, anti-shirking measures and hold-up safeguards*. Side 317-328.

Franchisegiveren har også mulighed for at udvise en mere indirekte form dedikation til samarbejdet. I stedet for selv at foretage relationspecifikke investeringer, kan franchisegiveren udvise indirekte dedikation ved at beskytte medkontrahentens relationsspecifikke investeringer. Franchisegiveren kan f.eks. tilbyde juridiske garantier i form af en lang kontraktperiode eller lange opsigelsesvarsler, hvorved franchisetageren beskyttes mod franchisegiverens pludselige opportunistiske adfærd. Både i teorien og praksis findes der mange forskellige typer af hold-up safeguards. De omtalte eksempler på safeguards udgør kun et udsnit af den fulde af palette af kontraktmekanismer, som franchisegiveren kan indlejre i franchisekontrakten. Vi vil i kapitel 7 undersøge om parterne med fordel kan anvende enten *optioner* eller *shoot-out klausuler* med henblik på at opnå en bedre risikoallokering og en bedre incitamentsstruktur i franchiseforholdet.²³⁹

6.4. Økonomiske konsekvenser af strategisk kontrahering

Parternes merværdi, i form af relationsrente, skal afvejes i forhold til de ekstra omkostninger, som er forbundet med udøvelsen af strategisk kontrahering. Ud fra et ex ante perspektiv, er det blandt andet forbundet med betydelige transaktionsomkostninger²⁴⁰ at koncipere en velspecificeret franchisekontrakt. Spørgsmålet er, om franchisegiveren kan genbruge kontrakten på øvrige franchiseforhold, og på den måde nedbringe de gennemsnitlige kontraktudfærdigelsesomkostninger. Af dommen U2019.1347V fremgår det, at franchisegiveren Rema 1000 anvender en identisk kontrakt til alle franchisetagere.²⁴¹ Franchisegiverens kontraktudfærdigelsesomkostninger falder derfor i takt med, at antallet af franchisetagere stiger. Når franchisegiver udøver strategisk kontrahering, kan han næppe genbruge en identisk kontrakt til alle franchisetagere. Årsagen hertil er, at franchisegiveren, ud fra tankegodset om strategisk kontrahering, skal tilpasse kontrakten til medkontrahentens særlige karakteristiske, herunder hans risikoprofil. Dog må det formodes, at franchisegiveren fortsat kan genbruge en betydelig del af kontrakten på andre franchisetagere. Ud over kontraktudfærdigelsesomkostninger, skal franchisegiveren forvente betydelige transaktionsomkostninger i forbindelse med udvælgelsen af den rette medkontrahent.²⁴²

²³⁹ Østergaard, Kim og Bent Petersen: Reconciling contracts and relational governance through strategic contracting side 270-273 & Petersen, Bent m.fl.: *The termination dilemma of foreign intermediaries: Performance, anti-shirking measures and hold-up safeguards*. Side 317-328.

²⁴⁰ Ex ante transaktionsomkostningerne kendes i almindelighed som kontaktomkostninger, forhandlingsomkostninger og kontraktudfærdigelsesomkostninger.

²⁴¹ Se afsnit 5.5.2 hvor U2019.1347V behandles.

²⁴² Østergaard, Kim og Bent Petersen: Reconciling contracts and relational governance through strategic contracting side 271. & Bilag 1, Spørgsmål B.

Såfremt parterne udøver strategisk kontrahering, vil der også ske en ændring i sammensætningen af parternes ex post omkostninger. Både konventionel kontrahering såvel som strategisk kontrahering giver anledning til kontrolomkostninger. Dog vil man ud fra tankegodset om strategisk kontrahering kunne argumentere for, at kontrolomkostningerne er lavere ved udøvelse af strategisk kontrahering, som følge af parternes øgede incitamentsforenelighed. Med andre ord medfører incitamentsforenelighed, at parternes behov for at kontrollere medkontrahenten reduceres. Udøvelsen af strategisk kontrahering giver anledning til to ”nye” kategorier af ex post omkostninger. Indledningsvis skal parterne forvente øgede transaktionsomkostninger i form af kommunikationsomkostninger. Årsagen til disse omkostninger skal findes i parternes intensiverede udveksling af strategisk viden. Derudover kan parterne risikere at skulle afholde omkostninger som opstår i forbindelse med eventuelle kontraktjusteringsmekanismer.²⁴³

6.5. Delkonklusion

En forudsætning for udøvelsen af strategisk kontrahering er, at der foreligger et strategisk fit mellem franchiseparterne. Franchisetageren bør derfor være særligt opmærksom på tilstedeværelsen af strategisk fit i den prækontraktuelle udvælgelsesfase. Det er ligeledes en forudsætning for udøvelsen af strategisk kontrahering, at parterne besidder komplementære ressourcer. Det vurderes, at kontraktparterne i franchiseforhold besidder sådanne komplementære ressourcer.

Parterne bør som udgangspunkt foretrække strategisk kontrahering frem for konventionel kontrahering. Årsagen hertil er, at de ved at udøve strategisk kontrahering kan generere relationsrente og derved opnå konkurrencemæssige fordele. Dog skal de være opmærksomme på, at udøvelse af strategisk kontrahering kan medføre øgede transaktionsomkostninger, hvorfor parterne skal afveje de øgede omkostninger overfor den potentielle merværdi.

Franchiseparterne har mulighed for at forbedre incitamentsstrukturen ved at udøve strategisk kontrahering. Først og fremmest bør parterne indlejre kontraktmekanismer, som sikrer en optimal allokering af kommercielle risici. Franchisegiveren er den risikoneutrale part, hvorfor han bør bære en større del

²⁴³ Østergaard, Kim og Bent Petersen: Reconciling contracts and relational governance through strategic contracting side 271 & Østergaard, Kim: Strategisk kontrahering - efterfølgende omstændigheder: Om anvendelsen af hardship- og gevinstklausuler som kontraktjusteringsmekanismer.435-449 & Henrik Sornn-Friese: Hvad er en virksomhed? Side 104-105.

af de kommercielle risici. Dernæst skal franchisetageren beskyttes mod risikoen for hold-up. Franchisetageren beskyttes ved at indlejre forskellige hold-up safeguards, som besværliggør franchisegiverens terminering. I takt med at franchisetageren beskyttes mod kommercielle risici og hold-up, vil hans incitament til at foretage relationsspecifikke investeringer samt udveksle strategisk information øges. Som følge heraf opnår parterne mulighed for at generere relationsrente.

7. Optioner og shoot-out klausuler

I forlængelse af ovenstående kapitel vil det blive belyst, hvordan parterne kan integrere optioner eller shoot-out klausuler i kontraktgrundlaget med henblik på at forbedre incitamentsstrukturen.

Optioner

Med henblik på at tillægge en ny tilgang til franchisekontrakten, vil risiko blive forsøgt pålagt, på den part der er bedst i stand til at bære risikoen. Formålet med denne risikoallokering er, at forøge franchisetagerens incitament til at foretage relationsspecifikke investeringer. I nærværende kapitel vil vi forsat tage udgangspunkt i antagelsen om, at franchisegiveren er den mest risikoneutrale part i franchiseforholdet. Derudover er det nye marked ukendt for parterne, som derfor ikke ved, hvordan markedet vil tage imod franchisekonceptet.

Foruden en forbedret risikoallokering vil vi i afsnit 7.1 undersøge, i hvilket omfang parterne kan anvende optioner med henblik på at løse hold-up problematikken. Ved at løse hold-up problemet, vil franchisetagerens incitament til at foretage relationsspecifikke investeringer samt til at yde det højest mulige indsatsniveau forbedres.

Nærværende kapitel indledes med en gennemgang af de forskellige typer af optioner. Der fokuseres indledningsvist på at klarlægge de forskellige optioners fordele og ulemper. I denne forbindelse, vil konsekvenserne af en virksomhedsoverdragelse kort blive beskrevet, da udnyttelsen af optioner kan medføre, at der sker en overdragelse franchisetagers virksomhed. Herefter undersøges muligheden for at anvende reciproke optioner som løsningsmodel.²⁴⁴ Slutteligt vil metoderne til prisfastsættelsen af aktiverne, som optionen vedrører, blive belyst. Den introducerede prisfastsættelsesmodel kan dog give anledning til et nyt free-riding problem, som vil blive behandlet.

Shoot-out klausuler

Som et nyt tiltag, undersøges det hvorvidt shoot-out klausuler, som bliver anvendt i jointventures til håndteringen af magtbalance problemer, kan anvendes i franchiseforhold med det formål at skabe inci-

²⁴⁴ Reciproke optioner betyder, at der er udstedt en call option til franchisegiver og en put option til franchisetager.

tamentsforenelighed. Strukturen i afsnit 7.2 er som følger. Indledningsvis introduceres shoot-out klausuler, som de anvendes i jointventures. Herefter bliver de forskellige shoot-out klausuler introduceret hvorefter fordelene og ulemperne ved shoot-out klausuler generelt belyses. Det vurderes herefter om der er mulighed for at anvende shoot-out klausulerne i franchiseforhold.

7.1. Optioner

Optioner bør opdeles i to hovedgrupper. Der skelnes mellem henholdsvis call- og put optioner. Forskellen er, at en call option giver retten til at købe et aktiv, hvorimod en put option giver retten til at sælge et aktiv. Både call- og put optioner har det fællestræk, at optionerne i deres natur giver en ret, men ikke en pligt, til enten at afstå eller overtage et givent aktiv på et på forhånd aftalt tidspunkt og til en på forhånd aftalt pris.²⁴⁵²⁴⁶

Med hensyn til det på forhånd aftalte tidspunkt for udnyttelsen af optionen, må det gælde, at parterne som alternativ til et fast udnyttelsestidspunkt, også kan aftale tidsintervaller for udnyttelsen af optionen. Parterne kan f.eks. aftale, at en option kan udnyttes i de tre første uger af januar i en bestemt årrække. I forhold til den på forhånd aftalte pris, kan at parter som alternativ til en på forhånd aftalt pris nøjes med at aftale selve prisfastsættelsesmetoden. Med andre ord kan parterne aftale kriterier for hvordan prisen skal fastsættes på, når en part udnytter sin option. En prisfastsættelse af aktiver vil ofte ske ved anvendelsen af en uafhængig vurderingsmand eller ved anvendelsen af multiple, der afgør prisen for udnyttelsen af optionen. Fordelen og ulemperne herved vil blive behandlet nærmere i afsnit 7.1.8 nedenfor.

Både call og put optioner kan yderligere inddeles i to underkategorier, alt efter hvilken genstand de vedrører. Optionens genstand, er et udtryk for om optionen vedrører overdragelse af et bestemt anlægsaktiv²⁴⁷ eller overdragelse af kapitalandele. Optionens genstand spiller en central rolle. Ydermere må det konstateres, at der umiddelbart ikke i den eksisterende litteratur, findes en uddybende behandling af optionens genstand.

²⁴⁵ Petersen, Bent m.fl.: *Reciprocal Use of Real Options as a Mode of Entry*. Side 2.

²⁴⁶ Det kan dog aftales, at der i stedet for en aftalt pris, skal benyttes en bestemt prisfastsættelsesmodel, eller inddrages en uafhængig vurderingsmand på tidspunktet for optionens udnyttelse, med henblik på at fastsætte prisen.

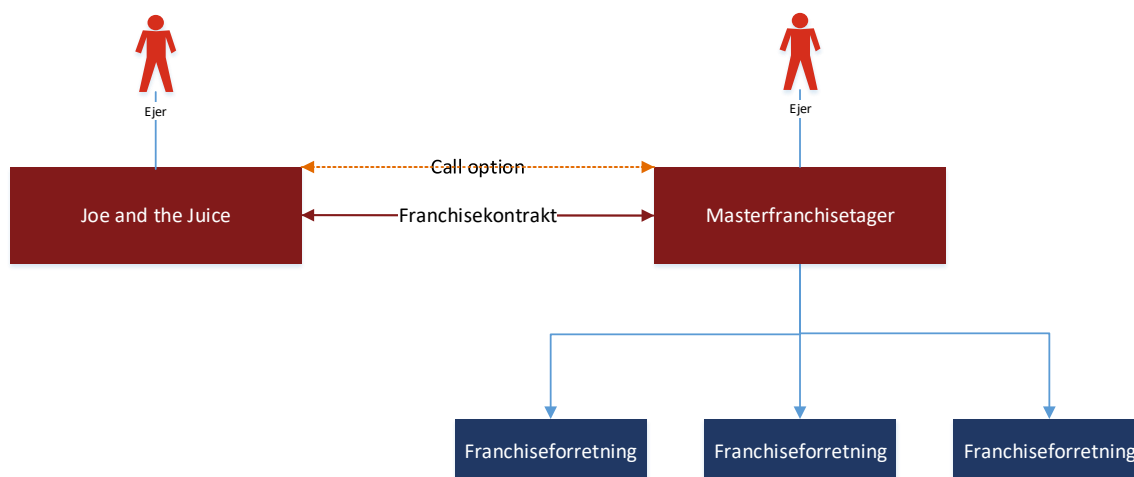
²⁴⁷ Såsom en ejendom, et maskinanlæg eller lignende.

7.1.1. Reale- og finansielle optioner

Forskellen på reale og finansielle optioner består af optionens genstand. Hvor reale optioner vedrører materielle anlægsaktiver, vedrører finansielle optioner finansielle aktiver. Sidstnævnte vil typisk være kapitalandele.²⁴⁸ Flere steder i litteraturen bliver der ikke sondret mellem reale- og finansielle optioner. Denne sondring vurderes dog at være relevant for at skabe overblik over de forskellige optioner samt de muligheder, som inddragelsen af disse medfører. For både reale- og finansielle optioner, gør de i afsnit 7.1 nævnte forhold om pris og tidspunkt for udnyttelsen sig gældende.

7.1.2. Optioner og deres anvendelse i franchiseforhold

Der findes flere kendte tilfælde, hvor optioner har udgjort en del af kontraktgrundlaget imellem franchiseparterne. Joe and the Juice udnyttede i 2017 en call option i kontraktgrundlaget med deres masterfranchisetager²⁴⁹, da ekspansionen i Singapore og Hong Kong havde været en stor succes. Call optionen gjorde det muligt for Joe and the Juice at ændre etableringsform på det asiatisk marked, og derved nyde en større del af profitten på det lukrative marked.²⁵⁰ Det kan umiddelbart udledes at Joe and the Juices struktur, i forbindelse med ekspansionen i Singapore og Hong kong, så ud som følger:



Figur 8

²⁴⁸ I denne afhandling tages der udgangspunkt i, at finansielle optioner alene vedrører kapitalandele. Derfor behandles derivater og andre finansielle instrumenter ikke.

²⁴⁹ Se afsnit 3.1.2 om masterfranchisetagere.

²⁵⁰ Petersen, Bent m.fl.: can real options shift the commitment-flexibility tradeoff in international franchising. Side 1-7.

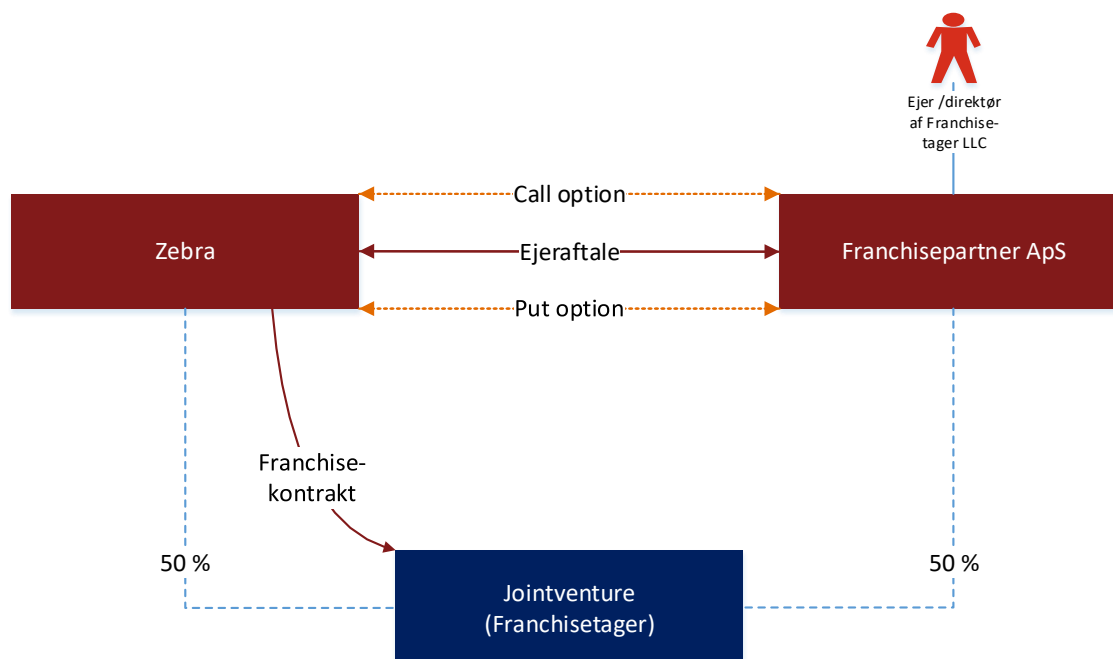
Et andet kendt eksempel på selskaber som anvender optioner er Flying Tiger Copenhagen A/S ("Zebra"). Zebras anvendelse af optioner adskiller sig dog fra Joe and the Juices anvendelse af optioner. Når Zebra indtræder på nye markeder, etablerer de et joint venture, hvor Zebra ejer 50 % og den lokale partner ejer 50 % af jointventureselskabet. Zebra beskriver forretningsmodellen på deres hjemmeside på følgende måde:

*"Establishing stores in new markets is generally achieved through 50/50 owned partnerships with a local partner, (...) A jointly owned local company is set up, and Zebra shares investments, costs and profits with the local partner. (...) Zebra owns the concept and brand, supplies the products, store interior and marketing material, while the local partner is responsible for store roll-outs and day-to-day operations including staff, training (...) The partnership model has a contractually defined exit mechanism. The partner holds put options that grant them the right to sell their non-controlling shares to Zebra in two windows annually and with a one year notice period at redemption prices based on contractually defined EBITDA multiples. At the same time, Zebra holds call options to acquire the partner's shareholding, which are exercisable based at contractually defined EBITDA multiples. It is part of Zebra's strategy to take full ownership of the local operating companies when this is assessed to be more beneficial than the partner model."*²⁵¹

På trods af at Zebra skriver, at der ikke er tale om en decideret franchisekonstruktion, må det dog anføres, at der utvivlsomt er mange karakteristika som kendes fra business format franchising,²⁵² som ligeledes gør sig gældende i Zebras partnerskabskonstruktion. Af disse karakteristika kan blandt andet nævnes territorial eksklusivitet, "franchisegivers" ejerskab over brandet, ejerskab af konceptet og generelt det faktum, at den ene part er underlagt medpartens instrukser. Zebras brug af både call- og put optioner giver begge parter mulighed for at agere i henhold til deres respektive optioner og derved enten overtage eller forlade joint venture-selskabet. På baggrund af information fra Flying tigers hjemmeside, må det formodes, at konstruktion ser ud som følger:

²⁵¹ <https://corporate.flyingtiger.com/en/About---Business-model> (hjemmesiden Sidst besøgt den 11. marts 2019.)

²⁵² Nærmere bestemt business format franchising med subordinationsforhold



Figur 9

Put optionen giver Franchisepartner ApS ret til at afstå sin ejerandel af *Jointventure* og call optionen giver Zebra ret til at overtage Franchisepartners ApS's ejerandel af *Jointventure*.

Det antages, at der er indgået en franchisekontrakt mellem Zebra og Jointventure, hvor formuleringen franchisekontrakt, i mangel af bedre begreb, skal forstås som den kontrakt, som regulerer jointventures udnyttelse af immaterielle rettigheder, systemer know-how osv.

7.1.3. Anvendelsen af optioner i franchiseforhold

Som illustreret ovenfor er optioner noget der allerede anvendes i praksis. Dog må det formodes, at der fortsat ikke er bredt kendskab til muligheden for at indlejre optioner i franchiseforhold. Denne formodning understøttes blandt andet af et interview med Bo Zoffman²⁵³, der har mere end 30 års erfaring med franchising. Bo Zoffmann udtaler, at han aldrig er stødt på anvendelsen af optioner i praksis. Optioner kan anvendes i franchiseforhold på flere forskellige måder. Indledningsvis vil anvendelsen af call optioner, som udstedes til franchisegiver, blive belyst. Derefter vil anvendelsen af put optioner i franchiseforhold blive belyst. Slutteligt vil anvendelsen af reciproke optioner og konsekvenserne heraf blive vurderet.

²⁵³ Bo Zoffmann er indehaver af PS4 Franchisepartner, som har rådgivet ved etableringen af mere end 30 franchisekoncepter. Derudover er Bo Zoffmann tidligere CFO i McDonalds Danmark. Se bilag 1 spørgsmål G.

7.1.4. Call optioner i franchiseforhold

I franchiseforhold vil franchisegiver oftest være berettiget til en procentdel af franchisetagerens omsætning. Dette betegnes som en royalty fee.²⁵⁴ Det er ikke unormalt, at en royalty fee ligger på ca. 5-10 % af franchisetagerens omsætning.²⁵⁵ Det antages at indtræden på et nyt marked ofte vil være forbundet med en del usikkerhed særligt i forhold til det nye markeds modtagelighed overfor konceptet.²⁵⁶ Hvis det viser sig, at markedet er meget modtageligt over for konceptet, og franchisetageren derfor præsterer en højere omsætning end forventet, har franchisegiveren kun begrænset mulighed for at få del i denne fortjeneste. Franchisegiverens royalty fee, vil naturligvis stige, da dette udgør en procentmæssig del af franchisetagerens omsætning, men ud over denne stigning har franchisegiveren ikke mulighed for tage del i franchisetagerens indtjening. Scenariet hvor indtræden på det nye marked er en succes, vil i det følgende blive betegnet som successscenariet.

Som konkluderet i kapitel 4, vil franchisegiveren, såfremt successscenariet udspiller sig, og parterne har anlagt en konventionel tilgang til franchisekontrakten, terminere kontrakten med henblik på at etablere egne salgskanaler på det pågældende marked. Hvis franchisegiveren terminerer kontrakten, bliver franchisetageren ikke kompenseret for hans relationsspecifikke investeringer, hvorfor franchisetageren er udsat for en betydelig hold-up risiko.

En call option kan have to egenskaber, såfremt den er udformet korrekt. For det første kan call optionen skabe fleksibilitet for franchisegiver. Med fleksibilitet menes der, at franchisegiver får muligheden for at overtage franchisetagers marked uden selv at skulle starte fra bunden. Franchisegiver vil have incitament til at overtage franchisetageres selskab, såfremt dette er mere rentabelt end at forblive franchisegiver.²⁵⁷ Umiddelbart kan det synes svært forståeligt, hvorfor franchisetageren vil acceptere, at franchisegiver besidder en call option,²⁵⁸ da franchisetageren hermed mister muligheden for en øget indtjening. Årsagen til at franchisetagerens alligevel er interesseret i call optionen skal findes i call optionens anden

²⁵⁴ Petersen, Bent: Mode flexibility: *What are the tradeoffs and how to deal with them?* Side 16.

²⁵⁵ Det fremgår af U.2019.1347 V, at Rema 1000 har en royalty fee på 7 % af omsætningen.

²⁵⁶ Petersen, Bent: Mode flexibility: *What are the tradeoffs and how to deal with them?* Side 17.

²⁵⁷ Hvilket tidligere er blevet konkluderet kapitel 4.

²⁵⁸ Petersen, Bent: Mode flexibility: *What are the tradeoffs and how to deal with them?* Side 16.

egenskab. Call optionen kan udgøre en hold-up safeguard, som beskytter franchisetagerens relationsspecifikke aktiver mod franchisegiverens opportunistiske adfærd. Franchisetageren vil derfor foretrække kontrakten med en call option frem for den konventionelle kontrakt uden en call option, da han hermed opnår en vis kompensation for de relationsspecifikke aktiver.²⁵⁹ Dog skal det bemærkes, at kompensationen skal have et betydeligt niveau, for at udgøre en hold-up safeguard. Hvis franchisegiveren udelukkende kompenserer franchisetageren for en ubetydelig del af de relationsspecifikke investeringers værdi, har call optionen ingen incitamentsskabende virkninger.

Selvom der indlejres en call option i franchisekontrakten, vil dette ikke påvirke franchisetageres incitament, såfremt franchisegiveren forsat har mulighed for at opsig eller ophæve franchisekontrakten på andre måder, end ved at udnytte call optionen. Årsagen hertil er, at franchisegiveren i disse tilfælde vil vælge at terminere kontrakten ud fra de almindelige betingelser om kontraktens ophør, fremfor at udnytte sin call option. Dermed undgår franchisegiveren at skulle kompensere franchisetageren. Call optionen skal med andre ord være franchisegiverens eneste mulighed for at bringe kontrakten til ophør før tid.²⁶⁰ Såfremt det antages, at call optionen er franchisegivers eneste opsigelsesmulighed, vil optionen potentiel have en incitamentsforenelighedsskabende effekt.

Franchisetageren vil altid foretrække en call option der både kompensere ham fuldt ud for hans relationsspecifikke investeringer og samtidig kompenserer ham for den indtjening, som han nu går glip af, da franchisegiveren overtager markedet. Der kan som udgangspunkt argumenteres for, at en sådan call option resulterer i et nulsumsspil mellem parterne, når den udnyttes. Årsagen hertil er, at franchisegiveren godt nok opnår den fulde fortjeneste på det lukrative marked efter overtagelsen, men samtidig skal han kompensere franchisetageren fuldt ud for den lukrative fortjeneste, som franchisetageren går glip af efter optionen blev udnyttet. Der kan dog argumenteres for, at call optionen fortsat vil skabe merværdi, da franchisetageren motiveres til at investere i relationsspecifikke aktiver samt til at yde det bedst mulige indsatsniveau.

²⁵⁹Petersen, Bent: Mode flexibility: What are the tradeoffs and how to deal with them? Side 16.

²⁶⁰ Som kan benyttes inden udløbstidspunktet af kontrakten. Væsentlig misligholdelse bør dog fortsat give anledning til ophævelse af de kontraktuelle forpligtigelser fra franchisetagers side og vice versa.

7.1.4.1. Call optionen som finansiel eller real option

I forlængelse af den ovenfor nævnte situation, hvor der udelukkende implementeres en call option i franchiseforholdet, er det relevant at belyse, om optionen skal udformes som en real- eller finansiel option. Såfremt franchisetageren er etableret som et kapitalselskab, hvis ejerskab kan ændres ved en aktie- eller anpartsoverdragelse,²⁶¹ vil det give bedst mening at aftale en finansiel call option, hvorved franchisegiver opnår en ret, men ikke en pligt, til at overtage samtlige kapitalandele i franchisetagers selskab. Alternativet til en finansiel call option, er en real call option, som regulerer overdragelsen af aktiver fra franchisetagers selskab til franchisegiveren. Det væsentligste aktiv som franchisegiver er interesseret i er franchisegivers forretningssted og aktiverne knyttet hertil.²⁶² Om overtagelsen af dette sker igennem, en real- eller finansiel call option, er derfor umiddelbart uden betydning for franchisegiveren. Da der ved udnyttelse af reale optioner såvel som finansielle optioner ofte vil ske en reel virksomhedsoverdragelse, vil dette begreb kort blive belyst nedenfor. Det er relevant for parterne at være bevidste omkring fordele og ulemper forbundet med hhv. reale og finansielle optioner. Udnyttelsen af en real option vil ofte indebære, at der sker en substansoverdragelse, hvorimod udnyttelsen af en finansiel option ofte vil resultere i en kapitalandelsoverdragelse.

7.1.5. Virksomhedsoverdragelser baggrund af optioner

En overdragelse af kapitalandele skal i denne afhandling forstås som en transaktion, hvor et selskab, eller en del heraf, overføres fra én ejer til en anden.²⁶³ Hvor stor en del af selskabet der skal skifte ejer, før der er tale om en virksomhedsoverdragelse, vil altid bero på en konkret vurdering. Som udgangspunkt gælder det, at der altid vil være tale om en virksomhedsoverdragelse, i tilfælde hvor der sker et kontrolskifte i virksomheden. Der forekommer eksempelvis kontrolskifte, hvis franchisegiver opnår ene-kontrol over franchisetagerens virksomhed, eller hvis et selskab, der tidligere har været eneejet, overgår til at være ejet af to eller flere fysiske eller juridiske personer. Virksomhedsoverdragelser betragtes som obligationsretlige køb.²⁶⁴ Det skal bemærkes, at virksomhedsoverdragelser kan ske på to måder. Enten kan der ske virksomhedsoverdragelse i form af en kapitalandelsoverdragelse, eller også kan det ske i form af en substansoverdragelse.²⁶⁵

²⁶¹ Dette vil herefter blive kaldt for en kapitalandelsoverdragelse

²⁶² Selve stedet hvor varer og eller serviceydelser afsættes til slutbrugeren.

²⁶³ Hansen, Johannus Egholm & Lundgren, Christian. 2014. *Køb og salg af virksomheder*. Side 29.

²⁶⁴ Hansen, Johannus Egholm & Lundgren, Christian. 2014. *Køb og salg af virksomheder*. Side 29.

²⁶⁵ Hansen, Johannus Egholm & Lundgren, Christian. 2014. *Køb og salg af virksomheder*. Side 65.

Ved en kapitalandelsoverdragelse forstås eksempelvis en overdragelse af kapitalandele fra ejeren af franchisetagerselskabet til franchisegiver. Overdragelsen får den betydning, at franchisegiver indtræder i franchisetagers retsstilling som ejer af selskabet, hvorimod selve selskabet ikke bliver berørt af ejerskiftet.

Fordelen ved at lave en kapitaloverdragelse på baggrund af en finansiell call option er, at franchisegiveren ikke skal etablere et helt nyt selskab på markedet, for herefter at overdrage aktiverne til dette selskab. Derudover er fordelen ved en kapitalandelsoverdragelse, at selskabet kan videreføre kontrakter med samarbejdspartnere, leverandører, medarbejdere²⁶⁶ mm., da der som udgangspunkt ikke vil ske et kreditorskifte²⁶⁷. En væsentlig ulempe ved kapitalandelsoverdragelser er, at køber (franchisegiver) indtræder i sælgers (franchisetagers) position i relation til de risici og forpligtigelser, som måtte være i målselskabet (franchisetagers selskab).²⁶⁸ I franchiseforholdet antages det dog, at franchisegiver, som typisk vil være den overtagende part, er bekendt med samtlige forhold i målselskabet. Derudover må det formodes, at overtagelse igennem udnyttelsen af en call option, typisk sker på baggrund af franchisetagers selskabets succes.

En real option kan udgøre en substansoverdragelse, såfremt det er "væsentlige aktiver", der udskilles fra franchisetagerens selskab. Ved en substansoverdragelse er der den umiddelbare fordel, at køber ikke overtager forpligtelser og risici forbundet med driften frem til overdragelsen. Der gælder dog flere undtagelser til denne hovedregel, som primært knytter sig til forpligtigelser over for lønmodtagerne i målselskabet samt konkurrenceretlige aspekter.²⁶⁹ Undtagelserne vil ikke blive belyst yderligere. I forhold til kapitalandelsoverdragelser gælder det modsatte udgangspunkt ved substansoverdragelser. Eksisterende kontraktuelle forpligtelser overdrages dermed ikke til køber ved en substansoverdragelse, hvorfor køber skal opnå samtlige medkontrahenters samtykke for at overdrage de etablerede kontraktforhold. Dette må betegnes som en væsentlig ulempe for franchisegiver, såfremt målselskabet er afhængig af mange forskellige leverandører.

²⁶⁶ Hansen, Johannus Egholm & Lundgren, Christian. 2014. *Køb og salg af virksomheder*. Side 376.

²⁶⁷ Der findes en række undtagelser til dette udgangspunkt, som ikke vil blive behandlet nærmere. Et eksempel herpå er change of control-klausuler.

²⁶⁸ Hansen, Johannus Egholm & Lundgren, Christian. 2014. *Køb og salg af virksomheder*. Side 65.

²⁶⁹ Hansen, Johannus Egholm & Lundgren, Christian. 2014. *Køb og salg af virksomheder*. Side 66.

Begrebet "virksomhedsoverdragelse" anvendes som en samlet betegnelse for både substans- og kapitalandelsoverdragelser. Når en virksomhed overdrages, vil der som alt overvejende udgangspunkt, være tale om en overdragelse af en flerhed af aktiver såvel som passiver, der tilsammen udgør overdragelsens genstand. Overdragelsen af enkelte aktiver, vil derfor som altovervejende hovedregel ikke være omfattet af begrebet virksomhedsoverdragelse. Når franchisegiver eller franchisetager indgår optionsaftaler, bør parterne derfor overveje om optionens genstand medfører, at der er tale om virksomhedsoverdragelse.

7.1.6. Put optioner i franchiseforhold

Som tidligere anført er franchising kendetegnet ved, at franchisetager, der betragtes som den risiko-averse part i franchiseforholdet, skal foretage betydelige relationsspecifikke investeringer.²⁷⁰ Indtræden på et nyt marked er desuden ofte forbundet med stor usikkerhed. At franchisetager skal investere i relationsspecifikke aktiver, inden forretningen er testet på det pågældende marked, udgør derfor en stor risiko for franchisetageren, og en betydelig ulempe såfremt markedet ikke er modtageligt over for konceptet.²⁷¹ Såfremt der er udstedt en put option til franchisetageren, opnår franchisetageren en ret, men ikke en pligt til at afstå de givne aktiver til en på forhånd aftalt pris og et på forhånd aftalt tidspunkt. Hermed kan franchisetageren søge sig kompenseret for de relationsspecifikke investeringer, såfremt markedet ikke er modtageligt overfor forretningskonceptet og dermed minimere sin risiko for tab.²⁷² Da franchisetageren er risiko-avers, vil han forbinde en større nytte ved put optionen end den risiko neutrale franchisetager. Årsagen hertil er, at franchisetageren vil foretrække et mindre, men sikkert afkast for sine investeringer hvilket kan opnås igennem en put option.²⁷³

Put optioner er attraktive for franchisetager i to forskellige situationer. For det første er put optioner gunstige for franchisetageren, når han ikke længere ønsker at drive franchiseforretning.²⁷⁴ For det andet

²⁷⁰ Som defineret i afsnit 4.2.1

²⁷¹ Uanset om der indtrædes på et nyt marked vil de store relationsspecifikke investeringer, være uhensigtsmæssige givet franchisetagerens risikopræference.

²⁷² Som anført ovenfor, kan der også anvendes en prisfastsættelsesmekanisme.

²⁷³ Petersen, Bent m.fl.: *Reciprocal Use of Real Options as a Mode of Entry*. Side 4.

²⁷⁴ Der kan være et ual af forskellige årsager til hvorfor franchisetageren ikke længere ønsker at drive franchiseforretningen. Man kan eksempelvis forestille sig en franchisetager som er på vej på pension eller at franchisetageren pludselig ønsker at gøre karriere indenfor en anden branche.

kan franchisetageren have interesse i at forlade franchiseforholdet, i den situation, hvor det ikke er muligt for franchisetageren at drive en rentabel forretning, hvorfor han ikke kan tjene sine relationsspecifikke investeringer hjem. Franchisetageren vil i sidstnævnte situation søge at begrænse sit tab ved at udnytte put optionen og derved overdrage hele franchiseforretningen eller enkelte aktiver til franchisegiveren, hvorved han i et vist omfang kompenseres for sit tab. Om put optionen bliver struktureret som en real- eller finansiell option, har betydning for den incitamentsstruktur som skabes. Fordele og ulemper ved at strukturere put optionen som enten en real- eller finansiell option vil blive belyst nedenfor.

7.1.6.1. Put optionen som finansiell eller real option

Set fra franchisegiverens synsvinkel er det væsentligt, om put optionen bliver struktureret som en real- eller finansiell option. Fordelen ved at lade franchisetagerens put option strukturere som en finansiell option opstår kun i det tilfælde, hvor franchisetager ønsker at afhænde franchiseselskabet af andre årsager end urentabel drift. I situationen hvor franchisetager, ikke længere ønsker at arbejde som franchisetager, vil franchisegiver let kunne indtræde i samtlige af franchisetagerens forpligtigelser. Med andre ord kan franchisegiveren beholde medarbejderne, kontraktuelle forpligtigelser osv. Hvis put optionen i stedet struktureres som en finansiell option, vil dette dog give anledning til problemer i scenariet, hvor markedet ikke er modtageligt over for franchisekonceptet. Såfremt markedet er ugunstigt, og franchisetagerens selskab genererer et underskud, vil det være uhensigtsmæssigt for franchisegiveren at have udstedt en finansiell put option til franchisetageren. Årsagen hertil er, at franchisetageren, såfremt han udnytter put optionen kan overføre hele sit "usunde" og økonomisk urentable selskab til franchisegiver.²⁷⁵ Set fra franchisetagerens synsvinkel, vil en finansiell put option være at foretrække, da denne for det første giver franchisetageren muligheden for at afstå samtlige forpligtigelser. For det andet vil den finansielle put option ligeledes medføre, at franchisetageren opnår compensation for de betydelige relationsspecifikke investeringer, som han har foretaget.

Det vil umiddelbart give bedre mening at strukturere put optionen som en real option, frem for en finansiell option. Årsagen er, at den risiko som franchisetageren forbinder med, at foretage relationsspecifikke investeringer, i nogen grad vil kunne udlignes af en real put option. Den reale put option medfø-

²⁷⁵ Det bør nævnes, at franchisetageren f.eks. vil kunne optage gæld i selskabet, som også vil blive overdraget til franchisegiver såfremt der er tale om en finansiell put option.

rer, at franchisetageren kan sælge aktiverne tilbage til franchisegiveren, uden at franchisegiveren nødvendigvis skal påtage sig hele risikoen i tilfældet, hvor markedet udvikler sig ugunstigt. Samtidigt må det formodes, at franchisegiveren i et vist omfang kan anvende de relationsspecifikke aktiver i egne filialer, eller videresælge disse aktiver til andre af franchisekonceptets franchisetagere.

Put optionens primære funktion er at motivere franchisetageren til at foretage relationsspecifikke investeringer i franchiseforholdet. For at opnå denne effekt er det nødvendigt, at franchisetageren bliver tilstrækkeligt kompenseret for sine relationsspecifikke investeringer. Det må antages, at put optionen med fordel kan struktureres som en real option. Dog skal det bemærkes, at ikke alle relationsspecifikke investeringer, er lige egnede til at blive omfattet af en real option.²⁷⁶ Nedenfor vil det blive belyst i hvilket omfang reciprokke optioner kan anvendes til at skabe merværdi og forbedre incitamentsstrukturen i franchiseforholdet.

7.1.7. Reciprokke optioner

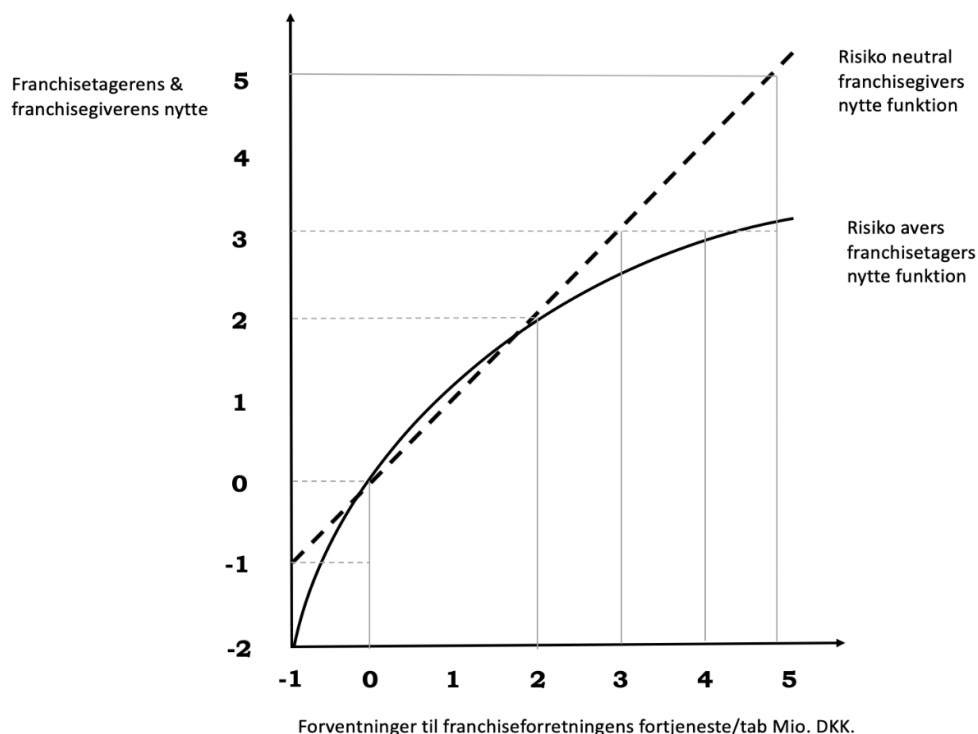
Begrebet reciprokke optioner dækker oven den situation, hvor begge parter udsteder en option til medkontrahenten. Helt konkret er der tale om en situation, hvor franchisetageren udsteder en finansiel call option til franchisegiveren, og hvor franchisegiver samtidig udsteder en real put option til franchisetageren. Det bemærkes at anvendelsen af reciprokke optioner er sparsomt belyst i litteraturen.

Formålet med at introducere reciprokke optioner er at forbedre incitamentsstrukturen i franchiseforholdet. Franchisegiver ønsker som bekendt muligheden for at overtage franchisetagerens selskab, såfremt markedet viser sig at være gunstigt. Franchisetageren ønsker derimod en mekanisme, som kan sikre at hans relationsspecifikke investeringer ikke går tabt i tilfælde af at franchisegiveren handler opportunistisk eller at markedet ikke er rentabelt. Begge parter har en interesse i at løse hold-up problemet. Hold-up problemet medfører som bekendt, at franchisetageren ikke tør investere i relationsspecifikke aktiver og ikke tør yde det bedst mulige indsatsniveau af frygt for, franchisegiveren terminerer franchisekontrakten. Som det tidligere er blevet konkluderet i kapitel 4, vil en løsning af incitamentsproblemerne resultere i, at parterne kan opnå en større profit. De reciprokke optioner skal ikke tage højde for et middelmådigt scenarie, hvor det hverken går godt eller skidt for parterne.

²⁷⁶ Maskiner og inventar, som er unikke for franchisekonceptet, vil være oplagte at inkludere i en put option.

At reciproke optioner kan udgøre en incitamentsforenelighedsskabende foranstaltning, baseres på hhv. den finansielle call option og den reale put options karakteristika, som er blevet belyst ovenfor. Det må i denne forbindelse bemærkes, at det ikke giver anledning til problemer at indlejre begge typer af optioner på samme tid. Optionernes evne til både at varetage franchisetagerens ønske om at opnå dækning for et eventuelt tab på hans relationsspecifikke investeringer og franchisegivers mulighed for at få en højere andel af indtjeningen på markedet er særlig bemærkelsesværdig. Fordelene ved at indlejre reciproke optioner i franchisekontrakten, kan illustreres med udgangspunkt i nedenstående figur 10.

I figuren antages det, at den risikoneutrale franchisegiver er i besiddelse af en call option og at den risikoaverse franchisetager har en put option. Ved at udveksle en call option i bytte for en put option, har franchisetageren mulighed for at afstå franchiseforretningen (eller en del heraf) såfremt franchiseforretningen ikke er rentabel. Den horisontale akse indikerer hvad parter forventer af tab eller fortjeneste på markedet. Det antages, at både franchisetager og franchisegiver er usikre på, hvad sandsynligheden er for at markedet viser sig at være gunstigt, middelmådigt, eller ugunstigt. Dog er parterne enige om sandsynligheden for de forskellige udfald. De forventer, at der er lige stor risiko for at tabe 1 mio. DKK som der er for at tjene 2 mio. DKK eller tjene 5 mio. DKK.



Figur 10

Franchisetageren forbinder en stor u-nytte ved at tabe 1 mio. DKK. Dette illustreres i figuren hvor franchisetageren nytteværdi er -2 såfremt der genereres et tab på 1 mio. DKK.²⁷⁷ Franchisetageren er derfor interesseret i en put option, som beskytter ham mod dette tab. Fordi franchisetageren er risiko-avers, vil franchisetagerens marginale nytte aftage i takt med at sandsynligheden for tab/fortjeneste stiger, hvilket illustreres af den konkave kurve. Fordi franchisetageren er risiko-avers stiger hans nytte kun i et meget begrænset omfang, når fortjenesten stiger fra 3 mio. DKK til 5 mio. DKK. Franchisetagerens nytteværdi af en sådan stigning er ca. 0,75.²⁷⁸ Franchisetageren er derfor villig til at bytte muligheden for at opnå en ekstra fortjeneste mod en sikring for, at hans potentielle tab bliver dækket.

Da franchisegiveren er risiko neutral, vil hans marginale nytte stige og falde proportionalt i takt med at hans tab/fortjeneste stiger, hvilket illustreres af den stiplede linje i figur 10. Franchisegiveren har en nytteværdi på -1 såfremt han taber -1 mio. DKK.²⁷⁹ Franchisegiveren er derfor bedre end franchisetageren til at bære risikoen for at, markedet ikke er modtageligt overfor franchisekonceptet. Såfremt indtjeningen stiger fra 3 mio. DKK til 5 mio. DKK vil dette medføre, at franchisegiverens nytteværdi stiger med 2.²⁸⁰

Ved at indleje de reciproke optioner, opnår franchisetageren en stigning i nytteværdien på 1,25 (0,75+2). Franchisegiveren opnår derimod en stigning i nytteværdien på 1 på ved 1 (2-1). Det kan derfor udledes på baggrund af ovenstående, at der på grund af parternes forskellige risikopræferencer er mulighed for, at indføre et effektivt værn imod franchisegiverens hold-up over for franchisetageren. Årsagen hertil er, at franchisetager kan se frem til at blive kompenseret for sine initiale investeringer, såfremt franchisegiveren ønsker at overtage franchisetager. Ydermere opnår franchisetageren mulighed for at blive kompenseret via put optionen, såfremt markedet ikke udvikler sig som ønsket. Franchisegiveren derimod opnår muligheden for at overtage den lukrative franchiseforretning.

²⁷⁷ Bilag 2 figur 1: Franchisetagerens nytteværdi af at lide et tab på 1 mio. DKK. Er illustreret ved arealet skitseret med orange.

²⁷⁸ Bilag 2 figur 1: Franchisetageren nytteværdi af at fortjenesten stiger fra 3 til 5 mio. DKK er illustreret ved arealet skitseret med blå.

²⁷⁹ Bilag 2 figur 2: Franchisegiverens nytteværdi af at lide et tab på 1 mio. DKK. Er illustreret ved arealet skitseret med orange.

²⁸⁰ Bilag 2 figur 2: Franchisegiverens nytteværdi af at fortjenesten stiger fra 3 til 5 mio. DKK er illustreret ved arealet skitseret med blå.

7.1.8. Prisen for udnyttelse af optioner (Strike pris)

Et centralt element i forbindelse med anvendelsen af optioner, er prisen for at udnytte optionerne. (herafter refereret til som strike prisen). Strike prisen spiller en central rolle i forhold til, om parterne reelt opnår en større værdi ved at indlejre reciprokke optioner i kontraktgrundlaget. På baggrund af de ovenstående analyser må det konkluderes, at optionerne som minimum skal kompensere franchisetageren for sine relationsspecifikke investeringer. Såfremt optionerne gør dette, vil franchisetagerens frygt for franchisegiverens opportunistiske adfærd blive reduceret.

Optioner aftales som en del af kontraktgrundlaget ex ante. I forbindelse med indlejringen af optioner skal parterne tage stilling til spørgsmålet om strike prisen på udnyttelsestidspunktet. Dog må det påpeges, at det ofte er yderst kompliceret at fastsætte en eksakt pris på et aktiv ude i fremtiden.²⁸¹ At fastsætte en fremtidig strike pris for en option der vedrører overdragelse af samtlige kapitalandele, kan vise sig særligt vanskelig. Vanskeligheder med at fastsætte en strike pris gør sig i høj grad gældende når der entres på et nyt marked hvor modtageligheden over for franchisekonceptet endnu ikke er kendt for parterne. Derudover skal det bemærkes, at det er forbundet med betydelige transaktionsomkostninger at fastsætte en eksakt fremtidig strike pris på anlægsaktiver og kapitalandele ved kontraktens indgåelse. Det vurderes derfor at, parterne bør anvende en fleksibel prisfastsættelsesmetode frem for en fast strike pris.²⁸² Foruden fleksibilitet i forhold til pris, bør parterne ligeledes sikre fleksibilitet i forhold til udnyttelsestidspunktet. For at skabe fleksibilitet kan parterne eksempelvis aftale, at der skal være mulighed for løbende at udnytte optionerne.²⁸³ Parterne kan eksempelvis aftale at optioner kan udnyttes i de første to uger i april i de første fire år af kontraktens løbetid.

Såfremt optioner kan udnyttes til en på forhånd aftalt eksakte strike pris, vil dette give anledning til et nyt free-riding problem. Problemet opstår, fordi franchisetageren har tendens til at handle opportunistisk. Hvis franchisetageren med sikkerhed kender den økonomiske kompensation, som han vil modtage, når en option udnyttes, vil han free-ride fra tidspunktet hvor optionens udnyttes frem til tidspunktet hvor optionens genstand overdrages til franchisegiver. Franchisetageren kan eksempelvis afholde sig

²⁸¹ Det varierer fra aktiv til aktiv hvor svært det er at fastsætte en eksakt pris. Der kan eksempelvis argumenteres for, at det nemmere at prisfastsætte et aktiv såsom et en maskine, som afskrives en fast værdi årligt.

²⁸² Det bør derudover bemærkes, at såfremt franchisetager besidder en real put option, hvor værdien af de givne aktiver nedskrives årligt, så vil det fortsat være franchisetager, der lider risikoen for tab.

²⁸³ At have en periode på et par uger årligt til at udnytte sin option, bør give den nødvendige fleksibilitet.

fra at investere i vedligeholdelse og opretholdelse af brandets værdi. På den måde maksimerer franchisetageren sit overskud i perioden op til overdragelse. Modsat efterlades franchisegiver med et selskab eller aktiver, hvis værdi er blevet forringet. Med henblik på at undgå dette free-riding problem foreslås to løsningsmodeller nedenfor.

7.1.8.1. Uafhængig vurdering

En alment anvendt prisfastsættelsesmetode i erhvervsregi, er at anvende en uafhængig vurderingsmand. Parterne kan aftale, at der skal anvendes en uafhængig vurderingsmand til prisfastsættelsen på følgende måde. Parterne skal først være enige om hvilke aktiver option skal vedrøre. Det antages, at den finansielle call option, skal vedrøre samtlige kapitalandele i franchisetagers selskab. Parterne kan derefter aftale, at såfremt en option bliver udnyttet, skal en på forhånd aftalt, uafhængig vurderingsmand kontaktes, med henblik på at vurdere markedsprisen på de givne kapitalandele. Når den uafhængige vurderingsmand har fastsat prisen, skal kapitalandelene overdrages til franchisegiveren og købesummen overdrages til franchisetageren. Ved at anvende en uafhængig vurderingsmand på udnyttelsestidspunktet, undgår parterne betydelige transaktionsomkostninger ex ante. Dog vil anvendelsen af en uafhængig vurderingsmand også give anledning til transaktionsomkostninger ex post. Dog må det formodes, at disse transaktionsomkostninger vil være mindre end ex ante omkostninger, da det alt andet lige vil være nemmere at vurdere et aktivs pris i dag, end at skulle forudsige en fremtidig pris. Anvendelsen af en uafhængig vurderingsmand vil også være mulig i forhold til franchisetagerens put option.

7.1.8.2. Strike pris baseret på finansielle nøgletal og multiple

Parterne kan også aftale en fleksibel prisfastsættelsesmetode, som i stedet tager udgangspunktet i franchisetagerselskabets finansielle nøgletal og en række på forhånd definerede multiple. Anvendelsen af en sådan metode illustreres bedst med et eksempel. Parterne kan eksempelvis aftale, at såfremt franchisegiveren udnytter sin finansielle call option, vil strike prisen afhænge af franchiseselskabets EBITDA de kommende 2 år. I det første år skal franchisetager fortsat drive forretningen hvorefter en EBITDA for denne periode skal opgøres. Herefter overtager franchisetageren franchiseselskabet og driver det ligeledes i en periode på et år. Når begge perioder er overstået, vil prisen for at udnytte optionen blive beregnet på baggrund af den samlede EBITDA for hele den 2-årige periode. Formålet med at anvende en todelt periode er at indføre en foranstaltning, som modvirker franchisetagerens opportunistiske adfærd op til overdragelsen af kapitalandelene. Såfremt parterne har aftalt at strike prisen skal beregnes på

baggrund af EBITDA i en periode, hvor det udelukkende er franchisetager der har kontrollen over franchiseselskabet, vil dette endnu engang medføre, at franchisetageren får mulighed for at free-ride.

Franchisetageren vil forsøge at øge strike prisen ved at øge EBITDA. Helt konkret kan franchisetageren øge EBITDA ved at minimere selskabets omkostninger. Dette kan gøres ved at franchisetageren afholder sig fra at investere i vedligeholdelse af maskiner og inventar samt ved at fyre vigtige medarbejdere. Dette kan påvirke EBITDA positivt i den pågældende periode, da omkostninger formindskes. Det er klart, at en sådan adfærd vil ramme franchisegiveren hårdt i næste periode. Derfor vil franchisegiver, når han overtager driften i det sidste år, ligeledes forsøge at optimere sin "fortjeneste". Franchisetager optimerer sin fortjeneste ved at påvirke EBITDA negativt, da dette vil betyde, at der skal betales en lavere strike pris til franchisetager. Franchisetageren kan minimere EBITDA ved at foretage store investeringer i franchiseforretningen. For at tvinge EBITDA helt ned, kan han f.eks. fremskynde investeringer, som ellers skulle have været foretaget på et senere tidspunkt.

I og med at begge parter handler opportunistiske, kan der argumenteres for, at den todelte beregningsperiode ender med at udligne parternes modsatrettede opportunistiske adfærd, hvorved der opstår en retfærdig prisfastsættelse for udnyttelsen af optionen. Dog vil det ikke altid være muligt at udligne modpartens free-riding i perioden, hvor man selv er i kontrol. Såfremt franchisetager blot afholder sig fra at investere i vedligeholdelse af forretningen, må de anses for overkommeligt for franchisegiveren at udligne disse manglende investeringer i det følgende år. Hvis franchisetageren derimod begynder at free-ride på andre områder, som væsentligt kan forringe brandets værdi, vil det ikke længere være muligt for franchisegiveren at udligne dette i perioden, hvor han har kontrollen.

Det kan heraf udledes, at såfremt franchisetageren engagerer sig i free-riding der forringer brandets værdi, så vil denne forringelse også smitte af på den multiple der udregnes i det år, hvor franchisegiveren er i kontrol. Derudover vil et forringet brand generelt kunne forringe franchisegiverens indtjeningsmuligheder i fremtiden og ikke kun i det følgende år.

Som eksempel herpå kan nævnes skandalen med franchisekonceptet Domino's pizza i 2018. For at undgå udsmidning af råvarer valgte man i en række af Domino's restauranter at ændre datomærkningen på råvarerne. På denne måde blev omkostningerne til råvarer holdt nede. Denne praksis blev dog opdaget af en række medier herunder BT, Ekstrabladet og TV2 hvorefter det udviklede sig til en national skandale.

I marts 2019 gik Domino's danske masterfranchisetager konkurs som direkte følge af kundernes manglende tillid til kæden. Med andre ord endte et par enkelte franchisetageres free-riding med at ødelægge hele franchisekonceptets brand.²⁸⁴

7.1.9. Delkonklusion

På baggrund af ovenstående analyse må det konkluderes, at optioner kan bidrage til at skabe en højere grad af incitamentsforenelighed, end det er tilfældet i konventionelle franchisekontrakter, hvor termineringsdilemmaet samt eksogene risici udgør en reel trussel imod franchisetageren. Overordnet set konkluderes det, at optioner kan motivere franchisetageren til at foretage relationsspecifikke investeringer, og samtidigt yde den bedst mulige indsats hvilket gavner begge parter i franchiseforholdet. Alt afhængig af hvilken prisfastsættelsesmekanisme optionerne anvender, vil der være forskel på størrelsen af den strike pris, som franchisetageren modtager. Valget af prisfastsættelsesmetode og størrelsen af strike prisen, har afgørende betydning for franchisetagerens incitament.

Ensidige call optioner udgør hold-up safeguards, som kan påvirke franchisetagerens incitament til at foretage relationsspecifikke investeringer samt yde den bedst mulige indsats. En ensidig real put option allokerer risici fra den risiko-averse franchisetager til den risikoneutrale franchisegiver. Hermed øges franchisetagerens incitament til at investere i relationsspecifikke investeringer. Anvendelsen af reciprokke optioner syntes dog at være særlig fordelagtig frem for anvendelsen af enten en call- eller put option. Dette skyldes franchisetageren både beskyttes mod hold-up og eksogene risici på samme tid. Set fra franchisegiverens synsvinkel er reciprokke optioner ligeledes fordelagtige. Først og fremmest nyder franchisegiveren godt af, at franchisetageren er motiveret til at yde den bedste indsats samt foretage relationsspecifikke investeringer hvilket har en positiv indvirkning på franchisegiverens royalty indtægt. Derudover nyder franchisegiveren også godt af muligheden for at overtage franchisetagerens virksomhed, såfremt markedet viser sig at være meget modtageligt over for franchisekonceptet.

Såfremt der på forhånd er aftalt en eksakt strike pris, vil franchisetageren free ride fra tidspunktet hvor optionen udnyttes frem til at aktiverne overdrages til franchisegiver. Som alternativ til en eksakt pris kan

²⁸⁴ <https://finans.dk/erhverv/ECE11226020/pizzakaeden-dominos-er-gaaet-konkurs-i-danmark/?ctxref=ext> (hjemmesiden sidst besøgt 28 marts 2019)

parterne aftale en prisfastsættelsesmetode. Eksempelvis kan parterne gøre brug af en uafhængig vurderingsmand. Alternativt kan parterne udregne strike prisen på baggrund af finansielle nøgletal og på forhånd bestemte multiple. Både franchisetageren og franchisegiveren har dog incitament til at handle opportunistisk i den periode hvor deres handlinger kan påvirke det finansielle nøgletal.

7.2. Shoot-Out klausuler

Med henblik på at sikre en optimal incitamentsstruktur i franchiseforholdet, som franchising i sin nuværende form ikke løser, vil det blive belyst, om shoot-out klausuler, som ofte er anvendt i jointventures, kan anvendes. Det konventionelle franchiseforhold, giver som udgangspunkt ikke franchisetager muligheden for at blive kompenseret for hans relationsspecifikke investeringer. Derudover er der ikke et incitaments grundlag for at yde den bedst mulige indsats, eftersom en høj omsætning i franchisetagerens selskab kan være ensbetydende med, at franchisegiver ønsker at servicere markedet selv. Jointventures indebærer i lighed med franchising typisk en høj grad af samarbejde mellem de involverede parter. Ligeledes vil der ofte være tale om langvarige samarbejdsforhold, hvor begge parter indgår i indtjeningsmuligheder. Derfor vil det blive analyseret om shoot-out klausuler kan bidrage til at skabe en forbedret incitamentsstruktur i franchiseforholdet. Shoot-out klausulens natur medfører en budrunde, som ender med en overdragelse af kapitalandele, hvorfor franchisetager herigennem kan søge sig kompenseret for sine relationsspecifikke investeringer. En kompensation ved opsigelse, antages at bidrage mærkbart til, at franchisetager ønsker at præstere.

Først er det nødvendigt at en forståelse for de problemer som kan opstå i jointventures. Derefter belyses det hvordan shoot-out klausulerne kan løse disse problemer i jointventures. Efterfølgende vil det blive belyst, om shoot-out klausulerne har egenskaberne til at løse incitamentsproblemerne i franchiseforhold.

7.2.1. Problemstillinger i joint ventures

Selskaber som har to ejere, der ejer en lige stor andel af selskabet, bliver ofte omtalt som jointventures. I jointventures er det alment anerkendt, at der kan opstå problemer med magtbalancen.²⁸⁵ Problemet

²⁸⁵ Hansen, Johannus Egholm & Lundgren, Christian. 2014. *Køb og salg af virksomheder*. Side. 237

med magtbalancen i danske selskaber²⁸⁶ opstår som følge af selskabslovens udgangspunkt om, at beslutninger træffes af et simpelt flertal. Dette gælder både når ejerne på generalforsamlingen skal udøve deres beslutningskompetence og når bestyrelser samt direktioner skal træffe beslutninger. Når to ejere hver ejer 50 % af kapitalen, kan der ikke opnås et simpelt flertal egenhændigt, hvorfor samtlige beslutninger skal træffes i enighed.²⁸⁷ Uenighed mellem parterne i et jointventure kan medføre deadlock situationer.²⁸⁸ Deadlock-situationerne opstår primært som følge af ejernes ligeligt fordelte ejerskab. Problemet med det ligeligt fordelte ejerskab, spejler sig ofte videre til kapitalselskabets øvrige ledelseslag, da hver ejer typisk vil kræve en ret til at udpege halvdelen af det øverste ledelsesorgan.²⁸⁹

7.2.2. Shoot-out klausuler som løsning i jointventures

For at løse problemet med magtbalancen bliver shoot-out klausuler ofte indgået mellem ejerne af jointventure-selskabet. Shoot-out klausuler giver en nem adgang til at ophøre partnerskabet i tilfælde af der opstår deadlock mellem parterne. Kort sagt medfører en shoot-out klausul at samtlige kapitalandele overføres til den ene kapitalandelsejer. Ved at den ene ejer ender med at eje samtlige kapitalandele, ophører problemet om magtbalancen, og selskabet kan nu fortsætte sin drift under én ejer.

Der findes forskellige former for shoot-out klausuler, men de er alle baseret på den samme struktur. I tilfælde af deadlock, kan den ene part udløse shoot-outet, som indebærer, at parterne skal igennem én eller flere budrunder, med henblik på at finde ud af hvem der skal overtage samtlige kapitalandele i selskabet. Ofte ses det i praksis, at parterne på forhånd har aftalt hvilke situationer, der kan udgøre en deadlock situation.

På baggrund af nedenstående figur 11, vil de mest velkendte shoot-out klausuler, som er hhv. Russisk Roulette, Texas Shoot-out og Sale Shoot-out, blive gennemgået.²⁹⁰ Mellem Part A og B vil der ofte være

²⁸⁶ Med selskaber refereres der til kapitalselskaber som omfattet af selskabsloven.

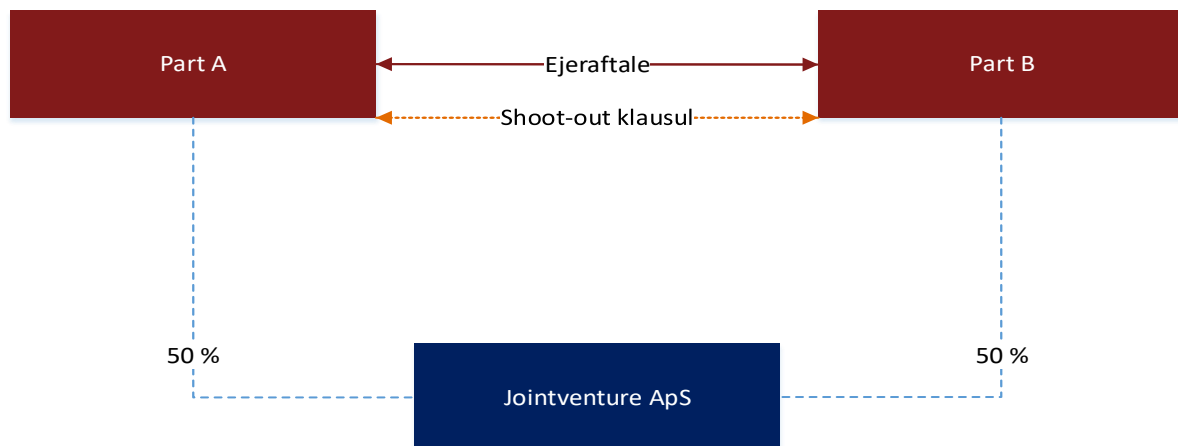
²⁸⁷ Der refereres her til beslutninger, som kræver direktionens, bestyrelsens eller generalforsamlingens tiltræden.

²⁸⁸ Dead lock situationer kan defineres som uenighed mellem kapitalejerne i et selskab, ofte selskaber ejet med to lige store kapitalandele, som er så alvorlig, at det fortsatte fælles ejerskab – og dermed eventuelt tillige den i fællesskab ejede virksomhed – trues. Jf. Hansen, Johannus Egholm & Lundgren, Christian. 2014. *Køb og salg af virksomheder*. Side 766.

²⁸⁹ Hansen, Johannus Egholm & Lundgren, Christian. 2014. *Køb og salg af virksomheder*. Side 237.

²⁹⁰ Der bortses her fra Shoot-out klausulen kaldet "Deterrent Approach", da denne metode i høj grad minder om de ovenfor nævnte Call og put optioner, som vedrører kapitalandele, idet der aftales en metode til at fastsætte prisen på kapitalandelene, som herefter enten kan sælges eller købes af de respektive parter.

indgået en ejeraftale, som regulerer hvordan parterne, skal agere i forhold til deres ejerskab af Jointventure ApS. Ejeraftalen vil ikke blive belyst yderligere, men det skal bemærkes, at det ofte er i ejeraftalen, at problemer vedrørende magtbalancen søges løst,²⁹¹ og at shoot-out klausulen potentielt også kan være indgået som en integreret del af ejeraftalen. For at skabe et bedre overblik, er shoot-out klausulen dog udskilt separat.



Figur 11

7.2.2.1. Russisk roulette

En russisk roulette klausul, er en klausul der giver en part adgang til at enten sælge sine kapitalandele eller til at købe den anden parts kapitalandele. Dette sker ved at part A først of fremmest udløser shoot-out klausulen. Part A igangsætter herved proceduren ved at give et tilbud om i) at sælge sine kapitalandele til en bestemt pris til part B, eller ii) at købe part B's kapitalandele for en bestemt pris. Det er væsentligt, at prisen er den samme, uanset om part A ender med at sælge eller købe kapitalandele. Part B kan derefter frit bestemme, om han vil købe parts A's kapitalandele, eller om han hellere vil sælge sine egne kapitalandele til Part A.²⁹²

²⁹¹ Hansen, Johannus Egholm & Lundgren, Christian. 2014. *Køb og salg af virksomheder*. Side 237-238.

²⁹² Fleischer, Holger og Stephan Schneider: *Shoot-out clauses in Partnerships and Close Corporations*. Side 4.

7.2.2.2. Texas shoot-out

En Texas Shoot-out klausul indebærer, at Part A tilbyder at købe samtlige af kapitalandele som part B ejer til pris X. Såfremt Part B ikke ønsker at acceptere dette tilbud, er part B forpligtet til selv at afgive et tilbud til part A om at købe samtlige af part A's kapitalandele i jointventureselskabet til en pris, der nu er højere end X. Disse budrunder fortsætter, indtil én af parterne accepterer modpartens tilbud. Det er væsentligt, at man er nødt til at overbyde hinanden med en bestemt på forhånd aftalt procentsats. Såfremt der ikke var aftalt en fast procentsats som buddene skulle stige med, ville parterne have mulighed for blot at hæve budet med et ubetydeligt beløb i hver budrunde med henblik på at forsinke processen.²⁹³

En variant af Texas Shoot-outet forekommer ved, at begge parter afgiver et hemmeligt bud på at overtage modpartens kapitalandele. Den part som har givet det højeste bud, skal købe modpartens kapitalandele til denne pris.

7.2.2.3. Sale Shoot-out

Et sale Shoot-out fungerer på samme måde som et Texas Shoot-out. Forskellen er dog, at part A tilbyder part B at købe A's kapitalandele til en bestemt pris. Såfremt Part B ikke ønsker at købe Part A's kapitalandele, skal Part B give Part A et tilbud om at købe B's kapitalandele til en pris der er X procent lavere end Part A's oprindelige tilbud om at sælge.²⁹⁴

Alle tre varianter af shoot-out klausuler indebærer muligheden for enten at blive ejer af samtlige kapitalandele i jointventure selskabet, eller at opgive ejerskabet. Nedenfor vil de tre typer af klausuler, samlet blive omtalt som shoot-out klausuler, da det vurderes, at det er underordnet for franchiseparterne hvilken shoot-out klausul, parterne vælger at inkorporere i samarbejdet.

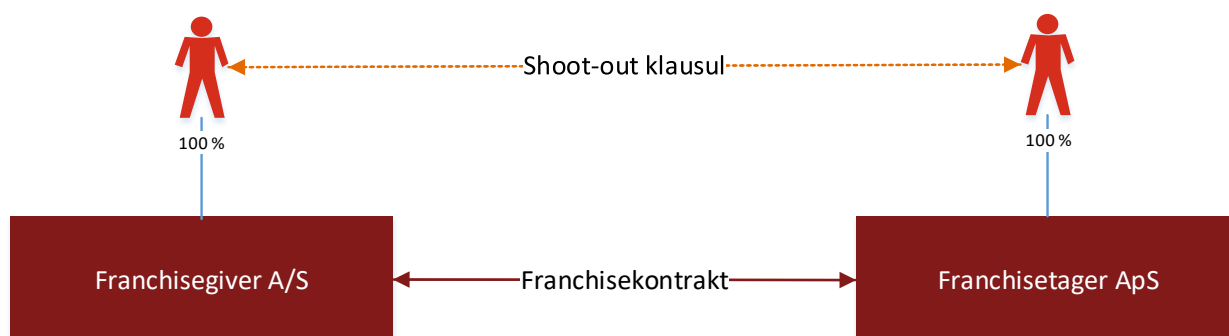
²⁹³ Fleischer, Holger og Stephan Schneider: *Shoot-out clauses in Partnerships and Close Corporations*. Side 4-5.

²⁹⁴ Fleischer, Holger og Stephan Schneider: *Shoot-out clauses in Partnerships and Close Corporations*. Side 5.

7.2.3. Selskabskonstruktionen i franchiseforholdet og relevansen heraf

I jointventures kan anvendelsen af en klausul, der giver parterne retten til enten at sælge eller købe den anden parts kapitalandele, virke som en oplagt mulighed for at indarbejde fleksibilitet og konflikthåndteringsmekanismer i samarbejdet. I franchiseforholdet er situationen og problemet som skal løses dog et andet end i jointventures. I franchiseforholdet er der oftest ikke tale om ét fælles ejet selskab, men derimod en selskabskonstruktion som indebærer, at franchisetager og franchisegiver ejer hver deres selskab, som er juridisk og økonomisk uafhængigt af hinanden, med undtagelse af de aftaler der er indgået imellem selskaberne.²⁹⁵ Derudover er problemet som skal løses ikke en deadlock situation, men derimod en hold-up problematik og andre incitamentsproblemer.

Før der kan tales om shoot-out klausuler i franchising, er det derfor nødvendigt at definere, hvad disse salgs- og købsmekanismer skal vedrøre.²⁹⁶ Her vil det mest oplagte umiddelbart være, at det som kan sælges til modparten, er kapitalandelene i franchiseparternes selskaber.



Figur 12

I ovenstående figur 12, antages det, med henblik på at simplificere situationen, at begge selskaber er 100 % ejede af én fysisk person.²⁹⁷ Shoot-out klausulsaftalen er indgået mellem ejerne af hhv. Franchisegiver A/S og Franchisetager ApS. For at have tilnærmelsesvis sammenlignelige karakteristika med shoot-out klausuler i jointventures, skal shoot-out klausulen i franchiseforholdet derfor vedrøre samtlige kapitalandele i hhv. Franchisegiver A/S og Franchisetager ApS.

²⁹⁵ Selvom denne model er kendt fra bla. Flying Tiger

²⁹⁶ I jointventures vedrører Shoot-out klausulerne, muligheden for enten at købe modpartens kapitalandele i jointventure selskabet, eller sælge sine egne kapitalandele.

²⁹⁷ Fleischer, Holger og Stephan Schneider: *Shoot-out clauses in Partnerships and Close Corporations*. Side 3.

7.2.4. Prisfastsættelsen af kapitalandelene

En fordel ved Shoot-out klausuler er, at klausulerne medfører en effektiv adgang til at ophæve samarbejdet, samt at denne ophævelse, der sker igennem den ene parts overtagelse af samtlige kapitalandele, finder sted til en retfærdig markedsmæssig pris. Den markedsmæssige pris, sikres igennem budrunder, hvilket tvinger parterne til at forholde sig til, om de ønsker at afstå eller overtage kapitalandelene. Risikoen for at den part som igangsætter shoot-outet, med henblik på at overtage modpartens kapitalandele, ender med selv at skulle afstå sine egne kapitalandele, er med til at sikre, at parterne tilbyder en pris, der må siges at være fair og på markedsvilkår af frygt for, at det planlagte scenarie ikke udspiller sig.²⁹⁸ Shoot-out klausulers struktur minder i deres natur om den velkendte "cake cutting rule"²⁹⁹, som indebærer, at to personer skal dele en kage. Kagen bliver delt ved, at den ene part skærer kagen i to stykker, hvorefter den anden part vælger det stykke han selv vil have. På denne måde sikres det, at parten som skærer kagen, ikke har mulighed for at anskaffe sig en fordel, da den anden part kan "straffe" ham efterfølgende ved at vælge det største stykke kage. På denne måde har ingen af parterne mulighed for at udøve opportunistisk adfærd.

I franchiseforhold er det dog langt fra sikkert at der opnås en fair og markedsmæssig pris. Det skyldes først og fremmest, at hvor der i jointventures bydes om kapitalandelene i det samme selskab, så bydes der i franchising om kapitalandelene i to forskellige selskaber.

7.2.5. Muligheden for at anvende shoot-out klausuler i franchiseforhold

Der eksisterer tre væsentlige problematikker, som kan vanskeliggøre anvendelsen af shoot-out klausuler i franchiseforhold. Den første udfordring for anvendelsen af shoot-out klausuler i franchiseforhold er, at franchisegiver besidder retten til samtlige immaterielle rettigheder, systemer, know-how, osv., der er nødvendige for, at franchisetagers selskab kan drive en franchiseforretning. Udfordringen her består i, at det formentligt er meget uønskeligt for franchisegiver at acceptere en shoot-out klausul, som medfører en risiko for, at franchisegiver skal afstå hele sin virksomhed. Franchisegiverens virksomhed må antages at have en væsentligt højere værdi end franchisetagers virksomhed.

²⁹⁸ Fleischer, Holger og Stephan Schneider: *Shoot-out clauses in Partnerships and Close Corporations*. Side 5.

²⁹⁹ Fleischer, Holger og Stephan Schneider: *Shoot-out clauses in Partnerships and Close Corporations*. Side 6.

Den anden udfordring består i at ejerne af franchiseselskaberne, antages at have en meget forskellig finansiell formåen. Ejeren af franchisegivers selskab må antages at være meget stærkere finansielt end ejeren af franchisetagers selskab. Netop forskellen mellem parternes finansielle formåen, anføres som værende et væsentligt problem i forhold til anvendelsen af shoot-out klausuler, da franchisegiver, som den finansielt stærkeste part og med et indgående kendskab til franchisetagerens økonomi, kan afgive et lavt³⁰⁰ bud på franchisetagerens kapitalandele, som franchisetager vil være nødsaget til at acceptere,³⁰¹ da sidstnævnte ikke har den finansielle formåen til at yde et modbud på franchisegivers kapitalandele.

Den tredje udfordring består i, at der er en stor grad af uforudsigelighed forbundet med anvendelsen af klausulerne. Udfaldet af shoot-out klausuler, kan f. eks. være at en franchisegiver, som har alle intentioner om at overtage franchisetagers kapitalandele, ikke kan gøre dette, såfremt franchisetager overbyder i en sådan grad, at det ikke er muligt for franchisegiver at overbyde igen.³⁰² På trods af, at dette eksempel kan virke relativt urealistisk, da franchisetageren antages for at være den finansielt svage part i franchiseforholdet, skal muligheden for, at franchisetager indhenter fremmedfinansiering til at finansierer overtagelsen ikke udelukkes. Derfor bør franchisegiver være yderst påpasselige med hensyn til, om der indgås en aftale om shoot-out klausuler. Uforudsigelighedsaspektet kan formindske parternes interesse i at indføre shoot-out klausuler.

Shoot-out klausulens i franchiseforholdet vil, fremfor at fungere som en deadlock klausul, som det er tilfældet i jointventures, i stedet skulle fungere som en opsigelsesmulighed, der kompenserer franchisetageren og samtidig giver franchisegiver en fleksibel mulighed for at overtage franchisetagerens selskab. Derudover vil der som følge af franchisetagerens ret til at afstå kapitalandele også være mulighed for at, franchisetageren kan søge sig kompenseret, såfremt markedet udvikler sig ugunstigt.

At franchisegiver ejer samtlige immaterielle rettigheder, som franchisetageren skal benytte til at drive sin virksomhed, er en betydelig udfordring for anvendeligheden af shoot-out klausuler. Årsagen hertil er, at franchisegiver formentligt har investeret tungt i opbyggelsen af brandet, systemet osv. Det er derfor svært at forestille sig, at ejeren af franchisegiver A/S, vil risikere, at skulle afstå disse kapitalandele,

³⁰⁰ Her forstået som et bud der ligger under den markedsmæssige pris.

³⁰¹ Fleischer, Holger og Stephan Schneider: *Shoot-out clauses in Partnerships and Close Corporations*. Side 16.

³⁰² Fleischer, Holger og Stephan Schneider: *Shoot-out clauses in Partnerships and Close Corporations*. Side 6.

når det maksimale, som der kan "vindes", er én enkelt franchiseforretning. Set fra franchisetagerens synsvinkel, vil indførslen af en shoot-out klausul, umiddelbart være fordelagtigt, så længe franchisetager er i stand til presse prisen højere op end de omkostninger, som er afholdt i franchisetager ApS i form af investeringer i relationsspecifikke aktiver. Muligheden for at ejeren af franchisegivers selskab skal afstå hele selskabet, såfremt franchisetageren vinder budrunden, må dog betyde at en franchisegiver ikke vil acceptere en shoot-out klausul.

Det er desuden uønskeligt for franchisegiver, at franchisetager har ret til at afstå samtlige kapitalandele i sit selskab, da dette, i en situation hvor markedet har udviklet sig negativt, kan være ensbetydende med, at franchisegiver pålægges væsentlige forpligtigelser. Dette scenarie minder om en finansiell put option, der som anført ovenfor vil være et farligt redskab at overlade til franchisetager.

At parternes selskaber har forskellig værdi, og at der bydes om hinandens kapitalandele, vil betyde at ejeren af franchisegivers selskab, vil skulle afgive bud på et selskab, som er markant mindre værd end hans eget. Dette skaber en betydelig ubalance, som fjerner det positive element ved shoot-out klausulerne, der i jointventure selskaber, er ensbetydende med, at prisen for kapitalandelene bliver fair og på markedsvilkår.

7.2.6. Delkonklusion

Det vurderes, at shoot-out klausuler ikke kan anvendes til at forbedre incitamentsstrukturen i franchiseforholdet. Dette skyldes primært, at hvor der i jointventures bydes om kapitalandele i et selskab, som er samejet af to parter, så bydes der i franchising om kapitalandelene i to forskellige selskaber, som er ejet af hver sin part. Dette vil føre til vanskeligheder, når en eventuel budrunde skal udspille sig da værdien af kapitalandelene i de to selskaber, må antages at være meget forskellig. Kapitalandelene i franchisegiverselskabet vil som udgangspunkt være meget mere værd end kapitalandelene i franchisetagerselskabet. Det konkluderes derfor, at ejeren af franchisegiver ikke har en interesse i at indlede en budrunde hvor parterne byder om hinandens kapitalandele, da ejeren af franchisegivers selskab, kan risikere at blive presset til at betale en langt højere pris for kapitalandelene i franchisetagerselskabet, for ikke at skulle afstå sine egne kapitalandele. Derudover er muligheden for, at franchisetager kan afstå hele sit selskab uønskelig for franchisegiver, da dette kan påføre ham en betydelig risiko. Samlet set er der altså for stor en ulempe forbundet med anvendelsen af shoot-out klausuler primært for franchisegiver.

8. Konklusion

På baggrund af analyserne i nærværende afhandling, må følgende konkluderes:

I konventionelle franchisekontrakter kan franchisetageren have incitament til at free-ride på franchisegiverens renommé. Tilstedeværelsen af asymmetrisk information muliggør franchisetagerens free-riding. Hovedårsagen til franchisetagerens free-riding skal findes i hans nyttefunktion. Franchisegiveren har mulighed for at modvirke franchisetagerens free-riding ved at indføre en række forskellige incitamentsskabende foranstaltninger. Særligt monitorering må anses som en effektiv foranstaltning til dette formål.

På trods af, at der f.eks. indføres monitorering, er franchisetageren fortsat ikke motiveret til at yde det bedst mulige indsatsniveau samt investere i relationsspecifikke aktiver. Franchisetagerens manglende motivation skyldes risikoen for hold-up. Hvis franchisetagerens omsætningen på det pågældende marked er høj nok, kan franchisegiveren have incitament til terminere franchisekontrakten, med henblik på at åbne egne salgsenheder. Når franchisegiveren indlejrer foranstaltninger med henblik på at modvirke franchisetagerens free-riding, vil dette øge sandsynligheden for at kontrakten termineres, hvorfor franchisetagerens hold-up risiko ligeledes forøges. Overordnet set må det konkluderes, at franchisetageren befinder sig i et termineringsdilemma. Det betyder, at omsætning der ligger over såvel som under et tilfredsstillende niveau vil resultere i, at franchisekontrakten termineres. Franchisegiveren kan løse hold-up problemet ved at indlejre hold-up safeguards, som beskytter franchisetageren relationsspecifikke investeringer. Hold-up safeguards mindsker franchisegiverens incitament til at terminere franchisekontrakten ved blandt andet at øge omkostningerne forbundet med termineringen af kontrakten. Ligeledes vil franchisetagerens hold-up risiko også mindskes, såfremt han kompenseres for sine relationsspecifikke investeringer i tilfælde af, at franchisekontrakten termineres.

Det konkluderes, at franchisegiveren formentlig kan løse både free-riding og hold-up problemet ved at indføre en balance af hold-up safeguards og kontrolforanstaltninger, som skal modvirke franchisetagerens free-riding. I denne forbindelse må hold-up safeguards siges at udgøre nøglen til både at løse free-riding og hold-up problemet. Årsagen hertil er, at franchisegiveren ved at indføre hold-up safeguards kan formindske franchisetagerens hold-up risiko i så stort et omfang, at franchisegiveren også har mu-

lighed for at indføre monitorering, uden at dette stiller franchisetageren i et termineringsdilemma. Såfremt parterne anlægger en konventionel tilgang til kontrakten, vil de ikke indlejre hold-up safeguards. Årsagen hertil er, at kontrakten ud fra en konventionel tilgang udgør en troværdig opsigelsestrussel. Indlejringen af hold-up safeguards, vil have den stik modsatte effekt, da dette formindsker opsigelsestruslen.

Det konkluderes ydermere, at baggrundretten på franchiseområdet ikke i stand til at forbedre incitamentsstrukturen. Den manglende særlovgivning samt de retlige principper og den sparsomme retspraksis overlader en høj grad af fleksibilitet til franchiseforholdets parter. Den høje grad af fleksibilitet kan anskues som noget negativt, da parterne som følge af deres opportunistiske adfærd har tendens til at udforme kontrakter, der forhindrer incitamentsforenelighed. På den anden side har parterne i vid udstrækning mulighed for at udforme kontrakten, således at den passer specifikt til deres særlige behov.

Det konkluderes, at parterne bør forlade den konventionelle tilgang til kontrakten og i stedet udøve strategisk kontrahering. I den forbindelse bør parterne inkorporere kontraktmekanismer, som 1) sikrer en optimal allokering af kommercielle risici og 2) beskytter franchisetageren mod risikoen for hold-up. Når franchisetageren beskyttes mod disse trusler, øges hans incitament til at foretage relationsspecifikke investeringer samt yde det højst mulige indsatsniveau. Som følge heraf opnår parterne mulighed for at generere relationsrente.

Det er blevet undersøgt i hvilket omfang optioner kan anvendes med henblik på at forbedre incitamentsstrukturen i franchiseforholdet. Det konkluderes, at reciproke optioner er bedre end ensidige optioner til at skabe incitamentsforenelighed. Reciproke optioner indebærer, at der udstedes en finansiell call option til franchisegiver og en real put option til franchisetager. Call optionen sikrer, at franchisetageren modtager compensation, såfremt franchisegiver overtager franchisetagerens selskab, når markedet viser sig at være mere modtageligt overfor forretningskonceptet end forventet. Derudover får franchisetager, igennem sin put option, mulighed for at opnå compensation, såfremt forretningen udvikler sig ugunstigt. Indlejringen af reciproke optioner, som en del af kontraktgrundlaget, syntes at være den ideelle løsning, på grund af parternes divergerende risikoprofiler. Et væsentligt element er den pris, som skal betales ved udnyttelsen af optionen. Med henblik på at formindske muligheden for free-riding op til overdragelsestidspunktet samt sikre, at prisen er på markedsvilkår, kan der med fordel anvendes en uafhængig vurderingsmand, eller en periodeopdelt overtagelsesmodel. Generelt må det konkluderes, at

der er mange positive elementer ved optioner, som formentligt kan forbedre parternes incitamentsstruktur.

Det er blevet undersøgt i hvilket omfang shoot-out klausuler kan anvendes med henblik på at forbedre incitamentsstrukturen i franchiseforholdet. Shoot-out klausuler kendes fra jointventureselskaber, som også ofte indebærer en stor grad af samarbejde mellem de deltagende parter. Dog konkluderes det, at shoot-out klausuler ikke er gavnlige i franchiseforhold. Shoot-out klausuler i franchiseforhold vil formentligt ikke kunne bidrage til en løsning af hold-up problemet. Dette skyldes primært det faktum, at franchisegiveren besidder retten til de immaterielle rettigheder, know-how, systemer osv. som franchisekonceptet er baseret på. Derudover er der en betydelig usikkerhed forbundet med anvendelsen af shoot-out klausuler, da parterne ikke på forhånd kan vide sig sikre på, hvem der i sidste ende er køber og sælger. Slutteligt må det nævnes, at der ved anvendelsen af shoot-out klausuler i jointventures bydes på kapitalandelene i samme selskab. Anvendes shoot-out klausuler derimod i franchiseforhold, vil parterne byde om kapitalandelene i hinandens selskaber, hvilket er uhensigtsmæssigt, grundet de betydelige forskelle mellem selskabernes aktivitet og størrelse.

9. Litteraturliste

Bøger:

Abell, Mark : *The franchise option a legal guide*. 1. udg. Waterlow publishing, 1989.

Andersen, Lennart Lyng og Palle Bo Madsen: *Aftaler og Mellemænd*. 7. udg. Karnov Group, 2017.

Andersen, Lennart Lyng. 2018. *Aftalelovens § 36 – fra kontraktfrihed til urimelighedskontrol*. København: Ex Tuto Publishing A/S. 1. Udgave

Andersen, Mads Bryde : *Grundlæggende aftaleret*. 4. udg. Gjellerups forlag, 2013.

Andersen, Mads Bryde og Joseph Lookofsky: *Lærebog i Obligationsret*. 1. 4. udg. Karnov Group, 2015.

Berger-walliser, Gerlinde og Kim Østergaard: *Proactive Law in a Business Environment*. 1. udg. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2012.

Crawford Spencer, Elizabeth: *The Regulation of Franchising in the New Global Economy*. 1. udg. Edward Elgar Publishing Limited, 2010.

Gomard, Bernhard m.fl.: *Almindelig kontraktsret*. 5. udg. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2015.

Hansen, Johannus Egholm & Lundgren, Christian. 2014. *Køb og salg af virksomheder*. København. Nyt Juridisk Forlag. 5. udgave.

Iversen, Bent : *Handelsagenten og eneforhandleren*. 5. udg. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2013.

Iversen, Bent : *International handelsret*. 7. udg. Gjellerup, 2012.

Knudsen, Christian : *Økonomisk metodologi*. Bind 2. 1. udg. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1997.

Lando, Ole, m. fl.: *Udenrigshandelens Kontrakter*. 5. udg. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2006.

Rasmussen, Jakob Ørskov: *The Franchise Law Review*. 4. udg. Gideon Robertson, 2017. Redigeret af Mark Abell

Richter, Rudolf : *Essays on New Institutional Economics*. 1. udg. Springer International Publishing, 2015.

Siedel, George og Helena Haapio: *Proactive law for managers: a hidden source of competitive advantage*. 1. udg. Gower Publishing Limited, 2011.

Sornn-Friese, Henrik : *Hvad er en virksomhed?: Erhvervsøkonomisk teori og analyse*. 1. udg. Samfundslitteratur, 2007.

Spencer, Elizabeth Crawford: *The Regulation of Franchising in the New Global Economy*. 1. udg. Edward Elgar , 2010.

Tvarnø, Christina D. og Ruth Nielsen: *Retskilder & Retsteorier*. 4. udg. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2014.

Williamson, Oliver E.: *The economic institutions of capitalism*. 1. udg. The Free Press, 1985.

Artikler

Andersen, Eigil Lego. 2014. *Aftalefortolkning. Ugeskrift for retsvæsen*. U.2014B.367.

Brickley, James A. og Frederik H. Dark: The choice of organizational form - The case of franchising. I: *Journal of Financial Economics* nr. 18, 1987, s. 401-420.

Coase, Ronald : The Problem of Social Cost. I: *Journal of Law and Economics* vol. 56, 2013

Coase, Ronald: The Nature of the Firm. I: *Economica* nr. 4(16), 1937, s. 386-405.

Dark, Frederick H. m.fl.: An Agency Perspective on Franchising. I: *Financial Management* nr. 20, 1991, s. 27-35.

Dyckjær-Hansen, Karen: Franchising. I: *Forhandlingerne på det 32. nordiske juristmøde i Reykjavík den 22.-24. august 1990. Del 1.* , 1990, s. 387-412.

Dyer, Jeffrey H og Harbir Singh: The Relational View: Cooperative Strategy and Sources of Inter- organizational Competitive Advantage. I: *Academy of Management Review* nr. vol. 23, no.4, 1998, s. 660-679.

Fleischer, Holger og Stephan Schneider: *Shoot-out clauses in Partnerships and Close Corporations – An Approach from Comparative Law and Economic Theory*. I: *Max Planck Private Law Research Paper No. 11/13*, 2011.

Hørlyck, Erik: *Lovgivning om franchising og forpagtning*. U.1990B.2017, UfR Online, 1990.

Lafontaine, Francis: Agency Theory and Franchising: Some Empirical Results. I: *The RAND Journal of Economics* nr. 23 no. 2, 1992, s. 263-283.

Levinthal, Daniel: A survey of agency models of organizations. I: *Journal of Economic Behavior and Organization* nr. 9, 1988, s. 153-185.

Madsen, Christian Frank og Kim Østergaard: Udkast til artiklen: *Loyalitetsgrundsætningen i dansk ret - indhold og retsvirkninger ved tilsidesættelse*. (Endnu ikke udgivet)

Moalem, David: *Fortielser ved kontraktindgåelse – Om obligationsrettens loyale oplysningspligt*, U.2004B.133, UfR Online, 2004.

Petersen, Bent m.fl.: can real options shift the commitment-flexibility tradeoff in international franchising. I: *Strategic Management Society*, 2018, s. 1-7.

Petersen, Bent m.fl.: *Reciprocal Use of Real Options as a Mode of Entry*. 2019.

Petersen, Bent m.fl.: The termination dilemma of foreign intermediaries: Performance, anti-shirking measures and hold-up safeguards. I: *Advances in International Marketing* nr. 16, 2006, s. 317-339.
Petersen, Bent: Mode flexibility: *What are the tradeoffs and how to deal with them?*

Wegener, Morten : Lovgivning om franchising?. I: *Ugeskrift for Retsvæsen* nr. U.1990B.217, 1990, s. 218-231

Wegener, Morten: Ophør af franchiseaftaler. I: *Juristen* nr. 6, 1997, s. 264-287.

Østergaard, Kim og Bent Petersen: Reconciling contracts and relational governance through strategic contracting. I: *Journal of Business & Industrial Marketing* nr. 33 , 2018, s. 265-276.

Østergaard, Kim: Metode på cand.merc.jur studiet. I: *julebog 2003*, 2003

Østergaard, Kim: Relevansen af interdisciplinær forskning og empiri i samfundsvidenskaben. I: *Retfærd* Nr. 146 2014/3, 2014.

Østergaard, Kim: Strategisk kontrahering - efterfølgende omstændigheder: Om anvendelsen af hardship- og gevinstklausuler som kontraktjusteringsmekanismer. I: *Festskrift til Sten Schaumburg-müller: ikke kun retsfilosofi*, 2016, s. 435-449.

Hjemmesider:

http://detailfolk.dk/detailnyheder/franchising_har_enormt_potentiale_i_danmark.html (hjemmesiden sidst besøgt d. 8. maj 2019)

<https://www.iaccm.com/resources/?id=10245> (hjemmesiden sidst besøgt 8. maj 2019)

<http://vmguidelines.dkpto.dk/aa/aaa/fornyelser-og-aendringer-i-registreret/aendringer-i-registeret/licensaftaler.aspx> (hjemmesiden sidst besøgt d. 8 marts 2019)

<http://www.ip-handelsportal.dk/aftaleindgaaelse/valg-af-aftale/licensaftaler.aspx> (hjemmesiden sidst besøgt d. 8 marts 2019)

<https://www.mcdonalds.com/dk/da-dk/job-og-fremtid/franchising.html> (hjemmesiden besøgt. d. 15 april 2019)

<https://sostrenegrene.com/da/franchise/> (hjemmesiden siden besøg d. 16 april 2019)

<https://finans.dk/erhverv/ECE11226020/pizzakaeden-dominos-er-gaaet-konkurs-i-danmark/?ctxref=ext> (hjemmesiden siden sidst besøgt d. 14 maj 2019)

<https://corporate.flyingtiger.com/en/About---Business-model> (hjemmesiden Sidst besøgt den 11. marts 2019.)

Afgørelser og domme:

UfR 2000.1543H, Ingeniør- og Handelsfirma Claus Reinhold Andersen ved Claus Reinhold Andersen mod Motovario S.p.A., Højesterets dom af 12. april 2000.

UfR 2000.1581H, Markisol AB og Mairo AB mod Stila-Plast A/S, Højesterets dom 25. april 2000.

UfR 2000.1980H, A/S Poul Thoft Simonsen mod Hedensted Gruppen A/S Højesterets dom af 20 juni. 2000.

UfR 2000.567H, Chateau de Cognac S.A. mod Taster Wine A/S, Højesterets dom af 15. december 1997.

UfR 2001.260H, Gastrolux GmbH mod Pyrolux Production A/S, Højesterets dom af 1. november 2000.

UfR 2007.974H, Toyota Danmark A/S mod Knud Jørgensen Automobiler A/S, Højesterets dom af 11. januar 2007.

UfR 20081911H, SAV-Danmark Trading A/S mod Raufoss Water & Gas AS Norge, Højesterets dom af 14. maj 2008.

UfR 2018.1334V, Skousen Online Services A/S mod Skousen Mega Syd ApS, Vestre Landsrets kendelse af 20. december 2017.

UfR. 2019.1347V, René John Ipsen ApS mod Rema 1000 Danmark A/S, Vestre Landsrets dom af 12. december 2018.

Love:

Aftaleloven:

Lov 1917 1917-05-08 nr 242 om Aftaler og andre Retshandler paa Formuerettens Omraade. med senere ændringer: Lov 1975-06-12 nr 250, Lov 1994-12-21 nr 1098, Lov 1995-06-14 nr. 389, Lov 1996-05-22 nr 385 , Lov 2011-12-28 nr. 1376, Lov 2015-12-15 nr. 1565

Selskabsloven:

Lov 2009-06-12 nr. 470 om aktie- og anpartsselskaber (selskabsloven) med senere ændringer: Lov 2016-03-17 nr. 262, Lov 2016-06-08 nr. 631, Lov 2016-12-13 nr. 1547, Lov 2017-06-08 nr. 665, Lov 2018-05-23 nr. 503, Lov 2018-05-29 nr. 675, Lov 2018-05-29 nr. 676 og Lov 2019-04-13 nr. 445

Kong Christian Den Femtis Danske Lov år: 1683

10. Bilag

Bilag 1: Interview med Bo Zoffmann

Om Bo Zoffmann

Bo Zoffmann er partner hos konsulenthuset PS4 hvor han hovedsageligt rådgiver om franchising. Han har over 25 års erfaring med franchising og har tidligere været CFO i McDonald's Danmark, hvor han ligeledes havde ansvaret for franchising. Ud over at Bo har medvirket til udviklingen af over 20 franchisekoncepter i Danmark, er han ligeledes forfatter til flere bøger på området.

Spørgsmål A: Hvad er PS4's rolle i branchen?

Svar:

PS4 rådgiver virksomheder med at skabe franchisekoncepter. Vi hjælper med at omsætte gode forretningskoncepter til et franchisekoncept. Det må ikke bare være en forretningsidé. Det er hel centralt, at virksomheden allerede har succes. Vi hjælper dem kort sagt med at strukturere konceptet, således at de kan kopieres. Det handler om at afdække præcis hvilke elementer, der skaber succes for virksomheden. Vi hjælper med at strukturere en franchisemanual, et træningsprogram samt et support- og kontrolprogram. PS4 rådgiver udelukkende på franchisegiverens side. I PS4 hjælper vi også nogle gange med at finde de potentielle kandidater, som kan blive franchisetagere. Ofte bliver vi dog først inddraget i selve udvælgelsesprocessen.

Spørgsmål B: Hvordan fungerer udvælgelsesprocessen af franchisetageren?

Svar:

Kandidater til rollen som franchisetagere opsøger ofte selv franchisegiver, hvorefter der iværksættes en intensiv screening af kandidaten. Det foregår på den måde, at vi starter med at sige til den udvalgte kandidat, at vi skal igennem et længere forløb sammen. Derudover gør vi det klart, at ingen af os er bundet af noget som helst, før franchisekontrakten er underskrevet.

Hos PS4 starter vi altid med en telefonscreening, hvor vi hører om der er et finansielt grundlag hos kandidaten for at blive franchisetager. Hvis det finansielle grundlag ikke er til stede, så er der ingen grund til at fortsætte processen. Inden vi så går videre med processen, underskriver vi en non disclosure agreement. Derefter afholder vi et langt personligt møde, hvor vi lærer kandidaten bedre at kende, og hvor

vi udveksler materialer. På mødet gennemgås også det finansielle element. Hvor meget skal franchisetageren forvente at investere, og hvor meget kan han forvente i afkast. Franchisetageren præsenteres også for et forkortet udkast af franchisekontrakten, hvor de væsentligste elementer gennemgås i fællesskab. På mødet screenes kandidaten ligeledes i forhold til hans personlighed, samt hans evner og kompetencer.

Efter mødet går vi ind i den næste fase som kaldes "OJE-fasen". OJE vender to veje. For kandidaten er OJE en forkortelse for "on the job experience". Kandidaten skal så at sige prøve forretningskonceptet af i en allerede eksisterende filial for at se, om han har lyst til at bruge sin tid på at drive en sådan forretningskoncept. For franchisegiver betyder OJE "on the job evaluation". Franchisegiveren evaluerer kandidaten og ser, om de elementer som blev afdækket under samtalen i virkeligheden er til stede.

Hvis parterne fortsat er interesseret hinanden, underskriver de en hensigtserklæring, hvor kandidaten erklærer, at han har til hensigt at blive franchisetager i det pågældende forretningskoncept. Ligeledes skriver franchisegiver under på, at han har til hensigt at indgå en franchisekontrakt med kandidaten. Derefter går kandidaten i træning. Kandidaten skal oplæres i at drive franchiseforretningen fra A til Z. Ofte udarbejdes et langt træningsprogram. Grundlaget for træningen af kandidaten er franchisemanualen, som er meget omfattende. Manualen skal ikke anses som et opslagsværk, men derimod som dokumentation for hvordan hele forretningskonceptet fungerer. Manualen er ekstremt detaljeret, og den berører alle aspekter af forretningskonceptet. Undervejs certificeres kandidaten i de enkelte elementer af franchisemanualen. I Mc Donalds varer træningen et helt år, hvor franchisetagen ikke får løn undervejs. Franchisekontrakten underskrives først når parterne i fællesskab har fundet en lokation for franchiseforretningen, og når kandidaten har bestået sin træning og er certificeret i hele franchisemanualen.

Spørgsmål C: Hvad oplever du i praksis er franchisegivers største problem?

Svar:

Franchisegiverens største problem er at finde de rigtige franchisetagere til forretningskonceptet. Hvis vi går lidt længere tilbage i processen, så er franchisegivers største vanskelighed at identificere hvilke elementer, som skaber succes i franchisegiverens egne forretningsenheder. Med andre ord hvilke elementer der skal indlejres i franchisekontrakten og franchisemanualen, med henblik på at viderebringe forretningskonceptet succes til franchisetagerne forretninger.

Spørgsmål D: Hvad er den typiske kontraktlængde for de franchisekontrakter som PS4 er med til at udarbejde?

Svar:

I 9 ud 10 tilfælde laver i vi 5-årige kontrakter. Det giver en vis dynamik. Hvert år afholder vi en samtale med den pågældende franchisetager og evaluerer hans performance. Hvis franchisegiveren efter de 5 år ikke har gjort det godt nok, forlænger vi ikke kontrakten.

Spørgsmål E: Hvad er franchisegivers motivation for at gå ind i franchising?

Svar:

Små virksomheder med mindre kapital kan ekspandere hurtige ved hjælp af franchising. Det væsentlige i min optik og hos alle de franchisegivere, som jeg har rådgivet, er kvaliteten og motivationen af de franchisetagere, man indgår franchisekontrakten med. I høj grad fordi franchisetagerens aflønning afhænger af franchiseforretningens resultater. Det er fuldstændigt centralt, at franchisetageren ikke blot for del i et eventuelt overskud, men at han også oplever et ejerskab af forretningen. Det er super motiverende for mennesker. Hos PS4 oplever vi også, at medarbejderne bliver meget længere i forretninger der er drevet af en franchisetager end i forretningen som franchisegiveren selv driver.

Spørgsmål F: Er der rum til forhandling når kontrakten bliver præsenteret?

Svar:

Det kommer an på modenheden af franchisekonceptet, og det kommer an selvsikkerheden hos franchisegiver. Meget ofte får de første franchisetagere noget forhandling igennem, da de første franchisetagere er de vigtigste. Men senere er der ikke rum til forhandling. I Mc Donalds lavede vi ikke om på franchisekontrakten. Alle franchisetagere blev tilbudt den samme kontrakt.

Spørgsmål G: Har du erfaringer med begrebet realoptioner?

Svar:

Nej det har jeg ikke. Jeg er jo opdraget i Mc Donalds-systemet. Der var ganske få ting som vi afgjort ikke måtte gøre. Hvis vi havde nægtet en kontraktforlængelse til en franchisetager, så var der forbud mod at vi selv erhvervede, fordi det ville være politisk og forretningsmæssigt forkert.

Til gengæld har vi nogle gange stået i en situation, hvor vi har fundet en super god kandidat til rollen som franchisetager, men vedkommende har ikke midlerne til at investere i konceptet. Så gjorde vi i McDonalds det, at vi investerede i alle aktiverne. Derefter havde franchisegiver en option på at købe alle aktiverne af MC Donalds de første 3 år.

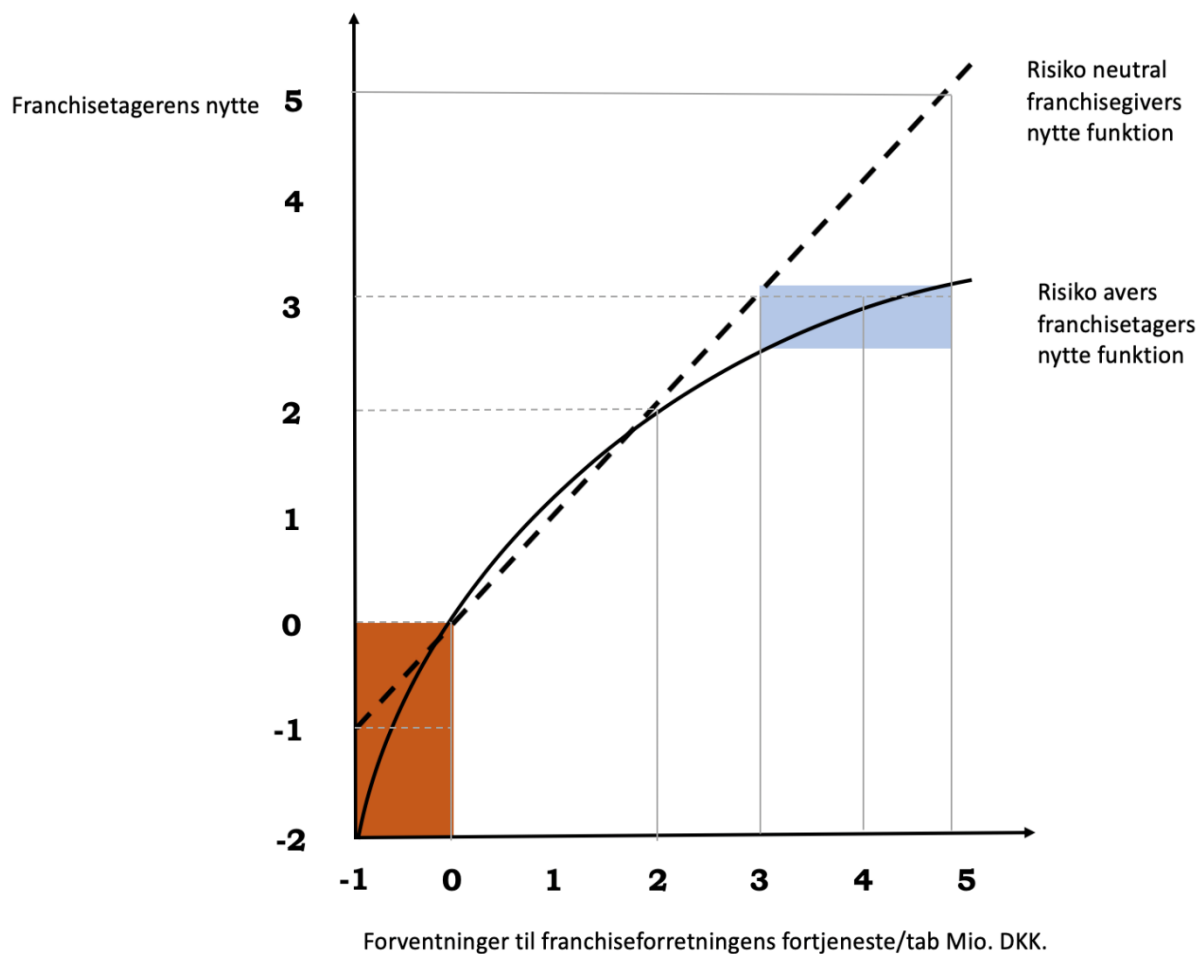
Spørgsmål H: Kan du forstå at franchisetager er bange for at franchisegiveren ophæver kontrakten med henblik på selv at levere til det pågældende marked?

Svar:

Jeg kan ikke forstå hvorfor franchisegiveren skulle gøre det. Det er forretningsmæssigt selvmord. Franchisegiveren vælger jo netop franchising, fordi denne ikke vil stå for den daglige drift. Til gengæld er det typisk et problem vi støder på under kontraktforhandlingerne. Særligt franchisetagerens advokat er bange for, at franchisegiveren ophæver kontrakten, hvis det går "for godt". Vores argument til franchisetageren er, at franchisekontrakten er meget ensidig, da den beskytter franchisekonceptet og dets franchisetagere. Det er ikke en opfattelse som deles af franchisetagerens advokat. Dog skriver franchisetager som regel under alligevel, da vi får ham overbevist om at franchisekontrakten udelukkende er ensidig fordi den beskytter ham.

Bilag 2: Franchisegiverens og franchisetagerens nytte ved indlejring af reciproke optioner

Figur 1: Franchisetagerens gevinst og tab af nytte ved reciproke optioner



Figur 2: Franchisegiverens gevinst og tab af nytte ved reciproke optioner

