



**Copenhagen
Business School**

Realoptioner i franchisekontrakter som led i at udøve strategisk kontrahering

Kandidatafhandling af Rasmus Puggaard Hansen

Cand.merc.jur

(260789-xxxx)

Juridisk vejleder: Kim Østergaard

Økonomisk vejleder: Bent Petersen

Samlede anslag: 181.802

Copenhagen Business School, Forår 2016

Indholdsfortegnelse

Executive Summary	6
<u>1</u> Præsentation af problemstilling	<u>7</u>
1.1 Indledning	7
1.2 Problemformulering	8
1.3 Synsvinkel	9
1.4 Afgrænsning	10
1.5 Teori og metode	12
1.5.1 Grundlæggende om den erhvervsjuridiske metode	12
1.5.2 Retsdogmatisk metode	12
1.5.3 Økonomisk metode	13
1.5.4 Interdisciplinær metode	15
1.6 Struktur	16
<u>2</u> Begrebsafklaring	<u>17</u>
2.1 Kort om franchising og begrebets placering i forhandlerretten	17
2.2 Risikobegrebet	18
2.3 Realoptionen som den anvendes i nærværende afhandling	19
2.4 Aktivspecifitet og relationsspecifikke investeringer	20
<u>3</u> Investeringssynspunktet og godtgørelse	<u>23</u>
3.1 Indledning	23
3.2 Mellemands- og forhandlerretten	23
3.2.1 Handelsagentloven	23
3.2.1.1 Godtgørelsesreglen i HAL § 25	24
3.2.2 Retsstillingen ved eneforhandlerforhold	25
3.2.2.1 Udgangspunktet	26
3.2.2.2 Kort om ophørs- og erstatningsmulighederne	27
3.2.2.3 Goodwillgodtgørelse	29
3.2.3 Særligt om franchiseforholdet og kvalificeringen heraf	35
3.2.3.1 Den integrerede forhandler	36
3.2.3.2 Fuldmagt i franchising	36
3.3 Perspektivering	37
3.3.1 Beskyttelsespræceptiv lovgivning?	38

3.3.1.1	Danmark.....	38
3.3.1.2	Norge.....	39
3.3.2	Draft Common Frame of Reference	39
3.4	Delkonklusion	40
<u>4</u>	<u>Den retlige mulighed for en realoptionsanvendelse</u>	<u>42</u>
4.1	Indledning	42
4.2	Franchiseaftalen og baggrundsretten	43
4.2.1	Standardkontrakter for franchising	43
4.3	Aftalefrihed og klausulens gyldighed	44
4.3.1	Aftalefrihed	44
4.3.2	Klausulens gyldighed.....	45
4.3.3	Væsentlig misligholdelse	46
4.4	Kontraktfortolkning	47
4.4.1	Fortolkningsparadigmer	47
4.4.1.1	Kort om de forskellige fortolkningsmetoder og fortolkningsregler.....	47
4.4.1.2	Koncipistreglen og særlige fortolkningsparadigmer.....	48
4.5	Private ordering.....	48
4.6	Juridiske begrænsninger/risici ved brugen af realoptioner	49
4.6.1	Baggrundsrettens anvendelse.....	49
4.6.2	Lovvalg	50
4.6.3	Forumvalget	51
4.7	Delkonklusion	51
<u>5</u>	<u>Generelle hindringer og værn til incitamentsforeneligheden</u>	<u>52</u>
5.1	Indledning	52
5.2	Økonomiske barrierer til incitamentsforeneligheden.....	52
5.2.1	Asymmetrisk information	52
5.2.1.1	Ex-ante	52
5.2.1.2	Ex-post	52
5.2.2	Principal agent teori	53
5.2.2.1	Moral hazard (investeringssynspunkt).....	53
5.2.2.2	Freerider-problemet (appropriering af brand).....	54
5.2.3	Opportunisme og hold-up	54
5.3	Øvrige juridiske værn og realoptionens fleksibilitet.....	55
5.3.1	Lang uopsigelse.....	55

5.3.1.1	Klausulens berettigelse og begrænsninger	55
5.3.1.2	Statisk ramme for samarbejde.....	56
5.3.1.3	Realoptionens overlegenhed	57
5.3.2	Hardship klausul	57
5.3.2.1	Klausulens berettigelse og begrænsninger	57
5.3.2.2	Juridisk usikkerhed	58
5.3.2.3	Realoptionens overlegenhed	58
5.3.3	Samspillet med realoptionen.....	58
5.4	Delkonklusion	58
6	<u>En konsekvensbetragtning ved fraværet og anvendelsen af realoptionen</u>	<u>60</u>
6.1	Indledning	60
6.2	Forudgående betingelser for brugen af realoptioner	60
6.2.1	Usikkerhed vedrørende irreversible investeringer	60
6.2.2	Asymmetriske risikoprofiler	60
6.3	Situationen uden realoptionen.....	61
6.3.1	Incitamentsuforenelighed.....	61
6.3.1.1	Shirking.....	61
6.3.1.2	Hold-up	61
6.3.2	Termineringsdilemmaet	62
6.3.3	Spilteoretisk illustration	65
6.4	Situationen med realoptionen	66
6.4.1	Call- og put-optionen	66
6.4.1.1	Call-optionens værdi.....	66
6.4.1.2	Put-optionens værdi	67
6.4.1.3	Begrænsningerne ved en unilateral option.....	68
6.4.2	Realoptionen og reciprocitet	68
6.4.2.1	Oparbejdet værdi bibeholdes	69
6.4.2.2	Realoptionen som forhandlingsmekanisme	70
6.4.2.3	Spilteoretisk illustration	70
6.4.2.4	Kritik af realoptionens virke	72
6.5	Implikationer ved brugen af realoptioner	72
6.5.1	Værdiansættelsen på ophørstidspunktet.....	72
6.5.2	Slidtagegrad	72
6.5.3	Omkostningsfaktoren.....	73

6.5.3.1	Sammenlignelige markeder	73
6.5.3.2	Likviditetshensyn.....	73
6.6	Delkonklusion.....	73
<u>7</u>	<u>Implementeringen af realoptionen: Strategi og koncipering</u>	<u>75</u>
7.1	Realoptionens strikepris.....	75
7.1.1	Strikepris.....	75
7.1.1.1	Resultataflønning.....	75
7.1.1.2	Kompensation for investeringer.....	77
7.1.2	Gennemsnitsanvendelse	78
7.2	Koncipering af klausulen	80
<u>8</u>	<u>Konklusion</u>	<u>82</u>
<u>9</u>	<u>Perspektivering</u>	<u>84</u>
	<u>Litteraturliste</u>	<u>85</u>

Executive Summary

The topic of this Master thesis is motivated by the perceived inefficiencies with regards to the traditional risk allocation between the parties to a franchise agreement.

The aim of the thesis is to transfer more risk to the franchisor through the use of real options, especially given that the franchisee is the weaker and more risk averse party to the contract. Extending the existing, albeit limited, real option theory to the context of franchising, is a pragmatic attempt to align the incentives of the franchisee with the franchisor, the goal of which is to create effective strategic contracting.

Franchising is not explicitly regulated, and the examination of the default rules as well as relevant case law practically delimits the franchisee from remuneration for goodwill and, by analogy, investments. As such, the employment of real options provide the franchisor and franchisee with a call- and put-option, respectively, which act as exit-options that ensure a two-tiered compensation for the franchisee. Enhancing the position of the franchisee in relation to the cessation of the contract will prompt the franchisee to increase the level of initial investments as well as effort, thereby improving long-term profitability and brand value to the benefit of the both parties. As a consequence to this, the franchisor may consider requiring a higher royalty rate by the franchisee which may balance out the increased compensation expense.

The thesis will include both technical and practical considerations for implementing a real option clause, with agency- and game theory being the main drivers for the economic reasoning.

A solution is proposed where the franchisor grants the franchisee a compensation for a variable degree of the investments held, as well as a percentage-based remuneration based on the generated level of procurement from the franchisor.

In conclusion, a draft template for a potential realoption clause including adjustable mechanisms is introduced, as the very nature and profiles of the parties to a franchise agreement precludes a one-size-fits-all arrangement.

1 Præsentation af problemstilling

1.1 Indledning

Brugen af franchising som kontraktform øges i takt med at verdenshandelen i stadig stigende omfang får international karakter. Alene i USA steg antallet af franchisevirksomheder fra 736.114 i 2011 til 781.991 i 2015 med en positiv vækst for hvert år.¹ Kontraktformen må derfor vurderes at være central, da franchiseindustrien tegner sig for ca. 50% af den samlede detailhandel i USA.²

Franchising er historisk set en yderst succesfuld forretningsform for virksomheder der søger (udenlandsk) vækst på en sikker og effektiv måde. Det er en forretningsform, som har set en rivende vækst siden slutningen af 80'erne. Af de forskellige former for franchising er den såkaldte "systemfranchising"³ (herefter blot "franchising") den mest benyttede, hvorfor der opereres med denne form for franchising i nærværende afhandling. Franchisekonstruktionen skaber en fleksibel ramme for et partnerskab, hvor franchisegiveren, eller ejeren af forretningskonceptet, mod en engangsbetaling indgår en licensaftale med den selvstændigt virkende franchisetager, som hermed opnår retten til at bruge franchisegiverens navn og varemærke sammen med forretningssystemet. Hovedessensen ved forretningsformen er hermed, at franchisetageren, for egen regning og risiko, forpligter sig til at afsætte franchisegiverens produkter i konformitet med forretningskonceptet, samt at afholde de fornødne investeringer til at muliggøre dette.

Afsætningen via selvstændigt virkende tredjemænd er for franchisegiveren sædvanligvis mindre kapitalkrævende og risikobetonet end ved opstart af egen salgsorganisation. Denne form vil derfor være at foretrække, særligt på udenlandske markeder, i perioder med lavkonjunktur og faldende salg, eller på markeder med en høj grad af usikkerhed. Som følge heraf har der udbredt sig en skæv risikofordeling mellem kontraktsparterne i de traditionelle franchisekontrakter, hvor franchisegiveren ved konciperingen af franchisekontrakten traditionelt set har væltet en høj grad af risikoen over på franchisetageren som den økonomisk svagere part. Jeg ser denne klassiske kontraktkonstellation som værende sub-optimal, begrundet i dens virkning ved at skabe en fundamental incitamentsuforenelighed mellem kontraktsparterne.

¹ <http://www.statista.com/statistics/190313/estimated-number-of-us-franchise-establishments-since-2007/>

besøgt d. 11 januar 2016. Kilde: International Franchise Association; IHS Global Insight.

² <http://www.azfranchises.com/quick-franchise-facts/> besøgt d. 11 januar 2016.

³ På engelsk: "Business Format Franchising".

Denne grundlæggende forskel i parternes risikovillighed, særligt med henblik på afholdelsen af kapitaltunge investeringer ved samarbejdets start, har man ud fra et kontraktøkonomisk synspunkt tidligere søgt afhjulpeth ved hjælp af proaktive klausuler, såsom en lang uopsigelsesperiode eller en pligt for franchisegiver til at tilbagekøbe franchisetagerens fysiske aktiver ved kontraktens udløb. Om end disse klausuler må siges at afhjælpe flere risikofaktorer⁴, mellem parterne kan det undertiden, særligt i de større og mere etablerede franchisesystemer, synes værdiskabende at modvirke incitamentsforeneligheden ved indarbejdelsen af en realoptionsklausul i parternes kontrakt. Denne mulighed søger at mindske de eksogene såvel som de endogene risikofaktorer med formålet om en fremtidsorienteret sikring af det kontraktuelle forhold, som endvidere kan resultere i et overnormalt afkast i perioden for kontraktens beståen.

Kortfattet vil en reciprok realoption give parterne retten til henholdsvis at købe eller sælge franchisetagerens forretning til en præspecificeret prisstruktur, der indebærer en (delvis) kompensation for relationsspecifikke investeringer samt en procentbaseret godtgørelse for franchisetagerens oparbejdede indkøbsniveau hos franchisegiver.

Litteraturen har hidtil kun i et meget begrænset og snævert omfang⁵ taget stilling til anvendelsen af realoptioner i franchiseforhold, hvorfor der er plads til nytænkning og forbedringer.⁶ Gorovaia og Windsperger har tillige nævnt dette faktum, samt at det er et område der indeholder potentiale for en optimering af franchisekonstruktionen.⁷ Med denne iagttagelse er det mit ønske at belyse, hvorvidt en anvendelse af realoptioner ud fra et integreret juridisk og økonomisk synspunkt vil være mulig og rentabel, særligt med henblik på ønsket om at sikre den optimale afholdelse af investeringer og skabe incitamentsforenelighed.

1.2 Problemformulering

Ved betragtningen om hvorvidt en anvendelse af realoptioner vil være værdiskabende for kontraktens parter vil jeg helt grundlæggende retfærdiggøre og redegøre for brugen af realoptioner som anført nedenfor:

⁴ Disse klausuler er dog ofte begrænsede ved kun at tage højde for enten eksogene eller endogene risikofaktorer.

⁵ Herunder Zeng & Zhang, 2010, som opsummerer brugen af realoptioner indenfor 16 områder uden dog at tage stilling til anvendelsen indenfor franchising. Realoptioner er ikke i litteraturen blevet anvendt som i nærværende afhandling, foruden et forsøg af Andersen, 2010, der i sin afhandling kort har bemærket en mulig anvendelse af realoptioner i franchiseregi som et alternativ til monitorering af franchisetageren.

⁶ Det er herved værd at afdække hvorledes en sådan anvendelse er mulig, særligt i forhold til et paradigmeskifte i den måde, hvorpå der normalt kontraheres.

⁷ Gorovaia & Windsperger, 2013, s. 183-184.

”I hvilken udstrækning er der mulighed for at opnå godtgørelse og/eller anvende realoptioner i franchiseforhold i forbindelse med strategisk kontrahering med henblik på at skabe incitamentsforenelighed og dermed mindske opportunistisk adfærd?”

For at besvare ovenstående problem vil jeg tage udgangspunkt i følgende:

1. I hvilket omfang kan franchisetager få godtgørelse for relationsspecifikke investeringer ved opsigelse af franchisekontrakten?
2. Hvorledes kan realoptioner sikre den fornødne afholdelse af relationsspecifikke investeringer i kontraktforholdet?
3. Hvordan vil anvendelsen af realoptioner mindske de endogene og eksogene risikofaktorer i kontraktforholdet?
4. Hvorledes bør en klausul om anvendelsen af realoptioner konciperes i kontrakten, og på hvilken baggrund skal den indføres?

I forbindelse med ovenstående problemformulering søges det vurderet, hvorvidt brugen af realoptionen sikrer en over-normal compensation i kontraktperioden, således at den kan opveje den ekstra omkostning som denne vil medføre i transaktionsomkostninger. Målet for franchisegiver er herved, at compensationen til franchisetageren kan retfærdiggøre en øget royaltysats, samt at en delvis dækning af investeringerne vil være mulig ved et en eventuel videreoverdragelse.

1.3 Synsvinkel

Ved målsætningen om at skabe en relationsrente⁸ mellem parterne ansues problematikken fra en større, dansk franchisegivervirksomheds synspunkt, hvor der kontraheres med en udenlandsk franchisetager. Årsagen til at franchisegivers virksomhed anlægges som analyseenhed skyldes hovedsageligt, at franchisegiveren med sin antagelsesvis høje forhandlingsstyrke vil være den dominerende part ved udformningen af kontrakten. Vedkommende bærer dermed det større ansvar for at tilrettelægge en kontrakt, der skaber merværdi mellem parterne. Endvidere vil

⁸ Økonomerne Jeffrey H. Dyer & Harbir Singh definerer relationsrenten som indeholdende fire kumulative betingelser: Investeringer i relationsspecifikke aktiver, vidensdeling, kombinationen af komplementærressourcer, samt effektiv governance. Relationsrenten karakteriseres som en overnormal profit genereret i fællesskab, som ikke kan genereres af selskaberne i isolation, og som kun kan skabes ved fælles idiosynkratiske bidrag af de specifikke alliancepartnere.

franchisegiver, der typisk er en større økonomisk aktør, også ofte udrulle en mere eller mindre monolitisk eller ensrettet kontrakt⁹ på de eksterne markeder, hvorfor denne fremstilling findes at have størst relevans ved benyttelsen af kontrakten som analyseenhed.

Opmærksomheden skal henledes på, at denne synsvinkel, trods et selvsagt ønske om profitoptimering fra franchisegivers synspunkt, dog i allerhøjeste grad også inddrager den udenlandske franchisetagers forhold, idet den grundlæggende tese er, at parternes succes i en vis udstrækning er hinanden gensidigt betinget. Målet er hermed parternes fællesoptimering.

Kendetegnende ved den valgte synsvinkel er det interessante faktum, at kontraktsparterne i franchiseregi traditionelt set har anlagt den konventionelle jura som ramme for aftalen. Med denne afhandling søges det i stedet undersøgt, hvorvidt en proaktiv benyttelse af juraen som virksomhedens styringsinstrument kan skabe bedre rammer for den ønskelige langvarige kontraktrelation, hvorved franchisegiveren bærer en betydelig del af ansvaret herfor. Anlægningen af virksomheden (her franchisegiver) som synsvinkel lægges desuden til grund ved anvendelsen af den erhvervsjuridiske metode¹⁰ som nærmere beskrevet nedenfor i afsnit 1.5.1.

1.4 Afgrænsning

Da der findes forskellige former for franchisemetoder vil nærværende afhandling tage udgangspunkt i systemfranchising som indebærer, at franchisegiver, mod en royaltybetaling, stiller sit forretningskoncept og varemærkerettigheder til rådighed for franchisetager.

Afhandlingens problemstilling kan influeres af parternes risikoprofiler. Der findes mange forskellige scenarier vedrørende de involverede parter, men den i litteraturen mest forekommende konstellation omfatter en risikoneutral franchisegiver og en risikoavers franchisetager,¹¹ hvorfor afhandlingen også vil tage udgangspunkt i denne konstruktion. Den klassiske principal/agent teori, som udgør en central del af den økonomiske metode, forudsætter endvidere en sådan risikofordeling mellem parterne.¹² Denne risikoprofil er desuden også til en vis grad påkrævet, såfremt realoptionen skal resultere i en værdiforøgelse og ikke blot resultere i en ren omfordeling i form af et *zero-sum game*.¹³

⁹ Ofte ved anvendelsen af en standardkontrakt, der undertiden benævnes som en adhæsionskontrakt.

¹⁰ Østergaard, 2003, s. 280.

¹¹ Som også anført i Asmussen, Petersen & Albertoni, 2016.

¹² Petersen, 2015, s. 13.

¹³ Albertoni & Petersen, 2016, s. 2.

Hovedfokus vil være på en mulig anvendelse af realoptionen som den altomfattende beskyttelsesforanstaltning til sikring af parternes incitamentsforenelighed. Herved vil det i afhandlingen også kortvarigt blive diskuteret, hvorledes andre, evt. mindre omstændige kontraktuelle tiltag, vil have den tilsvarende ønskelige økonomiske virkning. Dette vil være tilfældet i Afsnit 5.3, der søger at vurdere hvorvidt realoptionen er øvrige kontraktuelle tiltag overlegen.

I forbindelse med ovenstående vil der i afhandlingen afgrænses til inddragelsen af privatretten ved parternes civilretlige status, og der behandles derved ikke offentligretlige problematikker. Endvidere afgrænses der fra konkurrence- samt EU-retten og tilhørende direktiver (med undtagelse af rådets direktiv 86/653/EØF). Det antages således ikke, at franchisegivers eksekvering af call-optionen vil medføre problematikker i forbindelse med TEUF¹⁴ artikel 102.

Med hensyn til analysens relevans og anvendelighed vil det, medmindre at andet er anført, antages, at der, som defineret af økonomen Michael Porter, foreligger et *strategic fit* i parternes forhold. Dette indebærer at parterne har samme generiske strategi ved forfølgelsen af konkurrencemæssige fordele.¹⁵¹⁶

Ved udarbejdelsen af realoptionens kompensationsstruktur, herunder en godtgørelse for franchisetagers afholdte investeringer, afgrænses der fra at foretage en dybdegående analyse af regnskabsmæssige problematikker, herunder afskrivninger på investeringer, ved udregningen af compensationen. Der afgrænses ligeledes fra de større problemstillinger forbundet med de relationsspecifikke investeringer, såfremt de er af ringere stand/værdi end forventet ved tilbageleveringen af disse brugte genstande. Disse to problemstillinger vil dog ganske kort blive benævnt og adresseret i afhandlingens Afsnit 6.5.

¹⁴ Traktaten om den europæiske unions funktionsområde (*Lissabontraktaten*) som trådte i kraft fra december 2009.

¹⁵ Østergaard, 2016, s. 436.

¹⁶ Afsnit 5.3.1 benævner en hypotetisk situation vedrørende en ex-post erkendelse af manglende strategic fit, samt hvorledes at realoptionen kan tage højde herfor.

1.5 Teori og metode

1.5.1 Grundlæggende om den erhvervsjuridiske metode

Som lagt til grund ovenfor vil afhandlingen tage virksomhedens (franchisegivers) synsvinkel. Med denne synsvinkel vil der i opgaven tages udgangspunkt i den interdisciplinære erhvervsjuridiske metode som den overordnede styringsform af afhandlingen. Denne tager passende udgangspunkt i virksomheden som problemejer (analysesubjekt), og flytter derved problematikken væk fra samfundsplanet og ned på virksomhedsniveau.

Den erhvervsjuridiske metode integrerer de komplementære discipliner, juraen og økonomien, på en sådan måde, at udledningen af gældende ret suppleres med en økonomisk betragtning af dens hensigtsmæssighed og efficiens.¹⁷ Ved anvendelsen af den erhvervsjuridiske metode vil der foruden udledningen af gældende ret således også inddrages økonomiske teorier og modeller, som medvirker til, at virksomhedens beslutningsgrundlag bliver så kvalificeret som muligt.¹⁸ Da synsvinklen anlægges hos virksomheden (her franchisegiver), vil kontraktøkonomien udgøre en central del af den erhvervsjuridiske metode.¹⁹

1.5.2 Retsdogmatisk metode

Ved klarlægningen af det juridiske grundlag for brugen af realoptioner i franchiseregi findes det nødvendigt indledningsvis at anvende retsdogmatikken til at udlede gældende ret. Retsdogmatikken gennemføres helt grundlæggende ved at systematisere, beskrive og analysere gældende ret,²⁰ og disciplinen bør – hvis anvendt korrekt – således føre til et ensartet resultat blandt jurister og andre kyndige brugere af retskilder.²¹

Retsdogmatikkens retskilder har siden retsrealismens gennembrud i 1950'erne ikke længere haft en indbyrdes rangorden, men er i stedet af ligeværdig betydning ved løsningen af en juridisk problemstilling.²² Ved udredelsen af gældende ret vil relevante retskilder derfor blive benyttet på lige fod med hinanden, om end at visse retskilder kan gå forud for andre. Dette er essentielt, da

¹⁷ Østergaard, 2003, s. 280.

¹⁸ Østergaard, 2014, s. 2.

¹⁹ Som også anført i Østergaard, 2003, s. 284.

²⁰ Nielsen & Tvarnøe, 2014, s. 29 f.

²¹ Ibid., s. 34.

²² Ibid., s. 28f.

franchising ikke specifikt indgår i mellemmandsretten²³ og ikke særskilt er lovreguleret.²⁴ Retsgrundlaget for franchising bygger i stedet på aftalefriheden og de almindelige aftale- og obligationsretlige regler, herunder specialitetsgrundsætninger, som vi er bekendt med fra baggrundsretten.

Afhandlingens Kapitel 3 og 4 vil ved en retsdogmatisk analyse fokusere på muligheden for en goodwillgodtgørelse ved samarbejdets ophør – hvilket er at sidestille med en kompensation for investeringer – og således kun i et begrænset omfang inddrage erstatningsudmålinger ved misligholdelse, herunder utidig opsigelse af samarbejdet. Ved den retsdogmatiske tilgang søges det altså undersøgt, om der ved den udfyldende baggrundsret findes en økonomisk sikkerhed for franchisetager ved afholdte investeringer, samt, ved et afkræftende svar til dette, hvorvidt baggrundsretten indeholder begrænsninger til indførelsen af en realoption, der kan tilsikre franchisetager en sådan kompensation.

Ved den juridiske litteratur i Kapitel 3 inddrages faglige tidsskrifter i et begrænset omfang, hvor disse udelukkende agerer som fortolkningsbidrag grundet deres begrænsede selvstændige retskildeværdi.

Anvendelsen af realoptioner på franchiseområdet er efter min overbevisning ubehandlet i den juridiske litteratur. Det skal hertil nævnes, at der er et fravær af retspraksis for anvendelsen af realoptioner på franchisekontrakter. Set i tillæg til den manglende regulering foreligger der dermed ikke præjudikater til hjælp i den retsdogmatiske analyse, hvilket ellers fra et retsdogmatisk synspunkt havde været ønskeligt til at definere og understøtte retsgrundlaget.

Spørgsmålet om kontraktfortolkning og den eksplicite indskrivning af de nødvendige klausuler bliver dermed afgørende for afhandlingens formål.

1.5.3 Økonomisk metode

Den økonomiske metode anvendes i nærværende afhandling til at kvalificere virksomhedens beslutningsgrundlag indenfor de aktuelle juridiske rammer. Forudsætningen for dette er, at den økonomiske analyse tager udgangspunkt i en realistisk ramme for problemstillingen, hvorfor den nyinstitutionelle økonomi anvendes som den fundamentale økonomiske teori.

²³ Andersen & Madsen, 2012, s. 263. Forfatterne lister ikke forhandlere eller franchisetagere som værende en del af mellemmandsretten i den klassiske forstand.

²⁴ Andersen, 2011, s. 446.

Den nyinstitutionelle økonomi adskiller sig fra den mere traditionelle neoklassiske økonomi, idet den opstiller realistiske forudsætninger for markedet samt parternes adfærd. Herved antages det, at der foreligger transaktionsomkostninger ved at operere i markedet, at parterne er begrænset rationelle, samt at der eksisterer imperfekt og asymmetrisk information.

Kendetegnende for den nyinstitutionelle økonomi er endvidere, at denne bygger på agentteorien som tillæg til transaktionsomkostningsteorien. Disse teorier er centrale for problematikken ved kontraktforhold, nærmere bestemt franchiseforholdet i denne sammenhæng, hvor franchisetageren, specifikt for opgavens problemfelt, kan have interesse i ikke at afholde de fornødne investeringer, men i stedet *free-ride* på franchisegivers varemærke og goodwill for derved at nyde kortsigtede *windfall gains*. Principal-agent teorien er således central og anvendes i sin direkte udstrækning. Transaktionsomkostningsteorien anvendes derimod mere partielt og alternativt. Den fastlægger ikke organiseringsformen, men bruges særligt vedrørende relationsspecifikke investeringer og opportuniste, da den også indbefatter kompensationen betalt til franchisetager ved eksekveringen af optionen, samt franchisegivers omkostning ved opportuniste.

Den nyinstitutionelle økonomiske metode vil i afhandlingen have berøringsflade med blandt andet kontraktpsykologien og adfærdsteorien, der grundet den asymmetriske information og den begrænsede rationalitet vil søge at kvalificere parternes overvejelser under deres samarbejde. Herved vil der inddrages elementer fra *behaviorial economics*, herunder prospektteorien, om end ikke på et dybdegående analytisk niveau.

I modsætning til den nyinstitutionelle økonomi figurerer den neoklassiske økonomi. Denne bygger i stedet på fuldt rationelle og egennyttemaksimerende økonomiske agenter, der i et fravær af transaktionsomkostninger opererer på markeder med fuldkommen information.²⁵ Den må derved siges at bygge på forsimplede antagelser, der kun sjældent finder relevans i den praktiske virkelighed. Hvor den neoklassiske økonomi kan anvendes til at måle på markeder, f.eks. under forskellige konkurrenceformer, finder den sine begrænsninger i forholdet mellem to parter/virksomheder.

Det skal nævnes, at der er store metodiske forskelle mellem anvendelsen af den retsdogmatiske- og nyinstitutionelle økonomiske metode, idet den nyinstitutionelle økonomi bl.a. har en prædiktiv evne til at tage højde for opportuniste, mens at den retsdogmatiske tilgang blot anerkender de

²⁵ Se bl.a. Knudsen, 1997, s. 44 ff., samt Østergaard, 2003, s. 272.

bagvedliggende motiver for denne.²⁶ Med den nyinstitutionelle økonomi muliggøres en analyse af opportunistelementet i realoptionens fravær således i afhandlingens Kapitel 6, samt en redegørelse for, hvorledes indførelsen af en realoptionsklausul kan minimere denne. Centralt for nærværende afhandling er derved, at juraen/retten i den nyinstitutionelle økonomi kan betragtes som en institution, der forsøger at minimere markedsfejl.²⁷

Det er vigtigt at pointere, at realoptionen ikke i den økonomiske litteratur beskrives, som den er anvendt her. Realoptioner kan benyttes på utroligt mange forskelligartede måder, og ses bl.a. unilateralt ved joint ventures, hvor den ene part kan købes ud. Det er min klare opfattelse, at der ikke eksisterer litteratur for det specifikke anvendelsesområde, og at realoptioner ofte ikke anvendes på reciprok vis. Det pointeres herved, at der ikke synes at eksistere nogen egentlig realoptionsteori i forhold til franchising.

Hvor der imidlertid eksisterer forskellige bidrag i den økonomiske litteratur, må det siges, at formålene hermed er ganske forskelligartede. I denne sammenhæng er målet med afhandlingen derfor, med henblik på franchiseforholdet, at kvalificere udgangspunktet ved anerkendelsen af de eksisterende bidrag, og dermed selv bygge videre på en formålstjenlig anvendelse i franchisekontrakter.

1.5.4 Interdisciplinær metode

Den interdisciplinære erhvervsjuridiske metode vil efter de indledende kapitler udgøre opgavens styringsredskab. Den vil, set i lyset af gældende ret og de økonomiske problemstillinger forbundet herved, søge at skabe incitamentsforenelighed mellem parterne og dermed sikre, at parterne opnår relationsrente. Nærmere betegnet vil denne integrerede metode søge at belyse, hvorledes udgangspunktet om aftalefrihed kan anvendes mest effektivt i forhold til den relevante økonomiske teori, set i lyset af afhandlingens formål om at skabe et retligt værn til at sikre virksomheden økonomisk. Ved den interdisciplinære metode tilsigtes der efter at opnå en værdiforøgelse i modsætning til et zero-sum game, med målet om at nærme sig et Pareto-optimalt aftalegrundlag der muliggør skabelsen af relationsrenter.

²⁶ Østergaard.& Lyngsie, 2015, s. 17.

²⁷ Se evt. Østergaard, 2003, s. 273.

1.6 Struktur

For at give læseren et hurtigt overblik over opgavens fortsatte indhold er strukturen anskueliggjort nedenfor:

Kapitel 2 vil introducere læseren for de centrale begreber for afhandlingen, da disse er tilbagevendende og særligt tilpassede den konkrete kontekst.

Kapitel 3 redegør for retsstillingen ved mellemmandens/samarbejdspartnerens afholdelse af investeringer. Afsnittet perspektiveres og kvalificeres ved hjælp af økonomisk teori.

Kapitel 4 vurderer de retlige og praktiske muligheder ved at anvende realoptioner i franchiseregion.

Kapitel 5 gennemgår de centrale, økonomiske barrierer til parternes incitamentsforenelighed og analyserer, hvorledes realoptionen er øvrige juridiske værn overlegen med udgangspunkt i den lange uopsigelighed samt *hardship*.

Kapitel 6 analyserer realoptionens økonomiske virke ved en konsekvensbetragtning af dens fravær. Her vil realoptionens praktiske begrænsninger ligeledes blive introduceret.

Kapitel 7 vil gennemgå hvorledes realoptionen bør implementeres rent prissætningsmæssigt. Ligeledes vil der blive givet et konkret bud på en mulig formulering af klausulen i form af en justerbar template.

Kapitel 8 vil udgøre afhandlingens konklusion.

Kapitel 9 vil kort perspektivere.

2 Begrebsafklaring

For at anskueliggøre problemstillingen for den uindviede vil følgende kapitel introducere læseren for afhandlingens centrale begreber.

2.1 Kort om franchising og begrebets placering i forhandlerretten

Eftersom franchisekonstruktionen udgør rammerne for parternes relationelle forhold, vil det følgende kort definere denne mellemmandsform, samt sammenligne denne med de beslægtede distributionsformer.

De tre overordnede distributionsformer er eneforhandling, masseforhandling og selektiv distribution. Franchising er en særlig aftaletype, der udspringer af forhandlerforhold. Begrebet defineres som ”[et] forretningsystem, hvorefter en franchisegiver giver en franchisetager ret og pligt til under anvendelse af et varemærke, som tilhører franchisegiver, at sælge varer eller tjenesteydelser, som leveres af franchisegiver eller produceres af franchisetager efter franchisegivers anvisninger”.²⁸

Hvor en eneforhandler efter aftale med medkontrahenten (producenten, leverandøren, importøren, fabrikanten, osv.) opnår en, ofte territoriell, eneret til at videresælge et givent produkt, medfører masseforhandling at produktet kan sælges i et ubegrænset omfang, ofte med den lovlige inddragelse af andre produkter og varemærker.

Den selektive distribution²⁹ som afsætningsform synes derimod at placere sig i midten af disse to ekstremer. Kendetegnende for den selektive distribution er bl.a., at den begrænser antallet af relevante forhandlere ud fra udvælgelseskriterier, der knytter sig til aftalevarernes art.³⁰

Franchising er en særlig konstruktion indenfor forhandlerretten, da den ofte trækker på elementer fra den selektive distribution. Den er såvel som de øvrige forhandlerformer defineret ved, at forhandleren handler i eget navn³¹ og for egen regning og risiko.³² Som nærmere omtalt nedenfor i Kapitel 3 hører franchising ikke under agenturforhold, forhandlerforhold eller

²⁸ Arendorff, 1991, s. 11.

²⁹ Ifølge Kfo 330/2010 art. 1 litra e) forstås ved et selektivt distributionssystem: ”et salgssystem, hvor leverandøren forpligter sig til, enten direkte eller indirekte, at sælge aftalevarerne eller tjenesterne udelukkende til forhandlere, der er udvalgt på grundlag af bestemte kriterier, og hvor disse forpligter sig til ikke at sælge sådanne varer eller tjenester til forhandlere, der ikke er godkendt på det område, som leverandøren har afsat til at drive systemet”.

³⁰ Iversen, 2012, s. 308.

³¹ Franchisetager handler i hvert fald indadtil i eget navn og uafhængigt af franchisegiver, da det kan være svært for en tredjemand at vurdere, hvorledes en virksomhed er direkte eget af franchisegiveren eller drives af en franchisetager.

³² Andersen, 2011, s. 343.

forpagtningsforhold. Her er derimod tale om et selvstændigt begreb.³³ Franchisetageren er således ikke en forhandler i egentlig forstand, på trods af at franchisetageren unægteligt udgør en del af distributionskæden.³⁴ I forbindelse med indtrædelsen på udenlandske markeder udgør franchisekonstellationen en interessant samarbejdsform, derved at den tilbyder franchisegiveren fordelene ved en vertikal kontrol over afsætningskæden uden den samme grad af investeringer i aktiver, som kræves ved fuld integration.³⁵

2.2 Risikobegrebet

Risikobegrebet er ganske interessant for afhandlingen, og da det anvendes i vid udstrækning, synes det nødvendigt med en nærmere definition.

Begrebet 'risiko' er en term, der anvendes i både juridisk og økonomisk henseende – dog med forskellig betydning. I bredeste matematiske forstand forstås risiko som sandsynligheden (anført som decimal) for, at en given skade/situation opstår, multipliceret med dennes monetære værdi.

Hvor risiko i juridisk forstand betyder, at parten der bærer risikoen for en hændelse eller handling kan afskæres muligheden for at gøre krav gældende, og dermed hæfter for en given hændelse, så er begrebet i økonomisk sammenhæng tæt knyttet til nytteteorien.

Som benævnt i afgrænsningen antages særlige risikoprofiler for parterne. Den mest forekommende konstellation, og den for opgaven vigtige antagelse, er situationen med en risikoneutral principal/franchisegiver, grundet diversifikationssynspunktet, samt en risikoavers agent/franchisetager, grundet dennes ofte begrænsede mængde af samarbejdspartnere.³⁶ Det forekommer da også oftest i praksis, at franchiseaftaler indgås mellem en økonomisk stærk franchisegiver og en svagere franchisetager.³⁷ Denne klassiske antagelse er, om end muligvis kontraintuitiv, suppleret af det faktum, at hovedparten af risikoen ofte – og konventionelt set – fra principalens side er overvæltet på agenten, der som den risikoaverse part ofte ikke på hensigtsmæssig vis er i stand til at bære denne. Et økonomisk argument for risikoallokering er da også, at en strategisk indgået kontrakt bør allokere risikoen over til parten der er bedst egnet til at bære denne.³⁸

³³ Arendorff, 1991, s. 25.

³⁴ Ibid., s. 30.

³⁵ Carney & Gedajlovic, 1991, s. 607.

³⁶ Petersen, 2015, s. 14.

³⁷ Andersen, 2011, s. 446.

³⁸ Se bl.a. Shavell, 1979, s. 280-301.

Opgavens brug af risikobegrebet vil altså behandle, hvorledes risikoen bør fordeles mest hensigtsmæssigt mellem franchisegiver og franchisetager ud fra kontraktøkonomiske overvejelser.

2.3 Realoptionen som den anvendes i nærværende afhandling

En finansiell option giver holderen en ret, men ikke en pligt, til at købe eller sælge en specificeret kvantitet af et underliggende aktiv til en specificeret pris (exercise prisen) på, eller før, et specificeret tidspunkt. Ved analogi er realoptionen således, helt grundlæggende og ud fra begrebets traditionelle forstand, en ret, men ikke en pligt, til at foretage en forretningsbeslutning på et fremtidigt bestemt tidspunkt. Optionen er derfor 'real', fordi det underliggende aktiv er en forretningsbeslutning og ikke finansielle værdipapirer.

I afhandlingens terminologi benyttes realoptionen som en betegnelse for den gensidigt bebyrdende klausul der hhv. tildeler franchisegiver en call-option der muliggør et tilbagekøb af franchiset, samt giver franchisetager en put-option der muliggør et salg af franchiset tilbage til franchisegiver.³⁹ Fælles for begge optioner er, at de forhandles *ex-ante*⁴⁰, dvs. ved forhandlingen af kontrakten og inden afholdelsen af relationsspecifikke investeringer.⁴¹ Den interessante konstruktion ved realoptionen er imidlertid dens virkning *ex-post*⁴², men dog efter kontraktens ophør – således en form for yderligere led af en regulær ex-post hændelse. Ved optionens exercise vil franchisegiveren, mod en forudbestemt kompensationsstruktur, overtage franchiset med de tilhørende materielle og immaterielle aktiver, herunder oparbejdet kundekreds mm., med henblik på fortsat egen drift, bortforpagtning eller salg til tredjemand.

Selve realoptionen er, som her omtalt, i modsætning til en finansiell option, ikke omsættelig. Dette medfører, at kun kontraktens parter kan benytte optionen, og disse kan vel og mærke ikke sælge optionen videre til en tredjepart.

En vigtig karakteristik for realoptionen, som også kort nævnt ovenfor, er dens status som værende en ret og ikke en pligt. Parterne forpligter sig herved ikke til at skulle benytte optionen på et

³⁹ Realoptionen behøver ikke nødvendigvis at være reciprocitetsbestemt – hvorfor en nærmere afvejning af dens unilaterale eller bilaterale karakter vil vurderes i Afsnit 6.4.1 og 6.4.2.

⁴⁰ Latin for "før begivenheden". Ex-ante transaktionsomkostninger omfatter typisk kontakt-, kontraktforhandlings- og kontraktkonciperingsomkostningerne.

⁴¹ Begrebet er nærmere beskrevet nedenfor i Afsnit 2.4.

⁴² Latin for "efter begivenheden". Ex-post transaktionsomkostninger omfatter typisk efterfølgende kontraktjustering, omkostninger vedrørende kommunikation, samt kontrolomkostninger.

senere, tidsbestemt tidspunkt, men forbeholder sig blot retten til at gøre det.⁴³ Retten til at udnytte optionen vil således blive attraktiv, såfremt optionen overstiger den forventede fremtidige profit ved en fortsættelse af samarbejdet. Optionen vil derfor, endnu vigtigere, også fungere som et styringsværktøj for samarbejdet, da den grundlæggende kan influere parternes handlinger og incitamenter, hvilket vil udforskes i dybden i nærværende afhandling.

Realloptionen vil, som den omtales her, have karakter af værende en *exit-option* for parterne. De kan herved som udgangspunkt kun komme ud af samarbejdet ved en eksekvering af optionen.⁴⁴

Hvorvidt brugen af realoptioner er rentabel præges af mange faktorer, herunder omfanget af usikkerhed og information, samt den indbyrdes risikoprofil mellem parterne. Et, af parterne, differentieret syn på værdien af realoptionen i forbindelse med samarbejdet vil medvirke til, at optionen ikke blot vil resultere i et zero-sum game.

2.4 Aktivspecifitet og relationsspecifikke investeringer

Et sidste centralt begreb for afhandlingen er aktivspecifiteten og de relationsspecifikke investeringer.

I et franchisepartnerskab vil parterne ønskeligt have et tæt samarbejde. De er hinandens succes betinget, da franchisetageren afhænger af den forbundne goodwill relateret til franchisegivers varer eller tjenesteydelser. Omvendt vil franchisegiver unægtelig profitere af franchisetagers indsats, der medvirker til en positiv udspreddelse af produktet og varemærket.

Da franchisetageren er en selvstændig erhvervsdrivende, der handler i eget navn og for egen regning, opstår der undertiden forvirring om, hvem der er hovedmand for forpligtelserne, når en tredjepart handler med franchisetager. Grundet franchisetagers udnyttelse af den opbyggede goodwill, kan der skabes en berettiget forventning om, at hovedmanden hæfter for aftalens opfyldelse, selv om de enkelte aftaler (ubestrideligt) indgås af franchisetager.⁴⁵ Franchisegiver har således også en interesse i, at franchisetageren oparbejder sig en tilfreds kundekreds og derved medvirker til en positiv udbredelse af varemærket. Dennes relation til kunden kan således få indirekte betydning for franchisegiveren, da franchisetagerens handlinger kan underminere tilliden til produktet og således også dettes brand.

⁴³ Se evt. U.2000.656H (Sebastian-dommen) for en sontring af retten hhv. pligten. Sagen vedrørte bl.a. hvorvidt sagsøgte var forpligtet til at producere og opføre en ballet. I kontraktgrundlaget var det imidlertid anført, at sagsøgte havde ”retten til førsteopførelse”, og sagsøgernes opfattelse fandt ikke at have støtte i aftalens ordlyd, der kun gav sagsøgte en ret, men ikke en pligt til at opføre værket.

⁴⁴ Der henvises til Afsnit 4.3 og særligt 4.3.3 for en diskussion af hvorledes dette udgangspunkt kan fraviges.

⁴⁵ Andersen, 2008, s. 292.

For at skabe konkurrencemæssige fordele, og på baggrund af målsætningen om at stifte et velfungerende samarbejde i begges fælles interesse, vil det i franchiseregi være ønskeligt at foretage relationsspecifikke investeringer. Disse investeringer er kendetegnet ved at være aktivspecifikke. Ifølge økonomen Oliver E. Williamson kendetegnes denne aktivspecificitet ved, at investeringen er afholdt i relation til en specifik transaktion, og at denne investering (i en bestemt grad) ville have en mindre værdi hvis afholdt i den næstbedste alternative anvendelse. Graden af aktivspecificitet gør altså investeringen relationsspecifik, og denne vil således have en lavere værdi i en alternativ anvendelse, sammenholdt med det afkast der opnås via den kontrakt, der er indgået i franchiseforholdet.⁴⁶ Transaktionsspecifikke investeringer binder således kontraktsparterne i en bilateral afhængighed.⁴⁷

Økonomerne Jeffrey H. Dyer og Harbir Singh (herefter blot ”Dyer&Singh”) argumenterer for, at afholdelsen af relationsspecifikke investeringer vil medvirke til skabelsen af en relationsrente⁴⁸ og således føre til vedvarende konkurrencemæssige fordele. Denne relationsrente skal ønskeligt være opnåelig gennem realoptionen, hvis formål bl.a. er at sikre parternes relationsspecifikke investeringer og skabe en basis for et langvarigt og tillidsfuldt samarbejde.

Af de mere centrale eksempler på relationsspecifikke investeringer i forbindelse med franchising som forretningsform henvises der til nedenstående tabel:

Tabel 1: Centrale eksempler på relationsspecifikke investeringer

Franchisegiver	Franchisetager
Stiller varemærke til rådighed	Engangsbetaling for franchisekoncept
Markedsføring af brandet	Lokal markedsføring og salgsfremmende aktiviteter
Træning og uddannelse af personale (kan deles)	
	Butiksindretning
	Investeringer i anlægsaktiver, IT systemer mm.

Realoptionen tager i sin kompensationsstruktur højde for franchisetagers betalte indtrædelsessum, materielle investeringer i anlægsaktiver, driftsmidler, inventar, butiksindretning, IT-systemer mm., samt immaterielle investeringer i menneskelig kapital, herunder træning og uddannelse af

⁴⁶ Se evt. Østergaard, 2014, for en uddybelse heraf.

⁴⁷ Østergaard & Lyngsø, 2015, s. 7.

⁴⁸ Dyer & Singh, 1998, s. 660-679.

personale.⁴⁹ Omvendt forudsættes det, at franchisegiver vil foretage relationsspecifikke investeringer såsom større markedsføringskampagner og generel rådgivning og assistance.⁵⁰ Franchisegiver kan dog også støtte franchisetager ved at bidrage til, eller endda selv forestå, træningen af personale. Dette kan være en fordel for franchisegiver, hvor det er særligt vigtigt for vedkommende, at franchisetager besidder den unikke know-how, der er påkrævet ved franchisekonceptet.

Det skal afslutningsvis kort nævnes, at den oparbejdede viden og know-how i kontraktforholdet også per natur er en relationsspecifik investering, om end det ikke er en investering i begrebets materielle og monetære forstand. Viden og know-how kan approprieres, og hvor denne er overførbart, opstår der afledte problematikker heraf. Denne form for goodwill kan af praktiske årsager ikke indregnes i realoptionens kompensationsstruktur, hvorfor der i stedet henvises til § 5 i afhandlingens Afsnit 7.2. Her foreslås det, at parterne ved aftale kan forpligte sig til et efterfølgende forhandlingsforsøg for at sikre en overførsel af denne immaterielle værdi efter optionens eksekvering.

⁴⁹ Disse kategorier skal ikke ses som udtømmende, men blot som vejledende hovedområder.

⁵⁰ Altinay & Brookes, 2012, s. 286.

3 Investeringssynspunktet og godtgørelse

Nærværende kapitel har til formål at foretage en retlig kvalifikation af, hvorledes franchising er placeret i mellemmandsretten. Det vil således blive undersøgt, hvorvidt franchising er tættest beslægtet med handelsagentretten eller forhandlerretten, set i relation til spørgsmålet om en mulig godtgørelse for afholdte investeringer. Såfremt en godtgørelse ikke anses som værende mulig, vil det i kapitel 4 blive vurderet, hvorvidt en anvendelse af en realoptionsklausul kan begrænses eller hindres af baggrundsretten.

Det må nævnes, at uagtet hvorledes franchising kvalificeres, så foreligger der en begrænset retspraksis på området for den selektive distribution, i særdeleshed i forhold til de dimensioner der vedrører strategisk kontrahering, da det hidtil kun er klassiske obligationsretlige problemstillinger, som domstolene har bedømt.

3.1 Indledning

Det skal indledningsvis noteres, at der i den danske lovgivning ingen regler findes som udtrykkeligt fastlægger franchiseaftalens retlige regulering.⁵¹ Retlige vurderinger må således baseres på mulige gennemgående eller typiske træk i kontraktpraksis sammenholdt med obligationsrettens almindelige grundsætninger, eventuelt med inspiration fra lovgivning eller praksis fra beslægtede områder.

Franchising som en særlig distributionsform adskiller sig som kort omtalt i Afsnit 2.1 fra handelsagenturet og det klassiske forhandlerforhold, på trods af at samarbejdsformerne deler særlige karakteristika med hinanden. Af denne grund har det også ofte været debatteret i den juridiske litteratur, i hvilken udstrækning at en vejledende anvendelse af reglerne fra de beslægtede områder på franchiseforhold skal kunne finde anvendelse på franchiseområdet.

3.2 Mellemands- og forhandlerretten

3.2.1 Handelsagentloven

Handelsagentloven⁵² (herefter blot ”HAL”) regulerer retsforholdet mellem handelsagenturgiver og dennes handelsagent(er). Handelsagenten er en selvstændig erhvervsdrivende, der til stadighed er antaget til at formidle afslutningen af aftaler for agenturgiveren eller til at indgå aftaler i agenturgiverens navn og for dennes regning.⁵³ Ved handelsagenturet foreligger der således et

⁵¹ Andersen, 2011, s. 446.

⁵² Lov 1990-05-02 nr. 272 om handelsagenter og handelsrejsende.

⁵³ Lando, Thuesen, Tvarnøe & Østergaard, 2006, s. 170.

fuldmagtsforhold, da handelsagenten bemyndiges til at indgå aftaler og kontrahere på vegne af agenturhaveren.

HAL blev vedtaget af Folketinget den 2. maj 1990 på baggrund af rådets direktiv 86/653/EØF om samordning af medlemsstaternes lovgivning om selvstændige handelsagenter (herefter ”EF-direktivet”), hvor man således nåede enighed om et fælles regelsæt på området. På trods af at HAL er en implementering af direktivet, ændrer det ikke på, at de almindeligt kendte danske retskilder har stor betydning i forbindelse med fortolkningen af loven, herunder forarbejderne til HAL og dansk retspraksis, så længe at denne er EU-konform. Loven indeholder flere beskyttelsespræceptive bestemmelser på trods af, at loven som udgangspunkt tillader fravigelighed ved parternes aftale.⁵⁴

3.2.1.1 Godtgørelsesreglen i HAL § 25

En af disse beskyttelsespræceptive regler er godtgørelsesreglen som lovfæstet i HAL §§ 25-27. Bestemmelsen i § 25 regulerer, hvorledes handelsagenten er berettiget til goodwillgodtgørelse i forbindelse med agenturaftalens ophør⁵⁵, og udspringer sig af EF-direktivets artikel 17, der er inspireret af en ældre bestemmelse i tysk ret. Direktivet regulerer ligeledes agentens mulighed for at få efterprovision (art. 7-9), om end disse regler er fravigelige.

Hvorledes kompensationen skal beregnes kan give anledning til usikkerhed, jf. ordlyden i HAL § 25: ”...krav på godtgørelse, hvis og i det omfang...”. Hovedprincippet for § 25 er dog, at agenten skal kompenseres for kundekredsen – enten som følge af at have skaffet nye kunder, eller som følge af at have udvidet omsætningen med den bestående kundekreds, såfremt agenturgiveren fortsat vil få betydelige fordele (efter agenturets ophør), og at godtgørelsen endvidere må anses *rimelig* under hensyn til samtlige omstændigheder jf. bestemmelsens stk. 1. Da handelsagenten altså ofte provisionslønnes, vil der være mulighed for godtgørelse for et tab af kundekredsen ved agenturaftalens legitime ophør.

Ved godtgørelsesvurderingen indgår der typisk tre synspunkter; udligningssynspunktet, investeringssynspunktet og efterlønnssynspunktet. Især investeringssynspunktet⁵⁶ er interessant for nærværende afhandling, da ”...*agenten i anledning af agenturen [kan] have foretaget særlige investeringer i bygninger, lagre, maskiner, transportmidler eller lignende. Opsiges han, inden*

⁵⁴ Lykkegård, 2014, s. 20.

⁵⁵ Handelsagentens ret til goodwillgodtgørelse er ikke ubetinget. Agentens ret til godtgørelse kan generelt være afskåret, jf. lovens § 27, nr. 1-3, allerede på grund af årsagen til aftalens ophør (eksempelvis ved væsentlig misligholdelse).

⁵⁶ Investeringssynspunktet kan understøttes af Dyer&Singhs argumenter om, at sikringen af de relationsspecifikke investeringer er helt central for parternes succes, særligt ved skabelsen af relationsrenten i et partnerskab.

agenturet har givet ham et rimeligt afkast for disse investeringer, bør der tillægges ham en erstatning”⁵⁷ (mine understregninger). Den endelige godtgørelse vil dog typisk bero sig på en samlet betragtning af de tre synspunkter.

Interessant ved dette synspunkt er dets anerkendelse af behovet for en beskyttelse af agentens afholdte investeringer. Såfremt agenten skal gå helhjertet ind i agenturforholdet og skabe maksimal værdi for agenturhaver, kan det således synes værdiskabende, at der hersker retssikkerhed omkring agentens retsstilling ved agenturforholdets ophør i form af den forventede compensation. Hele essensen ved provisionslønnen og muligheden for compensation skal da også henses til det grundlæggende mål om at skabe et incitament for salgsindsats hos agenten, og som følge deraf en vilje til at afholde de fornødne – og ofte omkostningstunge – investeringer i samarbejdsforholdet.

3.2.2 Retsstillingen ved eneforhandlerforhold

Det skal indledningsvis bemærkes, at der ikke eksisterer noget specifikt retsgrundlag for forhandler- og franchisekontrakter. Det nærmeste man kommer indenfor dansk ret er loven om benzinforhandlerkontrakter⁵⁸, der giver den benzinforhandler, som har indgået en aftale med leverandøren om forpagtning af dennes ejendom, krav på et års opsigelsesvarsel og, i tilfælde af opsigelse, krav på en erstatning, der bl.a. dækker tab af investeringer og kundekreds.⁵⁹ Loven kan dog ikke anvendes på forhandlerforhold i almindelighed, hvorfor at retsstillingen, såvel som ved franchising, som udgangspunkt må udledes af parternes aftale grundet den manglende lovgivning.⁶⁰

Belgien har som det eneste vesteuropæiske land en særlig lov⁶² for forhandlere og denne, samt loven om benzinforhandlerkontrakter, skyldes principalt benzinforhandlerens svage forhandlingsposition kontra leverandøren, hvorfor der er udarbejdet et regelsæt med beskyttelsespræceptive regler, der bl.a. tilsikrer forhandleren en ’rimelig tillægsgodtgørelse’ ved ophøret jf. lovens art. 3.⁶³ Ud fra dette ræsonnement skal det være interessant at belyse, hvorledes

⁵⁷ Lando, et al., 2006, s. 243-244.

⁵⁸ Lovbekendtgørelse 2010-12-18 nr. 1718 om benzinforhandlerkontrakter, første lov af 6. juni 1986.

⁵⁹ Lando, et al, Udenrigshandlens kontrakter, s. 266.

⁶⁰ Andersen, 2011, s. 345.

⁶¹ Loven etablerer ej noget princip der finder analog anvendelse på andre forhandlerforhold jf. U 2001.1011 H.

⁶² Den belgiske lov af 27. juli 1961 som ændret ved lov af 13. april 1971 angår betingelserne for og virkningerne af en ensidig ophævelse af forhandlingsaftaler, der er afsluttet for en ubestemt periode.

⁶³ Iversen, 2013, s. 252.

reglerne forholder sig med hensyn til forhandlerens godtgørelsesmuligheder, herunder særligt ved aftaleforholdets ophør.

Der vil i det følgende hovedsageligt tages stilling til retsstillingen for eneforhandlere, da disse i højere grad end almindelige forhandlere anses sammenlignelige med franchisetagere. Dette skyldes principielt det faktum, at eneforhandleren såvel som franchisetageren i et større omfang er integreret i leverandørens/franchisegivers virksomhed end en traditionel (masse)forhandler, samt at begge aktører ofte udelukkende opererer med principalens varemærke(r) i et nærmere defineret territorielt område.

3.2.2.1 Udgangspunktet

Det klare udgangspunkt indenfor dansk ret er, at eneforhandleren/franchisetageren ikke kompenseres for afholdte⁶⁴ investeringer. Dette skyldes hovedsageligt, at der, i modsætning til handelsagenturet, handles i eget navn og for egen regning, og at der således er tale om et selvstændigt led i handelsomsætningen. Indtægten er altså fortjenesten ved videresalg, og således ikke en fast aflønning eller provision.

Undertiden har det dog været drøftet, hvorvidt eneforhandleren bør kunne kompenseres på grundlag af en (for producenten⁶⁵) oparbejdet goodwill⁶⁶, som således *de facto* kan sidestilles med kompensationen af handelsagenten. Med ”goodwill” sigtes der mod den kundekreds, som eneforhandleren har oparbejdet under samarbejdet, og som efter dettes ophør fortsat vil generere omsætning til producenten.⁶⁷ Goodwill kan i denne forbindelse betegnes som værende en relationsspecifik investering, da der foreligger en mulighed for at appropriere denne ved aftaleforholdets ophør. Det skal da også bemærkes, at netop denne appropriering, undertiden kaldt en ’berigelse’ ved berigelsessynspunktet, har givet anledning til afgørelser ved domstolene. Skønt der ikke hersker noget eksplicit, retligt krav om en godtgørelse for oparbejdet goodwill, har det altså i visse tilfælde været testet af domstolene, som dog må siges at være meget tilbageholdende med at tilkende forhandleren en godtgørelse herfor. Da den foreliggende retspraksis imidlertid er

⁶⁴ Men dog undertiden *spildte* investeringer, hvor der bl.a. henvises til Afsnit 3.2.2.2.3.

⁶⁵ ’Producenten’ og ’leverandøren’ anvendes ombytteligt i det følgende.

⁶⁶ Begrebet ’goodwill’ er bredt og kan medføre en manglende retlig stringens, hvorfor det skal indskrænkes til at omfatte den mulige værdi af kundekredsen, som også anbefalet af Wegener i UfR 1994B.350. Wegener har ligeledes rettet kritik mod, at begrebet goodwill har været anvendt forskelligt af domstolene.

⁶⁷ Som begrebet er defineret af Borchert i UfR 1999B.79, og som ligeledes antages at være antydning for den i litteraturen mest forekommende definition.

relativt begrænset, samt at domstolene i nyere tid kun har taget stilling hertil i enkelte tilfælde⁶⁸, må den tilgængelige retspraksis på området må siges at have begrænset præjudikatsværdi.⁶⁹

3.2.2.2 Kort om ophørs- og erstatningsmulighederne

Det skal i det følgende kort undersøges, hvorledes at aftaleforholdet mellem leverandøren og eneforhandleren kan ophøre, førend at goodwillgodtgørelsen analyseres. Kontrakten kan bringes til ophør ved en opsigelse, rettidig såvel som utidig, eller ved en ophævelse, og alt afhængigt af hvorvidt aftalen er retmæssigt ophørt, kan der foreligge et erstatningsansvar.

3.2.2.2.1 Opsigelse

Angående opsigelsen er situationen således, at tidsubegrænsede forhandlerkontrakter i mangel af aftale kun kan opsiges med ”et passende eller et rimeligt varsel”. Opsigelsesvarslet er efter retspraksis i vid udstrækning baseret på den tid, som samarbejdet har bestået, men der tages også højde for særlige forhold såsom parternes interesser, og det er altså herved en konkret vurdering i den enkelte sag. Retspraksis i eneforhandlingsforhold peger dog på, at et opsigelsesvarsel på omkring 3-6 måneder er rimeligt,⁷⁰ mens at praksis ved længere kontraktforhold synes at slå fast, at 6 måneder er passende.⁷¹ Overholdes dette varsel ikke af den opsigende part, er retsvirkningen, at modparten kan få erstatning for den skade vedkommende har måttet lide.⁷²

Det givne opsigelsesvarsel er ofte indskrevet i parternes aftale, men ved en mangel heraf finder den udfyldende baggrundsret anvendelse, hvorefter 3-6 måneder ofte er passende.

3.2.2.2.2 Ophævelse ved væsentlig misligholdelse

I overensstemmelse med de almindelige obligationsretlige grundsætninger vil det i almindelighed være en betingelse for ophævelse af forhandler- såvel som franchiseaftalen, at modparten på væsentlig vis har misligholdt sine forpligtelser. Hvad der statuerer (væsentlig) misligholdelse er ofte fast kontraktpraksis, men domstolene anvender grundsætningen, selv hvor parterne ikke har taget stilling hertil i aftalen.⁷³ Eksempelvis kan nævnes, at praksis⁷⁴ har udviklet en formodning

⁶⁸ Domstolene har taget stilling til goodwillsspørgsmålet ved to sager i 2013 (U 2013.532 H og U 2013.736 H). Bortset der fra disse sager skal de nyeste præjudikater findes i år 2000 og før.

⁶⁹ Praksis der forholder sig til selve erstatningen ved utidigt ophør af aftalen, samt forårsaget af (væsentlig) misligholdelse, er i 3.2.2.3.2 kun medtaget i det omfang, at der også tages stilling til en godtgørelse for goodwill.

⁷⁰ Iversen, 2013, s. 251.

⁷¹ Lando, et al., 2006, s. 277.

⁷² Iversen, 2013, s. 272. Dette behandles dog ikke i det nærmere, da det medfører af obligationsrettens almindelige del. Det interessante er snarere, om forhandlere/franchisetageren kan få godtgørelse for investeringer/goodwill.

⁷³ Ibid., s. 265.

om, at en (grov) tilsidesættelse af loyalitetspligten kan udgøre en væsentlig misligholdelse. Ved eneforhandlings- såvel som franchiseaftaler skal det dog noteres, at aftalen typisk forudsætter et længerevarende kontraktforhold, hvorfor ikke enhver misligholdelse, selv om den isoleret set er af en vis grovhed, nødvendigvis kan begrunde en ophævelse af aftalen i dens helhed.

3.2.2.2.3 Erstatning

Såfremt aftaleforholdet bringes til ophør ved et kortere opsigelsesvarsel, end hvad der tillades efter parternes aftale, eller såfremt det i mangel af aftale sker uden den rimelige frist på typisk 3-6 måneder, vil den opsigende part være tilpligtet til at svare erstatning til modparten, hvor denne er blevet påført et tab herved.⁷⁵ Det samme gælder, hvor aftalen retmæssigt ophæves som følge af væsentlig misligholdelse.

Hvad der er mere interessant for afhandlingens problematik, er spørgsmålet hvor eneforhandleren/franchisetageren har foretaget 'spildte' eller 'forgæves' investeringer. Udgangspunktet i dansk ret er som bekendt, at agenter/eneforhandlere selv bærer risikoen for de anskaffelser og investeringer, de foretager uden aftale med producenten i tillid til et fremtidigt samarbejde.⁷⁶ Handelsagenter og forhandlere, som selvstændige erhvervsdrivende, skal altså som udgangspunkt selv bære risikoen for, at investeringer som følge af kontraktforholdets ophør bliver unyttige.⁷⁷

I U1980.42H blev der imidlertid forsøgt taget stilling hertil, ved Sø- og Handelsrettens afgørelse året før. Højesteret fandt, at aftalen var lovligt opsagt med et 6 måneders varsel, og stadfæstede herefter også, at eneforhandleren måtte erstattes for spildte investeringer. Der forelå ingen aftale mellem parterne om dækning af omkostninger, men Sø- og Handelsretten fandt i 1979, at der i de almindelige erstatningsretlige regler var grundlag for at godtgøre forhandleren tab, han havde lidt "som følge af rimelige dispositioner, man i begge parter interesse har foretaget med henblik på samhandlens fortsættelse, og som ikke har kunnet inddækkes i opsigelsesperioden". Konkret tilkendtes forhandleren en skønsmæssig erstatning for et lager af kataloger med producentens navn samt for nedsat omsættelighed på varelageret. Denne dom, som ikke blev afsagt med dissens, skal dog ikke ses som værende et udtryk for en praksis, hvor franchisetageren vil blive kompenseret for

⁷⁴ Der henvises til U 2008.1911 H og U 2013.736 H, der begge tilkendte eneforhandleren en erstatning for leverandørens grove tilsidesættelse af loyalitetsforpligtelsen.

⁷⁵ Iversen, 2013, s. 271.

⁷⁶ Se også Iversen, 2013, s. 19-32 samt s. 163-182.

⁷⁷ Som også kort omdiskuteret af Wegener i UfR 1994B.20.

spildte investeringer som følge af opsigelse, da sagen kun adresserede værditabet ved varelageret.⁷⁸

Hovedantagelsen er fortsat, at der kun kan blive tale om en erstatning for foretagne investeringer, såfremt det er hjemlet i aftalen eller denne ophæves som følge af franchisegiverens misligholdelse, men som udgangspunkt næppe derudover. Dette skal også bemærkes med det nyeste skud på stammen, U 2013.736 H, hvor Højesteret afviste, at en eneforhandler kunne kræve erstattet de udgifter han havde haft til indkøb af varelager, reservedele, reklameartikler, møbler og udstillingsmaterialer. Højesteret anførte, at eneforhandleren selv havde stået for indkøbet, uden at leverandøre havde stillet krav hertil, og at det således var eneforhandlerens egen risiko, selv efter at samarbejdet med leverandøren ophørte. Den refererede dom udtrykker desuden samme begrundelse som den tidligere afsagte U 2000.1543 H, og må vurderes at minimere eneforhandlerens muligheder for erstatning for spildte investeringer.

3.2.2.3 Goodwillgodtgørelse

Udover de mere traditionelle erstatningsmuligheder som kort blev gennemgået ovenfor, forekommer spørgsmålet, om eneforhandleren ved aftalens ophør bør kunne tilkendes en økonomisk godtgørelse for den tabte kundekreds ('goodwill') således som ved ophøret af handelsagenturet.

3.2.2.3.1 Kort om begrebet i eneforhandlerforhold og HAL § 25

I forbindelse med en økonomisk godtgørelse indenfor eneforhandlerforhold, skal det indledningsvis kort undersøges, hvorvidt en analog anvendelse af agenturlovgivningen kan forekomme på forhandlerforhold, nærmere HAL § 25-29, til beskyttelse af forhandleren, eller hvorvidt en økonomisk kompensation skal gives på et mere frit grundlag.

Det bør noteres, at visse af EF-direktivets bestemmelser udspringer af almindelige retsgrundsætninger, der må anvendes på alle varige samarbejdsforhold og derfor også på forhandleraftaler [såvel som franchiseaftaler].⁷⁹ Agentreglerne i HAL er i dansk retspraksis i mellemtiden ikke almindeligvis blevet anvendt analogt på forhandlerforhold.⁸⁰ Reglerne kan dog anvendes direkte, såfremt at der reelt set foreligger en agenturkontrakt, som blot er maskeret som et forhandlerforhold. Den retlige kvalificering af samarbejdsforholdet er derfor væsentlig for

⁷⁸ Det skal endvidere bemærkes, at dommen blev afsagt i 1979 og således bør tilkendes en begrænset præjudikatsværdi for gældende praksis.

⁷⁹ Lando, et al., 2006, s. 267.

⁸⁰ Ibid., s. 269.

rettigheden til godtgørelse, hvilket også belyses i sagen U 2013.532 H, hvor Højesteret stadfæstede Sø- og Handelsrettens dom i SH2010.H-83-07. Her blev der taget stilling til, om hvorvidt eneforhandlerens (sagsøgers) relation med leverandøren (sagsøgte) kunne kvalificeres som værende et agenturforhold, eller om sagsøger i stedet var en eneforhandler. Eneforhandleren anførte, at der var tale om et maskeret agentforhold, såfremt relationen reelt måtte betegnes som et forhandlerforhold, hvorfor HAL måtte finde direkte anvendelse. Leverandøren fremførte i stedet, at der var tale om et regulært forhandlerforhold, da sagsøgte i praksis selv kunne fastsætte sine videresalgspriser, og forhandleren dermed havde *mulighed for at spare op*. Dette opsparringssynspunkt medvirkede ifølge domstolene til kvalificeringen af et forhandlerforhold, hvis retsvirkning var, at godtgørelsesreglen i HAL § 25 ikke kunne anvendes analogt.

Dommen synes bl.a. at udtrykke synspunktet, at forhandlerens evne til at spare op (ved selv at fastsætte videresalgspriser), om end ikke i sig selv, afskærer en mulighed for godtgørelse. Det afgørende antages altså at være, om en forhandler ud fra en helhedsvurdering er begrænset i sine dispositionsbeføjelser og økonomiske risiko, på samme måde som agenten i forhold til agenturgiveren.⁸¹ Dette må imidlertid besvares således, at franchisetageren ikke ud fra sin i litteraturen fastsatte definition kan kvalificeres på denne vis, hvorfor argumentationen for en eventuel godtgørelse for goodwill skal findes andetsteds. Herved har det i den juridiske litteratur først været debatteret af *Borcher*, hvorvidt goodwill-godtgørelsen vil være betinget af, at de almindelige erstatningsregler er opfyldt, eller om den består som et rent berigelseskrav.⁸²

3.2.2.3.2 Udviklingen indenfor dansk retspraksis

Udviklingen indenfor den danske retspraksis har ikke siden den første rigtige stillingtagen hertil i 1960 været særlig stringent. Skønt der kun eksisterer et begrænset omfang af praksis hertil vedrørende eneforhandlerforholdet, skal det siges, at der er et decideret fravær af praksis ved franchisesager. Dette skal forklares ved, at tvister i franchiseforhold ofte løses ved voldgift, grundet franchisegivers behov for hemmeligholdelse af forretningskoncepter mm., da man ved voldgift anerkender vægten og legitimiteten af de grunde, der får virksomheder til at vælge en privat voldgiftsret i stedet for de offentlige domstole indenfor den civile retspleje.

Nærværende afsnit vil således redegøre for hvorledes domstolene har taget stilling til goodwillsspørgsmålet ved inddragelsen af eneforhandlerdomme. De nedenfor gennemgåede domme forholder sig i overvejende grad til goodwillgodtgørelsen i kølvandet på klassiske

⁸¹ Se evt. Iversen, 2013, s. 279 for en bemærkning heraf, med inddragelse af Voldmester i UfR 2005B.367.

⁸² Se hertil *Borcher* i UfR 1993B.97.

obligationsretlige problemstillinger vedrørende ophævelse og erstatningsudmåling, men ikke desto mindre indeholder de interessante overvejelser for hvorledes en godtgørelse for goodwill skal tildeles forhandleren der som bekendt handler for egen regning og risiko på samme vis som franchisetageren.⁸³

De danske domstole har ikke indtil de to SØ- og Handelsretsdomme U 1988.264 SH og U 1991.803 SH entydigt slået fast, at den opsagte eneforhandler kunne kræve en godtgørelse for tabt goodwill. Før disse domme har praksis peget på en afkræftende mulighed for godtgørelse i eneforhandlerens favør, om end muligheden herfor ikke har været fuldstændigt afskåret.

Af nyere retspraksis nævnes indledningsvis U.1976.947S (Elan/Schalt-sagen), hvor en eneforhandlingsaftale blev opsagt efter 20 år, hvor forhandleren efterfølgende gjorde krav på goodwillgodtgørelse. Leverandøren gjorde imidlertid gældende, at et erstatningskrav for goodwill kan bestå, hvis der sker en *aktiv*⁸⁴ overførsel af en oparbejdet kundekreds til producenten. Domstolen gav leverandøren medhold, og udtrykte uden nærmere uddybning, at en goodwill-erstatning *kan* gives, til trods for at det ikke var tilfældet i nærliggende sag.

Ligeledes bemærkes det, at der i U.1980.42H (Ringtape) heller ikke blev tilkendt en goodwillgodtgørelse. Her udtalte Højesteret, at ”sagsøgte i en længere årrække har haft eneforhandling med selvstændig prisfastsættelse, hvorved man har kunnet opnå dækning for sine omkostninger ved oparbejdelsen af kundekredsen, der efter produkternes⁸⁵ beskaffenhed må antages at have været ret begrænset og velkendt.” Her havde forhandleren altså i realiteten slet ikke tilført leverandøren nye kunder, fordi kundekredsen allerede på forhånd måtte antages at være defineret og velkendt (på grund af produkternes særlige beskaffenhed). Erstatningsområdet for goodwill synes efter domsafgørelsen at begrænse sig til producentens tilegnelse af forhandlerens indsats, uden at vedkommende er blevet behørigt kompenseret for de omkostninger, som denne har haft ved oparbejdelse af markedet (f.eks. ved producentens overtagelse af markedet til egen fordel). Kravet syntes således herefter at få en form for *berigelseskarakter*.⁸⁶

De to SØ- og Handelsretsdomme som bemærket ovenfor ændrede praksis, da de tilkendte en goodwill-godtgørelse/erstatning til den opsagte eneforhandler, i hhv. U.1988.264S (Freixinet) og

⁸³ Den beskudne praksis vedrørende tildelingen af goodwillgodtgørelser vedrører kun eneforhandleraftaler. Qua den store lighed mellem eneforhandler- og franchiseaftaler er praksis dog antaget at gælde på lige fod.

⁸⁴ Eksempelvis ved frigivelsen af kundelister mv.

⁸⁵ Sagsøgte, Ringtape A/S, var eneforhandler af industritapeprodukter.

⁸⁶ Se også Borchers i UfR 1999B.79 for en diskussion heraf.

U.1991.803 (Donewell). Mens retten ikke begrundede goodwill-godtgørelsen til den efter 9 år opsagte eneforhandler af vin i Freixinet⁸⁷, valgte retten at begrunde en godtgørelse i Donewell med følgende udtalelse: ”Sagsøgeren (eneforhandleren) har over en længere årrække gennem forhandling af sagsøgtes produkter indarbejdet Donewells navn på det danske marked. Uanset at de specielle produkter, der har været forhandlet, er udgået, er der gennem sagsøgerens arbejde oparbejdet en goodwill, der kommer sagsøgte til gode, og som sagsøgte må erstatte.” Fælles for begge domme er, at producenten direkte, eller gennem en ny forhandler, fortsatte med at markedsføre sine egne eller tilsvarende produkter overfor den i kontraktperioden etablerede kundekreds.⁸⁸

En af de nyere afgørelser på området, U.1998.221H, tog også stilling til en mulig goodwill-godtgørelse. Her fandtes eneforhandleren (sagsøger) at være berettiget til at hæve aftalen med leverandøren, og havde samtidig krav på en erstatning – dog ikke for goodwill. Højesteret anerkendte, at her var tale om en væsentlig misligholdelse af forhandlerkontrakten, hvorfor en kontraktophævelse fra forhandlerens side var berettiget med efterfølgende krav på erstatning for det tab, der må anses som følge af leverandørens misligholdelse.⁸⁹

Vedrørende goodwillspørgsmålet udtalte Højesteret, at sagsøger selvstændigt fastsatte salgspriser og forestod transporten af produkterne, og at sagsøger ikke i forhold til sagsøgte indtog en stilling, som kunne sidestilles med den stilling, en handelsagent indtager i forhold til agenturgiveren. Allerede af den grund kunne et krav om godtgørelse for goodwill ikke støttes på en henvisning til reglerne om goodwill i HAL. Højesteret fastslog endvidere, at der ikke i øvrigt forelå sådanne ganske særlige omstændigheder, som eventuelt kunne begrunde en tilkendelse af godtgørelse for goodwill på en anden basis. *Petersen* vurderer, at nærværende afgørelse synes at slå fast, at en

⁸⁷ Udover, at der under de 9 år blot var opbygget en kundekreds for leverandørens spanske, mousserende vine.

⁸⁸ Wegener kritiserer i UfR 1994B.350 de to S- og Handelsretsdommes præjudikatsværdi i forbindelse med tilkendelsen af en goodwillgodtgørelse, da det i begge dommes tilfælde var antaget, at opsigelsen af forhandlerne ikke var sket med det fornødne varsel, og at der derfor teknisk set forelå misligholdelse fra leverandørens side.

⁸⁹ Den væsentlige misligholdelse bestod i, at leverandøren (sagsøgte) allerede forud for opsigelsen, uden forhandlerens samtykke eller orientering herom, havde iværksat en salgsrettet markedsundersøgelse inden for forhandlerens eneforhandlingsområde. Forhandleren mente, at denne salgsrettede henvendelse til ca. 80 latinamerikanske firmaer, havde til formål at overføre kunderne til leverandøren, hvorfor kontrakten blev ophævet med et krav på erstatning for dels mistet bruttofortjeneste, og dels mistet goodwill. Sagsøger (eneforhandleren) fastsatte sit krav på goodwill-godtgørelse til 1 års gennemsnitlig mistet bruttoavance, svarende til 1 mio. kr. Vedrørende goodwillkravet henviste sagsøger dels til § 25 i lov om handelsagenter og handelsrejsende (HAL), dels til misligholdelsens grovhed.

analog anvendelse af HAL tilnærmelsesvis må betragtes som udelukket,⁹⁰ hvilket også bemærkes ved efterfølgende retspraksis.

Højesteret synes at basere hovedargumentet for ikke at tilkende en goodwillgodtgørelse på, at forhandleren, i modsætning til handelsagenten, er i stand til at fastsætte sin egen fortjeneste. Anvendelsen af nævnte argument i U.1998.221H er i mellemtiden problematisk, da eneforhandlerens evne til selv at fastsætte priser for de sidste 5 år af samarbejdet øjensynligt kun eksisterede på papiret, som pointeret af *Petersen*.⁹¹ Producenten havde i hele samarbejdsperioden haft et vågent øje til forhandlerens avance, uden at der blev grebet ind. Det er ganske usandsynligt, at producenten ikke ville have grebet ind over for forhandlerens avancer ved enten at forhøje salgspriserne eller ved selv at overtage markedet, såfremt forhandlerens avance var større, end producenten fandt passende.⁹² På denne baggrund burde argumentet ”selvstændig prisfastsættelse”⁹³ have været tillagt en mindre afgørende betydning i ovennævnte sag, om end sagen, i tillæg med de andre anførte, demonstrerer at domstolene har været yderst varsomme med at tilkende en goodwillgodtgørelse til eneforhandlere baseret på en analog anvendelse af reglerne i HAL.

Berigelsesmomentet har været væsentligt i sagen U 2000.1581H, der dog tiltrådte bemærkningerne i SØ- og Handelsrettens dom, om at der ”normalt ikke er grundlag for at tillægge selvstændige forhandlere godtgørelse i anledning af berettiget afbrydelse af et forhandlerforhold”. Dommen illustrerer de betingelser, der skal være opfyldt for at udløse goodwillerstatning baseret på berigelse, og her tilkendte SØ- og Handelsretten en eneforhandler en ”erstatning for mistet kundekreds og for investering i markedsføring uden mulighed for dækning af disse omkostninger gennem normalt salg”. Baggrunden for sagen var producentens indlysende illoyale tilegnelse af forhandlerens indsats og marked, efter at samarbejdet havde varet i ca. 10 måneder, hvor forhandleren havde investeret i en salgsmedarbejder og markedsføring af produkterne. Overtagelsen skete uden varsel og ved, at producenten ansatte forhandlerens salgsmedarbejder, og erstatningen blev fastsat til et 3 måneders skønnet dækningsbidrag. Uagtet at der forelå en misligholdelse ved den uvarslede opsigelse, synes dette element efter præmisserne ikke at være indgået i bedømmelsesgrundlaget. Derimod har retten lagt vægt på, at ”afbrydelsen fandt sted

⁹⁰ Se Petersens artikel i UfR 1998B.312 for en diskussion heraf.

⁹¹ UfR 1998B.312, side 2.

⁹² Se også diskussionen af termineringsdilemmaet nedenfor i afsnit 6.2.2.

⁹³ Argumentet om en selvstændig prisfastsættelse indtræder desuden ikke i den belgiske eneforhandlerlov.

uden rimelig begrundelse og uden nogen hensyntagen til medkontrahentens interesser”. Dette understreger tilegnelses- og berigelsesmomentet.

Denne bemærkning om den snævre anvendelse af goodwillgodtgørelsen synes også at indtræde ved de seneste to domme, U 2013.532 H og U 2013.736 H, hvor Højesteret i begge tilfælde ikke fandt noget grundlag for at imødekomme et krav om godtgørelse, bl.a. med den praksiskonforme begrundelse, at leverandøren havde indtaget en selvstændig position, herunder med fastsættelsen af priser og salg af andre produkter.⁹⁴

3.2.2.3.3 Konklusion på eneforhandlerens/franchisetagerens mulighed for godtgørelse

Som konklusion synes domstolene altså ikke at basere en eventuel godtgørelse på analogibetragtninger. De i praksis udviklede betingelser, som i mellemtiden skal være opfyldt for at tale for en goodwillgodtgørelse, kan dog sammenfattes således⁹⁵:

(1) Leverandøren skal have bragt samarbejdet til ophør, uden at dette kan henføres til misligholdelse fra eneforhandlerens side, eller eneforhandleren skal have bragt samarbejdet til ophør på grund af misligholdelse fra leverandørens side. Der synes ikke at herske et krav om, at godtgørelsen kun kan ske i forening med misligholdelse fra leverandørens side eller en manglende iagttagelse af et opsigelsesvarsel.

(2) Eneforhandleren skal have skabt en goodwill i form af en etableret kundekreds for leverandørens produkter.

(3) Leverandøren, eller dennes nye eneforhandler, skal have mulighed for, eller gives mulighed for, at overtage den af eneforhandleren skabte kundekreds med henblik på fremtidige forretninger. Det er ikke nok, at eneforhandleren mister kundekredsen for de pågældende produkter; kundekredsen skal tillige være til disposition for leverandøren.

Disse tre betingelser, samt det diffuse krav om forelæggelsen af **ganske særlige omstændigheder**⁹⁶ skal således være opfyldt, for at en goodwillgodtgørelse kan komme på tale.⁹⁷

Såfremt godtgørelsen skal sikres efter en analog anvendelse af HAL, skal der imidlertid være endnu to opfyldte betingelser, da § 25 således vil gælde præceptivt. Eneforhandlerens avance skal for det første være fastsat af, eller endog kontrolleret af leverandøren, og for det andet skal leverandøren have en høj grad af indflydelse på driften af eneforhandlerens virksomhed. Når disse

⁹⁴ Det skal herved bemærkes, at en franchisetager næppe vil have mulighed for en fastsættelse af salg af andre produkter.

⁹⁵ Jeg har formuleret konklusionen baseret på den gennemgåede retspraksis samt inspiration hentet fra et indlæg af Svendsen i UfR 1994B.252.

⁹⁶ Goodwillgodtgørelsen vil typisk frakendes alene ved dette krav, og særligt ved den nyere retspraksis har dette krav været svært at opfylde.

⁹⁷ Naturligvis forudsat, at der ikke er indgået en modstående aftale af parterne.

yderligere betingelser er opfyldt, vil grænsen mellem eneforhandling og handelsagentur således blive udvisket.

Som det har været diskuteret i den juridiske debat, har man ud fra retspolitiske overvejelser advaret mod at gøre praksis for bredtfavnende på området for forhandlerens godtgørelse, når der ikke foreligger aftale mellem parterne herom. I forhandlerregi råder der dog et udbredt ønske om, at der på dette område åbnes mere op for muligheden ved at opnå kompensation for tabet af kundekredsen til leverandøren eller dennes nye forhandler. Dette skal navnlig ses ud fra det synspunkt, at oparbejdelsen af kundekredsen kan være ganske omkostningstung.

Det må med hjemmel i de ulovfæstede grundsætninger og nyere dansk retspraksis vurderes, at en goodwillgodtgørelse til franchisetageren, hvor vedkommende selv kan fastsætte videresalgspriser, i det nærmeste må anses som udelukket. Dette må særligt være tilfældet, hvor aftalen lovligt opsiges af franchisegiver ved observeringen af det aktuelle opsigelsesvarsel.

Som en opsummerende note må det altså bemærkes, at der jf. gældende ret ikke tages højde for forhandlerens incitament til ex-ante at foretage relationsstyrkende investeringer, hvilket i kontrast hertil indgår i godtgørelsesvurderingen i agenturforholdet, som anført ovenfor i afsnit 3.1.1.1 ved investeringssynspunktet.

3.2.3 Særligt om franchiseforholdet og kvalificeringen heraf

Hidtil har de danske domstole været yderst tilbageholdne med at anvende handelsagentlovens bestemmelser om økonomisk godtgørelse på andre kontrakter end handelsagenturkontrakter. Den foreliggende praksis på området er knyttet til eneforhandlere, da praksis er meget begrænset for franchising. Der er dog ingen grund til at tro, at praksis for forhandlerområdet ikke samtidig skulle gælde for franchisetagere, da denne gruppe deler den i praksis væsentlige karakteristika, at der foreligger en mulighed for autonom handlefrihed i forhold til hovedmanden, samt at der består en mulighed for selvstændig prisfastsættelse.

I forlængelse af ovenstående afsnit skal det dog vurderes på hypotetisk vis, i hvilken udstrækning at franchisetageren funktionelt kan sammenlignes med handelsagenten, således at der kan drages på godtgørelsesreglen i HAL § 25. Den følgende diskussion vil således pege på en række forhold hvor franchisesystemet bevæger sig væk fra forhandlerbegrebet, og i stedet drager på aspekter fra handelsagenturet.

3.2.3.1 Den integrerede forhandler

Ole Lando sonderer for forhandlerens vedkommende mellem de ”integrerede” og de ”ikke-integrerede” og argumenterer for anvendelsen af godtgørelsesreglerne fuldtud - altså som præceptive - på den første gruppe og som deklatoriske på den anden.⁹⁸ Herved vil man komme til det resultat, at det afgørende for, om en analogisk anvendelse kan accepteres, er, om den pågældende formidler efter en helhedsbedømmelse er integreret i leverandørens afsætningsorganisation på en sådan måde, at vedkommende i forretningsmæssig henseende i væsentligt omfang udfører samme opgaver som en handelsagent. Med andre ord vil den integrerede forhandler således funktionelt være at sidestille med handelsagenten. I denne forbindelse noteres det, at eneforhandleren og franchisetageren ofte på samme måde som handelsagenten vil være fast integreret i leverandørens salgsapparat med forpligtelsen til at fremhæve denne forbindelse i vareudstyr og reklamemateriale samtidig med, at vedkommende er underlagt en mere eller mindre vidtgående forpligtelse til at følge leverandørens instrukser.⁹⁹

3.2.3.2 Fuldmagt i franchising

I den traditionelle juridiske litteratur bygger mellemmandssynspunktet (handelsagenturet) på, at der foreligger en fuldmagt mellem agenturgiveren og handelsagenten. Dette er ikke tilfældet ved forhandlerretten og den selektive distribution, hvor forhandleren handler i eget navn og for egen regning. Forhandleren handler således ikke i producentens/leverandørens navn og er derved heller ikke bemyndiget til at indgå aftaler i vedkommendes navn. Den interessante konstruktion ved franchising er i mellemtiden dens lighed med forhandlerbegrebet ved den autonome handlefrihed, dog med tilføjelsen af væsentlige karaktertræk på linje med handelsagenturet, såsom det faktum at franchisetageren ikke udadtil handler i eget navn, men kun internt i den vertikale relation med franchisegiver. Argumentet er herved, at franchisetageren lægger sig tættere opad handelsagenturet end traditionel forhandling, særligt med henblik på fuldmagtsaspektet.

Den traditionelle fuldmagt indebærer, at fuldmægtigen ved det indre forhold handler for hovedmandens navn og regning, jf. AFTL § 10. Det er ikke tilfældet ved den form for ’fuldmagt’, som franchisetager modtager ved salg af franchisegivers produkter, da franchisetageren her som bekendt handler i eget navn¹⁰⁰ og for egen regning. Det er dog vigtigt at notere, at det ofte skaber

⁹⁸ Lando, et al., 2006, s. 216.

⁹⁹ Iversen, 2013, s. 254.

¹⁰⁰ Franchisetageren handler i hvert fald på papiret i eget navn, men det kan være svært at skelne hvorledes dette er tilfældet.

forvirring hos tredjemand/kunderne, hvem der er rette aftalesubjekt, hvilket da også var tilfældet i U 1994.146 Ø¹⁰¹.

Ved franchiseforholdet foreligger der endvidere en videredelegation mht. at benytte franchisegivers immaterielle rettigheder, hvorved franchiseforholdet får karakter af noget der ligner et fuldmagtsforhold, og det kan således diskuteres, hvorvidt franchisetageren rent faktisk handler i eget navn. Det må tillægges en vis betydning, at franchiseforholdet bærer præg af at denne videredelegation af immaterielle- samt varemærkerettigheder, samt at franchisetageren reelt opfattes som handlende i franchisegivers navn. Herved kan franchiseforholdet på disse punkter vurderes at være tættere beslægtet med handelsagenturet end det egentlige forhandlerbegreb, hvorfor en mulighed for analog anvendelse af handelsagentlovens beskyttelsespræceptive godtgørelsesregel i § 25 bør tages til genovervejelse.

Det skal dog klart udtrykkes, at dette ikke er et synspunkt som domstolene klassisk set har taget højde for, og det skal da også afslutningsvis konkluderes, at en franchisetager formentlig ikke bør regne med en analog anvendelse ud fra dette synspunkt.

3.3 Perspektivering

Med den gennemgåede praksis må det konstateres, at domstolene har forholdt sig til klassiske obligationsretlige problemstillinger af reaktiv art. Ved forhandlerforhold, dvs. franchiseforhold, har domstolene ikke taget højde for strategisk kontrahering, da der ikke lægges vægt på forhandlerens incitament til ex-ante at afholde relationsspecifikke investeringer, hvilket omvendt anføres som et argument for godtgørelsesreglen i HAL, som beskrevet ved investeringssynspunktet ovenfor.

Afgangsvederlaget til handelsagenten bygger på et beskyttelseshensyn, grundet at handelsagenten klassificeres som aftalerelationens svage part, og derfor har brug for beskyttelse i opsigelsessituationen. Beskyttelseshensynet er således en materiel begrundelse for uddelingen af et økonomisk slutopgør. Paradoksalt for dette hensyn er dog, at ikke alle handelsagenter nødvendigvis er den økonomisk svage part i relationen. Med den tilsyneladende høje vægtning af dette hensyn, må der da også kunne argumenteres for, at franchisetageren identificeres som aftalerelationens svage part, set i sammenligning med franchisegiver. Hertil skal det da også

¹⁰¹ Dommen vedrører et franchiseforhold. Ifølge franchiseaftalen skulle franchisetager optræde som selvstændig forhandler, men denne selvstændige stilling fremgik ikke af de annoncer, som franchisetageren anvendte. Retten fandt, at franchisegiveren hæftede for den senere insolvente franchisetagers misligholdelse. Ved vurdering af dommen er det væsentligt at slå fast, at franchisegiveren (som altså endte med at blive forpligtet) selv bar ansvaret for, at hans virksomhed kom til at fremstå som forpligtet overfor omverdenen.

bemærkes, at den norske Tampax-dom fra 1980 er et udtryk for, at det i norsk ret må påvises at forhandleren er en svag part, om end forhandleren i denne norske sag fik nægtet adgang til en analog anvendelse af de norske godtgørelsesregler, der i øvrigt er nært identiske med de danske.¹⁰² En sådan lighed mht. mellem mændenes risikoprofil må, om ikke andet, siges at åbne op for debatten vedrørende et slutopgør til franchisetager, hvilket kan resultere i en højere sikkerhedsfølelse hvad angår afholdelsen af relationsspecifikke investeringer og en derved øget incitamentsforenelighed.

Vigtigst er det, at der eksisterer en sammenhæng mellem franchisetagerens indsats i samarbejdsforholdet og den tilsvarende aflønning, hvilket der ikke nødvendigvis er på nuværende tidspunkt som følge af retstilstanden på området kombineret med den etablerede praksis ved brug af de mere klassiske kontrakter. Realoptioner kan i en vis udstrækning forene denne inkongruens.

3.3.1 Beskyttelsespræceptiv lovgivning?

3.3.1.1 Danmark

Som tidligere nævnt, er den beskyttelsespræceptive lov om benzinforhandlerkontrakter det eneste lovregulerede område indenfor forhandler- og franchiseområdet. En interessant observation findes dog i lovens § 3a, hvor forhandleren beskyttes i tilfælde af en opsigelse fra leverandøren ved et krav på en erstatning, der bl.a. dækker tab af investeringer og kundekreds.¹⁰³ Ud fra denne betragtning kan en franchisetager nyde godt af en beskyttelse, da franchising i højere grad end regulær forhandling har karakter af værende et selektivt distributionssystem, hvor franchisetageren er integreret i producentens virksomhed. Denne beskyttelse vil være hensigtsmæssig, særligt hvor franchisetageren er risikoavers, og hvor vedkommende skal afholde kapitaltunge investeringer ved samarbejdet med franchisegiver.

På trods af, at forhandleren og franchisetageren juridisk/økonomisk og funktionsmæssigt i mange tilfælde kan sammenlignes med handelsagenten, er variationerne på forhandlerområdet så store, at der hverken på EU-niveau eller i dansk ret er indført en generel regulering af forhandlere på samme måde som handelsagenter, herunder regler om tilkendelse af godtgørelse for oparbejdet kundekreds med samarbejdets ophør (goodwill).¹⁰⁴

¹⁰² I Tampax-dommen ønskede mindretallet en analog anvendelse af agent-reglerne, således at den norske efterprovisionsbestemmelse kunne anvendes. De lagde vægt på at der var tale om at eneforhandlerforholdet havde samme karakter som et handelsagentforhold.

¹⁰³ Se evt. Lando, et al., 2006, s. 266.

¹⁰⁴ Se hertil Borch og Voldmester i UfR 2005B.367.

Det må altså antages, at den ikke-eksisterende (beskyttelsespræceptive) lovgivning for forhandlere og franchisetagere skyldes retssikkerhedsmæssige årsager, da en sådan lovgivning potentielt kan føre til en stigning i antallet af sagsanlæg der udspringer af en kvalifikationsproblematik vedrørende forhandler- og franchiseforholdets natur.

3.3.1.2 Norge

Vender vi blikket mod en af vores nordiske naboer, kan vi konstatere, at der heller ikke i Norge har lovfæstet sig et krav på kompensation vedrørende forhandlere og franchisetagere.¹⁰⁵

Hensigtsmæssigheden af en mulig gennemførelse af beskyttelsespræceptiv lovgivning har dog været omdiskuteret i de norske juridiske tidsskrifter, dog undertiden med afkræftende resultat. Den funktionelle lighed mellem handelsagenturet og de øvrige mellemmandsformer vurderes at være for begrænset til at tale for en beskyttelsespræceptiv lovgivning til fordel for forhandleren og franchisetageren.

3.3.2 Draft Common Frame of Reference

Ekstenderes blikket i mellemtiden til større, aktuelle europæiske tiltag, kan det bemærkes, at Draft Common Frame of Reference (herefter ”DCFR”) blev publiceret i 2009 som et forsøg på at kodificere den fælles europæiske kontraktsret og relaterede retsområder. DCFR bygger på The Principles of European Contract Law (PECL), der ligeledes er inspireret af CISG¹⁰⁶ og har karakter af værende *lex mercatoria*.

Interessant for problemstillingen er, at DCFR tager stilling til en altfavnende goodwillgodtgørelse, der giver mellemmanden¹⁰⁷ ret til godtgørelse uafhængigt om aftalen opsiges rettidigt, ophæves eller blot udløber, forudsat at mellemmanden har udvidet principalens omsætning, og at principalen fortsætter med at udnytte kundekredsen. I tilføjelse hertil skal det anses *rimeligt*, at mellemmanden får en sådan godtgørelse.

Book IV. E. - Article 2:305¹⁰⁸ vedrørende ’Indemnity for Goodwill’ giver mellemmanden en uforbeholden ret til en økonomisk kompensation for den goodwillværdi, som kundekredsen vil

¹⁰⁵ Eftestøl-Wilhelmsson, 2005, s. 609.

¹⁰⁶ The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods.

¹⁰⁷ Her medregnes både handelsagenter, franchisetagere og forhandlere, jf. DCFR IV.D. – 1:101: Scope.

¹⁰⁸ Bestemmelsens ordlyd:

(1) When the contract comes to an end for any reason (including termination by either party for fundamental non-performance), a party is entitled to an indemnity from the other party for goodwill if and to the extent that:

(a) the first party has significantly increased the other party’s volume of business and the other party continues to derive substantial benefits from that business; and

(b) the payment of the indemnity is reasonable.

udgøre for principalen, efter at kontrakten ophører. Bestemmelsen er selvsagt deklaratorisk, og den bygger delvist på et berigelsessynspunkt. Den er imidlertid interessant ved, at den anerkender et behov for beskyttelse af mellemmanden ved aftalens ophør, og anskues som et forsøg på en incitamentsforenelighed mellem principal og mellemmand i dens forsøg på at skabe en øget korrelation mellem indsats og aflønning.

3.4 Delkonklusion

Udgangspunktet er, at der ikke er adgang til økonomisk godtgørelse efter en analog anvendelse af handelsagentlovgivningen som specialitetsgrundsætning. Dette skyldes dels den påkrævede funktionelle lighed med handelsagenturet, og dels den karakteristik for franchiserelationen, at der hersker en adgang til selvstændig prisfastsættelse fra franchisetagerens side, hvilket muliggør imødekommelsen af et eventuelt tab.

Vurderes muligheden for godtgørelse i lyset af praksis og gældende ret, må det antages, at franchisetagerens goodwillgodtgørelse ved et afsluttet kontraktforhold er tvivlsom, særligt når dette ophør ikke skyldes misligholdelse fra franchisegiverens side. Evnen til selvstændig prisfastsættelse, undertiden kaldt opsparringssynspunktet, som anføres ovenfor, kan dog kritiseres eller endog undermineres i tilfælde, hvor franchisegiveren udstikker vejledende prislistor eller nøje overvåger franchisetagers avance ved vurderingen af, hvorvidt en etablering af eget datterselskab vil være mere rentabel, hvilket jeg finder yderst interessant i forbindelse med afhandlingens problematik.

Uagtet om de retslige godtgørelsesmuligheder finder anvendelse jf. en goodwillgodtgørelse, er det essentielt at notere, at det økonomiske dækningsområde for realoptionen under alle omstændigheder vil overstige den almindelige godtgørelse, der kan opnås, samt at denne desuden også er opgivet på inkonsistent vis ved den foreliggende retspraksis. Realoptionen vil således yde en forøget sikkerhed både ved compensationens tilstedeværelse samt dennes værdi.

Som konklusion eksisterer der altså flere argumenter for hvorfor en beskyttelse af franchisetageren er ønskelig, om end en sådan beskyttelse ikke hidtil har været gennemført lovgivningsmæssigt, grundet dels politisk uenighed og dels retssikkerhedsmæssige årsager. Navnlig de seneste års retspraksis viser da også, at der ofte i sager om ophør af forhandleraftaler er blevet nedlagt påstand om tilkendelse af godtgørelse.¹⁰⁹ Det er således et område, der må behæftes med ikke ubetydelige transaktionsomkostninger ex-post, når der ikke tages højde herfor ex-ante.

(2) The grant of an indemnity does not prevent a party from seeking damages under IV.E. – 2: 303 (Damages for termination with inadequate notice).

¹⁰⁹ Iversen, 2013, s. 279.

Herved kan det synes hensigtsmæssigt at løse godtgørelseskonflikten ved anvendelsen af realoptioner som led i parternes *private ordering*¹¹⁰.

¹¹⁰ Uddybning følger i Afsnit 4.5.

4 Den retlige mulighed for en realoptionsanvendelse

I forlængelse af delkonklusionen i kapitel 3 skal det noteres, at parterne [i eneforhandlerforhold, men formodentlig også i franchiseforhold] ved aftale kun sjældent tager højde for et økonomisk slutopgør.¹¹¹ I forbindelse hermed, er det parternes eget ansvar at søge integrative løsninger, der kan optimere den samlede nytte ved kontraktrelationen.

Den erhvervsjuridiske metode er af væsentlig betydning indenfor privatretten, hvor der i en stor udstrækning eksisterer deklaratoriske retsregler. Virksomheden er nemlig her i stand til at inddrage og integrere økonomiske overvejelser i beslutningsprocessen som styringsredskaber for virksomhedens aktiviteter.¹¹²

De følgende underafsnit vil derfor redegøre for franchisegivers retlige mulighed for at indskrive en klausul i franchisekontrakten vedrørende anvendelsen af en realoption. En sådan bestemmelse skal være aktivt tilvalgt, eftersom der ikke eksisterer nogen udfyldende retsregler vedrørende anvendelsen af realoptioner i baggrundsretten. For den franchisetager, der vil sikre sig mod vilkårlighed fra modpartens side, eksempelvis i forbindelse med aftalens ophør, og som ikke vil forlade sig på, at en mulig tillempet anvendelse af agentreglerne vil yde tilstrækkelig sikkerhed, har det derfor særlig betydning på forhånd at søge retsstillingen klarlagt på en bevissikker måde.¹¹³ Det søges således belyst, hvorvidt der eksisterer juridiske begrænsninger for det økonomiske mål om at opnå relationsrente mellem parterne, ved brugen af realoptioner.

4.1 Indledning

Den kontraktuelle problematik indenfor franchising er særdeles klart blevet illustreret af forholdene i f.eks. benzinbranchen: Selvom der formelt set er tale om kontraktforhold mellem selvstændige erhvervsdrivende, er franchisetagerne typisk fuldstændigt underkastet de vilkår, som franchisegiveren fastsætter. De frie forhandlinger med henblik på afbalancerede kontraktvilkår, der er typiske for kontrakter mellem erhvervsdrivende, og som fører til, at der sjældent gribes ind i medfør af aftalelovens § 36, eksisterer normalt ikke i franchising.¹¹⁴

Perspektivet er kontraktretligt: Der foreligger et kontraktforhold mellem parterne, der kun formelt, men ikke reelt er ligestillede. Derfor opstår et behov for anvendelsen af kontraktretlige beskyttelses- og misbrugsregler, der ellers kun kendes i forbindelse med aftaler mellem erhvervsdrivende og forbrugere. Franchisetageren skal med sin høje risikoaversion, og som den

¹¹¹ Ifølge Svendsen i UfR 1994B.252, hvilket udgjorde den generelle opfattelse på daværende tidspunkt.

¹¹² Se også Østergaard, 2003, s. 284.

¹¹³ Iversen, 2013, s. 33.

¹¹⁴ Se f.eks. Hørlyck i UfR 1990B.49, hvor han kort benævner den eksisterende asymmetri i parternes forhandlingsstyrker.

økonomisk svage part, beskyttes, hvorfor en klausul vedrørende anvendelsen af en realoption må være gunstig for begge parter og ikke forskrue det interne styrkeforhold. Det skal i denne sammenhæng nævnes, at realoptioner netop kan eliminere den skæve risikofordeling og samtidig skabe større incitamentsforenelighed, såfremt optionen indføres hensigtsmæssigt.¹¹⁵

4.2 Franchiseaftalen og baggrundsretten

I mangel på særlovgivning, som parterne til franchisesamarbejdet kan støtte sig op ad, må der etableres en egentlig franchisekontrakt til styringen af samarbejdet. I tilfælde af, at denne kun regulerer de mest centrale aspekter ved samarbejdet, må der faldes tilbage på baggrundsretten til udfyldning af aftalen. Denne indeholder retsregler, der udfylder eller begrænser aftalen, og i tilfælde af en vagt formuleret eller indholdsmæssigt begrænset franchisekontrakt, må domstolene udfylde retsgrundlaget efter almindelige fortolkningsprincipper, hvor parternes oprindelige, kendelige forudsætninger og deres efterfølgende dispositioner indgår med særlig vægt.¹¹⁶

Det skal noteres, at de enkelte franchisekoncepter og -aftaler er mangfoldige, hvorfor de udfyldende regler kan omhandle talrige retsområder, herunder købeloven, immaterialretten, erhvervslejeloven og virksomhedsoverdragelsesloven. Obligationsrettens almindelige principper finder imidlertid anvendelse på alle slags kontrakter, herunder hvor realoptioner anvendes.

4.2.1 Standardkontrakter for franchising

Som ved mange andre områder indenfor erhvervslivet, er der også som model for kontraktforholdet mellem hvervgiver og mellemmand udviklet standardaftaler, hvor regler fra lovgivningen om mellemmand er gengivet, udbygget eller erstattet med andre vilkår.¹¹⁷ Disse former for templates er typisk udformet af interesseorganisationer for den pågældende handel eller branche. Denne type standardkontrakt anvendes også indenfor franchiseområdet¹¹⁸, således at parterne kan minimere konciperingsomkostningerne ved tiltrædelsen af en gensidigt bebyrdende aftale, der tager højde for de mest centrale aspekter vedrørende samarbejdet, herunder indgåelsen, aftalens ophør og misligholdelse. En indgåelse af sådanne standardkontrakter er undertiden mest hensigtsmæssig ved veldefinerede og simple samarbejder, hvor produkter og ydelser på forhånd er klart afgrænsede. Såfremt parterne sigter efter strategisk kontrahering, hvor kontrakten skal agere samarbejdets styringsværktøj, og hvor målsætningen mellem parterne er en

¹¹⁵ Se afhandlingens kapitel 7 for en nærmere uddybning vedrørende implementeringen af optionen.

¹¹⁶ Andersen, 2011, s. 345.

¹¹⁷ Iversen, 2013, s. 33.

¹¹⁸ Der henvises i den forbindelse her til 'Sample franchise contract', som dog blot er én ud af mange mulige standard templates: <http://www.franchiseworld.co.uk/archives/675> - besøgt d. 9 marts 2016.

incitamentsforenelighed og nedbrydelse af den asymmetriske information, kan det undertiden være fordelagtigt at bevæge sig væk fra, eller bygge ovenpå, de generiske standardkontrakter der eksisterer for området. Udøvelsen af strategisk kontrahering kan, ved en øget indsats ex-ante ved klarlæggelsen af integrative løsninger, være særligt hensigtsmæssig for franchisegiver ved større franchisenetværk, hvor kontrakten i en vis udstrækning kan udrulles på flere (ensartede) markeder og/eller franchisetagere.

Det bemærkes, at den typiske standardkontrakt er af overvejende reaktiv karakter. Dette ses særligt ved en typisk stillingtagen til reaktive problemområder, som eksempelvis misligholdelse, herunder lovvalg og værneting. Undersøgelser af '*top terms in negotiation*' foretaget af The International Association of Contract and Commercial Management (IACCM) understreger denne tendens,¹¹⁹ hvor parterne forsøger at forsikre sig mod eventuel konfliktopståen og derved egenoptimering fremfor et tillidsfuldt og målrettet samarbejde.

For at benytte realoptioner, og en derved sigtelse efter opnåelsen af relationsrente, er det således parternes ansvar selvstændigt at aftale sig hertil jf. princippet om aftalefrihed beskrevet nedenfor.

Fra et transaktionsomkostningsperspektiv er der meget som taler for, at parterne benytter en standardkontrakt, men det skal herved erindres, at man således skal identificere, hvilke kriterier der skal lægges til grund for at bruge en realoption som aktivt tilvalg i kontrakten.

4.3 Aftalefrihed og klausulens gyldighed

4.3.1 Aftalefrihed

Det grundlæggende retlige princip om aftalefrihed i økonomiske forhold betyder, at enkeltpersoner og virksomheder frit kan indgå de aftaler, de ønsker at indgå, som retligt bindende aftaler.¹²⁰ Kontraktfriheden og kontraktens bindende kraft¹²¹ kom som almindelige retlige grundsætninger til anerkendelse ved Danske Lov af 1683 i 5-1-1 og 5-1-2.¹²²

Det ligger altså som udgangspunkt kontraktsparterne frit for, hvorledes de vælger at udfærdige kontrakten for deres samarbejde. Princippet er dog ikke uden modifikationer, da der gælder undtagelser i flere forbindelser. Der vil i afhandlingen dog kun fokuseres på undtagelsen ved

¹¹⁹ IACCM (2014). 2013/2014 Top Terms in Negotiation, s. 6.

¹²⁰ Andersen & Madsen, 2012, s. 19-20.

¹²¹ Latin: *Pacta sunt servanda* – begreb for at aftaler skal holdes.

¹²² Gomard, et al., 2012, s. 17.

uretfærdige kontraktvilkår, da dette findes mest relevant for de praktiske muligheder og begrænsninger for at anvende realoptioner.¹²³

Domstolene er i grunden tilbageholdende med at gribe ind og krænke princippet om aftalefrihed, bl.a. grundet den store retlige usikkerhed som dette ville medføre i samfundet. Der vises da også større tilbageholdenhed i retspraksis med at gribe ind over for kommercielle kontrakter indgået mellem større virksomheder, end overfor kontrakter med en mindre næringsdrivende som part, og særligt over for forbrugerkontrakter.¹²⁴

4.3.2 Klausulens gyldighed

Indføjelser af en realoptionsklausul i kontrakten har karakter af at være gensidigt bebyrdende. En sådan aftale kan være gyldig og bindende, selv om den ikke har, og aldrig får, nogen *aktuel* retlig virkning.¹²⁵ En realoptionsklausul vil således være gyldig, selv om den aldrig får aktuel retlig virkning efter dens indhold, dvs. i den situation hvor franchisegiver og/eller franchisetager ikke udnytter deres berettigede call- eller putoption. Parterne kan endvidere gennem aftale begrænse den bindende virkning af optionen, således eksempelvis ved at fastsætte et starttidspunkt for hvornår optionen retmæssigt kan udnyttes.

Som en modifikation til princippet om aftalefrihed findes generalklausulen i aftalelovens § 36. Ifølge denne kan en aftale eller en anden retshandel *ændres* eller *tilsidesættes* – helt eller delvist – hvis det vil være urimeligt eller i strid med redelig handlemåde at gøre den gældende.¹²⁶ Denne paragraf, som også ofte betegnes generalklausulen grundet dens brede anvendelsesområde, knytter sig til aftalens indhold og træder bl.a. i kraft ved uretfærdige kontraktvilkår. Franchisegiver vil løbe en risiko ved indarbejdelsen af realoptionsklausulen i kontrakten ved en eventuel hel eller delvis tilsidesættelse af klausulen fra domstolenes side. På trods af den kommercielle økonomiske frihed, der udspringer af den liberale aftalefrihed, kan forskelle i parternes styrkeforhold resultere i anvendelsen af § 36, såfremt dette har medvirket til uafbalancerede aftalevilkår.¹²⁷ Erhvervsdrivende kan altså være i en sådan underlegen position, at de ikke har mulighed for at

¹²³ Andre ugyldighedsgrunde omfatter umyndighed samt de svage og stærke ugyldighedsregler i aftaleloven vedrørende kontraktens indgåelse. Præceptive særlove (f.eks. lejeloven, funktionærloven og forbrugeraftaleloven) begrænser også aftalefriheden.

¹²⁴ Gomard, et al., 2012, s. 24.

¹²⁵ Ibid., s. 78.

¹²⁶ Andersen, 2008, s. 423.

¹²⁷ Ibid., s. 426.

påvirke indholdet af de kontrakter, de indgår.¹²⁸ Særligt ved franchisesamarbejder kan dette være værd at iagttage grundet den klassiske antagelse om en risikoneutral og kapitalstærk franchisegiver, der ud fra diversifikationssynspunktet kan varetage et portefølje af franchisetagere og således nyde en spredning af den økonomiske risiko. Franchisegiveren kan herved kontrahere med mindre, lokale franchisetagere, som besidder det fornødne lokale markedskendskab, men som typisk er risikoaverse grundet en begrænset diversifikation. Franchisetageren er da også oftest en mindre økonomisk aktør sammenlignet med franchisegiveren, hvorfor anvendelsen af en realoption skal være gensidigt værdiskabende. Hvis forskellen mellem parternes styrke har givet udslag i urimelig kontraktsbestemmelser, kan AFTL § 36 altså bringes i anvendelse. Det må dog afslutningsvis bemærkes, at forskelle i parternes forhandlingsstyrker udgør normen, og at der i disse kommercielle relationer sjældent gribes ind. Den stærkere part vil således i mange henseender være berettiget til en vis forfordeling af overskuddet. Der skal med andre ord meget til, før kontraktbestemmelser vurderes som værende åbenbart urimelige.

4.3.3 Væsentlig misligholdelse

Selv om det i aftalen mellem franchisegiver og franchisetager er forudsat, at aftalen kun kan bringes til ophør ved en eksekvering af realoptionen, kan særlige omstændigheder, der er udtryk for en parts misligholdelse af sine forpligtelser, bevirke, at modparten får adgang til straks at træde tilbage fra aftalen uden betaling af kompensation.¹²⁹ Dette vil være gældende, såfremt franchisetager har handlet svigagtigt og/eller væsentligt misligholdt¹³⁰ franchiseaftalen, og er altså i overensstemmelse med almindelige formueretlige grundsætninger, herunder de grundsætninger, der gælder for agenturaftaler. Her vil franchisegiver være berettiget til at ophæve aftalen uden at være forpligtet til at yde franchisetager den kompensation som realoptionen tilsiger. Såfremt franchisegiver væsentligt misligholder aftalen skal vedkommende dog stadig yde kompensation til franchisetager som anført ved realoptionens virke, og franchisetager vil endvidere være berettiget til en erstatning jf. obligationsrettens almindelige principper.¹³¹

¹²⁸ Andersen & Madsen, 2012, s. 204.

¹²⁹ Se eksempelvis Iversen, 2013, s. 265f., for en uddybning heraf.

¹³⁰ Eksempelvis ved aftalestridig- eller groft illoyal opførsel. En tilsidesættelse af den formueretlige loyalitetsforpligtelse kan således også konstituere væsentlig misligholdelse.

¹³¹ At kompensation her fortsat vil gælde er desuden indskrevet i realoptionskontraktens § 7, som anført i afsnit 7.2, for at sikre retsvirkningen.

4.4 Kontraktfortolkning

Når parterne til franchisekontrakten har indgået en aftale, er det af betydning for begge parter, at aftalens omfang er klarlagt. Det er i denne forbindelse centralt, hvorledes kontrakten fortolkes, set i lyset af de specifikke kontraktvilkår for brugen af en realoption. Når der opstår tvivlsspørgsmål vedrørende den retlige betydning af vilkårene, der indrømmeligt kan virke uigennemskuelige for den mindre franchisetager grundet de tekniske attributter, kan det være nærliggende at anvende fortolkningsparadigmer til at klarlægge aftalens omfang.

Det skal da også bemærkes, at meget kendte og almindeligt anvendte vilkår må anses for lettere vedtaget med hele deres indhold, end specielle, ukendte vilkår.¹³² Det er derfor tænkeligt, at realoptionen, der i opgavens sammenhæng er det mest ukendte retlige værn af de i kapitel 5 nævnte, derfor i mindre grad må forventes at være vurderet gyldigt vedtaget, end de andre, mere traditionelle værn, såsom lang uopsigelighe

4.4.1 Fortolkningsparadigmer

Som kort bemærket ovenfor, er anvendelsen af fortolkningsparadigmerne en retlig disciplin der udøves ved den typiske kontraktfortolkning. Det kræver klarhed og konsistens at sikre aftalevilkårenes læser den forståelse, som koncipisten havde for sig,¹³³ og ret beset hører aftalefortolkningen til noget af det mest uhåndgribelige inden for juraen, da den foruden et juridisk overblik også fordrer en social og psykologisk forståelse.¹³⁴

4.4.1.1 Kort om de forskellige fortolkningsmetoder og fortolkningsregler

Der findes mange forskellige fortolkningsparadigmer til redegørelsen for den konkrete aftalefortolkning. Den subjektive fortolkning er den sikreste metode, til trods for, at den kræver en mulighed for at fastslå, hvad der er parternes fælles vilje.¹³⁵ Alternativt kan en objektiv fortolkning søges, hvor aftalens ordlyd og lingvistik undersøges. Det kan dog ofte være nødvendigt at benytte fortolkningsreglerne såsom minimumsreglen, koncipistreglen, prioriteringsreglen og/eller gyldighedsreglen til at fortolke den konkrete aftale.

Grundet realoptionsklausulens retlige karakter af værende gensidigt bebyrdende vil en anvendelse af minimumsreglen tilsyneladende ikke være uden vanskeligheder. Reglen er udtryk for den

¹³² Gomard, et al., 2012, s. 275.

¹³³ Andersen, 2009, s. 131.

¹³⁴ Andersen & Madsen, 2012, s. 341.

¹³⁵ Andersen, 2008, s. 315.

almindelige antagelse, at et løfte i tvivlstilfælde må fortolkes i retning af den forståelse, der er mindst byrdefuld for løftegiveren,¹³⁶ men den har imidlertid størst anvendelse på ensidige løfter. En anden fortolkningsregel, der dog er mindre etableret end minimumsreglen, findes i gyldighedsreglen. Denne regel går ud på, at fortolkningen bør søge en løsning, der sikrer en opretholdelse af aftalen og transaktionens gennemførelse. Paradigmet er dog mest anvendeligt ved enkelte transaktioner og må derfor vurderes at være lidet anvendelig ved en hensyntagen til rammerne for et langvarigt kontraktuelt samarbejde.

4.4.1.2 Koncipistreglen og særlige fortolkningsparadigmer

Koncipistreglen, der også kaldes for ”uklarhedsreglen”, indebærer, at den part der har konciperet kontrakten må bære risikoen for tvetydighed. Nærmere bestemt medfører dens anvendelse, at kontraktvilkår, som er konciperet af den ene part alene, ofte fortolkes imod koncipisten og til fordel for den anden part.¹³⁷ Franchisegiver kan ved tvivlsspørgsmål om fortolkningen af realoptionsklausulen risikere anvendelsen af koncipistreglen. I kraft af franchisegivers forhandlingsstærke position må vedkommende, som kontraktens koncipist, være særligt omhyggelig med nøje at definere og tydeliggøre parternes gensidige forpligtelser samt retsvirkningen af optionens eksekvering. Forskellen mellem parternes styrkeforhold kan tale for, at domstolene tager særlige hensyn til den svagere franchisetager i fortolkningen af uklare vilkår og ved vurderingen af, om vilkår i franchiseaftalen skal anses som urimelige jf. AFTL § 36.¹³⁸

På trods af, at et utal af specialitetsgrundsætninger, eksempelvis fra ophavsretsloven og varemærkeloven, finder anvendelse på de forskellige aspekter ved en given franchisekontrakt, udelukker det ikke, at domstolene vil fortolke den øvrige del af kontrakten efter de almindelige fortolkningsparadigmer. Det skal altså noteres, at det ikke på forhånd vides hvilke fortolkningsparadigmer der finder anvendelse på kontrakten, hvilket skaber en grundlæggende usikkerhed for parterne.

4.5 Private ordering

Anvendelsen af den erhvervsjuridiske metode i tillæg med retsøkonomiske betragtninger beforder et samarbejde, der i et vist omfang er underlagt private ordering. Ved private ordering lægges der bl.a. vægt på, at en eventuel tvistløsning skal foregå udenom de offentlige domstole og løses i det interne forhold mellem parterne. De private aktører bevarer således selv kontrollen over en

¹³⁶ Andersen & Madsen, 2012, s. 369.

¹³⁷ Gomard, et al., 2012, s. 277.

¹³⁸ Andersen, 2011, s. 449.

eventuel aftalefortolkning i stedet for at lade dette være op til de offentlige domstole, der typisk har vanskeligheder ved at vurdere den skjulte eller ikke-verificerbare information mellem parterne. Ved private ordering vil man, såfremt tvisten ikke kan løses internt mellem parterne, typisk anvende en voldgiftklausul, hvorved dommerpanelet er fælles udvalgt af parterne. Ved eventuelle tvister undgår man således også offentligheden forbundet med en ordinær retssag, hvilket er et vigtigt moment grundet forudsætningen ved franchising om udvekslingen af erhvervshemmeligheder.¹³⁹ Endvidere er voldgiftssager ofte billigere end retssager, idet der ikke skal betales retsafgift.

Relationen mellem franchisegiver og franchisetager bør ved anvendelsen af realoptioner underlægges en hybridform af private ordering og tredjepartskontrol ved voldgift, da dette ud fra ovennævnte argumenter vurderes at sikre aftalefortolkningen og dermed i højere grad garantere en effektiv og skånsom eventuel tvistløsning på et kvalificeret grundlag.

4.6 Juridiske begrænsninger/risici ved brugen af realoptioner

Som følge af franchiseindustriens vækst bliver dens internationale karakter fortsat mere fremtrædende. Den kommercielle risiko øges i forbindelse med divergenser i de juridiske rammer i landene, hvor franchisegiver operer. Dette er tilfældet, særligt hvor franchisegiver vælger at operere med flere lokale franchisetagere på de eksterne markeder. Eksempelvis kan, som noteret i kapitel 3, en beskyttelsespræceptiv lovgivning for forhandlere i Belgien være en risikofaktor for franchisegiveren.¹⁴⁰ Det vil således være nærliggende for franchisegiver at beskytte sig mod internationale proces- og privatretlige problemstillinger, hvor det ikke er defineret hvilket retssystems materielle regler der skal finde anvendelse på kontraktforholdet.

4.6.1 Baggrundsrettens anvendelse

Realoptionsklausulen vil være gyldig, uagtet om obligationsrettens almindelige eller specielle¹⁴¹ del finder anvendelse på kontrakten, da klausulen sikrer franchisetageren en godtgørelse, der overstiger¹⁴² den mulige godtgørelse ved baggrundsrettens anvendelse.

Franchisetager oparbejder i princippet (ofte) en overførbart kundekreds til franchisegiver ved eksekveringen af realoptionen, og *kan* herved være berettiget til en goodwillgodtgørelse jf.

¹³⁹ Ibid., s. 456.

¹⁴⁰ De belgiske regler er dog ikke internationalt præceptive. Endvidere kan de kun udgøre en trussel for franchisegiver såfremt at eventuelle specialitetsgrundsætninger tilsikrer franchisetager en bedre retsstilling end hvad realoptionen muliggør, som også bemærket nedenfor.

¹⁴¹ Ved handelsagentloven (og købeloven, varemærkeloven osv.).

¹⁴² Eller i hvert fald blot er på niveau med.

baggrundsretten. Realoptionen vil dog gå forud for baggrundsretten, selv i de (yderst tvivlsomme) tilfælde hvor obligationsrettens specielle del finder anvendelse ved handelsagentlovens beskyttelsespræceptive § 25¹⁴³, så længe at compensationen ved § 25 ikke overstiger realoptionens beskyttelse. Såfremt at HAL § 25 skulle finde anvendelse i tillæg til realoptionen ville det i stedet skabe en dobbeltberigelse af franchisetager, hvilket ikke er ønskeligt som også bemærket ved overinvesteringssynspunktet i Afsnit 7.1.1.2.

4.6.2 Lovvalg

Ved en ekspansionsstrategi er det vigtigt for den danske franchisegiver at minimere de juridiske risici. Herved bør der tages hensyn til lovvalget. En af hjørnestenene ved lovvalgssystemet i EF-Lovvalgskonventionen¹⁴⁴ af 19. juni 1980 (også kaldet ”Rom-konventionen”) er parternes frihed til at aftale, hvilken lov der skal finde anvendelse på forholdet.¹⁴⁵

Det står parterne frit for at vedtage, hvilket lands retsregler deres kontrakt skal underlægges, jf. Lovvalgskonventionens art. 3, så længe at lovvalget er udtrykkeligt eller fremgår med rimelig sikkerhed af aftalens bestemmelser eller omstændighederne i øvrigt.

Hvor franchisegiver derimod ikke får inkorporeret lovvalget i kontrakten, vil eventuelle tvister afgøres efter Lovvalgskonventionens art. 4, stk. 1, hvorefter aftalen skal undergives loven i det land, hvortil den har sin ’nærmeste tilknytning’. Eftersom kriteriet ’nærmeste tilknytning’ kan skabe processuelle problemer, knytter konventionens art. 4, stk. 2, en formodningsregel til kriteriet, ved at det skal forstås som tilknytningen til retssystemet i det land, hvor den part, der skal præstere den for aftalen ’karakteristiske ydelse’ har sin bopæl eller forretningssted. Denne regel medfører således, at lovvalget i mangel af aftale retter sig mod loven i det land, hvor mellemmanden driver sin virksomhed.¹⁴⁶

Lovvalget er således meget vigtigt at få inkorporeret set fra franchisegivers synspunkt, da en mangel af aftale herfor vil medvirke til, at retsreglerne i franchisetagerens land finder anvendelse. Det er således vigtigt aktivt at indskrive, at dansk ret skal finde anvendelse, da dette vil øge franchisegivers sikkerhed samt minimere eventuelle juridiske omkostninger ved en harmonisering

¹⁴³ Det skal i øvrigt nævnes, at HAL § 25 er *internationalt* beskyttelsespræceptiv jf. HAL § 1, stk. 2. Det anførte lov- og forumvalg i Afsnit 4.6 vil dog stadig være gyldigt, såfremt at denne compensation ikke vil overstige realoptionens beskyttelse.

¹⁴⁴ Rom I-forordningen af 2008 afløste Lovvalgskonventionen med virkning fra 17. december 2009, men grundet det danske civilretlige forbehold skal danske domstole stadig anvende Lovvalgskonventionen i fravær af parallelaftaler mellem EU-staterne og Danmark.

¹⁴⁵ Iversen, 2013, s. 303.

¹⁴⁶ Ibid., s. 311.

af retsgrundlaget.¹⁴⁷ Det må alt andet lige vurderes, at der kan opstå uforudsete begrænsninger ved brugen af realoptioner, såfremt et andet lands lovgivning finder anvendelse.

4.6.3 Forumvalget

Forumvalget står først og fremmest mellem domstolsbehandling og voldgiftsbehandling, hvor sidstnævnte valg samtidig fratager de almindelige domstole deres kompetence til at dømme i det retsforhold, der dækkes af voldgiftsklausulen.¹⁴⁸ Som beskrevet i ovenstående afsnit 4.5 vedrørende private ordering anbefales parterne at træffe aftale om voldgiftsbehandling ved en eventuel tvistopståelse. Her anbefales det at aftale afgørelse ved en dansk voldgiftsret, hvis materielle ret samtidig skal regulere forholdet, hvilket vil skabe en markant større retssikkerhed for franchisegiver ved driften af et større internationalt netværk.

Det noteres, at franchisetager ved lov- og forumvalget vil påtage sig en større risiko, bl.a. hvor franchisetager ikke er bekendt med den danske baggrundsret og konstitueringen af misligholdelse, men her vil det være uhensigtsmæssigt og uproportionelt for franchisegiver at drive et større netværk uden anvendelsen af dansk materiel ret.

4.7 Delkonklusion

Som følge af baggrundsrettens manglende beskyttelse af aktørernes specialiserede investeringer, og en dermed medførende incitamentsuforenelighed, er det parternes selvstændige ansvar aktivt at indskrive en klausul, der tager højde for dette. Nærværende kapitel fandt frem til, at en indskrivelse af en realoptionsklausul er mulig som følge af den økonomiske aftalefrihed, dog med visse modifikationer og potentielle risici.

I forbindelse med anvendelsen af realoptionen vil brugen af et standarddokument med tillæg af realoptionsklausulen¹⁴⁹ være hensigtsmæssig. Dette vil medføre en begrænsning af konciperingsomkostningerne og kan begrundes ved, at kontrakten i grunden kan være ganske ufuldstændig, da realoptionsklausulen fungerer som en bredtfavnende, selvregulerende *safeguard*, der i et vist omfang modsvarer kontraktens ufuldstændighed.

¹⁴⁷ Det er også muligt at opdele lovvalget ved depecage, således at forskellige landes regler vil gælde for forskellige bestemmelser i kontrakten. Dette anbefales dog ikke, om end at franchisetager må siges at påtage sig en større risiko ved at lade kontrakten være styret af dansk ret.

¹⁴⁸ Andersen, 2009, s. 432 og 440.

¹⁴⁹ Se Afsnit 7.2 for konciperingen af realoptionsklausulen.

5 Generelle hindringer og værn til incitamentsforeneligheden

5.1 Indledning

Den klassiske franchisekontrakt er notorisk for dens typisk skæve risikoallokering mellem parterne.¹⁵⁰ Endvidere kendetegnes den ved en sædvanligvis manglende korrigerende opportuniste, hvilket tillader at parterne ikke handler i deres fælles interesse, men i stedet drives af egeninteresser. Ved udøvelsen af strategisk kontrahering anerkendes de mulige økonomiske risikopunkter ved parternes interaktion, og det søges at etablere de mest hensigtsmæssige juridiske rammer for samarbejdsforholdet.

5.2 Økonomiske barrierer til incitamentsforeneligheden

Førend at hensigtsmæssigheden ved anvendelsen af realoptioner kan vurderes, må det kortlægges hvilke økonomiske rammer der eksisterer for samarbejdet. De følgende forudsætninger vil derfor jf. den nyinstitutionelle økonomi være gældende for samarbejdet.

5.2.1 Asymmetrisk information

Grundlæggende eksisterer der en asymmetrisk information med hensyn til parternes private information. Denne asymmetriske information kommer til udtryk ved alle stadierne i samarbejdet og er en primær årsag til markedsfejl.

5.2.1.1 Ex-ante

Den asymmetriske information er især fremtrædende ex-ante, hvor der hersker usikkerhed omkring franchisetagers kompetencer og indsatsniveau. Denne form for *adverse selection* medfører en usikkerhed vedrørende den eventuelle fremtidsprofit og –udsigter, da franchisegiver kan have svært ved at vurdere hvorledes franchisetageren er den rette samarbejdspartner til opgaven, og hvorvidt franchisetageren tør gå helhjertet ind i opgaven med en velvillighed til at afholde de fornødne irreversible investeringer.

5.2.1.2 Ex-post

Efter kontraktindgåelsen vil der foreligge asymmetrisk information ved franchisegivers vurdering af korrelationsgraden mellem franchisetagerens indsats og resultat. Observerbarheden af franchisetagerens resultater, såsom salg eller profit, kan ikke nødvendigvis forudsige, hvorvidt franchisetageren har mødt fastsatte standarder med komplet nøjagtighed, da eksterne

¹⁵⁰ Der henvises herved til IACCM's undersøgelse om de mest forhandlede kontraktvilkår i kombination med den foreliggende økonomiske litteratur på området for franchising.

markedsfaktorer, såsom tilstanden af den regionale økonomi, også kan påvirke resultatet betragteligt.¹⁵¹ I forlængelse heraf vil det heller ikke være muligt for franchisegiver konkret at vurdere, hvorledes franchisetagers afholdelse af relationsspecifikke investeringer påvirker omsætningsgraden.

5.2.2 Principal agent teori

I kølvandet på den fremtrædende informationsasymmetri opstår agentproblemerne og den beslægtede opportuniste, vis eksistens er central for argumentationen for brugen af realoptioner. De eksisterende agentproblemer i franchiseregi kan til dels begrundes i en varierende risikotolerance blandt aktørerne, og udmøntes i en generel incitamentsuforenelighed mellem parterne.

5.2.2.1 Moral hazard (investeringssynspunkt)

Der hersker flere former for *moral hazard*, og disse kommer i særdeleshed til udtryk ved den traditionelle franchisekontrakt. Eksempelvis kan franchisegiver sagtens inspicere franchisetagerens finansielle resultater, men kan ikke uden videre vurdere omfanget af, hvorvidt det skyldes eksogene faktorer såsom konkurrenceniveauet, markedskonjunktoren, regulering osv. Herved kan en monitorering være nødvendig for at sikre medkontrahentes fornødne ydeevne, om end dette kan være særlig omkostningsfuldt.¹⁵² ¹⁵³ Dette synspunkt er en af grundstenene for eksistensen af moral hazard, hvor agenten kan *shirke*¹⁵⁴ med hensyn til indsatsen. En applikation af teorien findes ved afholdelsen af relationsspecifikke investeringer. Her vil den rationelle franchisetager fristes til at underinvestere i visse aktiver grundet en *spillover effect*, hvilket fører til et inefficiant investeringsniveau henset til parternes fælles nytte. Hvor der er andre lokale og uafhængige franchisetagere, vil salgsfremmende investeringer føre til en styrkelse af varemærket, hvilket ligeledes kommer den lokale franchisetagers konkurrenter til gode. Grundet risikoaversionen vil franchisetageren således være tvunget til at betragte den fulde risiko ved en marginal investering.¹⁵⁵

¹⁵¹ Sen, 2001, s. 101.

¹⁵² Scott, 1995, s. 69-81.

¹⁵³ Carney & Gedajlovic, 1991, s. 609.

¹⁵⁴ På dansk – “at skulke”. Den engelske term anvendes i afhandlingen.

¹⁵⁵ Carney & Gedajlovic, 1991, s. 610.

5.2.2.2 Freerider-problemet (appropriering af brand)

I forlængelse af ovenstående opstår freerider-problemet, som det udtrykker sig ved franchisetagerens mulige appropriering af franchisegivers brandværdi. Problematikken opstår, når agentens vinding kan internaliseres samtidig med at omkostningen eksternaliseres. Det er således en reel trussel for franchisegiver, at franchisetager har en reel mulighed for at free-ride på brandets værdi uden at opretholde den fornødne standard af franchisesystemet.¹⁵⁶ Dette kan i princippet udstrækkes til en mulig underinvestering fra franchisetagerens side, grundet efterspørgselseksternaliteter. Forbrugerne symboliserer som oftest en opfattet høj eller lav kvalitet med hele franchisekæden, hvorved free-riding på brandnavnet muliggøres.¹⁵⁷ En sådan free-riding vil være sandsynlig for franchisetagere, særligt hvor der foreligger en lav grad af gentagne kunder grundet den fysiske beliggenhed af virksomheden.¹⁵⁸

5.2.3 Opportunisme og hold-up

Den manglende incitamentsforenelighed mellem franchisesamarbejdets aktører skyldes i et stort omfang mistillid og frygten for medkontrahentens opportunisme. Denne truende opportunisme muliggøres i en vis udstrækning ved de manglende godtgørelsesregler i dansk lovgivning ved samarbejdets ophør, og her vil kontraktens ufuldstændighed skabe problemer, hvor de involverede parter foretager specifikke, irreversible investeringer. Dette giver anledning til ex-post opportunistisk opførsel vedrørende det tilbageværende overskud. Årsagen til dette skyldes, at franchisetagers interesser typisk ikke er helt i overensstemmelse med det overordnede franchisesystem. Et eksempel herpå er freeriding-problematikken som anført ovenfor. Det antages derfor, at den enkelte aktør vil maksimere egen profit og ikke profitten for det overordnede franchisesystem.

Hold-up-teorien medfører, at investoren/franchisetageren genkender sin svage forhandlingsposition, så snart investeringen er blevet afholdt. Det forventes altså, at den anden part vil drage fordel af den kontraktuelle ufuldstændighed ved at forfølge en højere andel af ex-post overskuddet end oprindeligt aftalt. Investoren kan, som følge heraf, vælge ikke at investere de midler, som vil generere det største overskud.¹⁵⁹ Dette vil være tilfældet, hvor franchisetager skal afholde investeringer i fysiske aktiver eller menneskelig kapital, og hvor franchisegiver kan udvise

¹⁵⁶ Brickley & Dark, 1987, s. 401-21.

¹⁵⁷ Scott, 1995, s. 74.

¹⁵⁸ Brickley & Dark, 1987, s. 401-21.

¹⁵⁹ Hendrikse & Jiang, 2011, s. 333.

opportunistisk adfærd ex-post og ekspropriere kvasirenter.¹⁶⁰ Det skal hertil bemærkes, at franchisetageren vil være nødsaget til at generere kvasirenter (indtægter der overstiger de variable omkostninger) for at afskrive på de afholdte relationsspecifikke investeringer. Denne eksistens af kvasirenter eksponerer herved franchisetageren til ex-post opportunisme fra franchisegiver.¹⁶¹

I forlængelse af ovenstående er det tidligere blevet omtalt, at afholdelsen af idiosynkratiske investeringer har en betydelig virkning på udviklingen af parternes forhold.¹⁶² Det inspirerer tillid, og især ved gentagne spil kan det skabe et fundament for fremtidig samarbejde. I denne forbindelse bør franchisegiver udvikle mekanismer, som skaber grobund for et tillidsfuldt samarbejde. I forbindelse med information, der også er en relationsspecifik investering jf. Dyer&Singh, må målet være at omdanne franchisetagerens tavse viden til eksplicit viden.¹⁶³ Ved vidensdeling vil der dog være en frygt for, at den anden part approprierer den relationsspecifikke viden, eksempelvis hvor franchisegiver får overdraget know-how, der muliggør en mere profitabel drift af franchisevirksomheden på selvstændig vis.

5.3 Øvrige juridiske værn og realoptionens fleksibilitet

Set i lyset af afhandlingens formål, og i forbindelse med de økonomiske barrierer til incitamentsforeneligheden som anført ovenfor, ønskes det undersøgt, hvorledes øvrige juridiske værn af proaktiv karakter kan overflødigsgøre behovet for anvendelsen af realoptioner. Baggrundsretten tager ikke højde for disse alternative juridiske værn, hvorfor de skal være aktivt tilvalgt i kontrakten. Der sigtes her mod en vurdering af deres praktiske muligheder og begrænsninger til at minimere aktørernes incitamentsuforenelighed, kvalificeret ved økonomisk teori, ved benyttelsen af et traditionelt endogent samt eksogent retligt værn.

5.3.1 Lang uopsigelighed

5.3.1.1 Klausulens berettigelse og begrænsninger

Den lange uopsigelsesperiode er jf. aftalefriheden et vidtspændende proaktivt forsøg på at sikre sig mod de endogene risici forbundet med kontraktforholdet. I relation til den nærværende problematik er det et forsøg på at sikre sig mod opportunisme, særligt i forbindelse med

¹⁶⁰ Scott, 1995, s. 70.

¹⁶¹ Brickley, Misra & Van Horn, 2006, s. 176.

¹⁶² Se evt. Altinay & Brookes, 2012, s. 286, hvor forfatterne gennemgår hvorledes at afholdelsen af idiosynkratiske investeringer positivt udvikler parternes forhold.

¹⁶³ Paswan, et al., 2014, s. 122.

afholdelsen af irreversible investeringer. Den lange uopsigelighed legitimeres ved franchisetagers behov for at afskrive på store initialinvesteringer. Det er dermed også en signalering om *commitment* fra franchisegivers side at indgå en klausul om uopsigelighed. Om end hensigten herfor kan være reel, ændrer det ikke på det faktum, at graden af opportunisme fra den rationelle franchisegiver vil stige mod udgangen af uopsigelighedsperioden. Franchisegiver kan her vælge at overtage franchisetagers virksomhed og de tilhørende aktiver, såfremt den forventede værdi herfor overstiger værdien ved en genforhandling omkring kontraktens udløb. Endvidere kan franchisegiver udskifte den utilstrækkelige franchisetager med en ny, eller vælge selv at gå ind på markedet, såfremt indtjeningsmulighederne anses mere lukrative end oprindeligt antaget.¹⁶⁴

5.3.1.2 Statisk ramme for samarbejde

Den lange uopsigelighed skaber, i tillæg til disse udløbsproblematikker, en meget statisk og ufleksibel ramme for parternes samarbejde. En 10-årig uopsigelighed udgør kutymen indenfor franchising,¹⁶⁵ og det må selvsagt antages, at der kan opstå mange problemer og frustrationer undervejs. De kontraherende parter kan, ex-post, nå til den erkendelse, at deres aftale er indgået i eksistensen af et uønskværdigt strategic fit. En forklaring på dette kan skyldes markante kulturelle forskelle blandt parterne, hvilket betragtes som en af de væsentligste årsager til relationsbrud i strategiske alliancer.¹⁶⁶ Et andet eksempel kan være, hvor franchisegivers opfattelse af kvaliteten hos medkontrahentens medarbejdere ex-post viser sig at være skuffende i forhold til den forventede værdi ex-ante. Årsagerne til en stigende friktion i samarbejdsforholdet kan være mangfoldige, og status er, at parterne som udgangspunkt kun kan komme ud af forholdet før tid ved en foreliggende misligholdelse¹⁶⁷. Et eksempel herpå findes ved Pandora-dommen¹⁶⁸, hvor der i aftalen med Lise Aagaard blev aftalt en uopsigelighed på 20 år. Pandora ønskede at komme ud af den 20-årige forpligtelse før tid, hvilket Højesteret ikke tillod. Den lange uopsigelighed kan således kritiseres ved dens eliminering af handlefriheden, og som følge deraf fleksibiliteten, ved

¹⁶⁴ For en nærmere diskussion af denne problematik henvises til Afsnit 6.2.2 (termineringsdilemmaet).

¹⁶⁵ For en større analyse heraf, se Brickley, et al., 2006. Her foretages en statistisk analyse, og det konkluderes, at over 50% af de undersøgte franchisekontrakter opererer med en 10-årig kontraktlængde.

¹⁶⁶ Meirovich, 2012, s. 56.

¹⁶⁷ Herved skal i hovedsagen forstås en uretmæssig ophævelse som vil medføre ifaldelsen af et erstatningsansvar.

¹⁶⁸ U 2012.3007 H. Lise Aagaards ydelse bestod i leveringen af know-how og design, og blev som følge heraf tilkendt en royaltybetaling på 12,5% af Pandora's nettoomsætning jf. kontraktens pkt. 3.1. Pandora krævede forgæves aftalen tilsidesat i medfør af konkurrencelovgivningen, subsidiært AFTL § 36. Uopsigelighedsfristen skal ses som en beskyttelse af aftalerelationens svage part, og kan ikke brydes af den stærke part som følge af en opstået misbrugsmulighed.

opståede komplikationer, der ikke kan legitimere en utidig opsigelse under påberåbelse af (væsentlig) misligholdelse.

5.3.1.3 Realoptionens overlegenhed

Med realoptionen er en uopsigeligheidsklausul med en evt. tilhørende genforhandlingsforpligtelse overflødig. Realoptionen vil agere som en exitmulighed for begge parter. Endvidere tilsikrer den en kompensation til franchisetager for afholdte investeringer, hvorved dens incitamentsmæssige virkning vil være sammenlignelig med den lange uopsigelighed i forbindelse med franchisetagers villighed til at foretage kapitaltunge *sunk costs*¹⁶⁹. De opportunistiske overvejelser der opstår nær kontraktens ophør begrænses hermed væsentligt. I tilføjelse til investeringssynspunktet vil realoptionen desuden skabe en dynamisk ramme for samarbejdet, hvorved en eksekvering af optionen muliggøres ved den ene parts erkendelse af eksistensen af et dårligt strategic fit. Her vil det være muligt for parterne at komme ud af aftalen til enhver tid, såfremt det vurderes økonomisk rentabelt for den ene part.¹⁷⁰

5.3.2 Hardship klausul

5.3.2.1 Klausulens berettigelse og begrænsninger

Anvendelsen af hardshipklausuler er baseret på et skønnet behov ex-ante for at sikre sig mod uventede, fremtidige omstændigheder, og har karakter af at yde den svage part en endogen såvel som eksogen beskyttelse. Formålet med klausulen er at minimere de omkostninger, der er forbundet med, at kontrakten ex-post er blevet mere byrdefuld at opfylde end oprindeligt antaget ex-ante.¹⁷¹ Hardship indgår ikke som en udfyldende retsregel i baggrundsretten, som det modsætningsvis er tilfældet med *force majeure*, og skal derfor aktivt indskrives i kontrakten for at få retsvirkning. Nødvendigheden af en klausul om hardship har sit afsæt i den mellem parterne begrænsede information og rationalitet og deraf manglende evne til at kunne forudse fremtidige hændelser.¹⁷² Værnet har sine praktiske begrænsninger i vanskelighederne, ved at definere hvad der statuerer absolut og partiel umulighed, hvis retsfølge skal løslade den opfyldende part fra sin forpligtelse. Klausulen medfører en grundlæggende juridisk usikkerhed samt transaktionsomkostninger ved påberåbelsen. Der skabes endvidere en ubalance, ved at den bebyrdede part tilgodeses, da klausulen som følge heraf bebyrder den anden part. Omfordelingen

¹⁶⁹ Herved skal forstås allerede afholdte irreversible omkostninger.

¹⁷⁰ Det anbefales herved ikke, at realoptionen benyttes med supplerende af en klausul om lang uopsigelighed.

¹⁷¹ Se evt. Østergaard, 2016, s. 438.

¹⁷² Jf. den metodiske ramme for den institutionelle økonomi.

herved udgør således et zero-sum game mellem parterne, men ved inddragelsen af domstolene vil den nødvendigvis udgøre et velfærdstab.

5.3.2.2 *Juridisk usikkerhed*

En bestemmelse om hardship kan benyttes til at beskytte den svage part mod uventede eksogene omstændigheder. Som eksempel herpå kan nævnes sygdom, som kan gøre det umuligt for franchisetager fortsat at stå for den daglige drift. Her kan hardship bestemmelsen fungere som en forsikring for franchisetageren. Hardship kan også forsøges anvendt på andre eksogene forhold, såsom uventede ændringer i markedet, der helt eller delvist umuliggør opfyldelse, alt afhængigt af hardship klausulens ordlyd. Det er dog usikkert, hvorvidt ændringer i markedet kan statuere hardship, da det kræver, at den pågældende hændelse karakteriseres 'uundgåelig og uden for den bebyrdede parts (franchisetagers) kontrolsfære'. Her vil den lokale franchisetager nemlig besidde den lokale markedsviden, og vedkommende bør således kunne indrette sig efter samt orientere sig om markedsudviklinger. Herved kan påberåbelsen af en hardship klausul forekomme usikker.

5.3.2.3 *Realoptionens overlegenhed*

Realoptionen vil på den anden side indeholde mekanismer der overflødiggør anvendelsen af en hardship klausul. Den rationelle aktør vil nemlig – såfremt den forventede værdi ved eksekveringen af realoptionen på strike-tidspunktet overstiger den forventede værdi ved et fortsat kontraktuelt samarbejde – vælge at eksekvere optionen. Det kan således være en fornuftig forretningsbeslutning at eksekvere optionen i tilfælde, hvor vedkommende vurderer en kommende lavkonjunktur for plausibel.

5.3.3 *Samspelet med realoptionen*

Hardship klausulen, og i særdeleshed klausulen om en lang uopsigelighed, er to centrale juridiske værn, der medvirker til hhv. en eksogen og endogen beskyttelse. Ud fra de ovenstående diskussioner vurderes realoptionen dog i princippet at indbefatte disse værn, blandt andre, og kan sågar beskrives som en form for hybrid af flere proaktive klausuler da den imødekommer de samme grundlæggende hensyn.

5.4 *Delkonklusion*

Realoptionens samspil med øvrige juridiske værn er med afsæt i agentteorien, behavioral economics og de relevante centrale økonomiske antagelser kortfattet blevet vurderet i dette kapitel. I relation til de inddragede klausuler skal det kort bemærkes, at en klausul om en mulig tilbagekøb af aktiver, og/eller et eksplicit krav om godtgørelse, også kan tilvælges. Disse klausuler

vil dog igen ikke have den samme rækkevidde som anvendelsen af en realoption, der tillader en unik fleksibilitet og dynamik i relationen og endvidere også eliminerer opportunismen mod kontraktens udgang.

Hvor en part traditionelt set kun kan udtræde af forholdet ved endt aftale eller misligholdelse, bliver realoptionen i sagens natur at betragte som en exitoption med en retsvirkning, der indebærer kompensation. Med afsæt i transaktionsomkostningsteorien er det desuden ikke nødvendigt ex-ante at afdække, hvad der konstituerer misligholdelse, hvis retsvirkning er en udtrædelse af kontraktrelationen, da baggrundsretten tager højde herfor. Der bør i stedet bruges ressourcer ex-ante på at afdække, hvad der vil skabe værdi for virksomheden, i stedet for at fokusere på reaktive bestemmelser med karakter og motivation af egenoptimering. Herved vil realoptionen som overbygning på baggrundsretten medvirke til flere beslutningsmuligheder hos parterne i tillæg til den øgede incitamentsforenelighed ved afholdelsen af investeringer.

6 En konsekvensbetragtning ved fraværet og anvendelsen af realoptionen

6.1 Indledning

Franchisekonstruktionen er interessant, i og med at der er tale om en samarbejdsaftale uden en håndgribelig, materiel ydelse, da franchisetager blot får overdraget de immaterielle rettigheder til franchisegivers produkt og varemærke. Dermed foreligger der i praksis en umulighed ex-ante, for at beskrive samtlige af parternes forpligtelser og leverede ydelser. Det er derfor nødvendigt at etablere en governancestruktur, der tillader en automatisk korrigerende af parternes adfærd med ønsket om aktørernes maksimale indsats for samarbejdet. Særligt når samarbejdet indeholder specialiserede investeringer er en automatisk korrigerende nødvendig, da disse på den ene side medfører en binding mellem parterne, men modsat også motiverer den enkelte aktør til at handle opportunistisk i et forsøg på at tilegne sig den specialiserede viden.

6.2 Forudgående betingelser for brugen af realoptioner

6.2.1 Usikkerhed vedrørende irreversible investeringer

Et langtidsholdbart franchisesamarbejde kræver, at franchisetageren foretager betydningsfulde (og ofte irreversible) initialinvesteringer i fysiske samt immaterielle aktiver.¹⁷³ Det er hermed en betingelse for brugen af realoptioner, at parterne anser en markedsrelateret usikkerhed for nærværende med hensyn til investeringernes rentabilitet, samt en nødvendighed for at beskytte sig mod partner hold-up af aktivspecifikke investeringer.¹⁷⁴

6.2.2 Asymmetriske risikoprofiler

Det er endvidere en betingelse, at der foreligger asymmetriske risikoprofiler. Det økonomiske argument for risikoallokering er, at en strategisk fastsat kontrakt bør allokere hver risiko til den part, der er bedst i stand til at bære risikoen.¹⁷⁵ Med denne logik bør den mere risikoaverse part tilkendes en put-option, mens den mere risikovillige bør tilkendes en call-option. Hovedårsagen til denne risikoasymmetri skyldes, at franchisegiver med sin erfaring og størrelse er den stærkere part, der ud fra et diversifikationssynspunkt kan sprede sin risiko. Ud fra prospektteorien vil henholdsvis franchisegiver og franchisetager således acceptere en call- og en put-option.

Uden disse asymmetrier i risikopræferencer vil allokeringen af en call- og put-option have karakter af værende et zero-sum game og således være nytteløs.

¹⁷³ Asmussen, et al., 2016, s. 3.

¹⁷⁴ Asmussen & Petersen, 2016, s. 3.

¹⁷⁵ Shavell, 1979, s. 55-73.

6.3 Situationen uden realoptionen

Et fravær af realoptionen vil, foruden problematikken forbundet med den mindske fleksibilitet i Afsnit 5.3, give anledning til en generel incitamentsuforenelighed og bane vejen for problematikken ved termineringsdilemmaet.

6.3.1 Incitamentsuforenelighed

6.3.1.1 *Shirking*

Ved kontraktens start vil der være et såkaldt windfall gain for franchisetageren, ved at vedkommende er garanteret et minimumssalg.¹⁷⁶ Dette vil give anledning til free-riding hos franchisetageren, hvis indsats kan være omkostningsfuld og svær at monitorere. Franchisetager kan i denne forbindelse udnytte franchisegivers investeringer i markedsføring osv.

Franchisetager vil endvidere også fristes til at shirke ved kontraktens udløb. Såfremt der ikke er aftalt en forlængelse eller genforhandlingspligt, kan franchisetager nemlig fristes til at shirke på sin indsats. Eksempelvis kan vedkommende sælge produkter som ikke er i konformitet med franchiseaftalen, i håb om at profitmaksimere inden kontraktens udløb.

Franchisetager kan desuden have en interesse i bevidst at sælge mindre frem mod en eventuel genforhandling, i håbet om at få nedsat franchisegivers royaltysats. Herved kan vedkommende stå bedre ved en genforhandling.

Realoptionen kan til dels modvirke denne incitamentsuforenelighed ved dens evne til at skabe incitament til øget salg hos franchisetager, da optionens strike udover at indebære en kompensation for afholdte investeringer også medfører en aflønning for franchisetagers oparbejdede indkøbsniveau hos franchisegiver.

6.3.1.2 *Hold-up*

Hold-up problematikken som erindret ved Afsnit 5.2.2 og 5.2.3 forekommer hovedsageligt ved kontraktens start og udgang. Her vil franchisetager frygte en opsigelse, efter at vedkommende har afholdt de irreversible initialinvesteringer. Det vurderes, at hold-up truslen vil stige frem mod kontraktens udløb, da franchisegiver her vil have incitament til at opsiges fremfor at genforhandle, og således overtage de indeholdte aktiver.

¹⁷⁶ Som eksempel kan nævnes åbningen af en McDonald's i Kina i 1990'erne. Alt afhængigt af branchen og den lokale købekraft vil en stærk opfattelse af varemærket på et vækstende marked garantere et kortsigtet salg, der kun i meget lav grad kan korreleres med indsatsen.

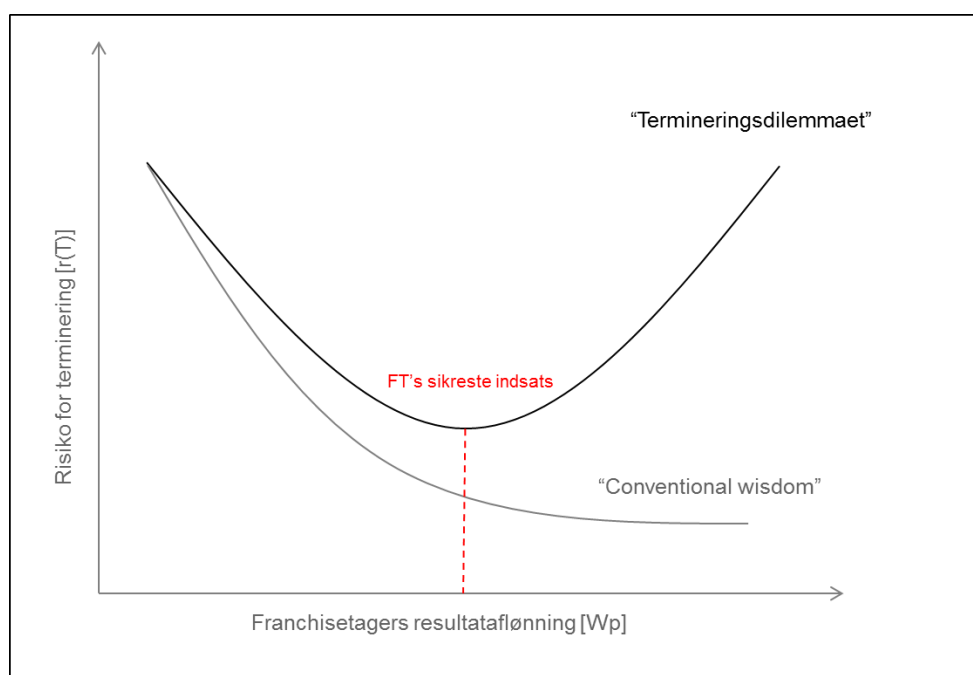
6.3.2 Termineringsdilemmaet

Det såkaldte termineringsdilemma er en central problemstilling ved ønsket om en optimal salgsindsats hos franchisetageren. Dilemmaet udspringer af det faktum, at benyttelsen af udenlandske franchisetagere er en omkostningsmild *entry-mode* sammenlignet med oprettelsen af eget datterselskab på et ukendt marked. På trods af at disse udenlandske franchisetagere udgør lavkontrol entry-modes, er den typiske antagelse, at de ikke besidder potentialet til at udnytte det fulde salgspotentiale på markedet.¹⁷⁷

Termineringsdilemmaet beskrives bedst som franchisetagers dualistiske frygt for opsigelse. Rationalet går på, at franchisetager vil frygte en terminering fra franchisegiver ved en under- såvel som en overpræstering på markedet. Ved en underpræstering vil det være nærliggende for franchisegiver at udskifte franchisetageren med en mere kompetent kandidat, særligt hvor en underpræstation kan udgøre misligholdelse, såfremt kontrakten indeholder en mindstesalgforpligtelse. Herved vil franchisetager i realiteten risikere en opsigelse uden kompensation/erstatning. På den anden side vil en arbejdsom og succesfuld franchisetager risikere at blive opsagt for dermed at overdrage det opbyggede marked og kundeportefølje til franchisegiver og vil ikke tilkendes en erstatning herfor, såfremt opsigelsesvarslet er lovligt som følge af parternes aftale, eller at det udgør en ”passende og rimelig frist” i mangel heraf.

¹⁷⁷ Petersen, et al., 2006, s. 317.

Figur 1: Termineringsdilemmaet – franchisetagers oplevede risiko for terminering



Inspiration hentet fra Petersen, et al., (2006).

Det vil være rationelt for franchisegiver selv at gå ind på markedet i situationer, hvor salgspotentialet i det pågældende marked overstiger *breakeven*-punktet for etableringen af et datterselskab.¹⁷⁸ Det skal noteres, at transaktionsomkostninger forbundet med en eventuel erstatning til franchisetager, samt oprettelsen af datterselskabet, skal modregnes i dette salgspotentiale. Franchisegivers afgørende behov består i denne forbindelse i at besidde de nødvendige netværksforbindelser samt den lokale viden for markedet, hvilket franchisetageren opbygger over tid.¹⁷⁹ Når disse forbindelser såvel som franchisetagers kundekreds er overførbare, kan det være lukrativt selv at gå ind på markedet.

Dilemmaet giver franchisetager et uhensigtsmæssigt incitament til at finde ligevægtsindsatsen, hvor den forventede værdi ved sandsynligheden for opsigelse ganget med resultatsaflønningen er højest.

For en risikoneutral franchisetager vil ligevægtsindsatsen ses ved formelen¹⁸⁰:

¹⁷⁸ Petersen, et al., 2006, s. 320.

¹⁷⁹ Paswan, et al., 2014, s. 119.

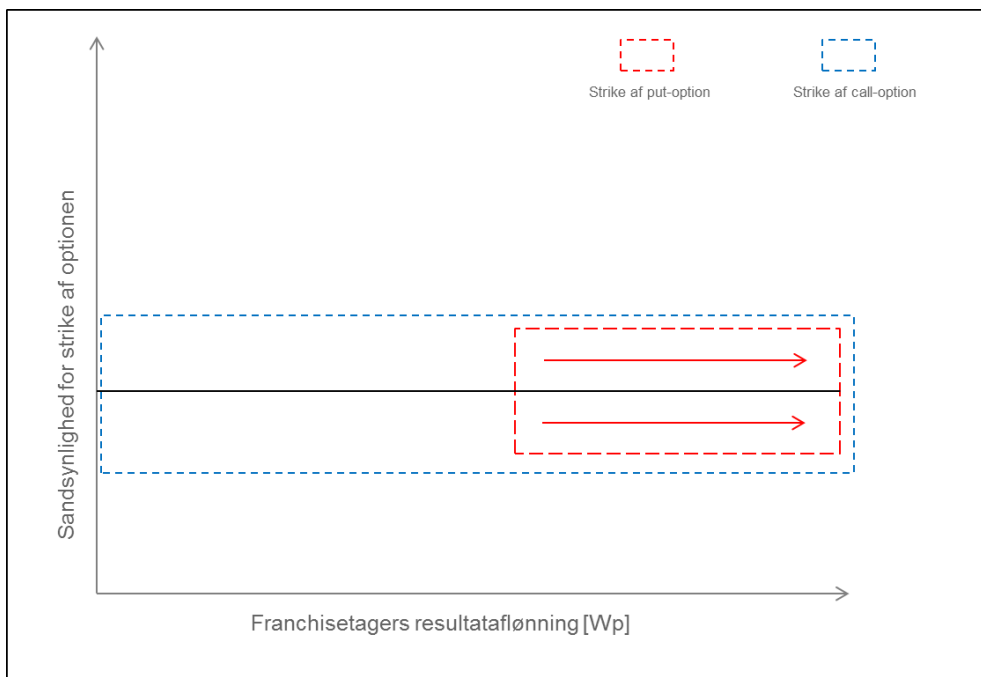
¹⁸⁰ Hvor at r = risk (eller probability), T = terminering, W = wage, p = performance og α er agentens (franchisetagers) grad af risikoaversion. Det skal noteres at 'wage' her er en funktion af 'performance', grundet realoptionens strikepris. Wp vil dog her være udskiftelig med agentens indsats.

$$(1 - rT) * Wp * \alpha$$

Antages franchisetager derimod at være risikoavers ved en inddragelse af prospektteorien, vil det på den anden side føre til en mere sikker indsats, og franchisetager vil dermed nærme sig lavpunktet for opsigelsessandsynligheden. Dette er naturligvis på ingen måde optimalt for hverken franchisegiver eller franchisetager. Den grå linje (conventional wisdom) er i stedet udtryk for den ønskelige korrelation af rT og Wp . Det er altså franchisegivers ansvar, at forsyne franchisetager med incitamenter til at levere en overnormal indsats, samt at tilsikre, at franchisetager hermed er villig til at forpligte sig til at afholde de fornødne ressourcer i forbindelse med relationsspecifikke investeringer.¹⁸¹ Kun herved vil parterne være i stand til at opnå relationsrenten.

Ved realoptionens tilstedeværelse vil franchisetagers frygt for opsigelse ved en høj omsætning ikke være begrundet, da optionens strikeværdi vil stige i takt med den højere profit.

Figur 2: Sandsynligheden for strike af realoptionen



Herved vil agentens ligevægtsindsats bevæge sig mod yderpolet for kompensation, og derved føre til en øget indsats i overensstemmelse med franchisegivers ønsker. Franchisegiver vil her omvendt ikke længere have en præference for at udnytte optionen ved de to yderpoler for franchisetagers indsats, såfremt den samlede strikepris i Afsnit 7.1.1.1 er korrekt sat.

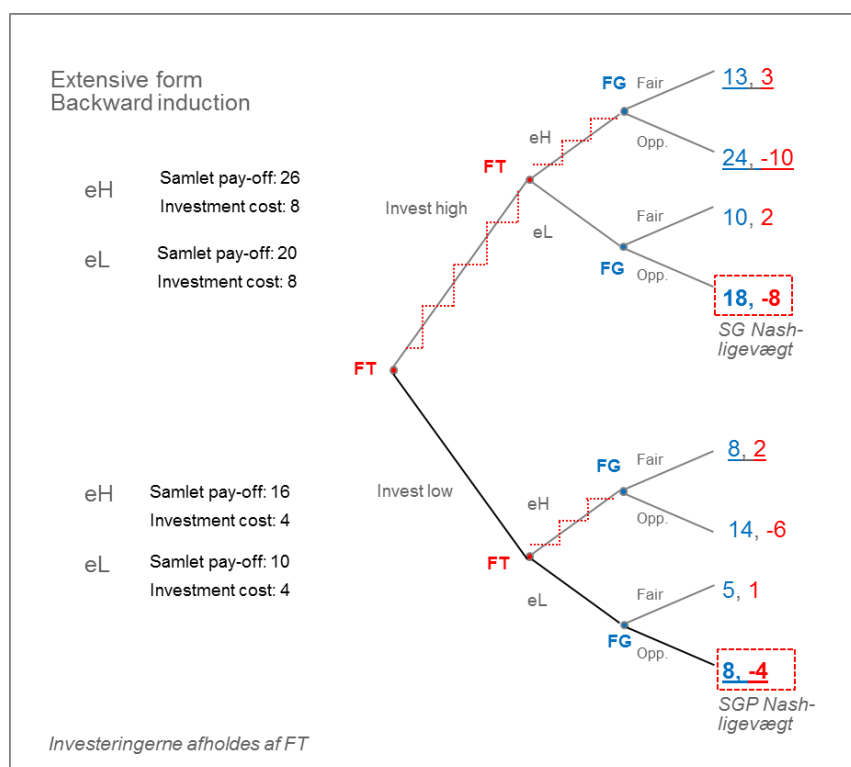
¹⁸¹ Petersen, et al., 2006, s. 334.

6.3.3 Spilteoretisk illustration

Den foreliggende incitamentsuforenelighed ved en mangel af safeguards vil blive analyseret i det følgende. Det skal herved bemærkes, at de anvendte værdier i den følgende analyse er af fiktiv karakter og således blot har til formål at illustrere tilstanden uden realoptionen.¹⁸²

Spilteorien bringes her i spil ved baglæns induktion for at udlede parternes tilgængelige muligheder og dominerende strategi.

Figur 3: Spilteoretisk eksempel ved realoptionens fravær



Som det ses ved illustrationen, er franchisetager first-mover ved valget af investeringsniveau. Franchisetager vælger herefter en given indsats¹⁸³, hvor indsatsen eH har en offeromkostning på 2 og internaliseres af franchisetager. Franchisegiver kan til sidst træffe valget mellem at være fair, hvilket udtrykkes ved en imødekomende opførsel, hvorefter det samlede pay-off deles ligeligt blandt parterne, eller opportunistisk, hvilket for simplificeringens skyld omfatter både

¹⁸² Ved dette illustrative eksempel har det været nødvendigt at modificere enkelte antagelser ved den nyinstitutionelle økonomi. Herved forudsættes det, at franchisegiver har et tilstrækkeligt niveau af observerbar information om franchisetagers valgte investerings- og indsatsniveau. Hvor franchisetager har en berettiget forventning for dette, og hvor franchisetager er rationel, vil der reelt ikke foreligge informationsasymmetri som den ellers kommer til udtryk ved den mere grundlæggende principal-agent teori, hvorfor spillet således ikke bærer præg af en omfattende informationsasymmetri.

¹⁸³ Udtrykt ved e H (high effort) eller eL (low effort).

termineringsdilemmaet samt et hold-up ved de afholdte investeringer. En opportunistisk adfærd fra franchisegiver medfølger en omkostning på 2, hvilket skal ses som værende udtryk for renomméforbundne omkostninger i markedet. Det skal noteres, at franchisegiver ved eksemplet approprierer hele overskuddet ved valget af en opportunistisk adfærd,¹⁸⁴ samt at franchisetager er ansvarlig for selv at foretage de relationsspecifikke investeringer. Såfremt aktørerne handler rationelt, og såfremt at graden af informationssymmetri tillader det, vil vedkommende være i stand til at udlede, hvorledes franchisegiver vil forholde sig efter at investerings- og indsatsniveauet er valgt, og det må konstateres at franchisegiver vil forsøge at handle opportunistisk i alle tilfælde, såfremt at der ingen safeguards er i aftalen. Når franchisetager er bekendt med dette, vil vedkommende ved et højt såvel som et lavt investeringsniveau samtidig vælge et lavt indsatsniveau. Ved spillets første beslutningsnode vil valget mellem at træffe et højt investeringsniveau kontra et lavt udgøre en forventet pay-off til franchisetager på hhv. -8 og -4, hvilket er spillets *sub-game Nash ligevægte*. Valget af disse to rene strategier vil i sidste ende føre til, at franchisetager vælger et lavt investerings- og indsatsniveau, hvorefter franchisegiver foretager hold-up, hvorfor at denne strategi derfor udgør spillets *sub-game perfect Nash ligevægt*.

Som det kan udledes af spiltræet, vil parterne ende i en sub-optimal løsning, og skaber herved ikke relationsrenten. Franchisetager vil her ikke afholde de fornødne investeringer, og vil samtidig shirke på indsatsniveauet, ved forventningen om en truende opportunistisk opførsel fra franchisegiver.

6.4 Situationen med realoptionen

Med realoptionen vil parterne, foruden en forøget fleksibilitet, opnå en større incitamentsforenelighed. Hvorledes denne kommer til udtryk vil blive undersøgt i Afsnit 6.4.2. I forbindelse hermed har den særskilte call- og put option interessante karakteristika, som vil blive beskrevet i det følgende.

6.4.1 Call- og put-optionen

6.4.1.1 Call-optionens værdi

En isoleret call-option til franchisegivers gunst sikrer en øget kontrol over franchisetagers virksomhed. Brugen af lokale franchisetagere på eksterne markeder udgør en low-commitment

¹⁸⁴ Dette er naturligvis kraftigt forenklet, da franchisegiver formentlig ikke vil være i stand hertil med 100% sandsynlighed. Endvidere vil der kunne opstå sagsanlæg mv. som vil påvirke parternes indbyrdes pay-off yderligere, men dette afgrænses der fra i nærværende afhandling.

entry for franchisegiveren, i og med at den fulde markedsrisiko undgås. Ved anvendelsen af en call-option bibeholder franchisegiver dog muligheden for selv at få kontrol over forretningsoperationerne på et senere tidspunkt.¹⁸⁵ Der foreligger således en *upside risk* for den risikoneutrale franchisegiver, hvilket kan approprieres ved anvendelsen af en call-option.

Som bemærket udrustes franchisegiver med en bedre interventionsmulighed ved call-optionen, da den fungerer som alternativ til opsigelse. Ved optionen forsynes franchisegiver med en udramatisk opsigelsesmulighed og undgår herved lange bindingsperioder.

Call-optionen kan endvidere betragtes som en *anti-shirking measure*. Herved skal forstås, at franchisegiver undgår den forventede stigning i shirking hos franchisetager mod aftalens ophør. Kontrakten kan nemlig være uendelig, da call-optionen fungerer som en exit-option ved franchisegivers overtagelse af virksomheden.

Implikationen ved allokeringen af en unilateral call-option til franchisegiver vil være, at den lokale franchisetager forventeligt vil have en negativ reaktion hertil. En sådan konstellation vil nemlig betragtes som et forsøg på appropriering, og kan som følge deraf videre intensivere termineringsdilemmaet.

6.4.1.2 Put-optionens værdi

Put-optionen tildeles franchisetager, der som den risikoaverse part oplever en *downside risk* hovedsageligt grundet den typisk høje markedsrisiko. Franchisetageren oplever en reel risiko for, at det realiserede afkast vil være lavere end det forventede afkast, og kan herved ønske en sikkerhedsstillelse til at motivere den optimale drift af virksomheden.

Anvendelsen af en put-option i samarbejdskontrakten vil have en stærk signaleringsværdi overfor den risikoaverse franchisetager. Franchisegiver påtager sig hermed en større risiko grundet forpligtelsen om en kompensation ved slutopgøret, og denne accept af risiko tjener som et signal om en forpligtelse til forholdet. Denne signaleringsværdi bør inddrages i ligningen ved overvejelsen af den optimale risikoallokering.¹⁸⁶

Ved put-optionen vil franchisetager kunne afstå virksomheden og de tilhørende aktiver, såfremt den fortsatte drift af virksomheden ikke findes rentabel. Optionen vil kvantitativt styrke

¹⁸⁵ Petersen, et al., 2000, s. 703.

¹⁸⁶ Spence, 1973, s. 355-374.

franchisegivers screeningsproces, da det vil medføre en bredere skare af ansøgere, og dermed muligheden for at opnå et strategic fit med den korrekte franchisetager.

Ydermere er der ingen tvivl om, at en franchisetager vil opleve en større økonomisk tryghed ved put-optionen, særligt ved afholdelsen af relationsspecifikke investeringer. Dette kan udnyttes af franchisegiver ved kravet om en højere royaltybetaling, da den mindre risiko for franchisetager retfærdiggør betalingen af en 'risikopræmie'. Ambitionen med anvendelsen af put-optionen er hermed, at den højere indtjeningsmulighed efter afholdelsen af de relationsspecifikke investeringer vil udligne den større omkostning forbundet med den højere royaltybetaling og således komme begge parter til gode.

6.4.1.3 Begrænsningerne ved en unilateral option

Brugen af en unilateral realoption kan ikke anbefales, da den vil skabe en styrkeforvridning i samarbejdsforholdet. Det vil være uantageligt for begge parter, at det kun er den anden part der kan ophøre aftalen, særligt hvor franchisegiver udstyres med en unilateral call option. En unilateral put option vil være mere realistisk grundet antagelsen om franchisetagers risikoaversion, men det vil næppe accepteres af franchisegiver, hvor denne vil have sværere ved at forlade kontraktforholdet. Det vil desuden grænse til det praktisk umulige at forhandle optionen på plads ex-ante, da franchisegiver herved vil ønske en så lav transfer pris som muligt, mens franchisetager omvendt vil ønske den så høj som muligt. Ved en reciprok realoption vil det være nemmere at nå til enighed og finde kompromiset. I tillæg hertil vil hold-up problematikken være intakt, såfremt en tidsbegrænset kontraktlængde benyttes ved en unilateral realoption. Eksempelvis vil en franchisegiver ved en eventuel genforhandling af kontraktlængden kunne opkræve en højere royaltysats samt bedre betingelser, særligt hvor at franchisetageren har foretaget investeringer og oparbejdet det udenlandske marked. En sådan trussel vil, om end den ikke er reel, være troværdig.

6.4.2 Realoptionen og reciprocitet

Realoptionen er, som udledt at ovenstående diskussioner, mest hensigtsmæssig ved en reciprok anvendelse. Herved vil aktørerne undgå en skævvridning i risikofordelingen da denne i stedet fordeles mere ligeligt. Parternes henholdsvis *up-* og *downside risks* vil skabe et fælles spillerum for optimering, hvor optionen kan være gensidigt værdiskabende. Helt specifikt vil en reciprok anvendelse af optionen, i tillæg til de allerede beskrevne mekanismer, have nogle centrale værdiforøgende karakteristika som undersøgt i det følgende.

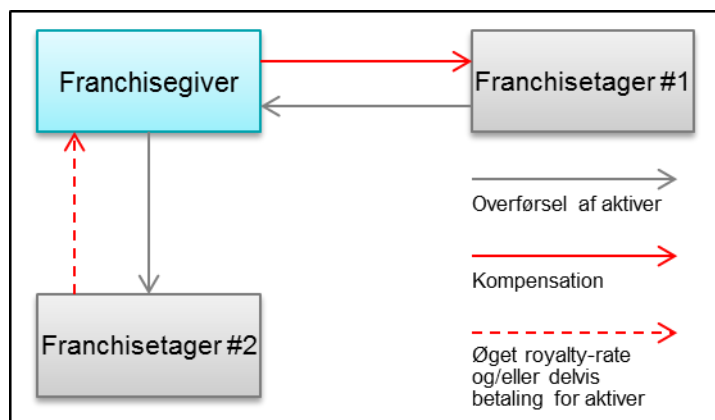
6.4.2.1 Oparbejdet værdi bibeholdes

En af kerneargumentationerne for realoptionens anvendelse er dens medvirken til at bibeholde den oparbejdede værdi i kontraktforholdet ved dets ophør, uanset hvem der udnytter optionen. Franchisegiver overtager nemlig i begge tilfælde franchisetagers virksomhed og indeholdte investeringer. Ved overtagelsen kan franchisegiver vælge selv at drive virksomheden videre – men endnu mere spændende er, at franchisegiver kan videreoverdrage – eller endda videresælge – de overdragne aktiver mm. til en ny franchisetager, dog med undtagelse af personalet. Herved forekommer i praksis en reel konkurrenceudsættelse. Det må dog forventes, at dette formentlig kun vil forekomme i praksis, hvor årsagen til optionens strike har skyldtes endogene uoverensstemmelser, eksempelvis grundet et uønskværdigt strategic fit. Såfremt den oprindelige franchisetagers exit skyldes et markedssvigt i forbindelse med en høj eksogen risiko, vil det formentlig være sværere for franchisegiver at finde en ny samarbejdspartner.

Ved salget af franchisetagers virksomhed, herunder de overdragelige aktiver, evt. inklusiv know-how, såfremt en overførsel heraf har været mulig, kan den risikoneutrale franchisegiver vælge at sælge disse videre til en ny franchisetager, evt. mod en betaling af en højere engangsbetaling ved kontraktindgåelsen og/eller en endnu højere royaltysats end den tidligere franchisetager. Muligheden herfor afhænger dog af aktivernes overførbarhed samt graden af aktivspecifitet, slidtage osv. Betalingen af en højere royalty rate kan dog undertiden kræve, at den nye franchisetager vil forvente at realisere et højere afkast end den foregående, før dette kan komme på tale. Dette kan for eksempel være tilfældet, hvor den nye franchisetager er et bedre strategic fit for franchisegiveren.

Franchisegiver kan i princippet herved opnå en bedre royaltysats ved det aktuelle franchisesamarbejde, som anført ovenfor i afsnit 6.4.1.2, og i visse tilfælde også i det næste.

Figur 4: Overførsel af aktiver ved strike af option



Det skal alt andet lige konstateres, at franchisegivers *second best use*¹⁸⁷ af aktiverne er af højere værdi end franchisetagers, da franchisegivers distributionsnetværk muliggør en videreoverdragelse heraf. I franchisetagerens alternative anvendelse vil disse aktiver oftere og i højere grad udgøre sunk costs. Kompensationen til franchisetageren for afholdte investeringer kan således i en variabel grad blive indfriet ved en videreoverdragelse, hvorfor denne mekanisme endvidere kan klassificeres som værende Kaldor-Hicks efficient¹⁸⁸, ved at franchisetageren kompenseres udover hvad baggrundsretten tilsiger, samtidig med at franchisegiver ikke lider et tilsvarende højt tab grundet aktivspecifitet og franchisegivers højere forventede værdi ved en alternativ anvendelse af disse. Det totaløkonomiske output forbedres således ved denne konstellation.

6.4.2.2 Realoptionen som forhandlingsmekanisme

Realoptionens karakter af værende en interventionsmulighed uafhængigt af en foreliggende misligholdelse muliggør, at parterne kan benytte den som en forhandlingsmekanisme. Ved optionens anvendelse bliver en udløbsfrist unødvendig, da optionen herved får karakter af værende en exitmulighed. Det verserende forhold mellem parterne kan dermed udvikle sig på dynamisk vis, eksempelvis ved lavkonjunkturer. Her kan den ene part indkalde til forhandling om royaltysatsen, og som alternativ hertil påberåbe sig den troværdige trussel om en udnyttelse af optionen. Såfremt et fortsat samarbejde, som redigeret ved en justeret royaltysats, fremover vurderes rentabelt for medkontrahenten, vil det være at foretrække fremfor eksekveringen af optionen og tabet af fremtidig profit.

I forbindelse med dette dynamiske forhandlingselement vil en genforhandlingspligt i kontrakten således være unødvendig, da realoptionen ved sin natur indeholder denne mekanisme.

6.4.2.3 Spilteoretisk illustration

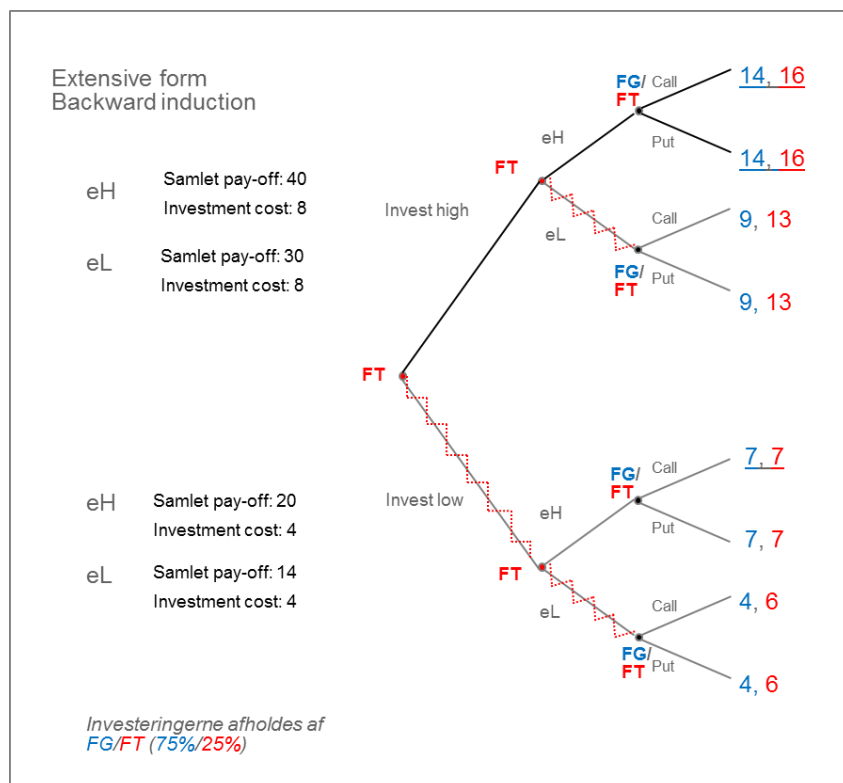
Den øgede incitamentsforenelighed som følge af realoptionen vil blive illustreret i nærværende afsnit som supplement og modsvar til Afsnit 6.3.3 og Figur 3. Værdierne er igen blot til illustration, og spillets sidste beslutningsnode, 'call/put', skal illustrere parternes forventede realiserede værdi ved samarbejdets ophør som følge af udnyttelsen af optionen. Det noteres, at

¹⁸⁷ På dansk, "bedste alternative anvendelse", hvilket også benyttes i det følgende.

¹⁸⁸ En re-allokering er en Kaldor-Hicks forbedring, såfremt den tilgodesete part hypotetisk set kan kompensere den tabende part og lede til et Pareto-forbedrende udfald. En situation er Kaldor-Hicks efficient hvis der ikke kan foretages nogen potentiel Kaldor-Hicks forbedring fra det givne udgangspunkt.

spillet er blevet simplificeret for læsevenligheds- og formålets skyld, da der ellers vil være for mange variabler i spil.¹⁸⁹

Figur 5: Spilteoretisk eksempel ved realoptionens tilstedeværelse



De øgede værdier for de samlede pay-offs afspejler det faktum, at de incitamentshæmmende omstændigheder er blevet minimeret/elimineret, herunder franchisetagers grad af shirking, hold-up truslen fra franchisegiver samt termineringsdilemmaet. Herved leverer franchisetager nu en overnormal indsats sammenholdt med den tidligere tilstand.

Til forskel fra analysen i Afsnit 6.3.3 er 75% af investeringerne her afholdt af franchisegiver, hvilket direkte afspejles i parternes forventede pay-offs ved Figur 5 ovenfor. Eksemplet medregner ikke det faktum, at de afholdte investeringer formentlig vil være egnede til videresalg, hvorfor disse i eksemplet betegnes som sunk costs. Såfremt det antages, at franchisegiver kan få

¹⁸⁹ Spillets værdier tager ikke højde for det faktum, at franchisegiver vil kunne modtage en øget royalty-betaling fra franchisetager ved brugen af realoptioner. Ej heller tager spillet højde for, at franchisegivers omkostning ved realoptionens strike vil resultere i en kompensation målt på franchisetagers aktuelle indkøbsniveau, da strukturen for denne kompensation ansættes arbitrært, som det ses i afhandlingens Afsnit 7.1.1. Dette skyldes, at det bør være op til de enkelte aktører at fastsætte en omsætningsbetonet kompensation, og denne er således ikke udregnet i afhandlingen. Det antages således her, at den øgede royalty-betaling til franchisegiver og den omsætningsbetonede kompensationspris til franchisetager går lige op med hinanden (og dermed ikke påvirker spillet).

eksempelvis 50% af sine investeringer igen ved vedkommendes bedste alternative anvendelse, vil franchisegivers nytte selvsagt stige yderligere.¹⁹⁰

Som det ses ved illustrationen er franchisetagers valg af eL strengt domineret af eH, hvorfor denne strategi kan elimineres fra spillet. Valget om at foretage et højt investeringsniveau dominerer endvidere strategien ved det lave investeringsniveau, hvorfor at det høje investerings- og indsatsniveau udgør spillets *sub-game perfect* Nash ligevægt. Ved brugen af realoptioner vil parternes incitamenters således forenes, og udfaldet udgør dermed en optimal løsning.

6.4.2.4 Kritik af realoptionens virke

Et muligt kritikpunkt ved realoptionen kan findes ved dens opfattelse som værende et sikkerhedsnet af de lokale franchisetagere. I forbindelse med screeningteorien kan franchisegivers påtagelse af den større risiko, med hensyn til dennes allokering, antages at ville tiltrække flere franchisetagere med varierende kvalitet. Om end at det forventelige større ansøgerfelt, som nævnt i Afsnit 6.4.1.2, må medføre flere kvalificerede franchisetagere, kan det frygtes, at det også vil tiltrække såkaldte 'lykkejægere'. Den øgede sikkerhed for den entreprenørielle franchisetager kan altså, foruden at skabe et bedre rekrutteringsgrundlag, også tiltrække flere useriøse kandidater.

6.5 Implikationer ved brugen af realoptioner

6.5.1 Værdiansættelsen på ophørstidspunktet¹⁹¹

I forbindelse med udnyttelsen af realoptionen vil der uundgåeligt opstå regnskabsmæssige problemstillinger vedrørende værdiansættelsen af franchisetagers aktiver, hvor disse indgår i compensationen. Værdiansættelsen af franchisetagers brugte aktiver ved ophørstidspunktet bør naturligvis (om end i et vist omfang) korrigeres for en regnskabsmæssig afskrivning, da (hele) denne afskrevne værdi ikke bør kompenseres af franchisegiver.

6.5.2 Slidtagegrad

Set i relation til ovenstående problemstilling må der forventes en obligationsretlig problematik angående slidtagegraden. Parterne kan have aftalt en overtagelse af aktiverne i en vis stand, eller tilstanden af aktiverne kan afvige fra hvad der har været forventeligt af franchisegiver. Sådanne uoverensstemmelser kan give anledning til tvister, hvorfor de er vigtige at gardere sig imod. En

¹⁹⁰ Eksempelvis ved *Invest high*, eH. Her vil franchisegivers nytte være $18 - (6/2) = 15$, fremfor 12, ved investeringernes omsættelighed.

¹⁹¹ En større regnskabsmæssig analyse heraf, samt en dybdegående konsekvensbetragtning af denne problematik er ikke inddraget i nærværende afhandling. Der skal dog gøres opmærksom på, at denne problematik skal indkalkuleres ved kontraktens forhandling og koncipering.

mulig løsning på problematikken kan være en indskrivning i klausulen om anvendelsen af en fagkyndig tredjemand. Denne kan inspicere aktiverne og udfærdige en tilstandsrapport, som franchisegiver således kan tage udgangspunkt i ved en eventuel nedsættelse i kompensationen til franchisetager.

6.5.3 Omkostningsfaktoren

6.5.3.1 *Sammenlignelige markeder*

Den økonomiske fastsættelse af realoptionen vil i praksis ikke være uden udfordringer. Der skal herved tages højde for mange forskellige parametre, som vil blive nærmere undersøgt i Kapitel 7. Derfor giver det ud fra en omkostningsovervejelse mest mening at anvende realoptioner hvor franchisegiveren opererer med flere lokale franchisetagere på markeder med homogene karakteristika. Der skal nemlig tages hensyn til forskellige, lokale omstændigheder på de forskellige markeder, samt disses påvirkning af risikofordelingen og forhandlingsstyrken mellem parterne. Dette kan give sig udslag i forskellige kontraktvilkår ved realoptionen, hvor den benyttes på ikke-sammenlignelige markeder.

6.5.3.2 *Likviditetshensyn*

En risiko for franchisegiver ved brugen af realoptioner vil være, hvor vedkommende benytter sig af flere franchisetagere, der alle udnytter put-optionen samtidig. Dette kan tænkes at være tilfældet indenfor et master franchise netværk, hvor franchisetagerne i fællesskab vurderer, at eksekveringen af put-optionen er hensigtsmæssig. En sådan situation vil være omkostningsfuld for franchisegiver, og der vil være et anseeligt likviditetsbehov, hvor en kompensation skal udbetales til flere franchisetagere samtidigt.

6.6 Delkonklusion

Den komparative analyse af realoptionen og dens fravær viser, at en reciprok realoption vil være mest fordelagtig at anvende. Denne nytænkning i forbindelse med den klassiske overvæltning af risiko på franchisetager giver vedkommende en mere lukrativ retsstilling, kontra hvad baggrundsretten tilsikrer.

Realoptionen fandtes at være en vidtspændende safeguard, der sikrer afholdelsen og overførbareheden af relationsspecifikke investeringer, mens franchisetagerens oplevelse af termineringsdilemmaet bliver afdramatiseret. På denne måde kan de indbyggede mekanismer i optionen medføre en øget incitamentsforenelighed blandt aktørerne.

Ved en anvendelse af realoptionen skal det afslutningsvis bemærkes, at en fuld kompensation til franchisetager ikke bør tilkendes. Franchisetager skal med andre ord ikke kunne trække sig uden at have afholdt nogle sunk costs, da en sådan risikofri retsstilling kan eliminere vedkommendes incitament til at drive forsvarlig virksomhed. Derfor vil det i det følgende kapitel – foruden en praktisk diskussion vedrørende realoptionens implementering – blive analyseret, hvorledes kompensationen skal beregnes.

7 Implementeringen af realoptionen: Strategi og koncipering

For en korrekt, praktisk implementering af realoptionen kræves der en indgående forståelse for det specifikke marked og industri. Franchisekontraktens parter og indbyrdes risikovillighed vil selvsagt give udslag i forskellige vilkår, hvorfor en 'one-size-fits-all' fremgangsmåde for realoptionen findes uhensigtsmæssig og urealistisk. Dette kapitel har i stedet til formål at beskrive mekanismerne på et mere generelt plan og derved forsøge at bidrage med et løsningsforslag på, hvordan en given optionsstruktur og koncipering af klausulen kan se ud.

7.1 Realoptionens strikepris

På et grundlæggende plan skal realoptionens strikepris ses som en garanti for franchisetager, hvorfor den retfærdiggør en opjustering i royaltysatsen, der afhænger af den specifikke risikoaversion. Det skal endvidere bemærkes, at en symmetrisk transferpris vil gælde, om optionen anvendes af franchisegiver eller franchisetager ved henholdsvis call- eller put-optionen.

7.1.1 Strikepris

Optionens strikepris udgør både en resultataflønning, med henblik på en godtgørelse for det oparbejdede salgsniveau, samt en kompensation for investeringer.

7.1.1.1 Resultataflønning

Der eksisterer flere muligheder for, hvorledes franchisetagers resultataflønning bør fungere ved optionens udnyttelse. Eksempelvis kan parterne benytte en aflønningsstruktur, hvorved franchisetager aflønnes ved en procentsats af den samlede omsætning over en tidsbestemt periode. Der vil dog foreligge en risiko ved en sådan aflønning hvor franchisetager afsætter andre produkter end franchisegivers, da dette ikke skaber incitament til en loyal salgsforpligtelse. Endvidere kan franchisegiver i en sådan situation have svært ved at verificere, hvorvidt franchisetagers rapporterede omsætningstal er retvisende, og en monitorering heraf kan derved være nødvendig, om end omkostningsfuld og mistillidssiglerende.

En anden, og formentlig bedre metode, vil være hvor en aflønning sker på basis af det fakturerede indkøb hos franchisegiver¹⁹². Herved kan franchisegiver i højere grad måle franchisetagers reelle salgsniveau og indsats. I forbindelse med denne aflønning foreslås det endvidere, at optionen skal fastsættes ved en gennemsnitsberegning af perioden fra optionens udnyttelse og to år tilbage, hvilket beskrives nærmere i 7.1.2 nedenfor. En kompensation for det oparbejdede salgsniveau

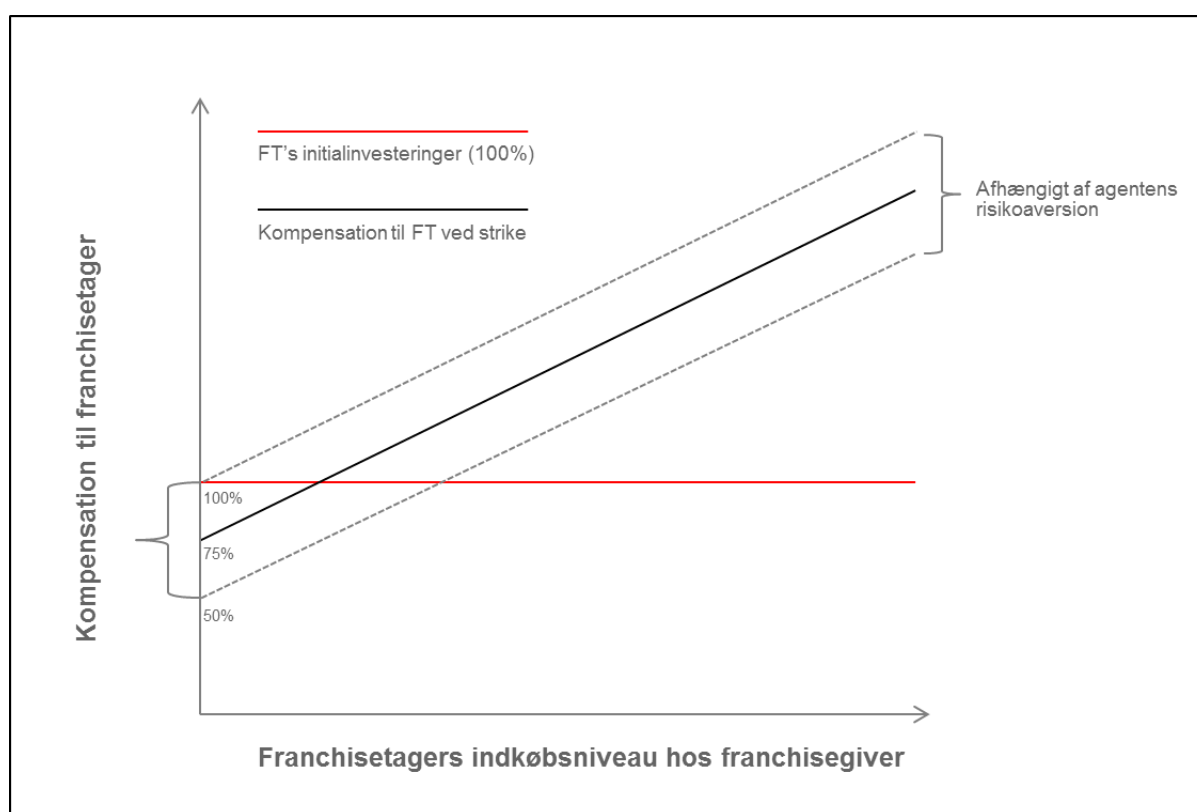
¹⁹² Eller ved franchisegivers godkendte leverandører.

harmonerer desuden med goodwillgodtgørelsen for den oparbejdede kundekreds ('goodwill'), som omdiskuteret i den juridiske litteratur.

Optionskursen for realoptionen skal ikke være for lavt sat, da det vil medføre, at franchisegiver kan fristes at agere opportunistisk ved at gå ind og overtage virksomheden på et tidspunkt. Omvendt skal den heller ikke være for høj, da det ellers vil betyde, at franchisetager aflønnes uproportionelt højt.¹⁹³

I nedenstående eksempel er kompensationen arbitrært fastsat til at godtgøre 75% af franchisetagers relationsspecifikke investeringer, inklusiv en variabel bonus på basis af indkøbsniveauet. En øgning af franchisetagers indkøbsniveau hos franchisegiver (x-aksen) vil således medføre en øget kompensation (y-aksen).

Figur 6: Optionsstrukturen



Kurven er fastsat lineært, da det i praksis ikke vil være uden store anstrengelser for parterne ex-ante at bestemme sig for en eksempelvis sigmoid kurve, da dette som udgangspunkt kræver en

¹⁹³ Kursen kan endvidere være bonusorienteret, således at en franchisetager med lav omsætning sanktioneres mens at en franchisetager med høj omsætning belønnes yderligere – særligt når omsætningen når franchisegivers nulpunktsomsætning – for at minimere termineringsdilemmaet. Dette foreslås dog ikke i nærværende afhandling, da den specifikke optionsstruktur vil medføre uproportionelt høje omkostninger ex-ante ved uarbejdelsen heraf. Kunsten er således at simplificere optionen mest muligt.

enorm stor information for parterne, bl.a. om franchisegivers nulpunktsomsætning osv. Det skal således også være op til parterne at forhandle eventuelle teknikaliteter på plads for en given kompensationsstruktur ved øget salg, om end ovenstående figur og optionsstruktur fastsættes lineært.

Ved valget af den optimale kompensationsgrad skal det erindres, at denne ikke bør være for høj/stejl. Herved vil franchisetager nemlig kunne handle spekulativt, såfremt vedkommende er garanteret windfall gains ved virksomhedens åbning grundet en stærk opfattelse af franchisegivers brand. Når nyhedsværdien ved produktet således driver over, kan det altså antages, at franchisetager i nogle tilfælde kan strike med en høj fortjeneste, hvor at vedkommende har foretaget en stor ordrebestilling hos franchisegiver eller dennes leverandører. Herved bør kompensationen for indkøbsniveauet fratrækkes den aktuelle lagerværdi hos franchisetager, således at usolgte produkter ikke medregnes i kompensationen.

7.1.1.2 Kompensation for investeringer

Kurvens faste, røde linje, afspejler behovet for en kompensation til franchisetager for afholdte initialinvesteringer, herunder butiksinventar, anlægsaktiver, træning af personale mm. Aflønningen som gennemgået ovenfor starter ved 75%-grænsen grundet argumentationen for en bevaring af risiko hos franchisetager. Denne ufuldstændige kompensation kan synes at skabe et omvendt hold-up, hvor franchisegiver fortsat beriges ved en overtagelse af aktiverne, men franchisegiver forventes ikke at gøre brug heraf grundet en antagelse om, at et *takeover* vil medføre transaktionsomkostninger. Det formodes altså, at en kompensationsgrænse på 75% vil afholde franchisegiver fra at handle opportunistisk grundet forventede switching costs, administrative omkostninger, et eventuelt sagsanlæg¹⁹⁴ samt reputational costs¹⁹⁵ krediteret til varemærket og blandt markedets aktører i øvrigt.

Kompensationen bør være genstand for en dynamisk forhandling, hvor at franchisetager vil ønske at blive stillet så risikofrit som muligt (100% kompensation for investeringer), mens franchisegiver selvsagt vil ønske en lavere kompensation. I sidste ende må franchisetagers aktuelle risikoaversion være en afgørende faktor for det optimale kompensationsniveau for investeringer. Det skal dog bemærkes, at en for høj kompensation kan føre til en overinvestering fra franchisetagers side, såfremt den marginale nytte ved at øge investeringsniveauet er større end den

¹⁹⁴ Såfremt at overtagelsen sker som følge af franchisegivers væsentlige misligholdelse (eksempelvis ved en ubegrundet ophævelse af kontrakten med åbenlys karakter af berigelse) el. lign.

¹⁹⁵ Reputational costs kan betegnes som en *informal safeguard*, jf. Dyer&Singh og Petersen, 2015, s. 18.

marginale omkostning.¹⁹⁶ Hvor franchisetager kun i begrænset omfang hæfter for disse omkostninger vil der opstå et overinvesteringsdilemma, hvilket franchisegiver bør være opmærksom på under kompensationsniveauets forhandling. En mulig løsning herved kan være, at franchisegiver forbeholder sig retten til at godkende de kompensationsbeføjede investeringer.

Det er ikke utænkeligt, at parterne aftaler at være fælles om at foretage visse specifikke investeringer. Hvor franchisegiver f.eks. har afholdt investeringerne/udgifterne til træning af personale eller lignende, kan kompensationsniveauet således blot parallelforskydes nedad. På denne måde sikres det, at det blot er de investeringer som franchisetager selv har afholdt, som kompenseres. Der er således mange forskellige kombinationsmuligheder for afholdelsen og delingen af de relationsspecifikke investeringer ved anvendelsen af denne kompensationsstruktur.

7.1.2 Gennemsnitsanvendelse

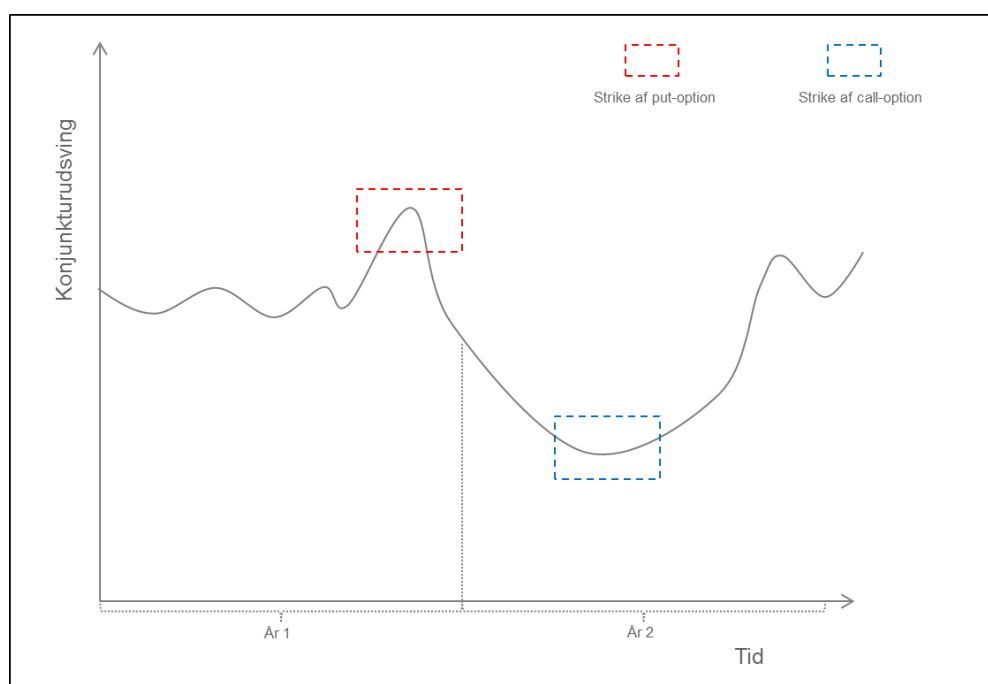
Ved beregningen af optionen vurderes anvendelsen af et to-årigt gennemsnit som værende mest pålideligt. Ved denne metode aflønnes franchisetager på basis af det gennemsnitlige indkøbsniveau hos franchisegiver (eller dennes godkendte leverandører) fra strikedatoen og de to foregående år. Begrundelsen for benyttelsen af en to-årig gennemsnitsperiode skal findes i eventuelle konjunkturudsving i markedet. Det må naturligvis forventes, at franchisetager vil udnytte sin put-option, hvor salgsniveauet er højt, mens franchisegiver modsætningsvis vil være tilbøjelig til at udnytte call-optionen, hvor salgsniveauet er lavt. Om end at det forudsætter et kendskab til fremtidige konjunkturudsving, vil en franchisegivers spekulative udnyttelse af call-optionen i en lavkonjunktur medføre en begrænset compensation til franchisetager, hvorfor en 2-årig¹⁹⁷ gennemsnitsanvendelse i højere grad vil udligne strikeprisen end eksempelvis en 1-årig periode.¹⁹⁸

¹⁹⁶ Franchisetagers opfattelse af investeringen kan også kalkuleres ved anlæggelsen af en NPV (*Net Present Value*) formel. Her vil vedkommendes beslutningstagen risikere at være ukvalificeret set ud fra parternes samlede nytte, da omkostningsbasen ved formelen vil være forskruet. En nærmere NPV analyse vil ikke blive foretaget i nærværende afhandling.

¹⁹⁷ Perioden bør være op til forhandling for parterne, men ikke mindre end 2 år.

¹⁹⁸ Og vice-versa ved franchisetagers udnyttelse i en højkonjunktur.

Figur 7: Gennemsnitsanvendelsen ved konjunkturudsving



I tillæg til konjunktursvingninger vil franchisetagerens sæsonbetonede salg også kunne påvirke strikeprisen. Eksempelvis kan en franchisetager opleve et større salg i juletiden, mens en sommer med dårlige vejrforhold kan virke salgsnedsættende for en franchisetager der sælger havemøbler, planter osv. Franchisetagers reelle indkøbsniveau vil således være sæsonkorrigeret ved anvendelsen af en to-årig gennemsnitsperiode.

Det kan diskuteres, hvorvidt det målte indkøbsniveau bør kunne tilbagerulles med ét år, såfremt salget har været stærkt påvirket af eksogene faktorer. Franchisetagers opnåelige strikepris vil selvsagt nedsættes, hvor salget har været stærkt nedadgående det seneste år, eksempelvis grundet en uforudsigelig lavkonjunktur, politisk boykot, mm. Herved kan optionskursen i stedet udregnes fra år -3 til år -1 fra strikedatoen for at afhjælpe franchisetager for denne høje markedsrisiko. En sådan begunstigende mulighed for franchisetager kan dog kritiseres, idet den lokale franchisetager bør holde sig opdateret og ajourført med de eksogene risici i et vist omfang. Det bør således overvejes på en selvstændig basis i den enkelte kontrakt, alt afhængigt af parternes- og markedets særlige forhold i øvrigt.

7.2 Koncipering af klausulen

Jeg vil i det nærværende afsnit fremlægge et konkret udkast til, hvorledes klausulen kan/bør konciperes som led i parternes private ordering. Klausulen skal ikke ses som en one-size-fits-all løsning, men kan benyttes som template og derfor tilpasses efter behov.

Følgende paragraf skal indsættes i parternes kontrakt efter parternes separate forpligtelser under overskriften ”Gensidige forpligtelser”:

X.X Anvendelsen af realoptioner

§ 1) Franchisegiver forsynes med en call-option, og derved en ret, men ikke en forpligtelse, til på et senere, ubestemt, tidspunkt (”Strike-tidspunktet”), at få overdraget franchisetagers virksomhed og aktiver mod et nærmere fastsat vederlag.

Franchisetager forsynes med en put-option, og derved en ret, men ikke en forpligtelse, til på et senere, ubestemt, tidspunkt, at få overdraget franchisetagers virksomhed og aktiver mod et nærmere fastsat vederlag.

§ 2) Det fastsatte vederlag udgør både en (delvis) godtgørelse for investeringer samt en kompensation for franchisetagers oparbejdede salgsniveau hos franchisegiver eller dennes godkendte leverandører (tilsammen ”Strike-prisen”), og ansættes som summen af det i stk. 1 og 2 anførte:

Stk. 1) Godtgørelsen for investeringer ansættes til 75% af franchisetagers initialinvesteringer, og omfatter som minimum engangsbetalingen for franchisekonceptet samt afholdte investeringer indenfor kategorierne butiksindretning, anlægsaktiver, IT systemer, indledende salgskampagne/markedsføring, samt trænings- og uddannelsesudgifter til personale i det omfang, de varetages af franchisetager.

Stk. 2) Kompensationen for det oparbejdede salgsniveau fastsættes til X% af franchisetagers fakturerede månedlige indkøb hos franchisegiver eller dennes godkendte leverandører, regnet over en 2-årig gennemsnitsperiode fra indeværende måneds udløb.¹⁹⁹ Franchisetager har til pligt at bilagsføre alle indkøb, og franchisegiver kan til enhver tid inspicere disse og foretage granskning heraf.²⁰⁰ Franchisetagers aktuelle lagerværdi på Strike-tidspunktet

¹⁹⁹ Kompensationen kan passende sættes til eksempelvis 300-600%, således at den svarer til 3-6 måneders indkøb hos franchisegiver.

²⁰⁰ Bilagene skal medvirke en sikker bevisførelse, således at franchisetagers incitament til at sælge andre varer på svigagtig vis minimeres.

modregnes ved fastlæggelsen af indkøbsniveauet, før den procentmæssige udregning foretages.

§ 3) Franchisegiver forbeholder sig retten til endeligt at godkende eller afslå franchisetagers valg af investeringer.²⁰¹

§ 4) Parterne indvilger i, at der ved Strike-tidspunktet benyttes en fælles udvalgt fagkyndig tredjemand til inspicering af Franchisetagers aktiver. Denne tredjemand overleverer en tilstandsrapport til Franchisegiver om aktivernes nutidsværdi og slidtagegrad senest to uger efter Strike-tidspunktet.

Stk. 1) Franchisetager skal kompenseres for aktivernes nutidsværdi, med tillæg af X% af den afskrevne værdi.

§ 5) Ved Strike-tidspunktet forpligtes parterne til at indgå i forhandlinger om en særskilt pris for overførslen af Franchisetagers unikke know-how/viden.²⁰²

Stk. 1) Denne forhandling kan foregå fysisk, elektronisk eller telefonisk, men skal vedtages skriftligt.

Stk. 2) Parterne kan ved enighed undlade en forhandling herom.

§ 6) Parterne accepterer, at Kontrakten har en ubestemt løbetid, og at den kun kan bringes til ophør ved en eksekvering af realoptionen.

§ 7) Kun Franchisetagers væsentlige misligholdelse af sine Forpligtelser vil fritage Franchisegiver for betalingen af Kompensationen, og vil give Franchisegiver en hævebeføjelse.²⁰³ Franchisegivers væsentlige misligholde vil ikke fritage Franchisegiver for betalingen af Kompensationen, og kan endvidere resultere i ifaldelsen af et erstatningsansvar.

§ 8) Ved optionens strike vil der gælde en opsigelsesperiode på X måneder.²⁰⁴

²⁰¹ Dette foreslås, da franchisegiver herved sikrer sig, at aktiverne kan overføres ved vedkommendes bedste alternative anvendelse, som typisk vil være en eksisterende eller ny aktør i afsætningskæden. Ydermere skal franchisetagers investeringer være af den fornødne kvalitet og konform med det pågældende franchisekoncept.

²⁰² Som følge af den praktiske umulighed ved at kræve al know-how overført ved optionens eksekvering, foreslås dette separat forhandlet.

²⁰³ Retten og pligten til at få den aftalte 'Strike-pris' skal altså ikke kunne gøres gældende af franchisetageren, der på grund af misligholdelse har givet franchisegiver anledning til at hæve franchiseaftalen.

²⁰⁴ Baggrundsretten vil tilsikre en 3-6 måneders opsigelse, såfremt dette ikke fastsættes eksplicit i kontrakten. Med realoptionens kompensation og ønsket om fleksibilitet ønskes derimod en kortere opsigelsesperiode som nærmere aftalt af parterne.

8 Konklusion

Sammenfattende kan det konkluderes, at parterne i et franchisesamarbejde ved brugen af realoptioner opnår en øget incitamentsforenelighed, der uomtvisteligt medfører skabelsen af en relationsrente, subsidiært en kvasirente. Den eksisterende – men begrænsede – realoptionsteori udvides ved afhandlingens forsøg på at skabe de fornødne juridiske rammer til maksimeringen af franchisetagerens indsats, samt at forsoner denne med franchisegivers overordnede interesser. Anvendelsen af realoptioner er en pragmatisk tilgang til problematikken ved franchisetagers shirking og begrænsede investeringer, set i lyset af gældende rets utilstrækkelighed, og det er min overbevisning, at anvendelsen heraf sikrer en over-normal værdiskabelse i kontraktperioden, som kan opveje den ekstra omkostning, som denne vil medføre i ex-ante transaktionsomkostninger samt ex-post kompensationsomkostninger for franchisegiver. Ambitionen ved anvendelsen af optionen er således, at franchisetagers højere indtjeningsmulighed efter afholdelsen af de relationsspecifikke investeringer vil udligne franchisegivers kompensationsomkostning, set i lyset af en højere royaltybetaling og styrkelse af franchisets brand, og derved komme begge parter til gode.

Det blev indledningsvist undersøgt, hvorvidt franchisetageren tildeles en godtgørelse for relationsspecifikke investeringer eller goodwill ved opsigelse af franchisekontrakten. Den juridiske analyse heraf udleder, om end praksis for franchisekonstruktionen er begrænset som følge af den typiske tvistløsning ved voldgiftsager, at forhandler/franchisetager kun i ganske exceptionelle tilfælde har nydt en godtgørelse for oparbejdet goodwill som følge af praksisskabte regler ved eventuel overvejelse af handelsagentlovens § 25. Af denne årsag blev der dernæst foretaget en vurdering af de praktiske muligheder og implikationer ved en indførelse af en realoptionsklausul, herunder stillingtagen til konfliktløsningen, såfremt at parternes private ordering måtte findes utilstrækkelig.

Da det erkendes, at der indenfor den strategiske kontrahering findes flere bud på proaktive klausuler, der søger at afhjælpe eksogene- samt endogene risikofaktorer ved partnerskabsaftaler, blev der derefter foretaget en analyse af øvrige juridiske værn set i lyset af de økonomiske barrierer til parternes incitamentsforenelighed. Disse værn fandtes utilstrækkelige som følge af deres medfødte skavanker og mangler, hvorfor realoptionen overtrumfer disse i forbindelse med afhandlingens problematik, særligt set i lyset af parternes asymmetriske risikoprofiler og ønsket om fleksibilitet.

Med udgangspunkt i økonomisk teori blev realoptionens virke og retfærdiggørelse herefter analyseret ved en konsekvensbetragtning af tilstanden med- og uden realoptionens indbygning i kontrakten. Spilteorien blev benyttet til at illustrere, at Nash ligevægten uden realoptionen vil være at finde, hvor franchisetager leverer et lavt investerings- og indsatsniveau, mens ligevægten med realoptionen modsætningsvis findes ved et højt niveau.

De konkrete overvejelser ved implementeringen af klausulen blev afslutningsvis vurderet. Da en one-size-fits-all løsning ikke findes hensigtsmæssig, blev de forskellige parametre fremstillet, og det blev illustreret, hvorledes de kan reguleres og tilpasses parternes enkelte behov. Ved analysen heraf blev et udkast til en mulig klausulanvendelse fremlagt, hvor denne skal betragtes som en template med justerbare elementer og mekanismer ved den konkrete kontrakt. Parterne kan herved nå til enighed om en given kompensationsgrad for afholdte investeringer, indkøbsniveau samt eventuelle detaljer ved nedskrivninger i visse fysiske aktiver. Det skal dog som en afsluttende bemærkning understreges, at franchisetager ikke skal fritages for al risiko, men at denne blot i et højere omfang bør deles med franchisegiver.

9 Perspektivering

Med dette bidrag til hvorledes realoptioner kan indføres i franchiseregi, er det blevet noteret, at den etablerede kontraktspraksis ved partnerskaber er genstand for forbedring, set i lyset af behovet for incitamentsforenelighed. Det er mit håb med afhandlingen, at denne kan bidrage til nye, integrative muligheder, indenfor feltet af den strategiske kontrahering.

Jeg vil gerne afslutningsvis bemærke, at der ikke foreligger store betænkeligheder ved, at de teoretiske overvejelser ved afhandlingen også skal kunne finde tilsvarende anvendelse på eneforhandlerkontrakter, da der også her kan eksistere en fundamental incitamentsuforenelighed mellem parterne som følge af den traditionelle risikodeling. Eneforhandleren, der også i høj grad er integreret i medkontrahentens virksomhed, kan ligesom franchisetageren også opleve en frygt for medkontrahentens opportunisme, herunder ved termineringsdilemmaet.

Jeg vil dog pointere, at kompensationen ved eneforhandlerforhold passende bør være lavere end ved franchiseforhold, da realoptionen ikke her muliggør en øget risikopræmie ved en højere royaltysats.

Litteraturliste

Asmussen, C. G., Petersen, B. & Albertoni, F. (2016). Does Reciprocal Use of Real Options Qualify as Cooperative Strategy? *SMS paper - Draft*.

Altinay, L. & Brookes, M. (2012). Factors influencing relationship development in franchise partnerships, *Journal of Services Marketing*, Vol. 26 (4), 278-292.

Andersen, K. H. (2010). Franchising i Mellemøsten - et casestudie af IDdesigns franchisekontrakt. Copenhagen Business School.

Andersen, L. L. & Madsen, P. M. (2012). Aftaler og mellemænd. Karnov Group.

Andersen, M. B. (2011). Enkelte transaktioner. Gjellerup/Gad.

Andersen, M. B. (2008). Grundlæggende aftaleret. Gjellerup/Gad.

Andersen, M. B. (2009). Praktisk aftaleret. Gjellerup.

Andersen, M. B., & Lookofsky, J. (2010). Lærebog i obligationsret: Ydelsen, beføjelser. Karnov Group.

Arendorff, P. (1991). Franchising i praksis. Børsens Forlag.

Asmussen, C. G., Petersen, B. (2016) Negotiating real options with local partners: Do entrant firms pursue call or put options? *Conference Paper for SMS 36th Annual Conference in Berlin, Germany, September 17-20, 2016*.

Brickley, J. A., Dark, F. H. & Weisbach, M. S. (1991). An Agency Perspective on Franchising. *Financial Management*, 20(1), pp. 27-35.

Brickley, J. A., Misra, S. & Lawrence Van Horn, R. (2006). Contract duration: Evidence from franchising. *Journal of Law and Economics*, 49, pp. 173-196.

Brookes, L. A. M. (2012). Factors influencing relationship development in franchise partnerships. *Journal of Services Marketing*, 26(4), pp. 278 - 292.

Bürkle, T. & Posselt, T. (2008). Franchising as a plural system: A risk-based explanation. *Journal of Retailing* 84(1), pp. 39–47.

Carney, M & Gedajlovic, E. (1991). Vertical integration in Franchise systems: Agency theory and resource explanations. *Strategic Management Journal*, 12(8), 607-629.

Cliquet, I. (2014). Organizational form and efficiency of franchise chains. *International Journal of Retail & Distribution Management*, 42(7), pp. 671-684.

Eftestøl-Wilhelmsson, E. (2005). Eneforhandlerens, franchisetageren og tjenesteagentens rett til et økonomisk sluttopgjør. *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 4-5/2005, s. 608-628.

Gomard, B., Pedersen, H. V. G., & Ørgaard, A. (2012). Almindelig kontraktsret. Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Gonzalez-Diaz, M. & Solis-Rodriguez, V. (2011). Why do entrepreneurs use franchising as a financial tool? An agency explanation. *Journal of Business Venturing*, 27, pp. 325-341.

Hendrikse, G & Jiang, T. (2011). An Incomplete Contracting Model of Dual Distribution in Franchising, *Journal of Retailing*, (vol. 3), pp. 332-344.

Iversen, B. (2013). Eneforhandleren og handelsagenten. Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Iversen, B. (2012). International handelsret. Gjellerup.

Kacker, M. (2013). Specific Investments in Franchisor-Franchisee Relationships: A Model. *Journal of Marketing Channels*, pp. 1-30.

Knudsen, C. (1997). Økonomisk metodologi (Bind 2): Virksomhedsteori & Industriøkonomi. Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Lando, O., Thuesen, E., Tvarnøe, C. D. & Østergaard, K. (2006). Udenrigshandelens kontrakter. Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Li, Y., James, B. E., Madhavan, R. & Mahoney, J. T. (2007). Real options: Taking stock and looking ahead. *Advances in Strategic Management*, 24, pp. 31–66.

Lykkegård, J. (2014). Handelsagentloven med kommentarer. Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Meirovich, G. (2012). Cultural Similarities and Differences: Impacts on Performance in Strategic Partnerships. *Advances in Mergers and Acquisitions*, 10, pp. 55-74.

Nielsen, R., & Tvarnø, C. D. (2014). Retskilder og retsteorier. Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Paswan A. K., D'Souza, D. & Rajamma, R. K., (2014). Value co-creation through knowledge exchange in franchising. *Journal of Services Marketing*, 28(2), pp. 116-125.

Petersen, B., Welsh, D. E., and Welch, L. S. (2000). Creating Meaningful Switching Options in International Operations, *Long Range Planning*, 33(5), pp. 690-707.

Petersen, B., Pedersen, T. & Benito, G. R.G. (2006). The Termination Dilemma of Foreign Intermediaries: Performance, Anti-Shirking Measures and Hold-Up Safeguards. *Advances in International Marketing*, 16, pp. 317-339.

Petersen, B. & Østergaard, K. (2015). Strategic versus Conventional Contracting with Foreign Intermediaries: A Contingency Approach. *Conference Paper for AIB 2016 Annual Meeting New Orleans, USA, June 27-30, 2016*.

Scott, Jr. F. A. (1995). Franchising vs. Company Ownership as a Decision Variable of the Firm. *Review of Industrial Organization*, 10, pp. 69-81.

Sen, K. C. (2001). Information Asymmetry and the Franchise Decision. *Journal of Marketing Channels*, 8(1-2), pp. 91-109.

Shavell, S. (1979). Risk Sharing and Incentives in the Principal and Agent Relationship. *The Bell Journal of Economics*, 10(1), pp. 55-73.

Spence, M. (1973). Job Market Signaling, *The Quarterly Journal of Economics*, pp. 355-374.

Williamson, O. E. (1985). The Economic Institute of Capitalism. Firms, Markets, Relational Contracting. New York. The Free Press.

Zeng, S. & Zhang, S. (2011). Real Options Literature Review. *Scientific Research*, pp. 43-48.

Østergaard, K. & Lyngsie, J. (2015). Methodological differences between legal dogmatics and new institutional economics. DJØF. *Rets- og kontraktøkonomi - En Antologi: Law & Economics*. s. 175-197.

Østergaard, K. (2003). Metode på cand.merc.jur studiet. *Julebog 2003*, s. 269-285.

Østergaard, K. (2014). Relevansen af interdisciplinær forskning og empiri i samfundsvidenskaben. *Retfaerd vol. 3*, s. 3-24.

Østergaard, K. (2015). Dealsites - formidler eller anden mellemmand i lyset af kontrakters relativitet. *Juridiske Emner ved Syddansk Universitet 2015*, s. 107-118.

Østergaard, K. (2016). Strategisk kontrahering – efterfølgende omstændigheder: Om anvendelsen af hardship- og gevinstklausuler som kontraktjusteringsmekanismer. *Festskrift til Sten Schaumburg-Müller, 1. udg*, s. 435-449.

Regulering

Aftaleloven Lovbekendtgørelse nr. 781 af 26. august 1996 om aftaler og andre retshandler på formuerettens område som senest ændret ved lov nr. 1376 af 28. december 2011.

Danske Lov Kong Christian Den Femtis Danske Lov nr. 11000 af 15. april 1683.

Draft Common Frame of Reference, Study Group on a European Civil Code. (2009) Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – outline edition. Art. 2:305.

Handelsagentloven Lovbekendtgørelse nr. 272 af 2. maj 1990.

Købeloven Lovbekendtgørelse nr. 140 af 17. februar 2014.

Retspraksis

UfR 1976.947 S (Elan-Schalt) Sø- og Handelsrettens dom af 30. juli 1976 i sag H 172/1975, Dødsboet efter grosserer Peder Sørensen ved eksekutor lrs. Vagn Carstensen (adv. Meurs-Gerken) mod Elan-Schaltelemente Kurt Maecker G.m.b.H. (adv. Heinrich Hess).

UfR 1980.42 H (Ringtape) Højesterets dom af 21. november 1979 i sag II 56/1978, Permacel, Jersey, USA mod Ringtape A/S.

UfR 1988.264 S (Freixinet) Sø- og Handelsrettens dom af 28. oktober 1987 i sag H 100/1985, Freixinet S.A. mod Molt Wengels Vinimport A/S.

UfR 1991.803 S (Donewell) Sø- og Handelsrettens dom af 8. april 1991 i sag H 175/1989, Svend V. Jakobsens Værktøjsmaskiner A/S mod Donewell A/S.

UfR 1998.221 H Højesterets dom af 9. december 1997 i sag II 128/1996, Øernes Maskin Export A/S og Omex A/S mod Kverneland Taarup A/S.

U.2000.656H (Sebastian-dommen) Højesterets dom af 22. december 1999 i sag I 160/1997, Det Kongelige Teater og Kapel mod Knud Christensen og Edition Wilhelm Hansen A/S.

U 2000.1543 H Højesterets dom af 12. april 2000 i sag I 562/1998, Ingeniør- og Handelsfirma Claus Reinhold Andersen mod Motovario S.p.A.

U 2000.1581 H Højesterets dom af 25. april 2000 i sag I 296/1998, Markisol AB mod Stila-Plast A/S.

U.2012.3007H (Pandora-dommen) Højesterets dom af 28. juni 2012 i sag 123/2010 (2. afd.), Lise Aagaard Copenhagen A/S mod Pandora Production Co. Ltd.

U 2013.532 H Højesterets dom af 21. november 2012 i sag 313/2010 (2. afd), B. O. Nielsen Jern- og Stålagentur A/S mod GTS Guss Technologie Service GmbH

U 2013.736 H Højesterets dom af 6. december 2012 i sag 39/2011 (2. afd), Atlantis Denmark A/S mod OASE GmbH.

Ugeskrift for Retsvæsen

Borcher, E. (1993). UfR 1993B.97.

Borcher, E. (1999). UfR 1999B.79.

Borcher, E. & Voldmester, P. K. (2005). UfR 2005B.367.

Hørlyck, E. (1990). UfR 1990B.49.

Kjølbye, L. (1994). UfR 1994B.151.

Petersen, S. (1998). UfR 1998B.312.

Svendsen, M. H. (1993). UfR1993B.227.

Svendsen, M. H. (1994). UfR 1994B.252.

Wegener, M. (1994). UfR 1994B.20.

Wegener, M. (1994). UfR 1994B.350.

Internetsider

Statista – <http://www.statista.com/statistics/190313/estimated-number-of-us-franchiseestablishments-since-2007/> besøgt d. 11. januar 2016. Kilde: International Franchise Association; IHS Global Insight.

Azfranchises – <http://www.azfranchises.com/quick-franchise-facts/> besøgt d. 11. januar 2016.

Franchiseworld – <http://www.franchiseworld.co.uk/archives/675> besøgt d. 9. marts 2016.

Rapporter

IACCM (2014). 2013/2014 Top Terms in Negotiation