

Partneringaftaler som implementeringsform i innovative samarbejder

Partnering agreements as legal forms in innovative co-operations

Kristen Helms Skov

Simon Kremmer Kastrupsen

Kandidatafhandling på cand.merc.(jur).

Den 17. maj 2016

Vejledere:
Kim Østergaard
Jacob Lyngsie

Samlet antal anslag: 269.310

Indholdsfortegnelse

Abstract	6
Kapitel 1 Metode og indledning	7
1.1 <i>Det innovative samarbejde</i>	7
1.2 <i>Partnering</i>	8
1.3 <i>Problemformulering</i>	9
1.4 <i>Synsvinkel</i>	9
1.5 <i>Afgrænsning</i>	9
1.6 <i>Metode</i>	11
1.6.1 <i>Deduktiv metode</i>	11
1.6.2 <i>Erhvervsjuridisk metode</i>	11
1.6.3 <i>Økonomisk metode</i>	12
1.6.4 <i>Juridisk metode</i>	14
1.6.5 <i>Proaktiv jura</i>	16
1.7 <i>Struktur</i>	16
Kapitel 2 Partneringaftalen i juridisk kontekst	18
2.1 <i>Partneringparadigmer og partneringbegrebets placering i obligationsretten</i>	18
2.2 <i>Partneringbegrebet – udvalgte bestemmelser fra BYG og CIFI-modellen</i>	20
2.2.1 <i>Partnering – et supplement til traditionelle aftaletyper?</i>	20
2.2.2 <i>Fra parter til partnere</i>	20
2.2.3 <i>Partneringsamarbejdets organisationsform og partneringprocessen</i>	21
2.2.4 <i>Håndtering af uenigheder og tvistløsning</i>	21
2.3 <i>Fortolkning og udfyldning af aftaler</i>	22
2.3.1 <i>Fortolkningsreglerne</i>	23
2.3.2 <i>Fortolkningsreglernes anvendelighed inden for partnering</i>	23
2.4 <i>Bindende aftaler eller rammeaftaler, betingede aftaler og hensigtserklæringer</i>	25
2.4.1 <i>Tilbud og accept</i>	26
2.4.2 <i>Hensigtserklæringer og betingede aftaler</i>	26
2.4.3 <i>Hensigtserklæringer, betingede aftaler og partnering</i>	27
2.5 <i>Parternes ydelse</i>	28
2.5.1 <i>Partnering – en eller to ydelser?</i>	28
2.5.2 <i>Partnering og den ”almindelige” ydelse</i>	29
2.5.3 <i>Den gensidige loyalitetspligt</i>	31
2.6 <i>Delkonklusion</i>	35
Kapitel 3 Innovative samarbejder i et økonomisk perspektiv	37
3.1 <i>Transaktionsomkostninger</i>	37
3.2 <i>Adfærdsantagelser</i>	37
3.2.1 <i>Begrænset rationalitet</i>	38
3.2.2 <i>Opportunisme</i>	39
3.3 <i>Transaktionens dimensioner</i>	40
3.3.1 <i>Aktivspecifitet</i>	40
3.3.2 <i>Usikkerhed</i>	42
3.3.3 <i>Frekvens</i>	44
3.4 <i>Problemet med opportunisme - transaktionsomkostningerne</i>	44
3.4.1 <i>Agency teorien</i>	44
3.4.2 <i>Ex post transaktionsomkostninger</i>	46
3.4.3 <i>Spilteori og underinvestering</i>	49

3.5 Delkonklusion	51
Kapitel 4 – Partneringparadigmernes håndtering af usikkerhed	52
4.1 Indledende betragtninger – minimering eller håndtering af risikoen	52
4.2 Kontrakten – et værn mod opportunistisk adfærd?	52
4.3 Den in-komplette kontrakt og beskrivelsen af parternes ydelser	53
4.3.1 Den almindelige ydelse – indsatsforpligtelse eller resultatforpligtelse	53
4.3.2 Samarbejdsydelsen – loyalitetsforpligtelsen	54
4.3.3 Åbne regnskaber og fælles styring – en minimering af den asymmetriske information?	55
4.4 Delkonklusion	56
Kapitel 5 Reguleringsstrukturer – minimering af transaktionsomkostninger	58
5.1 Williamsons efficiensprincip	58
5.2 De tre reguleringsstrukturer	58
5.2.1 Marked eller hierarki – de to poler	58
5.2.2 Hybriden	59
5.2.3 Det innovative samarbejde – hybrid eller hierarki?	59
5.3 Hvilken organisationsform er hybriden?	60
5.4 Eric Brousseaus model – mekanismer og klausuler	61
5.4.1 Koordineringsmekanismerne	63
5.4.2 Håndhævelsesmekanismerne og gevinstmekanismen	67
5.5 Delkonklusion	68
Kapitel 6 – Håndhævelsesmekanismerne	69
6.1 Indledende betragtninger	69
6.2 Troværdigt engagement – udveksling af gidsler	69
6.3 Troværdigt engagement – de tre alternativer i innovative samarbejder	70
6.3.1 Ingen udveksling af gidsler (alternativ 1)	70
6.3.2 Deponering og udveksling af gidsler (alternativ 2 og 3)	71
6.3.3 Baggrundsrettens misligholdelsesbeføjelser	72
6.4 Overvågningsmekanismer	72
6.4.1 Self-enforcement (alternativ 1)	73
6.4.2 Uspecialiseret overvågning (alternativ 2)	74
6.4.3 Specialiseret overvågning (alternativ 3 og 4)	74
6.4.4 Overvågning i partnering og innovative samarbejder	75
6.5 Troværdigt engagement – minimering af risikoen for hold-up	76
6.6 Delkonklusion	77
Kapitel 7 - Deling af gevinst og risiko	78
7.1 Indledende betragtninger – gevinstdelingsmekanismer og usikkerhed	78
7.2 Brousseaus fire gevinstklausuler	79
7.3 Brousseaus to aflønningsklausuler	80
7.3.1 Brousseaus 1. alternativ – gevinsten deles på grundlag af den marginale produktivitet	81
7.3.2 Brousseaus 2. alternativ – en ex ante fordeling af gevinsten	82
7.4 Hybriden, kontraktretten og usikkerhed	83
7.5 Baggrundsrettens omfordeling af gevinst og risiko	83
7.5.1 Aftaleloven § 36	84
7.5.2 Forudsætningslæren	87
7.5.3 Nærmest til at bære risikoen	89
7.5.4 Force majeure	90
7.5.5 Generelt om baggrundsrettens anvendelighed til omfordeling af gevinst og risiko	91
7.6 Ex post fordeling af gevinst og risiko – betragtninger om gevinstjusteringsmekanismen	92

7.7 <i>Kontraktmæssig tilpasning af aftalen</i>	94
7.7.1 <i>Tilpasning via opsigelse</i>	94
7.7.2 <i>Adgang til genforhandling af aftalen – særligt om hardship-klausuler</i>	94
7.7.3 <i>Adgang til genforhandling ved uforudset gevinst</i>	97
7.7.4 <i>Ensidig ret til ændring – et alternativ til genforhandling</i>	97
7.7.5 <i>Krav til genforhandlingsproceduren</i>	98
7.8 <i>Den optimale genforhandlingsklausul</i>	99
7.9 <i>Delkonklusion</i>	100
Kapitel 8 – Kvalificering af partneringaftalen	102
8.1 <i>Partneringaftalen som et proaktivt redskab i det innovative samarbejde</i>	102
8.2 <i>Samspillet mellem koordineringsmekanismerne og gevinstmekanismen</i>	102
8.3 <i>Samspillet mellem koordineringsmekanismerne og håndhævelsesmekanismerne</i>	103
8.4 <i>Samspillet mellem håndhævelsesmekanismerne og gevinstmekanismerne</i>	103
8.5 <i>Partneringaftalen og den traditionelle aftale – betydningen af den udvidede loyalitetsforpligtelse</i>	104
8.6 <i>Delkonklusion</i>	105
Kapitel 9 – Konklusion	106
Litteraturliste	109
Anvendt regulering og praksis	115
Bilag 1 – Storentreprisemodellen (BYG)	118
Bilag 2 – CIFI-modellen	142
Bilag 3 – Schlüter-kontrakten	151

Abstract

The technological development has increased pressure on companies to constantly develop new or better products or ways to produce. The knowledge necessary to innovate does not often exist within the organisation and companies need to engage in an innovative co-operation. The cooperation can be of horizontal or vertical nature. Common to all innovative co-operations are the need to open up and give the partners access to strategically knowledge. Partnering agreements focus on joint optimization, it therefore seems suitable as the legal form for implementing the innovative co-operation.

To analyse partnering as legal form for the innovative co-operation this thesis uses the business law method. In this thesis the business law method combines a legal dogmatic analysis of the partnering agreement with the theories of neo-institutional economics. The economic theories used are transaction cost economics, agency theory and game theory, the use of these show that the uncertainty surrounding the innovative co-operation are creating transaction cost preventing many innovative co-operations from even being initiated. The legal analysis of the partnering agreement shows that there are no well developed rules for partnering agreements, only indications of an expanded rule of good faith and fair dealing. This rule is too abstract to prevent an opportunistic part of using the uncertainty to create a hold-up and appropriate all gains developed through the innovative co-operation. This conclusion does also apply to the rules governing traditional agreements and not only partnering.

A qualification of the partnering agreement so the the values of joint optimization are fulfilled are needed. Contract mechanisms describing routines and coordination need to be aligned with mechanisms for enforcement and dividing gains and risk (remuneration). A mechanism for renegotiation of remuneration needs to be included in the partnering agreement in many innovative co-operations. The renegotiation creates ex post transactions cost, but uncertainty in form of consequential events are a natural part of many innovative co-operations. Renegotiations therefore need to be a part of the partnering agreement. In renegotiating the partnering agreement, the parties must adhere to the principle of joint optimization. If a specialized third party chosen by both parties of the partnering agreement do not the believe that one of the parties is committed to reaching joint optimization the enforcement mechanisms will be initiated. In these situations partnering agreements are more suitable as legal forms for innovative co-operations than traditional legal forms.

Kapitel 1 Metode og indledning

1.1 Det innovative samarbejde

Den teknologiske udvikling har de sidste årtier taget mange virksomheder med storm. Virksomhederne har haft et behov for konstant at tilpasse sine ydelser til et marked i forandring. Ligesom virksomhederne internt må ændre sine arbejds- og produktionsprocesser for at kunne producere bedre og billigere. Ny viden skal skabes, og de nødvendige ressourcer eksisterer ikke nødvendigvis internt i virksomheden, hvorfor virksomheder derfor må indgå i et eller flere innovative samarbejder.

Innovation foregår i alle brancher, lige fra byggeri til den farmaceutiske industri. Det innovative samarbejde adskiller sig fra det traditionelle samarbejde, ved at have fokus på udvikling af en ny ydelse eller forbedring af en eksisterende ydelse. Målet er at gøre tingene bedre, billigere eller anderledes. Input kan komme fra alle led, og der er ofte behov for samarbejde flere steder i værdikæden. Virksomhederne kan samarbejde vertikalt med kunder og leverandører eller horisontalt med konkurrenter om at udvikle ydelser eller tilpasse indkøb til virksomhedens behov.

Det innovative samarbejde kan spænde over et eller flere projekter. Nogle har et fast mål andre et mere diffust sigte. Forskellene på de innovative samarbejder, der indgås mellem virksomheder, er da også mange. Ikke to relationer er ens. Alligevel kan der for alle innovative samarbejder opstilles en række fælles karakteristika, som er nødvendige for at udvikle en ydelse¹. Der er først og fremmest behov for, at medarbejdere fra de to virksomheder mødes. I praksis sker dette ved, at der nedsættes en projekt- og styringsgruppe bestående af medarbejdere med nøje udvalgte kompetencer fra begge virksomheder. Projektgruppen skal efter en mere eller mindre fastlagt tidsplan arbejde frem mod det mål, som er sat for samarbejdet. Vigtigst af alt vil der være et behov for, at de ansatte og virksomhederne åbner op og fremlægger intern viden for samarbejdspartneren. Ofte viden som er af konkurrencemæssig betydning.

Parterne kan sjældent afgrænse den viden, knowhow og erfaring, der er nødvendig for at gøre samarbejdet til en succes ex ante kontraktindgåelsen. Der er derfor behov for en fleksibel aftaleramme, der samtidig fastholder parterne til deres løfter og skaber incitament til løbende at dele ny viden. En aftaleform hvor projektet sættes i første række, og hvor egen vinding viger for fælles interesse.

¹ Se for eksempel Dyer, Jeffrey H., Kale, Prashant og Singh, Habir, *'How To Make Strategic Alliances Work'*, 2001, s. 42

1.2 Partnering

Der synes at herske enighed om, at partneringkonceptet opstod i 1980'ernes USA². Konceptet blev introduceret af det amerikanske forsvarsministerium, der som byggherre anvendte og udviklede konceptet for at nedbryde de skel, der traditionelt var mellem parterne i byggeprojekter. Partneringkonceptet vandt omkring årtusindeskiftet indpas i Danmark. Det nævnes blandt andet i forarbejderne til tilbudsloven³ fra 2001, hvor det i bemærkningerne beskrives som en ny samarbejdsform⁴.

Partneringkonceptets anvendelse i Danmark synes mest udbredt inden for byggeri. Men konceptet anvendes også inden for andre brancher for eksempel IT, vejdrift og beplantningspleje⁵. Det har desuden været foreslået som anvendeligt inden for samarbejder mellem medicinalindustrien og danske universiteter og udvikling af nye produkter⁶. Endelig som grundlag for et strategisk samarbejde mellem to private virksomheder.

Partnering fokuserer på at skabe incitamenter for fælles mål, fællesoptimering og minimering af omkostningerne⁷. Partnering bygger på værdier om tillid, åbenhed og samarbejde. Disse værdier nedfældes i partneringaftalen, der fungerer som en styringsmekanisme for samarbejdet. En partneringaftale er således en implementeringsmetode⁸, der kan anvendes på flere forskellige typer af samarbejder, men som bygger på de samme værdier og samme målsætning om optimering af fælles nytte. Partneringaftaler indgås tidligt i samarbejdet og indeholder ikke bestemmelser, som fuldt ud specificerer den ydelse, der skal præsteres. Partnering som implementeringsform synes derfor passende som implementeringsform for et innovativt samarbejde.

Litteraturen om partnering er forholdsvis begrænset⁹. Samme kan siges om den retspraksis, der vedrører partnering. For at analysere anvendeligheden af partnering som implementeringsform i det innovative samarbejde, inddrages to forskellige partneringparadigmer. Den første er Storentrepri- semodellen, der er et paradigme til partnering i byggeri udgivet af Dansk Byggeri i 2005¹⁰. Det an-

² Hansen, Ole, 'Partnering i entrepriserforhold – hvad er de obligationsretlige konsekvenser af entreprenørens deltagelse i projekteringsfasen?', 2005, s. 377

³ Lov 2001-06-07 nr. 450 om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren, ophævet ved Lov 18-05-2005 om indhentning af tilbud i bygge og anlægssektoren (jf. dennes § 17, stk. 2)

⁴ Forslag til lov 2001-01-10 nr. 140 om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren, bemærkninger til lovforslaget, almindelig bemærkning

⁵ Tvarnø, Christina D., 'Partneringaftaler mellem offentlige myndigheder og private virksomheder', 2003, s. 256

⁶ Tvarnø, Christina D., 'Partneringaftaler mellem farmaceutiske virksomheder og universiteter – I et juridisk og økonomisk perspektiv', Vækst og værdiskabelse, 2013, s. 68

⁷ Tvarnø, Christina D., 'Loyalitetspligt og partneringaftaler', 2002, s. 140

⁸ Tvarnø, Christina D., 'Loyalitetspligt og partneringaftaler', 2002, s. 139

⁹ Andersen, Mads Bryde, 'Praktisk Aftaleret', 2015, s. 381

¹⁰ BYG: Partnering i praksis, vejledning i partnering, 2. udgave 2005

det paradigme er udviklet af forfatterne bag bogen ”Vækst og Værdiskabelse”¹¹. Dette partnering-paradigme er rettet mod forskningssamarbejder mellem farmaceutiske virksomheder og universiteter. Her er der tale om CIFI-modellen, der er inspireret af samarbejder mellem universiteter og farmaceutiske virksomheder i USA. Paradigmerne inddrages i afhandlingen, hvor det findes relevant for at belyse distanceringen i forhold til traditionelle aftaleformer. De to paradigmer er vedlagt afhandlingen som henholdsvis bilag 1 og 2.

1.3 Problemformulering

Undersøgelsen af valget af partneringaftalen som implementeringsform har en juridisk vinkel, hvor partneringaftalen beskrives og en økonomisk vinkel, der analyserer parternes ageren i et innovativt samarbejde. Endelig diskuteres det, om de juridiske rammer er de rette, og hvordan parterne selv kan skabe rammerne for et frugtbart samarbejde.

For at analysere ovennævnte problemstillinger opstilles følgende analysespørgsmål:

- Hvordan påvirker partneringaftalen virksomhedernes forpligtelser?
- Hvilke faktorer påvirker parterne i et innovativt samarbejde?
- Hvilke mekanismer bør være en del af en partneringaf tale, og hvordan kvalificeres partneringaf talt en bedst muligt for at være rammen om et innovativt samarbejde?

1.4 Synsvinkel

Problemstillingen betragtes ud fra et virksomhedsniveau (parts niveau), idet den vil tage udgangspunkt i kontraktforholdet mellem to virksomheder. Hvor genstanden for kontrakten er det innovative samarbejde, og kontrakten er en partneringaf tale. Det er udfordringerne, som parterne i det innovative samarbejde står overfor, der er genstand for analyse og dermed en kvalificering af aftaleformen.

1.5 Afgrænsning

Partneringaf talt en, eller en anden valgt implementeringsform, er ikke eneste kriterium, der afgør om det innovative samarbejde bliver succesfuldt. Jeffery H. Dyer og Harbir Singh har i deres skelsættende artikel fra 1998, *The Relational View: Cooperative Strategy and Sources of Interorganizational Competitive Advantage*¹² beskrevet, hvordan samarbejder mellem to virksomheder skaber en

¹¹ Tvarnø, Christina D., m.fl., ’Vækst og værdiskabelse via nye former for innovationssamarbejder og partnerskaber’, 2013

¹² Dyer, Jeffrey & Harbir Singh, ’*The Relational View: Cooperative Strategy and Sources of Interorganizational Competitive Advantage*’, 1998, s. 660-679

overnaturlig værdi for begge. Forfatterene oplister fire afgørende faktorer for et succesfuldt partnerskab: Der skal være et vist niveau af relationsspecifikke investeringer, videndelingsrutiner, komplementære ressourcer og en effektiv reguleringsstruktur. Vi anerkender, at videndelingsrutiner og komplementære ressourcer er af betydning for det innovative samarbejde, men en analyse af disse er dog ikke en del af afhandlingen. Relationsspecifikke investeringer behandles i nærværende afhandling, men fokus er på reguleringsstrukturen.

Ofte anvendes betegnelsen *partnerskab* synonymt med begrebet partnering¹³. Partnerskaber anvendes ofte til at betegne samarbejder mellem private virksomheder og offentlige institutioner. At vi anvender begrebet partnering, betyder ikke, at analyserne i nærværende afhandling ikke kan anvendes på samarbejder mellem private og offentlige. For at analysere obligationsrettens påvirkning på partnering, antages det, at parterne i samarbejdet begge er private. Dette gør, at der ikke skal tages højde for udbudsretlige¹⁴ og andre forvaltningsretlige regelsæt¹⁵.

Innovative samarbejder mellem to virksomheder kan tage flere forskellige juridiske former. Hagedoorn og Hesén¹⁶ har for eksempel opdelt teknologiske partnerskaber i tre kategorier; *Equity joint ventures*, hvor parterne sammen opretter en virksomhed, som har rettighederne til produktet. *Non-equity partnerships*, hvor der ikke er noget fælles ejerskab over det udviklede. Den sidste kategori er licensaftaler. Her betaler den ene virksomhed for retten til et allerede udviklet produkt, der er ejet af den anden virksomhed. Den juridiske form har betydning for parternes ageren, men i nærværende afhandling er formen givet. Partneringaftalen er et non-equity partnership.

Det innovative samarbejde kan have som et mål at udvikle et nyt produkt, der er genstand for en række immaterielle regelsæt. Nogle af disse er beskrevet af professor Kim Østergaard i bogen *Vækst og Værdiskabelse*¹⁷. Den immaterielle beskyttelse af produktet er selvfølgelig af betydning, men det antages, at der er mulighed for beskyttelse af produktet ved patentlovgivningen vil parterne sikre dette. Ejerskabet placeres herefter hos en af parterne.

De ansatte der skal deltage i samarbejdet – for eksempel ledere, forskere eller ingeniører – er af betydning. Disse er alle individer med forskellige incitamenter. Hvordan de forskellige incitamenter

¹³ Tvarnø, Christina D, 'Partneringaftaler mellem offentlige myndigheder og private virksomheder', 2003, s. 250

¹⁴ Se hertil Lov 2015-12-15 nr. 1564 Udbudsloven

¹⁵ For eksempel statsstøtteretlige regelsæt

¹⁶ Hagedoorn, John og Geerte Hesén, 'Contract Law and the Governance of Inter-Firm Technology Partnerships', 2007, s. 348-350

¹⁷ Østergaard, Kim, 'Det privat retlige perspektiv', *Vækst og værdiskabelse* 2013, s. 118-148

påvirker samarbejdet, er dog lige som de ansættelsesretlige aspekter og muligheder for fastholdelse af parterne uden for rammerne af nærværende afhandling.

Af andre problemstillinger der har betydning for det innovative samarbejde kan nævnes konkurrencesituationen. Både den danske konkurrencelov¹⁸ og de EU-retlige regelsæt¹⁹ kan sætte grænser for det innovative samarbejde. Disse regelsæt inddrages dog ikke afhandlingen.

1.6 Metode

1.6.1 Deduktiv metode

Deduktiv og induktiv metode er måder at udlede en slutning på²⁰. I denne afhandling anvendes deduktiv metode, da slutningen drages ud fra konkrete problemstillinger med udgangspunkt i generelle principper og teorier. Den deduktive metode er anvendelig på afhandlingens problemstilling, da afhandlingen ikke forsøger at skabe ny teori. Der anvendes begrænset empiri i afhandlingen, hvorfor der i stedet anvendes en a priori argumentation, når partneringaftaler og det innovative samarbejde analyseres.

1.6.2 Erhvervsjuridisk metode

Den erhvervsjuridiske metode udgør afhandlingens overordnede metodiske ramme. Den erhvervsjuridiske metode er interdisciplinær, idet den integrerer jura og økonomi²¹.

I modsætning til den juridiske metode opererer den erhvervsjuridiske metode med en problemejer²². Den erhvervsjuridiske metode analyserer en given problemstilling ud fra et virksomhedsperspektiv. Det følger af afsnit 1.4 om afhandlingens synsvinkel, at problemstillingen analyseres med udgangspunkt i de muligheder og begrænsninger som de virksomheder, der er parter i det innovative samarbejde oplever. Derfor er den erhvervsjuridiske metode ideel til at belyse problemstillingen i nærværende afhandling.

Ved anvendelse af den erhvervsjuridiske metode vurderes det, hvorledes samspillet mellem juraen og økonomien kan forbedre komplekse beslutninger og den pågældende virksomheds konkurrencemæssige position²³. I modsætning til økonomisk teori bygger juraen ikke på faste forudsætninger

¹⁸ Lovbekendtgørelse 2015-07-08 nr. 869 Konkurrenceloven (§ 6)

¹⁹ Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde (artikel 101)

²⁰ Andersen, Ib, 'Den skinbarlige virkelighed', 2010, s. 35

²¹ Østergaard, Kim, 'Metode på cand.merc.jur. studiet', 2003, s. 281

²² Østergaard, Kim, 'Relevansen af interdisciplinær forskning og empiri i samfundsvidenskaben', 2014, s. 7

²³ Østergaard, Kim, 'Relevansen af interdisciplinær forskning og empiri i samfundsvidenskaben', 2014, s. 3

om aktørenes ageren²⁴. Den erhvervsjuridiske metodes anvendelse af økonomiske forudsætninger, må derfor kunne kvalificere juraen. Da den erhvervsjuridiske metode bygger på økonomiske og juridiske metoder, er det en forudsætning, at såvel den retsdogmatiske metode og økonomiske teori mestres.

1.6.3 Økonomisk metode

1.6.3.1 Nyinstitutionel økonomi

Afhandlingen tager sit økonomiske udgangspunkt i nyinstitutionel økonomi. Nyinstitutionel økonomi er ikke en homogen teoriretning, men en flerhed af teorier, der alle har en grundlæggende antagelse om, at institutionerne påvirker aktørerne²⁵. Nyinstitutionel økonomi opståen var en reaktion på neoklassisk teori og de utilstrækkeligheder, som manifesterede sig i neoklassisk teori²⁶. Aktørforudsætningerne i neoklassisk teori bygger på en urealistisk antagelse om, at aktørerne er nærmest hyper-rationelle²⁷. I nyinstitutionel økonomi er aktørerne begrænset rationelle. Det vil sige, at de er motiveret af bestemte økonomiske interesser, og at de søger at optimere disse²⁸. Aktørforudsætninger der gør det muligt og interessant at undersøge partneringsprincippernes påvirkning på det innovative samarbejde.

De adfærdsmæssige antagelser klassificeres som forskningsprogrammets hårde kerne²⁹. Det betyder, at aktørforudsætningerne ikke er falsificerbare. Hvis den hårde kerne falsificeres eller forkastes, må forskningsprogrammet som helhed derfor også forkastes.

1.6.3.2 Transaktionsomkostningsøkonomi

I sin artikel fra 1937, ”*The Nature of the Firm*”, forsøgte Ronald Coase at besvare spørgsmålene: Hvorfor findes der virksomheder og hvad begrænser deres størrelse³⁰? Oliver E. Williamson forsøgte også at besvare disse spørgsmål adskillige år senere ved at gøre selve transaktionen til analyseenhed³¹. På den måde så transaktionsomkostningsteorien dagens lys.

²⁴ Lyngsie, Jacob og Kim Østergaard, ’*Methodological differences between legal dogmatics and new institutional’ economics*’, 2016, s. 191

²⁵ Enevoldsen, Martin, ’*Uden for Hovedstrømmen - alternative strømninger i økonomisk teori*’, 2007, s. 61

²⁶ Enevoldsen, Martin, ’*Uden for Hovedstrømmen - alternative strømninger i økonomisk teori*’, 2007, s. 55

²⁷ Lyngsie, Jacob og Kim Østergaard, ’*Methodological differences between legal dogmatics and new institutional’ economics*’, 2016, s. 176

²⁸ Enevoldsen, Martin, ’*Uden for Hovedstrømmen - alternative strømninger i økonomisk teori*’, 2007, s. 62

²⁹ Knudsen, Christian, ’*Økonomisk Metodologi – bind 2*’, 1997, s. 213

³⁰ Knudsen, Christian, ’*Økonomisk Metodologi – bind 2*’, 1997, s. 208

³¹ Knudsen, Christian, ’*Økonomisk Metodologi – bind 2*’, 1997, s. 209

I transaktionsomkostningsteorien opereres der med to kerneantagelser; begrænset rationalitet og opportunistisme. Opportunisme er i en ekstrem grad aktørens stræben efter optimering af økonomiske interesser. I nogle tilfælde så ekstremt, at vedkommende vil tilbageholde eller forvrænge informationen, der gives andre aktører³².

Transaktionsomkostningsteorien arbejder med et sæt af variable situationsforudsætninger³³. Ved at ændre på disse kan man specificere en række beslutningssituationer, som aktørerne stilles overfor³⁴. I forbindelse med en analyse af en given transaktion har Williamson beskrevet tre situationsforudsætninger (eller dimensioner)³⁵; graden af usikkerhed ved transaktionens gennemførelse, frekvensen af transaktionen samt graden af aktivspecifitet, dvs. mængden af transaktionsspecifikke investeringer. Transaktionsomkostningsteorien har fokus på transaktionen – det vil sige samarbejdet – og de dimensioner, der påvirker den. Derfor er teorien velegnet til at analysere det innovative samarbejde.

1.6.3.3 Agency teorien

Teorien er en del af managerialismen³⁶, hvor kernerelationen er mellem aktionærer og ledelsen³⁷. Agency-teori adskiller sig dog, idet den fokuserer på den enkelte transaktion, modsat managerialismen, der har fokus på individet³⁸. I agency-teorien er der fokus på bytteperspektivet og ikke et beslutningsperspektiv. Det forudsættes også i agency-teorien, at der eksisterer et rationelt handlingsprincip³⁹. Teorien bygger ydermere på en antagelse om skjult information og på, at aktørerne har modsatrettede mål⁴⁰. Ved at arbejde med forskellige mekanismer søger teorien at mindske informationsproblemerne. Agency-teorien anvendes til at analysere forholdet mellem parterne i det innovative samarbejde. Ydermere anvendes dele af teoriens tankegods sammen med transaktionsomkostningsteorien til at kvalificere partneringaftalen.

1.6.3.4 Spilteori

Spilteorien kan også ses som et opgør med den neoklassiske teori, og neoklassicismens opfattelse af, at aktørerne ikke behøver at tage højde for andres valg i deres søgen efter at optimere egen nyt-

³² Antagelserne om begrænset rationalitet og især den opportunistiske adfærd er stor betydning for behandlingen af afhandlingens problemstilling. De to antagelser beskrives derfor mere dybdegående i afsnit 3.2.

³³ Knudsen, Christian, 'Økonomisk Metodologi – bind 2', 1997, s. 214

³⁴ Williamson, Oliver, 'The Economics of Organization: The Transaction Cost Approach', 1981, s. 549

³⁵ Williamson, Oliver, 'The Economics of Organization: The Transaction Cost Approach', 1981, s. 555

³⁶ Knudsen, Christian, 'Økonomisk Metodologi – bind 2', 1997, s. 157

³⁷ Knudsen, Christian, 'Økonomisk Metodologi – bind 2', 1997, s. 187

³⁸ Knudsen, Christian, 'Økonomisk Metodologi – bind 2', 1997, s. 164

³⁹ Knudsen, Christian, 'Økonomisk Metodologi – bind 2', 1997, s. 147

⁴⁰ Enevoldsen, Martin, 'Uden for Hovedstrømmen - alternative strømninger i økonomisk teori', 2007, s. 70

te⁴¹. Formålet med spilteori er at afdække situationer med interaktion mellem to eller flere aktører. Interaktionen kommer til udtryk gennem aktørenes valg af *strategi*⁴². Spilteorien opererer med en forudsætning om, at parterne er rationelle og søger den størst mulige nytte⁴³. En forudsætning der er afgørende for spillet, er den information, aktørerne har om hinandens handlinger. Foreligger der perfekt information, ved en aktør, hvilken handling medkontrakten har foretaget. Foreligger der imperfekt information, er der skjult information, eftersom en aktør ikke har kendskab til medkontrahentens handlinger. Spilteorien anvendes i afhandlingen til at illustrere de problemer, som parterne i det innovative samarbejde møder. Samt til at diskutere om juraen og partneringprincipperne kan løse disse problemer.

1.6.4 Juridisk metode

Til at analysere de juridiske rammer anvendes den retsdogmatiske metode. Den retsdogmatiske metode er den metode, danske domstole anvender på juridiske problemstillinger⁴⁴. Metoden opererer på et samfunds niveau, da den inddrager alle relevante retskilder i en analyse⁴⁵. En juridisk analyse vil være rigtig, når den retsdogmatiske metode følges. Det betyder, at følges metoden af enhver jurist, vil alle anvende samme kilder til at udlede gældende ret eller en parts retstilling. Dette stemmer overens med Alf Ross realistiske retsteori, der også kaldes en prognoseteori⁴⁶. Ross opstiller et gældbegreb, der kan defineres således, at ud fra en hvilken som helst retsregel, er det muligt at opstille en retsvidenskabelig påstand, som domstolen efterfølgende vil verificere⁴⁷.

1.6.4.1 Retskildelæren

Inden for retsdogmatikken findes følgende retskilder: regulering, retspraksis, retssædvaner og forholdets natur. Der er ingen rangorden mellem retskilderne, men derimod en rækkefølge, der skal følges. Ross inddeler retskilderne efter graden af objektivitet⁴⁸. En lov er mere objektiv end eksempelvis forholdets natur, da loven giver en færdigformuleret retsregel, som dommeren kan benytte.

Regulering er først i rækkefølgen. I denne afhandling inddrages blandt andet aftaleloven⁴⁹. Inden for regulering er der et hierarki, og ved modsigelse af retskilderne imellem anvendes *lex-reglerne* til

⁴¹ Enevoldsen, Martin, 'Uden for Hovedstrømmen - alternative strømninger i økonomisk teori', 2007, s. 58

⁴² Ibid.

⁴³ Knudsen, Christian, 'Økonomisk Metodologi – bind 2', 1997, s. 94

⁴⁴ Tvarnø, Christina D. & Ruth Nielsen, 'Retskilder & Retsteorier', 2014, s. 34

⁴⁵ Tvarnø, Christina D. & Ruth Nielsen, 'Retskilder & Retsteorier', 2014, s. 44

⁴⁶ Tvarnø, Christina D. & Ruth Nielsen, 'Retskilder & Retsteorier', 2014, s. 431

⁴⁷ Tvarnø, Christina D. & Ruth Nielsen, 'Retskilder & Retsteorier', 2014, s. 432

⁴⁸ Tvarnø, Christina D. & Ruth Nielsen, 'Retskilder & Retsteorier', 2014, s. 434

⁴⁹ Lovbekendtgørelse 2016-03-02 nr. 193, om aftaler og andre retshandlinger på formuerettens område

at klarlægge, hvilken bestemmelse eller lov, der skal afgøre tvisten⁵⁰. *Lex superior* betyder, at en trindhøjere lov eller regel går forud for love eller regler på et mindre trin. *Lex specialis* medfører, at en speciel regel går forud for en generel regel. Endelig er retsvirkningen af anvendelsen af *lex posterior*, at en yngre lov går forud for en ældre lov.

Retspraksis er en samlet betegnelse for domme. Disse tillægges præjudikatsværdi efter hvilken instans, der har afsagt kendelsen⁵¹. Præjudikatsværdien påvirkes også af dommens formulering og eventuel dissens. En principiel dom der anvendes i afhandlingen andet U2000.656H⁵², bedre kendt som Sebastian-dommen. I nærværende afhandling anvendes også voldgiftskendelser på grund af den beskedne mængde retspraksis, der foreligger om partnering. Præjudikatsværdien af voldgiftskendelser synes svag, på grund af dommerens manglende uafhængighed til parterne⁵³. Da parterne vælger voldgiftsdommeren og kan afsætte vedkommende, argumenterer nogle forfattere for, at voldgiftsdommerens udtalelser ikke bør være bindende for andre end sagens parter. Voldgiftskendelsen TBB.2008.401 afsagt af Voldgiftsretten for bygge- og anlægsvirksomhed inddrages, da kendelsen omhandler de yderligere forpligtelser, som valget af partnering medfører.

Retssædvaner anerkendes som retskilde, når de er blevet fulgt *almindeligt, stadigt, og længe*⁵⁴. Dette er retssædvanens objektive side. Den subjektive side forekommer ved, at parterne netop handler ud fra en fælles forpligtelse til at opretholde handlemåden⁵⁵. Ruth Nielsen og Christina Tvarnø anfører som eksempel⁵⁶, at retssædvaner oftest foreligger i handelsforhold af national såvel som international karakter.

Forholdets natur udgør samlet de hensyn og principper, som en dommer benytter ved friere overvejelser⁵⁷. Her tænkes der også på almindelige retsgrundsætninger og hensyn af mere ubestemt karakter. I denne afhandling diskuteres blandet andet den obligationsretlige loyalitetspligt.

1.6.4.2. Fortolkning

Der kan for det første sondres mellem den objektive og subjektive fortolkning. Ved den objektive fortolkning inddrages alene lovteksten⁵⁸, hvor man ved en ordlydsfortolkning forsøger at fastlægge

⁵⁰ Tvarnø, Christina D. & Ruth Nielsen, 'Retskilder & Retsteorier', 2014, s. 434

⁵¹ Tvarnø, Christina D. & Ruth Nielsen, 'Retskilder & Retsteorier', 2014, s. 177

⁵² 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.

⁵³ Tvarnø, Christina D. & Ruth Nielsen, 'Retskilder & Retsteorier', 2014, s. 183

⁵⁴ Tvarnø, Christina D. & Ruth Nielsen, 'Retskilder & Retsteorier', 2014, s. 202

⁵⁵ Tvarnø, Christina D. & Ruth Nielsen, 'Retskilder & Retsteorier', 2014, s. 203

⁵⁶ Ibid.

⁵⁷ Tvarnø, Christina D. & Ruth Nielsen, 'Retskilder & Retsteorier', 2014, s. 213

den juridiske mening. Den subjektive fortolkning inddrager derimod forarbejder til love og andre retlige tekster⁵⁹. I det danske retssystem er begge fortolkningsformer fremtrædende⁶⁰. Endvidere kan der sondres mellem præciserende, indskrænkende og udvidende fortolkning. Førstnævnte tager udgangspunkt i hvad ophavspersonen ville have ment med teksten, og hvad modtageren forventes at forstå⁶¹. Indskrænkende fortolkning benyttes, når hensyn fører til, at man fraviger en ellers anvendelig regel. Endelig kan udvidende fortolkning benyttes, når der er et retstomt rum, og reglen da anvendes uden for dens normale anvendelsesområde⁶². Her taler man også om analogi.

1.6.5 Proaktiv jura

Den proaktive tilgang til jura distancerer sig fra præventiv jura ved, at risiko fordeles optimalt mellem parterne, så kontraktens output kan maksimeres og de rette incitamenter etableres ex ante⁶³. Der er dermed ikke fokus på egen risikooptimering på bekostning af modparten, men derimod fællesoptimering. Endvidere adskiller proaktiv jura sig fra reaktiv jura ved, at proaktiv jura ikke løser problemer, når de opstår. Proaktiv jura søger i stedet at foregribe situationen.

Nærværende afhandling inddrager elementer fra tankegangen om proaktiv jura. Tankegangen går i sin enkelthed ud på, at jura bruges som et instrument til at generere succes og fostre vedvarende samarbejder mellem virksomheder⁶⁴. Den proaktive tankegang er relevant inden for innovative samarbejder, da det er vigtigt at facilitere videndeling. Ved at fokusere på et ex ante perspektiv kan parterne forsøge at designe kontrakten, så den danner rammen om et samarbejde mod et fælles mål. Kontrakten anses da som et styringsinstrument, der er åben for justering, så længe aftaleforholdet består. Ydermere stemmer den proaktive juras idealer overens med partneringsprincippet. Der kan dermed argumenteres for, at anvendes en proaktiv tankegang på juraen vil partneringsprincipperne komme til fulde.

1.7 Struktur

Afhandlingen er opdelt i 9 kapitler. **Kapitel 1** introducerer blandt andet afhandlingens problemformulering og de metoder, der anvendes til at belyse emnet.

⁵⁸ Tvarnø, Christina D. & Ruth Nielsen, 'Retskilder & Retsteorier', 2014, s. 266

⁵⁹ Tvarnø, Christina D. & Ruth Nielsen, 'Retskilder & Retsteorier', 2014, s. 257

⁶⁰ Tvarnø, Christina D. & Ruth Nielsen, 'Retskilder & Retsteorier', 2014, s. 259

⁶¹ Tvarnø, Christina D. & Ruth Nielsen, 'Retskilder & Retsteorier', 2014, s. 240

⁶² Tvarnø, Christina D. & Ruth Nielsen, 'Retskilder & Retsteorier', 2014, s. 242

⁶³ Østergaard, Kim, 'Relevansen af interdisciplinær forskning og empiri i samfundsvidenskaben', 2014, s. 3

⁶⁴ Berger-Walliser, Gerlinde, 'The Past and Future of Proactive Law: An Overview of the Development of the Proactive Law Movement', 2012, s. 16

Kapital 2 er en juridisk analyse af dansk ret hvad angår partneringaftaler. Her undersøges det, om der gælder særlige regler for partneringaftaler. **Kapital 3** analyserer i et økonomisk perspektiv det innovative samarbejde, og de problemer parterne står overfor. **Kapitel 4** diskuterer om de regler, der blev udledt i kapitel 2 er egnet til at danne rammen om det innovative samarbejde

Kapitel 5, kapitel 6 og kapitel 7 anvender den økonomiske teori til at kvalificere (partnering)aftalens bestemmelser til forskellige typer af innovative samarbejder. Kapitel 5 introducerer transaktionsomkostningsteoriens forskellige reguleringsstrukturer samt introducerer de forskellige kontraktmekanismer, der skal anvendes til opbygning aftalen. I kapitel 5 analyseres også parternes tilrettelæggelse af samarbejdet, det vil sige koordineringsmekanismer, som beskriver interaktionen mellem parterne. Kapitel 6 analyserer den mekanisme, som skal skabe et troværdigt engagement i samarbejdet ved at påføre parterne et tab, hvis de ikke agerer i overensstemmelse med den måde. koordineringsmekanismerne kræver det. Til at bedømme parternes adfærd introduceres en overvågningsmekanisme. Kapitel 7 beskriver, hvordan fordelingen af gevinst og risiko påvirker parterne i det innovative samarbejde, og hvordan en fleksibel mekanisme, til fordeling af disse, kan forbedre det innovative samarbejde.

Kapitel 8 diskuterer, hvordan et sammenspil mellem de forskellige mekanismer kan forbedre aftalen, så partneringprincippet om fælles optimering kommer til fulde i det innovative samarbejde. **Kapitel 9** er afhandlingens konklusion.

Kapitel 2 Partneringaftalen i juridisk kontekst

Skal partnering anvendes som implementeringsform for et innovativt samarbejde, må selve partnering begrebet først beskrives. Derfor gennemgås partneringaftalen i nærværende kapitel. Det betyder, at kapitlet analyserer aftalen og vurderer, om der er nogen forskel i den måde, en partneringaftale skal forstås og fortolkes. Det diskuteres, om partneringaftalen er bindende, eller bestemmelserne ikke er tilstrækkelige til at forpligte parterne. Slutteligt vurderes det, om partneringbegrebet har nogen betydning for vurderingen af den ydelse, som parterne har forpligtet sig til. Kapitlet startes dog med en introduktion til partneringbegrebet og dets placering i obligationsretten.

2.1 Partneringparadigmer og partneringbegrebets placering i obligationsretten

Som beskrevet i afsnit 1.2, inddrages to partneringparadigmer. Disse anvendes som eksempler til at præsentere indholdet i en typisk partneringaftale, samt til at belyse forskellen på partneringaftaler og traditionelle aftaler. Den første partneringaftale er Dansk Byggeris partneringaftale fra 2005⁶⁵. Nærmere bestemt storentreprisemodellen (BYG). Da partnering har størst udbredelse inden for entreprise, er dette partneringparadigme anvendt i flere analyser⁶⁶. BYG-paradigmet må derfor betragtes som arketyper, når det kommer til partneringaftaler. Den anden er et paradigme fra bogen ”Vækst og værdiskabelse”⁶⁷, som særligt omhandler partnerskaber mellem en farmaceutisk virksomhed og universiteter (CIFI-modellen). CIFI-modellen er udarbejdet af professorerne Christina Tvarnø, Grith Ølykke og Kim Østergaard med inspiration fra samarbejder mellem universiteter og farmaceutiske virksomheder i USA. Det vides ikke i hvilket omfang, de to paradigmer anvendes i det praktiske liv. Ikke alle bestemmelser i de to paradigmer gennemgås i det følgende. Der fokuseres kun på bestemmelser, som antages at have størst betydning for partnering begrebet.

Aftalefriheden er en grundsten i dansk ret⁶⁸. Parterne kan derfor udforme kontrakten og partneringaftalen som de vil, kun begrænset af præceptive regler jf. Danske Lov⁶⁹ 5-1-2. Hvorefter aftaler ikke må stride mod lov og ærbarhed⁷⁰. De to nævnte paradigmer er derfor ikke eneste tænkelige måder, en partneringaftale kan udformes på.

⁶⁵ BYG: Partnering i praksis, vejledning i partnering, 2. udgave 2005. (vedlagt som bilag 1)

⁶⁶ Se for eksempel Tvarnø, Christina D., *Kontrahering af fælles optimering - Partneringsaftaler - i et komparativt og spilteoretisk perspektiv*, 2016

⁶⁷ Tvarnø, Christina D., m.fl., *Vækst og værdiskabelse via nye former for innovationssamarbejder og partnerskaber*, 2013 (CIFI-modellen er vedlagt som bilag 2)

⁶⁸ Andersen, Mads Bryde & Lookofsky, Joseph, *Lærebog i Obligationsret I*, 2015, s. 43

⁶⁹ Danske Lov, Kong Christian den Femtis lov af 15. april 1683

⁷⁰ Kong Christian Den Femtis Danske Lov af 15-04-1693

Aftalefriheden gør samtidigt, at en analyse af en aftale og dens placering af den i det obligationsretlige landskab vil tage et naturligt udgangspunkt i aftalen. Men indtræder der en situation, som parterne ikke har reguleret i aftalen, bliver analysen af partneringaftalen en udfyldning, der ligeledes tager udgangspunkt i baggrundsretten⁷¹. Er der ydermere tvivl om forståelsen af bestemmelserne i partneringaftalen, bliver analysen af aftalen til en fortolkning, der foretages i lyset af den udfyldende baggrundsret⁷². Ved baggrundsretten i nærværende afhandling forstås obligationsretten⁷³.

Obligationsretten består af den almindelige del, som omfatter reglerne, der gælder for samtlige formueretlige skyldforhold⁷⁴. Til den almindelige del regnes blandt andet aftaleloven⁷⁵ og en række grundsætninger. Disse har det til fælles, at de bygger på en række basale hensynsafvejsninger og argumentationsmønstre. Udover den almindelige del består obligationsretten også af den specielle del⁷⁶. Den specielle del omhandler en række særregler, der gælder for enkelte aftaletyper. Disse særregler findes i love som for eksempel købeloven⁷⁷. Grænsen mellem den almindelige og specielle del er ikke skarp. Et eksempel herpå er købeloven, hvor dele anses for at være en kodifikation af de regler, der findes i obligationsrettens almindelige del. Derfor anvendes købeloven ofte også uden for dens anvendelsesområde ved en analog analyse på et andet lovområde⁷⁸. Den specielle del udgøres ikke kun af aftaletyper, der er reguleret ved lov. En del ikke lovregulerede aftaletyper har udviklet særlige regler eller hensyn, der er gældende for deres område. Ofte falder disse aftaletyper tilbage på obligationsrettens almindelige del. Tvister inden for disse områder løses med retsregler og grundsætninger, der er at finde i den almindelige del af obligationsretten.

Partnering som implementeringsform er, som det er beskrevet i afsnit 1.2, anvendt i flere typer af relationer som entreprise, IT og medicinal-forskning. Principperne om åbenhed, tillid og fællesoptimering er dog de samme på tværs af brancherne.

Det er også disse principper, der adskiller aftaleformen fra traditionelle aftaleformer. Ved bedømmelse af parternes adfærd i et partnerskabsamarbejde bør der lægges vægt på disse hensyn. De nævnte principper må derfor tale for, at der i obligationsretten må være en speciel del med grundsætninger og hensyn, der tillægger partneringaftalen en betydning i vurderingen af parternes adfærd. Hvis

⁷¹ Andersen, Lennart Lyng & Madsen, Palle Bo, 'Aftaler og Mellemmand', 2012, s. 350

⁷² Andersen, Lennart Lyng & Madsen, Palle Bo, 'Aftaler og Mellemmand', 2012, s. 369

⁷³ Der henvises til afgrænsningen i afsnit 1.5 for andre relevante retsområder

⁷⁴ Andersen, Mads Bryde & Lookofsky, Joseph, 'Lærebog i obligationsret I', 2010, s. 17

⁷⁵ Lovbekendtgørelse 2016-03-02 nr. 193, om aftaler og andre retshandler på formuerettens område

⁷⁶ Andersen, Mads Bryde & Lookofsky, Joseph, 'Lærebog i obligationsret I', 2010, s. 17

⁷⁷ Lovbekendtgørelse 2014-02-17 nr. 140, købelov

⁷⁸ Andersen, Mads Bryde & Lookofsky, Joseph, 'Lærebog i obligationsret I', 2010, s. 22

der ikke findes en speciel del for partneringaftalen, og dermed ingen *lex specialis-regler*, må en tvist derfor løses ud fra obligationsrettens almindelige del.

Sondringen mellem den almindelige del og den specielle del er ikke skarp. Hvilket især vil komme til udtryk, når det kommer til partneringaftaler. Den knappe beskrivelse af begrebet i litteraturen og retspraksis gør, at en juridisk analyse vil falde tilbage på den almindelige del. For at udlede eventuelle retsfigurer, der er gældende for partnering, indledes en analyse af begrebet med en gennemgang af typiske bestemmelser fra partneringaftalerne. Dette gøres med udgangspunkt i BYG og CIFI-modellen.

2.2 Partneringbegrebet – udvalgte bestemmelser fra BYG og CIFI-modellen

2.2.1 Partnering – et supplement til traditionelle aftaletyper?

Det kan diskuteres, om partnering suppleres af traditionelle aftaletyper, eller de traditionelle typer og paradigmer supplerer partneringaftalen. En vurdering der må afhænge af en fortolkning af de enkelte bestemmelser i aftalegrundlaget. Faktum er dog, at de to paradigmer ikke er det fuldstændige retsgrundlag mellem parterne⁷⁹. For BYG gælder, at den blandt andet suppleres eller kombineres med AB 92⁸⁰ jf. BYG pkt. 3.1. AB 92 anses for at være et *agreed document*, der er generelt anerkendt og anvendt af byggeriets parter. AB 92 anvendes derfor ofte som en udfyldende retskilde inden for entreprise. CIFI-modellen kombineres med Schlüter-modelaftalen⁸¹ jf. CIFI-modellen § 1. Schlüter-modelaftalen er et generelt anvendt aftaleparadigme, når universiteter og virksomheder i farmaceutindustrien samarbejder. Men modelaftalen betragtes ikke som et *agreed document*. I CIFI-modellen er der afvigelser fra bestemmelser i Schlüter-kontrakten jf. § 1. Det samme er gældende for BYG, hvor der er afvigelser fra AB 92 jf. BYG pkt. 3.1.

2.2.2 Fra parter til partnere

I forhold til traditionelle aftaler bygger partneringaftaler på andre principper. Partnering bygger på en tanke om, at fællesoptimering skaber et samlet større output sammenlignet med egenoptimering⁸². Partneringaftalen søger derfor at nedbryde de skel, der er imellem parterne. Det modsæt-

⁷⁹ Tvarnø, Christina D., 'Kontrahering af fælles optimering - Partneringsaftaler - i et komparativt og spilteoretisk perspektiv', 2016, s. 18

⁸⁰ Almindelig betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed, udfærdiget af Boligministeriet den 10. december 1992

⁸¹ Modelaftale udviklet af Johan Schlüter-udvalget mellem forskningsinstitutioner og virksomheder (modelaftalen er vedlagt som bilag 3)

⁸² Tvarnø, Christina D., 'Kontrahering af fælles optimering - Partneringsaftaler - i et komparativt og spilteoretisk perspektiv', 2016, s. 22

ningsforhold, der opstår i mange traditionelle aftaleforhold, erstattes med et fælles mål. Tvarnø beskriver partnering som en proces, hvor parterne ikke længere er parter, men partnere⁸³. Tvarnø argumenterer i den forbindelse for, at aflønningen er af væsentlig betydning⁸⁴. Hvad angår aflønning opererer begge partneringaftaler med incitamentsklausuler jf. BYG pkt. 6.4 og CIFI-modellen § 9. For både BYG og CIFI-modellen gælder, at incitamentsklausulen er fastsat som en procentdel af overskuddet, eller merværdien der skabes. BYG's indhold af incitamentsklausulen er ikke præcist formuleret, da det må formodes, at parterne efterfølgende identificerer eller konkretiserer mål, så parterne har fokus på fællesoptimering. Incitamentsklausulerne behandles nærmere i kapitel 7.

2.2.3 Partneringsamarbejdets organisationsform og partneringprocessen

Når det kommer til partneringprocessen og parternes ydelser, distanceres partnering yderligere fra traditionelle aftaler. Begge paradigmer forudsætter, at samarbejdet bygger på åbenhed, tillid og fælles optimering, jf. BYG pkt. 4 og CIFI §§ 4 og 5. Det er ifølge Tvarnø et eksempel på, at ved anvendelsen af partneringaftaler har parterne forpligtet sig til "noget mere" end selve det at præstere sin ydelse⁸⁵. Disse begreber er med til at gøre partneringaftalen anderledes end andre traditionelle former. Disse begreber er også blandt de mere diskuterende i litteraturen vedrørende partnering⁸⁶. Der stilles blandt andet spørgsmål ved, om de reelt har nogen betydning.

Kravet om samarbejde kommer til udtryk i BYG pkt. 4 og CIFI-modellen § 4 som indeholder bestemmelser om måden, samarbejdet skal organiseres på. I begge paradigmer bestemmes det, at der skal nedsættes styregrupper og projektledelse, samt udpeges nøglepersoner. Princippet om åbenhed kommer til udtryk gennem et krav om åbne regnskaber og åbenhed omkring økonomien generelt, jf. BYG pkt. 2.1. Det sker ved, at der på de månedlige møder i styregruppen sker en registrering og overvågning af budgettet, som parterne er fælles om at optimere bedst muligt. I CIFI-modellen foregår gennemsigtigheden ved, at parterne er forpligtet til at optimere transaktionen jf. CIFI § 9.

2.2.4 Håndtering af uenigheder og tvistløsning

I aftaleforhold, uanset implementeringsform, kan der opstå uenigheder undervejs. Uoverensstemmelser i partnering søges løst ved dialog, der hvor uenigheden er opstået. Tvistløsningen fungerer endvidere som en trappemodel, som er inddelt i fire niveauer, jf. BYG pkt. 11 og CIFI-modellen § 11. Et højere niveau på trappen er lig med et niveau, der er længere væk fra uoverensstemmelsens

⁸³ Ibid.

⁸⁴ Ibid.

⁸⁵ Ibid.

⁸⁶ Se blandt andet Hørlyck, Erik, 'Entreprise – Almindelige betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed', 2014, s. 36

opståen. Det vil sige, at parterne først skal søge at løse problemet inden for en i partneringaftalen fastsat frist. Er der ikke fundet en løsning inden udløb af fristen, skal styregruppen forsøge at løse tvisten. Det tredje niveau gør brug af mediation ved inddragelse af en mediator, der skal forestå mægling mellem parterne. Virker ingen af de første tre niveauer, skal tvisten løses af en voldgift. Det pointeres, at det pågældende voldgiftsinstitut skal vægte partneringaftalens karakteristiske principper som særdeles vigtige, jf. CIFI-modellen § 11.

Kommer en tvist for en voldgiftsret eller en domstol, skal den afgøres med udgangspunkt i aftalen. Voldgiftsdommeren eller anden tredjemand må da forsøge at forstå parternes intentioner for at kunne udlede parternes forpligtelser. Selvom partneringaftalen er anderledes end andre aftaler, skal den fortolkes ud fra de samme regler og standarder som traditionelle aftaler. I det følgende afsnit analyseres fortolkningsreglernes anvendelighed på partneringaftalen.

2.3 Fortolkning og udfyldning af aftaler

Retsvirkningerne af parternes aftale kan opfattes forskelligt af parterne. Der kan opstå uenighed om, hvordan en bestemmelse i aftalen skal fortolkes. Baggrundsretten løser dette ved hjælp af fortolkning og udfyldning. Det er oprindeligt Henry Ussing, der sonderer mellem fortolkning og udfyldning⁸⁷. Fortolkningen siges at være ”*Fastlæggelse af Erklæringens Betydning*” og udfyldning som ”*yderligere Virksomhed, der kan være nødvendig til at bestemme Retsvirkningerne*”. At fortolke juridisk er derfor en *præcisionsfortolkning*⁸⁸, mens udfyldning følger efter den konkrete fortolkning. Giver fortolkningen svar, er udfyldning ej nødvendig.

Fortolkning fastlægger parternes løfter, altså hvad der egentligt er parternes pligter og rettigheder i aftalen inden for rammerne af ufravigelige retsregler⁸⁹. Ved udfyldning forsøger man at fastlægge retsvirkningerne ud fra et grundlag, der ikke er konkret fastsat i aftalen⁹⁰. Udfyldning af kontrakten sker ved analyse af baggrundsretten. Typisk i form af en obligatorisk regel for dommeren eller deklatorisk regel mellem parterne⁹¹. Endvidere kan der ske inddragelse af obligationsretlige principper, aftalepraksis eller fast praksis i pågældende branche(r). Fortolkning og udfyldning bringes i spil, hvis parterne eksempelvis bliver uenig om retsvirkningerne af aftalen. Aftalen er parternes lov, og fortolkning kommer da på banen, hvis der er diskrepans mellem parternes subjektive opfattelse

⁸⁷ Ussing, Henry, ’Aftaler: Paa formuerettens omraade’, 1978, s. 421

⁸⁸ Andersen, Eigil Lego, ’Aftalefortolkning’, 2014, s. 367

⁸⁹ Andersen, Lennart Lyng & Madsen, Palle Bo, ’Aftaler og Mellemænd’, 2012, s. 340

⁹⁰ Andersen, Lennart Lyng & Madsen, Palle Bo, ’Aftaler og Mellemænd’, 2012, s. 340

⁹¹ Andersen, Eigil Lego, ’Aftalefortolkning’, 2014, s. 374

af tvisten. Det er herefter domstolenes opgave, at fortolke i overensstemmelse med parternes påstande og beviser⁹².

2.3.1 Fortolkningsreglerne

Dansk rets fortolkningsregler er fastsat i teori og praksis. Der eksisterer *minimumsreglen*, *gyldighedsreglen* og *koncipistreglen*. Ved minimumsreglen fortolker man løftet som en forståelse af, hvad der er mindst byrdefuldt for løftegiveren⁹³. Minimumsreglen omtales som en bevisbyrderegel, således at den part, der påberåber sig en ret i henhold til aftalen, selv må godtgøre dette. Minimumsreglen er let anvendelig ved ensidige erklæringer og gaveløfter. I gensidigt bebyrdende aftaler er anvendelsen mere kompliceret. Pengedebitors ydelse vækker sjældent tvivl, men det er ofte mere problematisk at udlede realdebitors nøjagtige forpligtelser. Det kan medføre et tilfældigt resultat ved brug af minimumsreglen⁹⁴.

Koncipistreglen, eller uklarhedsreglen, bruges ved en fortolkning imod affatteren af aftalen⁹⁵. Der kan for eksempel være uenighed om en aftalebestemmelse, der er byrdefuld for koncipisten, skal fortolkes udvidende eller indskrænkende. Det er ikke utænkeligt, at koncipistreglen anvendes i relationer, hvor begge aftaleparter må betragtes som koncipister. I U2004.2894H⁹⁶, hvor Vestre Landsret og Højesteret tog stilling til forståelsen af en konkurrenceklausul og rækkevidden af den tilknyttede konventionalbod, udtalte Vestre Landsret, at *"parternes overenskomst [...]indeholder en vis uklarhed vedrørende omfanget af Stig Nielsens [sagsøgte red.] erhvervsbegrænsninger, som begge parter må bære ansvaret for en nedsættelse af konventionalboden [...]"*.

Endelig er gyldighedsreglen en fortolkning, hvor det tilstræbes at følge parternes intentioner og sikre, at aftalen gennemføres⁹⁷. Heri ligger, at en uenighed mellem parterne ikke bør føre til, at aftalen tilsidesættes. Gyldighedsreglen vil kunne forsvare, at en in-komplet aftale, der medfører flere byrder for en part, opretholdes⁹⁸.

2.3.2 Fortolkningsreglernes anvendelighed inden for partnering

I forhold til partnering er de forskellige fortolkningsregler ikke nødvendigvis lige anvendelige eller hensigtsmæssige. En rigid anvendelse af fortolkningsreglerne synes da heller ikke at være fremtræ-

⁹² Andersen, Eigil Lego, 'Aftalefortolkning', 2014, s. 368

⁹³ Andersen, Lennart Lyng & Madsen, Palle Bo, 'Aftaler og Mellemmænd', 2012, s. 369

⁹⁴ Andersen, Eigil Lego, 'Aftalefortolkning', 2014, s. 376

⁹⁵ Andersen, Lennart Lyng & Madsen, Palle Bo, 'Aftaler og Mellemmænd', 2012, s. 371

⁹⁶ Højesterets dom af 2. september 2004 sag 437/2002, Intercargo Coldstores Holding A/S, Intercargo Coldstores A/S og Stig Nielsen mod Transport Administration A/S under konkurs, Intercargo Scandinavia A/S og Knud Jørgensen

⁹⁷ Andersen, Lennart Lyng & Madsen, Palle Bo, 'Aftaler og Mellemmænd', 2012, s. 382

⁹⁸ Andersen, Lennart Lyng & Madsen, Palle Bo, 'Aftaler og Mellemmænd', 2012, s. 383

dende i dansk retspraksis⁹⁹. Domstolene synes at anvende en billighedsfortolkning, der tager udgangspunkt i en betragtning af, hvem det måtte være rimeligt at pålægge risikoen for, at uklarheden ikke er blevet afklaret. En mere pragmatisk holdning afspejles dermed i retspraksis. En inddragelse af fortolkningsstandarder, hvor der tages højde for aftaletypen, er da også med til at kvalificere en fortolkning af aftalen¹⁰⁰.

Selvom der i U2004.2894H findes eksempler på, at en uklarhed skal tolkes, så begge parter står til ansvar for den, synes koncipistreglen ikke anvendelig på partneringaftaler. En partneringaftale kan forudsætte successiv aftaleforhandling, hvorefter begge parter, på grund af deres fælles intention i et fremtidigt samarbejde, har udfærdiget en aftale, hvor mængden af bestemmelser om de fremtidige arbejder er beskeden. Har parterne bevidst og i enighed valgt uklare og åbne formuleringer, hvilket må siges af være gældende om den klassiske partneringformulering om åbenhed og tillid, bør det anbefales at falde tilbage på en mere pragmatisk fortolkningsregel i lyset af aftalens funktion og formål¹⁰¹. Koncipistreglen synes derfor ikke anvendelig.

Bestemmelserne i partneringaftalen om fællesoptimering taler for en anvendelse af minimumsreglen. Med denne regel kan rettigheder og pligter fortolkes ud fra en betragtning om solidaritet, så gevinst og tab deles ligeligt. Det længerevarende forhold, samt en løbende udformning og tilpasning af kontrakten, er dog udtryk for en gensidig afvejning af risiko og gevinst. Dette gør det svært at anvende minimumsreglen i partneringaftaler.

Christina Tvarnø anfører, at partneringaftaler skal fortolkes i lyset af, at aftaler skal gennemføres¹⁰². Derved kan man argumentere for, at gyldighedsreglen har sin berettigelse som fortolkningsregel. En partneringaftale er en aftaleform, der anvendes, hvis parterne ønsker andet og mere end en almindelig aftale¹⁰³. Parterne har ved indgåelse af en partneringaftale ønsket at påtage sig yderligere forpligtelser. En forpligtelse, der tilsiger parterne at vægte samarbejdet højere end ved en normal aftale. Betragtninger der taler for, at en domstol ved fortolkning af partneringaftalen bør anvende gyldighedsreglen, hvorefter der bliver langt fornødent vægt på partneringprincipperne.

Problemet med at påberåbe sig fortolkningsregler i partneringaftaler er, at det ikke nødvendigvis gavner parternes fremtidige samarbejde. En diskussion om fortolkningsregler og udfyldning skærmes da også lidt af den betragtning, at der er sket inddragelse af en tredjepart, hvor det er dennes

⁹⁹ Andersen, Lennart Lyng & Madsen, Palle Bo, 'Aftaler og Mellemænd', 2012, s. 384

¹⁰⁰ Andersen, Lennart Lyng & Madsen, Palle Bo, 'Aftaler og Mellemænd', 2012, s. 392

¹⁰¹ Andersen, Lennart Lyng & Madsen, Palle Bo, 'Aftaler og Mellemænd', 2012, s. 374

¹⁰² Tvarnø, Christina D., 'Loyalitetspligt og partneringaftaler', 2002, s. 153

¹⁰³ Tvarnø, Christina D., 'Loyalitetspligt og partneringaftaler', 2002, s. 141

opgave at tage stilling til ugyldighedsindsigelser. Samarbejdet er, når en dommer eller voldgift indrages, ofte sat i bero indtil der er truffet en afgørelse. Inddragelse af tredjemand er med sikkerhed ikke med til at udvide relationen mellem parterne, og når det sker, er samarbejdet i de fleste tilfælde de facto ophørt. Dette kommer også til udtryk ved, at både BYG og CIFI-modellen i deres tvistløsning først og fremmest søger at løse uenighederne selv. Når tredjemand inddrages, bør parterne dog sikre sig at vedkommende fortolker og udfylder partneringaftalens bestemmelser, så værdier om åbenhed og fælles optimering kommer til udtryk i afgørelsen. Det taler for, at gyldighedsreglen anvendes til en fortolkning, der opretholder principperne og deraf afviger fra baggrundsretten, såfremt den ikke fører til en fællesoptimerende løsning. I CIFI-modellen § 11 fastslås det da også, at uenigheder skal løses med udgangspunkt i disse principper.

En række bestemmelser i de to aftaleparadigmer vil være mere åbne for fortolkning end andre. En af dem er BYG pkt. 5.2. Hvorefter det følger, at hvis bygherren godkender projektforslaget, da vil projektet gå fra den ene til den anden fase, som paradigmet deler projektet op i. Bestemmelser siger ikke noget om, at alle parter er forpligtet til at deltage i fase to, hvis bygherren ønsker det. En gyldighedsfortolkning kan tale for en sådan retsvirkning.

2.4 Bindende aftaler eller rammeaftaler, betingede aftaler og hensigtserklæringer

Partneringaftalen indgås tidligt i forløbet før projektet er konkretiseret. Dette kommer blandt andet til udtryk i BYG pkt. 1.1, hvor entreprenører, i modsætning til traditionelle aftaler, inddrages allerede før projektet er konkretiseret. Christina Tvarnø anfører også hertil, at det er essentielt, at alle parter inddrages fra starten¹⁰⁴. Da partneringaftalen indgås så tidligt i forløbet, før en lang række ting er afklaret, vil sikkert afholde en række virksomheder for at indgå et bindende samarbejde. Usikkerheden kan føre til store tab. Ydermere har en partneringaftale været beskrevet som en rammeaftale, der alene har til hensigt at danne grundlag for forhandling om fremtidige arbejder. Partneringaftalen bliver derfor genstand for successiv forhandling og ikke traditionel tilbud og accept.

¹⁰⁴ Tvarnø, Christina D., 'Kontrahering af fælles optimering - Partneringsaftaler - i et komparativt og spilteoretisk perspektiv', 2016, s. 16

2.4.1 Tilbud og accept

En aftale indgås i dansk ret ved tilbud og accept. Her forstås efter aftaleloven¹⁰⁵ § 1, 1. pkt. at tilbud og svar på tilbud er bindende for parterne. Aftaler skal holdes, hvilket fremgår af princippet *pacta sunt servanda*, som også kommer til udtryk i Danske Lov 5-1-1 og 5-1-2.

I aftalelovens forarbejder fremgår det¹⁰⁶, at et tilbud har karakter af et løfte, som lægger bånd på afgiveren. Her opstår det, som omtales løfteprincippet¹⁰⁷. Det vil sige, at tilbudsgiver er bundet af sit tilbud, mens den anden part ikke er bundet. Løftet taber sin retsvirkning, hvis det ikke bliver antaget i rette tid jf. aftaleloven § 2, stk. 1. I dansk ret er det muligt at tilbagekalde et tilbud eller svar efter aftaleloven § 7. Det kræver dog, at tilbagekaldelsen er kommet frem til den anden part forinden tilbuddet eller svaret er kommet til hans kundskab.

2.4.2 Hensigtserklæringer og betingede aftaler

Over for tilbuddets bindende karakter findes der hensigtserklæringer og betingede aftaler. En hensigtserklæring har til hovedformål at sætte en ramme om informationsudveksling og forhandlinger i forbindelse med indgåelse af en detaljeret aftale¹⁰⁸. En hensigtserklæring er karakteriseret ved, at parterne ikke er forpligtet til at gennemføre den påtænkte transaktion. En hensigtserklæring kan indeholde bindende elementer, men begrebsmæssigt er der ingen aftalebinding¹⁰⁹. En partneringaftale indeholder ligesom en hensigtserklæring forpligtelser til at udveksle information. Fører hensigtserklæringen ikke til en endelig aftale om et fremtidigt samarbejde, pådrager parterne kun i begrænset omfang sig et ansvar. Den skuffede part kan kun få erstatning, såfremt den anden part har handlet culpøst. Den skuffede part får dermed kun erstatning for "*culpa in contrahendo*", hvilket normalt opgøres til den negative kontraktsinteresse – det vil sige tabt fortjeneste¹¹⁰.

Mellem hensigtserklæringer og et tilbuds bindende virkning ses betingede aftaler. Ifølge Ussing kaldes det en betinget aftale, da "*En Retshandel kaldes betinget, naar den vilkaarlig gør sin Retsvirkning afhængig af en uvis Kendsgernings Indtræden*"¹¹¹. I praksis er aftaler tit gjort betinget af en hændelses indtræden eller udeblivelse. Forhold, der gør aftalen betinget, kan være af stor betydning

¹⁰⁵ Lov om Aftaler og andre Retshandler paa Formuerettens Omraade. Lovbekendtgørelse nr. 781 af 26. August 1996 som ændret ved lov nr. 1376 af 28.12 2011 og bkg nr. 973 af 24.9 2012, § 1

¹⁰⁶ Forslag til lov 1916-11-09 nr. 114, om Aftaler og andre Retshandler paa Formuerettens Omraade, bemærkninger til lovforslaget, § 1

¹⁰⁷ Forslag til lov 1916-11-09 nr. 114, om Aftaler og andre Retshandler paa Formuerettens Omraade, bemærkninger til lovforslaget, § 1

¹⁰⁸ Andersen, Egil Lego, '*Hvorledes indgår erhvervslivet aftaler?*', 2008, s. 1

¹⁰⁹ Ibid.

¹¹⁰ Andersen, Mads Bryde & Lookofsky, Joseph, '*Lærebog i Obligationsret I*', 2015, s. 273

¹¹¹ Ussing, Henry, '*Aftaler*', 1978, s. 445

for parterne. Inter partes kan det givne forhold være parternes *dealbreaker*, hvorefter det vil medføre aftalens bortfald, hvis forholdet svigter. Det er typisk tilfældet, uanset om parterne i et omfang har kontrol over, om der sker opfyldelse af betingelsen eller ej¹¹².

Betingelser kan typisk opdeles i resolutive og suspensive betingelser¹¹³. Ved resolutive betingelser forstås, at parterne indgår en aftale, hvori betingelsen findes og parterne går ud fra, at betingelsen vil blive opfyldt. Men hvis betingelsen svigter, mister aftalen sin bindende karakter. Suspensive betingelser har en opsættende karakter, hvorefter at aftalens bindende retsvirkning indtræder, når eller hvis betingelsen opfyldes. Ved betingede aftaler tilkendes en skuffet part ofte kun erstatning for culpa in contrahendo¹¹⁴.

2.4.3 Hensigtserklæringer, betingede aftaler og partnering

En partneringaftale kan indeholde elementer, der gør den til en betinget aftale. I opstartsfasen kan det tænkes, at der er visse betingelser af resolutiv eller suspensiv karakter, der skal være opfyldt, før partneringaftalen får sin bindende virkning. Der kan eksempelvis være tale om, at partneringaftalen indgås med en betingelse om godkendelse hos bestyrelsen eller andet ledelsesorgan på grund af partnering forholdets særlig karakter i forhold til traditionelle aftaler. Endvidere kan man forestille sig, at partneringaftalen gøres betinget af en parts investering i et aktiv eller allokering af personale tidligt i processen. En afgørelse af om partneringaftalen indeholder betingede elementer, afhænger i sidste ende af en fortolkning af aftalens bestemmelser.

Problemet med hensigtserklæringer og betingede aftaler er, at det ikke altid er nemt at identificere det tidspunkt eller forhold, hvor en overordnet aftale bliver bindende for parterne. En god illustration af dette problem fremgår af Højesterets dom U2007.3027H¹¹⁵. I denne dom havde Brunata og Danfoss indgået en samarbejdsaftale om udvikling og levering af nogle energimålere. Energimålerne skulle udvikles af Danfoss, hvorefter de igennem en koordineret indsats af parterne skulle lanceres på det danske marked. Der var efter Sø- og Handelsrettens opfattelse ”... tale om et mere vidtgående samarbejde, som havde karakter af en slags partnerskab”. I forbindelse med udviklingen af energimålerne viste der sig tekniske vanskeligheder, og Danfoss solgte energimålerprojektet til en anden virksomhed. Energimålerne blev lanceret med to års forsinkelse, med Brunata som forhandler. Markedsandelen levede ikke op til de målsætninger, som Brunata og Danfoss havde ved

¹¹² Edlund, Hans Henrik, ’Betingede aftaler og retsvirkningerne heraf’, 2014, s. 118

¹¹³ Ussing, Henry, ’Aftaler’, 1978, s. 447

¹¹⁴ Andersen, Mads Bryde & Lookofsky, Joseph, ’Lærebog i Obligationsret I’, 2015, s. 241

¹¹⁵ Højesterets dom af 7. september 2007, Brunata Skovgaard A/S mod Danfoss A/S, Salg Danmark

indgåelse af aftalen. Brunata krævede derfor erstatning af Danfoss på 29 mio. kr. svarende til positiv opfyldelsesinteresse. Danfoss blev af Sø- og Handelsretten dømt til at betale 0,8 mio. kr. i erstatning, hvilket alene svarede til de udgifter, som Brunata havde brugt på samarbejdet. Højesteret stadfæstede dommen.

Sø- og Handelsretten udtalte, at de måltal, der var nævnt i samarbejdsaftalen, alene var udtryk for Brunatas forpligtelser. Der var ikke nogen pligt for Danfoss til at udvikle og producere energimålerne. Danfoss var dermed ikke bundet af aftalen med Brunata. Højesteret tiltrådte Sø- og Handelsrettens vurdering af, at der alene var tale om rammeaftale om fremtidig samhandel. Højesteret udtalte, at *”[d]en [samarbejdsaftalen] er indgået på baggrund af parternes fælles forventning om, at Danfoss ville udvikle og sætte en LD-måler [energimåleren] i produktion, men der er ikke holdpunkter for i aftalen at indlægge nogen pligt for Danfoss til at gøre dette. Aftalen lægger således ikke bindinger på Danfoss' adgang til at gennemføre eller opgive udvikling og produktion, foretage omprioriteringer eller træffe beslutning om frasalg”*. Aftalen havde derfor mere karakter af en hensigtserklæring, end en egentlig bindende aftale.

Aftalen mellem Brunata og Danfoss er ikke en partneringaftale. Parterne har dog aftalt gennem koordinerede indsatser at lancere et produkt. En bestemmelse om fællesoptimering var ikke en del af aftalen, men der kan argumenteres for, at målsætningen lå implicit i aftalen. Det var skrevet i aftalen, at parterne på grundlag af en fælles indsats skulle arbejde sammen om at nå de mål, der var sat. Højesterets fortolkning af Danfoss forpligtelser var bygget på en ordret læsning af kontrakten. Aftalen led, set fra Brunatas synspunkt, af det samme problem som en hensigtserklæring; Brunata var ikke sikker på, at de i sidste ende ville få produkterne.

Det er værd at lægge mærke til, at Højesterets udtalelse om, at parterne skal optræde loyalt. Den manglende information var tegn på illoyal adfærd og var grund til erstatningen på de 0,8 mio. kr. Hvis der konkret havde været tale om en partneringaftale opstår spørgsmålet, om Højesteret havde fortolket aftalen anderledes. Domstolen kunne eventuelt ud fra en gyldighedsbetragtning nå til en anden konklusion der medførte, at Danfoss forpligtelser blev bedømt strengere.

2.5 Parternes ydelse

2.5.1 Partnering – en eller to ydelser?

Parterne efter CIFI-modellen har ifølge paradigmets § 2 forpligtet sig til to ydelser. En forskningsydelse og en samarbejdsydelse. BYG har ikke samme sontring, den er dog udformet således, at

hver parts forpligtelser er specificeret. Dette kommer til udtryk ved, at parterne ifølge BYG pkt. 2.1 har forpligtet sig til *”at gennemføre en effektiv og udviklende proces [...] baseret på åbenhed, ærlighed og gensidig respekt”*. Samtidigt med at parterne har forpligtet sig til under fase et at udarbejde byggeprogram, projektbeskrivelse, tegninger, kvalitetsplan osv., jf. BYG pkt. 3.3. BYG indeholder dermed også to ydelser.

For at belyse partneringbegrebets betydning analyseres der i de følgende afsnit, om begrebet har nogen betydning for de ydelser, som parterne har forpligtet sig til. I afsnit 2.5.2 analyseres partneringbegrebets betydning i forhold til den ”almindelige” ydelse, det vil sige forskningsydelsen i CIFI-modellen og udviklingen af byggeprogram m.m. under BYG. I afsnit 2.5.3 analyseres det, om begrebet har betydning for den samarbejdsydelse, som parterne har forpligtet sig til. Endvidere om partnering har påvirkning på den generelle samarbejdspflicht, der eksisterer i dansk ret – *den gensidige loyalitetsforpligtelse*.

2.5.2 Partnering og den ”almindelige” ydelse

Hvis det skal undersøges, hvordan bestemmelserne om åbenhed og tillid påvirker kravene til parternes ydelse, må der først tages stilling til, hvilke krav der traditionelt stilles til parternes ydelse. Kravene til parternes ydelse afhænger af ydelsens karakter. Er der tale om løsørekøb, tjenesteydelse eller som for eksempel i CIFI-modellen en udviklingsaftale?

2.5.2.1 Løsørekøb

Købeloven finder anvendelse på køb af løsøre, jf. købeloven § 1, stk. 1. Købeloven finder også anvendelse på bestillingskøb, jf. købeloven § 2, stk. 3, hvis den overvejende del af de nødvendige materialer skal ydes af den, der har påtaget sig fremstillingen. Ved sammensatte kontraktforhold, det vil sige forhold, der indeholder dele af et løsørekøb eller en tjenesteydelse, må det afgøres, hvad der er det væsentlige element i aftalen, jf. U2010.332Ø¹¹⁶. Dommen omhandler levering og opsætning af et rullegitter. Østre Landsret fandt, at det måtte betragtes som en præstation af en tjenesteydelse. I den nævnte sag udtalte landsretten, at den omstændighed, at størstedelen af prisen for arbejdet var udgjort af udgifterne til materialet, ikke kunne ændre på det faktum, at den overvejende del af forpligtelsen var sikringen af ejendommen, det vil sige en tjenesteydelse. I partneringaftaler kan der være tale om levering af en løsørestand. Men partneringaftalen vil dog oftest omhandle genstande, der først skal udvikles, og hvor udviklingsdelen må antages at være det væsentlige element i

¹¹⁶ U2010.332Ø, Østre Landsrets Dom af 21. oktober 2009, Tryg Forsikring A/S mod G4S Security A/S, hvor aftale om opsætning og montering af rullegitter var en aftale om en tjenesteydelse. Af den grund fandt købeloven § 54 ikke anvendelse, så det rejste krav skulle i stedet afgøres efter reglerne i forældelsesloven.

aftalen. Dette må især antages at være gældende, såfremt partneringaftalen er implementeringsformen for et innovativt samarbejde. Den almindelige ydelse skal derfor ikke bedømmes efter reglerne i købeloven jf. købeloven § 2, stk. 3 og U2010.332Ø, da der i alle tilfælde er tale om en tjenesteydelse.

2.5.2.2 Tjenesteydelse

Ved tjenesteydelse sondres der mellem resultatforpligtelser¹¹⁷ og indsatsforpligtelser¹¹⁸. Indsatsforpligtelse i ren forstand er tjenesteydelser eller serviceydelser, som er uden for købelovens anvendelsesområde. Man taler om resultatforpligtelse, hvor realdebitor skal præstere en form for slutprodukt af en indsats. Omvendt vil liberale erhverv oftest dreje sig om en indsatsforpligtelse, hvor eksempelvis advokaten skal præstere en ”god professionel indsats”. Der er derved ikke tale om et egentligt resultat, da advokaten ikke kan præstere et bestemt resultat på forhånd.

Det er ikke udelukket, at en aftale kan indeholde både en resultat- og indsatsforpligtelse. Samtidigt kan der være tvivl om hvilken forpligtelse, der overhovedet er tale om. I byggeri er entreprenørens ydelse over for bygherren traditionelt set karakteriseret som en resultatforpligtelse¹¹⁹. Det bygger på en opfattelse af, at aftalens retsvirkning er, at entreprenøren skal opføre en bestemt bygge- eller anlægsopgave, der fremgår af en kravspecifikation. Ole Hansen har dog omvendt argumenteret for, at entreprenørens ydelse snarere er en indsatsforpligtelse¹²⁰. I forbindelse med udvikling og levering af IT-ydelser fastslår Henrik Udsen, at sondringen mellem indsatsforpligtelser og resultatforpligtelser i agile kontrakter afhænger af den type af krav, der skal opfyldes¹²¹. Er der tale om absolutte krav, skal leverandørens indsats vurderes som en resultatforpligtelse. Er der tale om krav som leverandøren kun om muligt skal leve op til, har man at gøre med en indsatsforpligtelse¹²².

En partneringaftale er et forhold, der udvikler sig over tid. Den standard, som bedømmelsen skal ske efter, kan derfor også ændre sig. I de indledende faser er der tale om, at den ydelse, som leverandøren skal præstere, er en indsatsforpligtelse. Her skal leverandøren rådgive køberen om, hvad der må være den bedst mulige løsning ud fra de overordnede behov, som leverandøren har fastsat. Når partneringsamarbejdet er kommet ud over de indledende faser, bliver den ydelse, som leveran-

¹¹⁷ Andersen, Mads Bryde & Lookofsky, Joseph, 'Lærebog i Obligationsret I', 2015, s. 44

¹¹⁸ Andersen, Mads Bryde & Lookofsky, Joseph, 'Lærebog i Obligationsret I', 2015, s. 43

¹¹⁹ Hansen, Ole, 'Er entreprenørens ydelse en resultatforpligtelse?', 2005, s. 95

¹²⁰ Hansen, Ole, 'Er entreprenørens ydelse en resultatforpligtelse?', 2005, s. 106

¹²¹ Udsen, Henrik, 'IT-Konkraktret', 2014, s. 79

¹²² Udsen, Henrik, 'IT-Konkraktret', 2014, s. 79

døren skal præstere, til en resultatforpligtelse. Dette kommer blandt til udtryk i BYG, der er faseopdelt.

2.5.2.3 Partnering og indsatsforpligtelsen – hvordan påvirkes mangelbegrebet?

Konsekvenserne af sondringen mellem resultatforpligtelsen og indsatsforpligtelsen har betydning for bedømmelsen af, hvornår der foreligger en mangel. Ved indsatsforpligtelser skal leverandøren yde sit bedste, ydelsen bliver derved mangelfuld, når en indsats er under denne standard. Hvorimod leverandørens ydelse ved en resultatforpligtelse bliver mangelfuld, når resultatet ikke lever op til de specifikke krav, der er aftalt.

Mangelbegrebet tager udgangspunkt i de egenskaber, som leverandøren har aftalt, samt de normer og sædvaner som bestilleren havde ret til at påregne¹²³. Bedømmelsen af leverandørens ydelser er under påvirkning af den information om køberens behov, som leverandøren har til rådighed¹²⁴. Har køberen givet forkert eller ufyldestgørende oplysninger, er det ikke sikkert, at leverandøren bliver stillet til ansvar for manglen. Køberen har altså en oplysningspligt, men modsat har leverandøren også en pligt til at spørge ind og få den information, der er behov for. I situationer hvor ingen af parterne svigagtigt eller culpøst har tilsidesat sin pligt til at spørge eller informere, må en afgørelse af, hvem der er ansvarlig for manglen, foretages ud fra en afvejning af, hvem der er nærmest til at bære risikoen. Det vil sige, at den mest sagkyndige person eller den, som i situationen burde have indset den manglende information, må bære risikoen for manglen.

At parterne har valgt at indgå en partneringaftale i stedet for en traditionel aftale, ændrer ikke på de roller, som parterne har. Den sagkyndige part bliver ikke mere sagkyndig af, at parterne har indgået en partneringaftale. Da realdebitorer inddrages tidligere i processen, vil vedkommende have mere information til rådighed. Men bedømmelsen af parternes ydelse bør derfor stadigvæk ikke være anderledes under en partneringaftale. Realdebitor har ved en indsatsforpligtelse, også udenfor partnering, allerede lovet at yde en god og professionel indsats. Dette må tolkes som, at vedkommende yder sit bedste.

2.5.3 Den gensidige loyalitetspligt

Partneringaftalen bygger på tillid og åbenhed jf. afsnit 2.1. I de nævnte paradigmer fremgår det eksplicit af aftalen. Baggrundsretten er ikke tilsvarende. Tillid og åbenhed er nærmere implicit i form af den gensidige loyalitetsforpligtelse. Den eksisterer i dansk ret som en obligationsretlig grundsæt-

¹²³ Hørlyck, Erik, 'Tilvirkningskøbet', 1996, s. 96

¹²⁴ Ibid.

ning. Loyalitetspligten indebærer, at parterne har en vis pligt til at tage hensyn til hinandens interesser afhængig af blandt andet aftalens art og varighed¹²⁵. I nogle relationer er den mere fremtrædende. Den er mere udtalt i de længerevarende aftaleforhold, men den hviler på obligationsrettens almindelige del og er derfor gældende for alle aftaletyper. Loyalitetspligten relaterer sig direkte til *kontraktsrelationen* mellem parterne¹²⁶.

Den gensidige loyalitetsforpligtelse kommer til udtryk på forskellige måder afhængig af det tidsmæssige aspekt i forhold til kontraktindgåelsen¹²⁷. Før kontrakten indgås, er der under forhandlingen en pligt til varetage medkontrahentens interesser. Det antages, at som forhandlingerne skrider frem, bliver kravene til loyalitetsforpligtelsen skærpet. Desto nærmere parterne kommer en endelig aftale, desto større bliver omsorgspligten for modpartens interesser, og under selve kontraktforholdet kulminerer loyalitetsforpligtelsen.

Har en kontraktpart handlet illoyalt under kontraktforhandlingerne kan vedkommende ifalde et ansvar – *culpa in contrahendo*. Den culpøse adfærd under culpa in contrahendo kræver dog en vis grovhed, men det er en undtagelse, at parten ifalder erstatning. Efter kontraktforholdets afslutning ophører loyalitetspligten til en vis grad. Pligten kan være ført videre gennem aftalen, hvori parterne for eksempel har forpligtet sig til ikke at drive konkurrerende virksomhed i en efterfølgende periode. Pligten kan også komme af lovgivningen, eksempelvis pålægger markedsføringsloven¹²⁸ §§ 1 og 19 erhvervsdrivende et forbud mod at videregive eller udnytte forretningshemmeligheder, vedkommende har fået indsigt i hos medkontrahenten.

Loyalitetspligten indebærer blandt andet, at parterne forpligtes til at samarbejde. Den indebærer en omsorgspligt for medkontrahentens interesser. Loyalitetspligten har dog sine grænser, da enhver kontraktpart må anses for berettiget til først og fremmest at varetage egne interesser¹²⁹. Noget der blandt andet kommer til udtryk i U2007.3027H refereret i afsnit 2.3.1. Da Danfoss ikke var bundet af aftalen, var virksomheden således ikke forpligtet til at forsætte udviklingen af LD-målerne, da virksomheden løb ind i problemer. Endda selvom dette var til gavn for samarbejdet. Loyalitetspligten medfører altså ikke, at en kontraktpart er forpligtet til at opretholde en samarbejdsrelation, hvis

¹²⁵ Tvarnø, Christina D., 'Loyalitetspligt og partneringaftaler', 2002, s. 69

¹²⁶ Madsen, Palle Bo, 'Loyalitetskrav i kontrakts- og konkurrenceretten', 1982, s. 171

¹²⁷ Ahlgren, Louise Bach og Steffensen, Stephanie Maria, 'Loyalitetspligt i kontraktsretten', 2011, s. 10

¹²⁸ Lovbekendtgørelse 2013-09-25 nr. 1216 om markedsføring, som ændret ved lov 2013-12-17 nr. 1460 om ændring af købeloven og forskellige andre love

¹²⁹ Andersen, Mads Bryde, 'Grundlæggende Aftaleret', 2013, s. 114

den ikke har udsigt til at give gevinst. Virksomheden sættes derfor som udgangspunkt over relationen.

Loyalitetsforpligtelsen er en vagt defineret regel, og det er svært at fastlægge dens nøjagtige rammer. Det må antages, at reglen forbyder parterne at handle dadelværdigt og svigagtigt, og pålægger dem en pligt til hæderlig optræden¹³⁰. Men reglen pålægger også parterne en handlepligt. Den pålægger sælgeren at oplyse medkontrahenten om visse forhold – en regel der kommer af grundsætningen *caveat venditor*¹³¹. Det vil sige, at loyalitetsforpligtelsen blandt andet kommer til udtryk gennem en oplysningspligt eller en diligenspligt, som det også kaldes.

2.5.3.1 Diligenspligten

Den loyale oplysningspligt er blandt andet kodificeret i købelovens § 76, stk. 1, nr. 3, hvorefter der foreligger en mangel ved en solgt genstand, hvis *”sælgeren har forsømt at give køberen oplysning om forhold, der har haft betydning for køberens bedømmelse af genstanden, og som sælgeren kendte eller burde kende”*. Den loyale oplysningspligt beskrives derfor ofte som sælgerens loyale oplysningspligt. Det er ikke kun viden om genstanden eller intern viden, som sælgeren eller parterne er forpligtet til at oplyse om. Hvilket blandt andet kan ses i U1983.306H¹³², hvor en sælger af et skib blev pålagt erstatning for ikke at have oplyst køber om offentlige regler, som forhindrede køberen i at anvende skibet til turistsejls.

Der er dog ikke pligt til at oplyse al viden, som vedrører kontraktforholdet. Kun den viden, der påvirker det handlede værdi, har sælger pligt til at oplyse sin medkontrahent om¹³³. Mads Bryde Andersen beskriver diligenspligten som parternes pligt til at underrette hinanden om forhold, der kan føre til skuffelser og økonomisk tab¹³⁴. En fortielse er derfor kun en tilsidesættelse af den loyale oplysningspligt, hvis den har negative konsekvenser. Hvilket også understreges af den ovenfor nævnte dom U2007.3027H, hvor Højesteret og Sø- og Handelsretten fandt, at Danfoss havde tilsidesat sin loyale oplysningspligt, ved ikke at fortælle Brunata om deres plan om at sælge udviklingsprojektet. Den loyale oplysningspligt pålægger ikke parterne at give medkontrahenten oplysninger, der vil kunne forøge værdien af det handlede eller samarbejdet.

¹³⁰ Andersen, Lennart Lyng & Madsen, Palle Bo, 'Aftaler og Mellemmand', 2012, s. 414

¹³¹ Ahlgren, Louise Bach og Steffensen, Stephanie Maria, 'Loyalitetspligt i kontraktsretten', 2011, s. 10

¹³² U1983.306H, Højesterets dom af 2. Februar 1983, sag 197/1979, Per Egtorp og Sofie Kristine Egtorp mod hotelejer Allan Lihme

¹³³ Moalem, David, 'Fortielser ved kontrakt indgåelse – Om obligationsrettens loyale oplysningspligt', 2004, s. 1

¹³⁴ Andersen, Mads Bryde, 'Grundlæggende Aftaleret', 2013, s. 114

2.5.3.2 Loyalitetspligten i partneringaftaler

I partnering er samarbejdet et fundament og grundlaget for transaktionen. En kontinuerlig kommunikation mellem parterne er nødvendig. De må derfor være pålagt en pligt til at videregive information om, hvordan samarbejdet kan tilpasses. Ikke kun information om mulige problemer, som den almindelige loyalitetsforpligtelse forpligter parterne til, men også en pligt til at give information, der kan forbedre projektet. En tilsidesættelse af kommunikationspligten må udgøre en væsentlig misligholdelse, der bør give modparten adgang til erstatning svarende til positiv opfyldelsesinteresse.

Loyalitetsforpligtelsen er ikke bare en implicit del af aftalen. Den fremgår eksplicit af aftalen, hvilket kommer til udtryk gennem bestemmelserne om åbenhed, tillid og fællesoptimering. At forpligtelserne er gjort eksplicite betyder omvendt ikke, at den praksis og litteratur, der omhandler loyalitetspligten, har mistet sin betydning. Partneringaftalens bestemmelser er stadig åbne for fortolkning og behøver en udfyldning ved hjælp af baggrundsretten og den praksis, der beskriver den gensidige loyalitetsforpligtelse.

At loyalitetsforpligtelsen i partneringaftaler har en anden betydning end i andre aftaler, kan blandt andet ses af afgørelsen TBB.2008.401¹³⁵ fra Voldgiftsretten for bygge- og anlægsvirksomhed. I afgørelsen havde en bygherre (BH), et stort entreprenørforetagende, indgået en partneringaftale med flere underentreprenører, herunder entreprenøren (E). E skulle udføre såvel projektering som flere arbejder. Aftalen indeholdte en frigørelsesklausul¹³⁶, der gav BH mulighed for at annullere aftalen frem til under udførelsen af projektering og frem til entreprisarbejderne blev iværksat. BH annullerede med henvisning til denne klausul partneringaftalen med E. BH begrundede desuden annullation med, at E ikke levede op til målsætningerne og kvalitetskravene i aftalen. Voldgiftsretten fandt, at denne annullation var uberettiget. BH havde ikke op til opsigelsen informeret E om sin utilfredshed, eller givet udtryk for, at der var mangler ved det projekteringsarbejde, som E havde foretaget.

Voldgiftretten udtalte, at i følge partneringaftalens krav til samarbejde og hensynstagen til den anden part, var der en pligt til at konfrontere samarbejdspartneren om utilfredshed med samarbejdet. Samarbejdspartneren, E, burde således være givet en mulighed for at forklare sig overfor BH. Det kan selvfølgelig diskuteres, om loyalitetsforpligtelsen er anderledes end den almindelig diligens-

¹³⁵ Voldgiftsretten for bygge- og anlægsvirksomhed, kendelse afsagt 11. Marts 2008, parterne er i afgørelsen anonymiseret. Voldgiften fandt at en annullation af en partnering aftale var uberettiget, klager blev derfor tilkendt erstatning på knap 300.000 kr.

¹³⁶ Det vides ikke om partneringaftalen i den nævnte afgørelse tager udgangspunkt i BYG-paradigmet

pligt. Men voldgiftrettens direkte henvisning til partneringaftalen peger imod, at der tillægges en udvidet pligt til at informere en samarbejdspartner. Den mulighed, som BH i partneringaftalen havde for at annullere aftalen blev begrænset af den oplysningspligt, der fulgte af partneringaftalen.

Når samarbejdet er fundamentet og grundlaget for transaktionen, er parternes loyale adfærd over for hinanden af større betydning end traditionelle aftaler. Der må derfor blive sat et større fokus på kontraktrelationen og den kommunikation, der foregår mellem parterne. Den udvidede loyalitetsforpligtelse, der ses af voldgiftsafgørelsen ovenfor, kan dog ikke tolkes så langt, at relationen bliver sat over den enkelte virksomheds ve og vel. Forpligtelsen kan udelukkende betragtes som en udvidet diligenspligt. Ydermere siger afgørelsen intet om en pligt til at give oplysninger om ting, der kan forbedre produktet.

Da parterne ved indgåelsen af en partnering aftale har lagt vægt på samarbejdet og fælles optimering, må det være afgørende, at domstolen vurderer, at der skal mindre til at tilsidesætte loyalitetspligten. Således at en aftalepart underlægges en strengere vurdering ved en mulig overtrædelse¹³⁷. Hvilket voldgiftskendelsens udtalelse også kan tolkes som. Den sparsomme praksis om partnering gør det svært at fastslå, hvor langt den udvidede forpligtelse strækker sig. Der kan argumenteres for en pligt til at videregive informationer med positive forbedringer, men der eksisterer ingen holdepunkter herfor. En voldgifts- eller domstolsafgørelse om dette synes ikke tænkeligt. Det vil være svært at bevise, at parterne har tilbageholdt sådan information.

2.6. Delkonklusion

Parterne har ved indgåelse af en partnering aftale forpligtet sig til noget andet og mere end ved indgåelse af en traditionel aftale. Partnering aftalen omfatter to ydelser; en samarbejdsydelse og en almindelig ydelse. I forhold til den almindelige ydelse er der ingen forskel på partnering og den traditionelle aftaleform. Det er samarbejdsydelsen som gør forskellen, og hvor tilvalget af partnering som implementeringsform gør en forskel.

Samarbejdsydelsen skaber en udvidet loyalitetsforpligtelse. Bestemmelserne om åbenhed, tillid og fællesoptimering har ifølge Voldgiftsretten i den ovenfor omtalte afgørelse en betydning. Den udvidede loyalitetsforpligtelse kan dog kun betragtes som en udvidet diligenspligt. Det vil sige, at der stadigvæk kun er fokus på at oplyse om hændelser af negativ betydning for samarbejdet. En udvikling af almindelig obligationsretlige hensyn, der tager højde for partneringbegrebet, synes endnu

¹³⁷ Tvarnø, Christina D., 'Loyalitetspligt og partnering aftaler', 2002, s. 153

ikke udviklet. Partneringaftalen er i fare for at blive placeret i samme gruppe som hensigtserklæringer. En fortolkning, der opretholder aftalen og gør den bindende, er derfor vigtig.

Selvom partneringbegrebet har eksisteret i mere end 15 år i dansk ret, er litteraturen og praksis stadigvæk begrænset. Baggrundsretten om partnering er knapt så udviklet, og det er usikkert, om en domstol vil lade de hensyn, der ligger bag partnering begrebet få nogen vægt. Udover en svag indikation af en udvidet loyalitetsforpligtelse, er der ikke udviklet nogen specialgrundsætninger for partneringaftaler. En domstol vil derfor falde tilbage på obligationsrettens almindelige del, og de grundsætninger der findes i denne. Eller en domstol vil ud fra lex specialis-reglen udelukkende søge at løse en tvist med udgangspunkt i de regler, der er særegne for branchen, for eksempel IT-retten eller entrepriseretten. Dette skaber usikkerhed med hensyn til, hvordan en domstol vil afgøre en tvist, der bygger på en partneringaftale.

Parterne vil, når valget står mellem en traditionel implementeringsform eller partnering, være sikker på, at domstolen tager højde for den utraditionelle aftaleform. Den mildest talte fattige juridiske litteratur øger derfor behovet for en økonomisk kvalificering af partneringaftalens bestemmelser.

Kapitel 3 Innovative samarbejder i et økonomisk perspektiv

Ovenfor blev partneringaftalen som implementeringsform undersøgt ud fra et juridiske perspektiv. Skal anvendeligheden af de regler, der gælder for partneringaftalen analyseres, må det innovative samarbejde først belyses i et økonomisk perspektiv. Det økonomiske samarbejde analyseres ved hjælp af nyinstitutionel økonomi, nærmere betegnet transaktionsomkostningsteorien og agency-teorien. Transaktionsomkostningsteorien forudser en række problemer eller omkostninger som opstår i forbindelse med transaktionen. Disse analyseres i dette kapitel.

3.1 Transaktionsomkostninger

I sin skelsættende artikel fra 1960, *"The Problem of Social Cost"*¹³⁸ beskrev Ronald Coase en verden, hvor parterne i en transaktion altid ville forhandle sig frem til en optimal løsning. En verden, der mere eller mindre urealistisk ikke omfatter alle omkostninger, der er forbundet med transaktionen¹³⁹. Omkostninger der gør, at transaktionen ikke bliver gennemført eller ofte foregår med en række tvister og andre problemer. Williamson beskriver omkostningerne som en friktion, lig den der ses, når fysiske elements bevægelse studeres i de naturvidenskabelige fag¹⁴⁰. Disse transaktionsomkostninger har betydning for den måde, hvorpå det innovative samarbejde, og alle andre former for samarbejder organiseres, og for effektiviteten af den kontrakt som samarbejdet bygger på. Williamson *'efficiensprincip'*, hvorved transaktioner bliver knyttet til den reguleringsstruktur, der minimerer transaktionsomkostningerne, er ikke tilgangsvinklen til dette kapitel¹⁴¹. I stedet analyseres det, hvilke faktorer der kan gøre, at det innovative partnerskab ikke bliver gennemført.

De problemer der opstår i forbindelse med en transaktion, det vil sige transaktionsomkostningerne, kommer af de adfærdsantagelser, der gøres om transaktionens aktører. Forskellen på graden af transaktionsomkostninger, og på den måde de forskellige transaktioner organiseres på, afhænger af tre forskellige dimensioner¹⁴².

3.2. Adfærdsantagelser

Transaktionsomkostningsteorien bygger på to grundantagelser om parternes adfærd. Det antages, at parterne er begrænset rationelle og handler opportunistisk. Adfærdsantagelserne kan ikke ændres,

¹³⁸ Coase, Ronald, *'The Problem of Social Cost'*, s. 1-44, 1960

¹³⁹ Coase, Ronald, *'The Problem of Social Cost'*, s. 15, 1960

¹⁴⁰ Williamson, Oliver, *'The Economic Institutions of Capitalism'*, 1985, s. 18

¹⁴¹ Der henvises til kapitel 5 for en nærmere analyse

¹⁴² Knudsen, Christian, *'Økonomisk Metodologi – bind 2'*, 1997, s. 212

parterne vil være altid være begrænset rationelle, og de vil altid have tendens til at handle opportunistisk.

3.2.1 Begrænset rationalitet

Williamson beskriver parterne som *"intendedly rational, but only limitedly so"*¹⁴³. Parterne er ikke irrationelle, og de søger at maksimere deres egen nytte. Parterne stræber på en logisk og konsistent måde at opnå sine mål. Men parternes rationalitet er begrænset i den forstand, at de er begrænset i deres kognitive kapacitet. Det vil sige, at parterne er begrænset i deres evne til at formulere sig, til at læse komplekse problemstillinger og i deres håndtering af information¹⁴⁴.

Williamsons opfattelse af parternes rationalitet kan beskrives som en todelt form for rationalitet¹⁴⁵. Der er en formuleringsrelateret begrænset rationalitet, hvorved parterne har vanskeligheder ved at formulere, hvad de ønsker. Derudover er der en forudsigelsesrelateret begrænset rationalitet. Denne begrænsning gør ikke parterne helt nærsynet, og fuldstændig ude af stand til at fremsætte antagelser om fremtiden¹⁴⁶. Parterne er fra deres erfaring, træning og intuition i stand til at lave vurderinger af, hvordan fremtiden kommer til at udforme sig. Men parterne er ikke i stand til at forudse med sikkerhed, om en hændelse vil indtræde eller ej. De vil heller ikke være i stand til at sætte en præcis sandsynlighed på, om hændelsen vil indtræde. Parterne er dog i stand til at danne sig et indtryk af muligheder og trusler.

Den begrænsede rationalitet skaber et økonomiseringsproblem for parterne¹⁴⁷. Et problem der bliver større, når kontraktens kompleksitet er stigende. Parternes kognitive grænser gør, at der må spares på mentale ressourcer, der allokeres til planlægning og overvågning. Disse begrænsninger er også forskellige fra virksomhed til virksomhed og dermed med til at gøre virksomhederne heterogene¹⁴⁸. Dette medfører, at virksomhederne opfatter information forskelligt. Der kan på grund af dette opstå uenighed om, hvordan et projekt om udvikling af et produkt skal gribes an og hvilke udfordringer samarbejdet står overfor¹⁴⁹.

¹⁴³ Williamson, Oliver, 'The Economic Institutions of Capitalism', 1985, s. 45

¹⁴⁴ Williamson, Oliver, 'The Economics of Organization: The Transaction Cost Approach', 1981, s. 553

¹⁴⁵ Koch, Carsten, 'Transaktionsomkostnings teori', 1997, s. 88

¹⁴⁶ Williamson, Oliver E., 'Strategy Research: Governance and Competence Perspective', 1999, s. 1089

¹⁴⁷ Williamson, Oliver, 'The Economic Institutions of Capitalism', 1985, s. 46

¹⁴⁸ Lyngsie, Jacob og Kim Østergaard, 'Methodological differences between legal dogmatics and new institutional economics', 2016, s. 189

¹⁴⁹ Nelson, 'Assessing Private Enterprise: An Exegesis og Tangled Doctrin', 1981 s. 105

3.2.2 Opportunisme

Opportunismen følger af den begrænsede rationalitet kombineret med et fokus på egeninteresse¹⁵⁰. Opportunisme vil ikke være tilstede, hvis det var muligt at overvåge modparten. Den ene part vil altså udnytte den asymmetriske information. Opportunisme er ukomplet eller forvrænget videregivelse af information¹⁵¹. Det kan være tale om en ex-post opportunisme, men der kan også være tale om en ex-ante opportunisme, hvor relevant information er fortiet ved kontraktindgåelsen.

Den negative klang, som begrebet opportunisme får i transaktionsomkostningsteorien, underbygges af Williamsons meget anvendte citat. Han beskriver opportunisme som ”... *self-interest seeking with a guile*”¹⁵². Parterne er nemlig villige til at anvende snyd, svig og list til at optimere egeninteressen. I nogle tilfælde vil parterne endda gå imod lovgivningen og bryde en aftale. Antagelsen om, at parterne er opportunistiske, er ikke ensbetydende med, at alle handler opportunistisk hele tiden. Dette er heller ikke nødvendigt for fremkomsten af transaktionsomkostninger. Det er tilstrækkeligt, at nogle mulige kontraktparter har tendens til at handle opportunistisk en gang imellem. Parterne vil frygte, at medkontrahenten er en person, der har tendens til at handle opportunistisk¹⁵³. Ydermere er der en risiko for, at en part, der ex ante kontraktindgåelsen ikke har tendens til opportunistisk adfærd, ender med at udvise opportunistisk adfærd i kontraktens løbetid. På grund af den begrænsede rationalitet er parterne ikke i stand til at skelne mellem parter med tendens til opportunistisk adfærd og parter uden disse tendenser.

Parterne i transaktionsomkostningsteorien søger at optimere egen nytte. De vil maksimere deres profit, men egenoptimering i transaktionsomkostningsteorien skal forstås bredere end profitmaksimering i traditionel forstand¹⁵⁴. Parterne forsøger at økonomisere deres ressourcer. De vil søge at udvikle mekanismer, som skal styre samarbejdet. Disse mekanismer skal være så effektive som muligt. Aktøren vil vurdere, om det er nyttemaksimerende at investere i relationen. Er omkostningerne forbundet med samarbejdet større end gevinsten ved samarbejdet, har parterne ikke længere interesse i at opretholde samarbejdet.

¹⁵⁰ Alchian & Woodward, 'The firm Is Dead; Long Live the Firm', 1988, s. 66

¹⁵¹ Williamson, Oliver, 'The Economic Institutions of Capitalism', 1985 s. 45

¹⁵² Ibid.

¹⁵³ Williamson, Oliver, 'The Economic Institutions of Capitalism', 1985 s. 48

¹⁵⁴ Williamson, Oliver, 'The Economic Institutions of Capitalism', 1985 s. 32

3.3 Transaktionens dimensioner

Ifølge Williamson er der tre dimensioner, hvori transaktioner adskiller sig fra hinanden¹⁵⁵. Disse er afgørende for, hvordan de forskellige transaktioner struktureres af parterne.

3.3.1 Aktivspecifitet

Graden af aktivspecifitet er den mest indflydelsesrige af dimensionerne. Dette er Williamsons *lokomotiv*, og fokuset på denne dimension adskiller transaktionsomkostningsteorien fra andre økonomiske retninger¹⁵⁶. Graden af aktivspecifitet afhænger af den værdiforskel, anvendelsen af et specifikt aktiv har i henholdsvis den bedste og den næstbedste anvendelse¹⁵⁷. Investeres der i aktiver, der kun har værdi i forhold til én specifik relation, er graden af aktivspecifitet høj. Graden af aktivspecifitet må ikke forveksles med sondringen mellem faste udgifter og variable udgifter¹⁵⁸. Faste udgifter kan ganske vist relateres til investeringer, der ikke kan sælges videre. Men en sådan investering kan eventuelt bruges i flere forskellige relationer, og dens optimale anvendelighed relaterer sig ikke kun til én specifik relation.

Williamson identificerer fire former lokationsspecifitet, fysisk aktivspecifitet, human aktivspecifitet og endelig dedikeret aktivspecifitet^{159 160}. *Lokationsspecifitet* opstår, når dele af en produktionsproces, eller andre dele af virksomheden, er lokaliseret nær parterne. En manglende mobilitet er med til at gøre en investering i en bestemt lokalitet til en aktivspecifik investering. *Fysisk aktivspecifitet*, den mest undersøgte af de fire former¹⁶¹, er investeringer i anlægsaktiver. Det kan være maskiner, som udelukkende er til brug for parternes samarbejde. Maskinen vil have en høj grad af aktivspecifitet, hvis denne ikke har en alternativ anvendelse i parternes respektive virksomheder. *Dedikeret aktivspecifitet* opstår, når en part investerer i et aktiv, kun til fordel for køberen. Der investeres i dette aktiv, fordi det stemmer overens med køberens efterspørgsel af ydelse, for eksempel en udvidelse af allerede eksisterende produktionsapparat. Investeringer i *human aktivspecifitet* relaterer sig til personalet hos parterne, men det er ikke kun uddannelse af personalet. Human aktivspecifitet dækker også over, og er specielt relateret til, at virksomhedernes medarbejdere oparbejder et specielt forhold til medkontrahenten. Medarbejderne oparbejder knowhow om

¹⁵⁵ Williamson, Oliver, 'The Economic Institutions of Capitalism', 1985, s. 52

¹⁵⁶ Ibid.

¹⁵⁷ Knudsen, Christian, 'Økonomisk Metodologi' – bind 2, 1997, s. 216

¹⁵⁸ Williamson, Oliver, 'The Economic Institutions of Capitalism', 1985, s. 54

¹⁵⁹ Williamson, Oliver, 'The Economic Institutions of Capitalism', 1985, s. 95

¹⁶⁰ Williamson sonder mellem flere eller færre former for aktivspecifitet i forskellige artikler. Se for eksempel Williamson, Oliver, E. 'Comparative Economic Organization: The analysis of Discrete Structural Alternatives', 1991, s. 281 hvor han også inddrager brandname-capital og temporal-specificitet

¹⁶¹ Ménard, Claude, 'The Economics of Hybrid Organizations', 2004, s. 355

relationen, som ikke er nemt anvendelig i andre samarbejder¹⁶². Den viden der opstår i læreprocesserne ved gentagne transaktioner er unik, da den kun har værdi i relationen mellem parterne.

Det innovative samarbejde bygger på, at parterne udveksler viden, eller sammen oparbejder eller udvikler ny viden. Denne viden, der er genstand for samarbejdet, kan tage en række forskellige former. Det kan være i form af plantegninger, en kemisk formel, et patent eller anden rettighed over et immaterielt aktiv¹⁶³. Viden som beskrevet i transaktionsomkostningsteorien kan udgøres af information, som er kodificerbart¹⁶⁴. Viden kan også være dårligt defineret og svær at afgrænse. Den viden, som parterne ønsker at gøre til genstand for transaktionen, kan være distribueret mellem et flertal af personer ansat hos transaktionens ene part. Denne stiltiende viden kan være fordelt, så hver person kun besidder en lille del af den samlede mængde viden, der skal overdrages. Hver person kan nødvendigvis heller ikke beskrive den viden de besidder, det kan være intuitiv knowhow¹⁶⁵. Den kan altså ikke nedfældes og overdrages i form af en manual eller en rettighed. Dette taler for en høj grad af humanaktiv specificitet i det innovative samarbejde.

Hvad enten viden findes i en kodificerbar version eller en ikke-kodificerbar version, så er human aktivspecificiteten af stor betydning for det innovative samarbejde. Der vil i begge tilfælde være behov for, at virksomheden sammensætter et team af medarbejdere. Det er disse personer, der har ansvaret for videnudveksling med medkontrahentens tilsvarende team. Arbejdsgangen for disse medarbejdere bliver, som Williamson formulerer det¹⁶⁶, et egentligt konsulentteam. Det er i interaktionen mellem disse teams, at de innovative løsninger opstår. Den fysiske aktivspecificitet er ikke af samme betydning. En investering i et laboratorium eller lignende kan i langt de fleste sammenhænge bruges i et samarbejde med en tredje virksomhed. Lokationsspecificitet kan have betydning for samarbejdet. Virksomhedernes placering i nærheden af hinanden, kan gøre det nemmere at opbygge en relation mellem dem. Er der behov for at ansætte personer, der skal varetage samarbejdet, vil dette udgøre den dedikerede aktivspecificitet.

¹⁶² Knudsen, Christian, 'Erhvervsøkonomi - Virksomheden i organisatorisk, økonomisk og strategisk belysning', 2014, s. 165

¹⁶³ Williamson, Oliver, 'The Institutions of Capitalism', 1985 s. 293

¹⁶⁴ Se Dyer, Jeffrey & Harbir Singh, 'The Relational View: Cooperative Strategy and Sources of Interorganizational Competitive Advantage', 1998, s. 665, hvor de sonderer mellem to typer af viden. En del der defineres som 'information' der kan kodificeres og en del om 'knowhow', der er kompleks og svær at definere.

¹⁶⁵ Williamson, Oliver, 'The Economic Institutions of Capitalism', 1985 s. 293

¹⁶⁶ Williamson, Oliver, 'The Economic Institutions of Capitalism', 1985, s. 293

Investeres et aktiv på den rette måde skabes der kvasirente¹⁶⁷. Kvasirente er den merværdi, som bliver skabt ved at investere i et aktiv på den bedst mulige måde sammenlignet med den næstbedste investeringsmulighed. Det vil sige de relationsspecifikke investeringer skaber kvasirente. En kvasirente der gør virksomheder villige til at allokere aktiver til en innovativt samarbejde på baggrund af de vurderede risici. En høj grad af aktivspecifitet er dog ikke garant for, at kvasirenten opstår. Der er stadigvæk en usikkerhed forbundet med det innovative samarbejde.

3.3.2 Usikkerhed

Den anden dimension eller karakteristik forbundet med transaktionen er den usikkerhed, som den omgives af. Usikkerheden er ifølge Alchian en af de ting, der adskiller den nyinstitutionelle økonomi fra den neoklassiske økonomi¹⁶⁸. Usikkerheden kommer ifølge Alchian af to ting: Den manglende forudseenhed og menneskets manglende evner til at løse meget komplekse problemstillinger. Det vil sige, at usikkerheden blandt andet opstår på grund af den begrænsede rationalitet.

Usikkerhed opstår blandt andet fordi parterne ikke kan måle alt. For eksempel kan vurderingen af kvaliteten på de forskellige former for input være vanskelig¹⁶⁹. Det output, som hele teamet præsterer, kan muligvis observeres og måles, men den indsats som et medlem af et arbejdsteam yder, kan ikke altid adskilles fra resten af teamet. Dette gør det svært, hvis ikke umuligt, at fastlægge det enkelte medlems bidrag¹⁷⁰. I forbindelse med et innovativt samarbejde vil det måske være muligt at observere det samlede output, men det vil nærmest være umuligt at afgøre, hvilken virksomhed der har med den afgørende knowhow eller erfaring at gøre. Parterne kan muligvis måle det antal arbejdstimer, der er lagt i et projekt. Parterne kan dele information om de udgifter, de har i forbindelse med projektet. Men parterne kan ikke kontrollere kvaliteten af de arbejdstimer, der er investeret. Parterne kan heller ikke afgøre, om medkontrahenten har bidraget med den viden, som der skal til for at gøre produktet til det bedst tænkelige – eller om vedkommende har tilbageholdt vigtig viden. Det vil derfor ikke altid være muligt at afgøre, om de relationsspecifikke investeringer, der er nødvendig for samarbejdet, er foretaget. Specielt hvis det handler om human aktivspecifikke investeringer, hvor kvaliteten og den reelle værdi af investeringerne ikke er målbar.

¹⁶⁷ Klein, Benjamin, Crawford, Robert G., og Alchain, Armen A., 'Vertical Integration, Appropriable Rents, and the Competitive Contracting Process', 1978

¹⁶⁸ Alchian, Armen A., 'Uncertainty, Evolution and Economic Theory', 1950, s. 212

¹⁶⁹ Ménrad, Claude, 'The Economics of Hybrid Organizations', 2004, s. 358

¹⁷⁰ Alchian, Armen A., 'Production, Information Costs, and Economic Organization', 1972, s. 778

Usikkerheden kan også være relateret til den output, der skal præsteres¹⁷¹. På grund af den begrænsede rationalitet er det ikke sikkert, at parterne er i stand til at specificere de standarder, som ydelsen skal leve op til. Derudover er det usikkert, om det er muligt at udvikle det nye produkt. Desuden er det ikke altid sikkert, at det lader sig gøre, om ydelsen lever op til de standarder, som kontrakten specificerer.

Williamson beskriver usikkerheden som et resultat af den begrænsede rationalitet¹⁷². Han relaterer dermed også til problemerne med målbarhed. Williamson nævner dog også usikkerhed i form af manglende, tilfældig eller skjult information mellem parterne, der kan have indflydelse på transaktionen. Parternes tendens til opportunistisk adfærd har dermed indflydelse på usikkerheden, der omgiver samarbejdet. Med andre ord så kan parterne ikke være sikre på, om de står over for en medkontrahent, der har tendens til opportunistisk adfærd eller ej.

Ifølge Williamson opstår usikkerheden ikke kun på grund af endogene faktorer i samarbejdet. Usikkerheden kan også skyldes eksogene faktorer, altså faktorer uden for transaktionsparternes kontrol. Hvis der ikke var eksogene faktorer, der påvirkede udfaldet af samarbejdet, ville parterne altid være sikre på, at samarbejdets negative resultat var forårsaget af en af parterne. Parterne vil i så fald insistere på, at kontraktens bestemmelser, som de var nedfældet ved indgåelsen af kontrakten, skulle håndhæves til fulde¹⁷³. Den eksogene usikkerhed kan komme i mange former. En konkurrent kan have udviklet et bedre produkt. Produktet parterne har udviklet, kan derfor vise sig at være irrelevant, når det er klar til at blive markedsført. Den eksogene usikkerhed kan også komme i form af makroøkonomiske udsving.

Grundet den begrænset rationalitet, kan parterne ikke sætte præcise tal på usikkerheden, og det er heller ikke muligt at beskrive alle de hændelser, der kan ramme samarbejdet. Men de mulige hændelser, der kan opstå, kan opdeles i to grupper afhængig af de konsekvenser, de har for samarbejdet¹⁷⁴. En gruppe, hvor de udsving hændelserne medfører, er små, og en anden gruppe, hvor de udsving der ramme samarbejdet er større og har en betydelig større virkning – negativ eller positiv.

¹⁷¹ Ménard, Claude, *'The Economics of Hybrid Organizations'*, 2004, s. 358

¹⁷² Williamson, Oliver, *'The Economic Institutions of Capitalism'*, 1985, s. 56

¹⁷³ Ibid.

¹⁷⁴ Williamson, Oliver E., *'Comparative Economic Organization: The analysis of Discrete Structural Alternatives'*, 1991, s. 291

3.3.3 Frekvens

Den sidste dimension er *frekvensen*. Frekvensen relaterer sig til hyppigheden af transaktionen¹⁷⁵. Her er der forskel på, om parterne gentagne gange handler sammen. Ved en betydelig frekvens har parterne større incitament til at foretage eksempelvis relationsspecifikke investeringer, da de ved, at der er større sandsynlighed for at disse genvindes i fremtiden¹⁷⁶. Ved en enkeltstående transaktion er det modsat ikke optimalt for parterne at foretage investeringerne, da parterne ikke har mulighed for at fordele disse ud over flere transaktioner. En relation, hvor der er tale om gentagende interaktion, vil der være tale om en vis læringsproces.

Ved innovative samarbejder træder frekvensen i baggrunden. Parterne arbejder sammen i længere tid om et, eller flere, projekter. Det innovative samarbejde er læringsprocessen, og interaktionen mellem teams i de forskellige virksomheder udgør den gentagende interaktion. Frekvensen er derfor implicit høj og af mindre betydning i en analyse af det innovative samarbejde.

3.4 Problemet med opportuniste - transaktionsomkostningerne

De ovenfor beskrevne adfærdsantagelser og dimensioner skaber en række problemer for det innovative partnerskab. Det vil sige, at de skaber transaktionsomkostninger; en friktion, der medfører omkostninger for parterne i samarbejdet. I de resterende afsnit af dette kapitel beskrives disse problemer. Først ses der på ex-ante omkostninger eller agency cost, som det betegnes i agency-teorien. Dernæst ses der på ex-post omkostningerne, det er disse transaktionsomkostninger, som transaktionsomkostningsteorien har fokus på. Transaktionsomkostningsteorien inddrager også agency teorien, hvorved der skiftes fokus til ex ante omkostninger¹⁷⁷.

3.4.1 Agency teorien

3.4.1.1 Adverse selection og moral hazard

Agency teorien er dedikeret til det allestedsnærværende agent-forhold¹⁷⁸, hvor en principal delegerer arbejde til en agent. Principalen besidder ikke den samme information som agenten og vedkommende kan ikke observere den private information, som agenten har¹⁷⁹. Dette problem med asymmetrisk information stiller principalen overfor to problemer: Det første er adverse selection¹⁸⁰,

¹⁷⁵ Williamson, Oliver, 'The Economic Institutions of Capitalism', 1985, s. 60

¹⁷⁶ Knudsen, Christian, 'Økonomisk Metodologi' – bind 2, 1997', s. 215

¹⁷⁷ Jongwook, Kim og Mahoney, Joseph T., 'Property Rights Theory, Transaction Costs Theory, and Agency Theory: An Organizational Economics Approach to Strategic Management', 2005, s. 232

¹⁷⁸ Eisenhardt, Kathleen M., 'Agency Theory: An Assesment Review', 1989, s. 58

¹⁷⁹ Knudsen, Christian, 'Økonomisk Metodologi' – bind 2, 1997', s. 165

¹⁸⁰ Dutta, Prajit K., 'Strategies and Games – Theory and Practice' 1999, s. 395.

hvor principalen ikke kan være sikker på, at vedkommende har valgt en agent med de rette kvalifikationer. Dette problem relaterer sig til den asymmetriske information, før kontrakten indgås. Det andet problem er moral hazard¹⁸¹, hvor principalen på grund af skjult information ikke er sikker på, at agenten yder den lovede indsats. Selv i situationer hvor principalen kan observere resultatet af agentens indsats, er principalen ikke altid i stand til at verificere eller bevise, at det er agentens adfærd og ikke ukontrollerbare omstændigheder, der er skyld i det dårlige resultat¹⁸². Ydermere er der et modsætningsforhold mellem agenten og principalen, idet der antages at være et omvendt forhold mellem deres velfærd. Principalen ønsker at agenten yder en stor indsats, hvorimod agenten ønsker at yde en minimal indsats.

Selvom der ikke er et åbenlyst principal-agent forhold i et innovativt samarbejde, vil problemerne med privat information stadig være nærværende¹⁸³. I et innovativt samarbejde mellem to virksomheder vil problemet med adverse selection blive eksemplificeret ved, at der er valgt en partner, som ikke besidder de rette kompetencer. Enten er partnerens organisation ikke sat op til samarbejdet, så de er gearet til at deltage i et udviklingsprojekt, eller også besidder partneren ikke de rette teknologiske kompetencer. Problemet med moral hazard i dette innovative samarbejde opstår ved, at en virksomhed ikke kan være sikker på, at partneren bidrager med al den viden, der er nødvendig for at udvikle det ønskede produkt. Den krævede information kan være af en karakter, der gør, at partneren vil hemmeligholde den på trods af, at de har lovet at dele strategisk vigtig viden. Parterne kan observere projektets succes, men de er ikke i stand til at verificere, om en fiasko er på grund af eksterne forhold eller på grund af, at medkontrahenten ikke har bidraget 100%. Ydermere er problemet med moral hazard nærværende, når det kommer til de aktivspecifikke investeringer. Er det ikke muligt at måle niveauet af investeringerne, vil der være en usikkerhed om disse investeringer er foretaget eller ej.

3.4.1.2 Agency cost

Agency cost, de omkostninger der opstår i forbindelse med den asymmetriske information, kan deles i tre kategorier¹⁸⁴. Der er principalens udgifter forbundet med monitoreringen af agenten. Overvågningsudgifterne er både pekuniære og ikke-pekuniære. Dernæst må principalen afholde udgifter

¹⁸¹ Dutta, Prajit K., 'Strategies and Games – Theory and Practice' 1999, s. 293

¹⁸² Knudsen, Christian, 'Økonomisk Metodologi' – bind 2, 1997, s. 167

¹⁸³ Jensen, Michael C., og Meckling, William H., 'Theory of The Firm: Managerial Behaviour, Agency Cost and ownershipstructure' 1976, s. 309

¹⁸⁴ Jensen, Michael C., og Meckling, William H., 'Theory of The Firm: Managerial Behaviour, Agency Cost and ownershipstructure' 1976, s. 308

til at binde eller kontrollere agenten, eller samtidig afholde udgifter til at dække sit tab, hvis ikke agenten agerer i principalens interesse. Slutteligt er der den udgift, der opstår, når agenten ikke handler i principalens interesse. Det vil sige, at der er en tabt fortjeneste i forhold til den for principalen bedst tænkelige situation. De to første udgifter afholdes i forventning om at nedbringe den sidste.

Ofte er det direkte umuligt at observere og verificere agentens adfærd. De aktivspecifikke investeringer, som det innovative samarbejdes succes afhænger af, er svære at måle. Det er ikke muligt at observere, om humanspecifikke investeringer er foretaget, og derfor heller ikke muligt at bevise, om de er foretaget. I stedet for kontrol af parternes adfærd har teorien fokus på at tilpasse parternes incitamenter. Principalen søger derfor at opstille en kontrakt, der gør, at agenten har de samme incitamenter som principalen¹⁸⁵. Agency-teorien arbejder ud fra en antagelse om, at det kan lade sig gøre at udforme komplette kontrakter. En opfattelse der ikke deles med transaktionsomkostningsteorien.

3.4.2. Ex post transaktionsomkostninger

3.4.2.1 In-komplette kontrakter

Kontrakter er komplette kontrakter, når de indeholder udtømmende og specificerede retningslinjer for enhver mulig hændelse. Kontrakter er in-komplette, når de ikke indeholder en udtømmende og specifik liste over mulige hændelser og tilhørende retningslinjer¹⁸⁶. Kontrakter kan være in-komplette, fordi parterne bevidst har valgt ikke at regulere alle tænkelige hændelser. Parterne kan blandt andet tænkes at være uenige om, hvordan en specifik hændelse skal reguleres, en hændelse som begge parter betragter som en dealbreaker. Parterne kan også bevidst have undladt at beskrive en række hændelser, da de ikke ønsker at bruge ressourcer på alle tænkelige hændelser¹⁸⁷. I transaktionsøkonomien er komplekse kontrakter in-komplette¹⁸⁸, men ikke kun fordi parterne har valgt at de skal være sådan. Kontrakterne er in-komplette på grund af den begrænsede rationalitet. Parterne er derfor ikke i stand til at forudse alle tænkelige situationer, der kan opstå, og som har påvirkning på samarbejdet.

¹⁸⁵ Jongwook, Kim og Mahoney, Joseph T., *'Property Rights Theory, Transaction Costs Theory, and Agency Theory: An Organizational Economics Approach to Strategic Management'*, 2005, s. 232

¹⁸⁶ Shavell, Steven, *'Foundations of economics analysis of law'*, 2004, s. 292.

¹⁸⁷ Shavell, Steven, *'Foundations of economics analysis of law'*, 2004, s. 299.

¹⁸⁸ Williamson, Oliver, *'The Institutions of Capitalism'*, 1985 s. 178

In-komplette kontrakter betyder, at parterne har mere eller mindre intentionelt valgt at udskyde løsningen af en eventuel situation til det tidspunkt, hvor situationen og problemet opstår. Denne udfyldning og eventuel fortolkning skal muligvis foretages af en tredjemand, det vil sige domstolene eller voldgift. På trods af at kontrakten er bindende og kan håndhæves i en mulig retssag, så er det ikke nogen garanti for, at en sag falder ud som først antaget. Denne kontraktuelle ufuldkommenhed og den mulighed for fortolkning gør, at parterne vil forsøge at fortolke kontrakten til deres fordel¹⁸⁹.

3.4.2.2 *The fundamental transformation, post kontraktuel opportunisme og hold-up*

Har parterne foretaget aktivspecifikke investeringer, har de bundet sig til medkontrahenten. Hvor der før indgåelse af aftalen og før investeringerne blev foretaget, var en konkurrence mellem mulige samarbejdsparter, er der nu opstået et bilateralt monopol. Denne transformation kalder Williamson for '*the fundamental transformation*'¹⁹⁰. Ved at foretage de aktivspecifikke investeringer har samarbejdet transformeret sig, så en eller begge parter nu er bundet til hinanden. Eller parterne er bundet, så længe de ikke ønsker at miste den investering, der er foretaget. Dette afhængighedsforhold har både positive virkninger og negative virkninger. Samarbejdet bliver bedre, især som graden af human specifikke investeringer stiger, det vil sige projektgrupperne bliver mere kendte med hinanden. Det er i denne situation, at kvasirenten opstår. Men afhængighedsforholdet gør også, at virksomheden sætter sig selv i en risikabel situation. Afhængighedsforholdet kombineret med parternes tendens til opportunisme åbner for en post-kontraktuel opportunisme. Har en part yderligere via en irreversibel investering bundet sig til en bestemt medkontrahent, må vedkommende ofre denne investering, hvis medkontrahenten skal skiftes ud. Den in-komplette kontrakt, eller den åbne kontrakt med mulighed for fortolkning, giver derved en opportunistisk part mulighed for at appropriere hele eller uforholdsvis meget af den skabte kvasirente¹⁹¹. En virksomhed kan med en trussel om en retssag, eller en trussel om at samarbejdet opsiges, få den anden part til at acceptere en omfordeling af gevinsten (kvasirenten). Der opstår dermed et hold-up problem. Det vil sige en situation, hvor den ene part på grund af de aktivspecifikke investeringer har opnået en forhandlingsstyrke over den anden part. Den in-komplette kontrakt åbner dermed for ex-post transaktionsomkostninger.

¹⁸⁹ Bolton og Dewatripont, 'Contract Theory', 2005, s. 490

¹⁹⁰ Williamson, Oliver, 'The Institutions of Capitalism', 1985 s. 61

¹⁹¹ Klein, Benjamin, Crawford, Robert G., Alchian, Armen A., 'Vertical Integration, Appropriable Rents, and the Competitive Contracting Process', 1978, s. 298.

3.4.2.3 *Williamsons ex ante og ex post transaktionsomkostninger*

Williamson fastslår, at der ved en given transaktion findes både ex ante transaktionsomkostninger og ex-post transaktionsomkostninger¹⁹². Ex ante transaktionsomkostningerne er omkostningerne forbundet med udformning af kontrakten, forhandling af kontrakten og foretagelse af passende sikkerhedsforanstaltninger, som skal forhindre den opportunistiske adfærd. Men som Williamson skriver, så kan disse kontrakter være udformet med omhu, men de er alligevel in-komplette. Det er som skrevet umuligt at forudse alle mulige hændelser. Dette skaber ex-post transaktionsomkostninger som er; forhandlinger der opstår, når kontrakten driver væk fra det planlagte (og når en part forsøger at appropriere dele eller hele kvasirenten), omkostninger forbundet med oprettelse og løbende tilpasning af den kontrakt, der danner rammen om transaktionen, samt omkostningerne forbundet med at binde og kontrollere medkontrahenten for at undgå hold-up-problemet. Disse omkostninger bliver større, når en hændelse enten gør samarbejdet meget mere værdifuldt eller uforholdsvist tungt og byrdefuldt¹⁹³. En stor uforudset hændelse vil eventuelt medføre et behov for tilpasning af aftalen. Dette vil medføre transaktionsomkostninger, der er relateret til genforhandlingerne. Samt der vil være en risiko for, at parterne handler opportunistisk, enten af frygt for at miste den gevinst, de havde håbet på og forventet, eller fordi de øjner en chance for at tilrane sig en ekstra del af kvasirenten.

Ved et innovativt partnerskab er kontrakten, uanset om der vælges partnering eller anden implementeringsform in-komplet. Der vil være en lang række hændelser, som vil have store konsekvenser for samarbejdet. Det innovative element skaber en usikkerhed omkring resultatet af samarbejdet. Der kan opstå hændelser, hvor der er behov for at fordele en yderligere kvasirente, eventuelt ved at produktet giver mulighed for øget indtjening, eller fordi et uventet biprodukt opstår. En opportunistisk part vil eventuelt søge at appropriere denne ekstra gevinst, og der kan også opstå hændelser, som gør, at en part skal yde ekstra, eventuelt fordi det viser sig, at der er behov for yderligere investeringer. Dette vil eventuelt skabe et behov for omfordeling af gevinsten. Det vil betyde efterfølgende forhandlinger og en risiko for, at en part søger at tilrane sig gevinsten ved samarbejdet.

Derfor argumenter Williamson for, at ex ante og ex post transaktionsomkostningerne ikke skal betragtes adskilt eller sekventielt, men simultant¹⁹⁴. Risikoen for en post-kontraktuel opportunisme påvirker parterne ved kontraktindgåelse.

¹⁹² Williamson, Oliver, 'The Institutions of Capitalism', 1985 s. 22

¹⁹³ Ménard, Claude, 'The Economics of Hybrid Organizations', 2004, s. 358

¹⁹⁴ Williamson, Oliver, 'The Institutions of Capitalism', 1985 s. 23

3.4.3 Spilteori og underinvestering

3.4.3.1 Spilteori

Parterne er som beskrevet ovenfor under afsnit 3.2 begrænset rationelle, men de er i stand til at danne sig en idé om fremtiden og medkontrahentens ageren. Ex post transaktionsomkostningerne påvirker derfor virksomhederne ex ante. Dette kan illustreres ved hjælp af spilteori, der bygger på en række forudsætninger, for navnlig spillerne, deres interaktion, deres strategier og rationalitet¹⁹⁵. Spillernes strategier og interaktion fastslås i en monetær enhed. Ved interaktion forstås, at virksomhedernes valg påvirker hinanden, strategierne omhandler hver spillers mulige valg.

Først skal det udledes, hvem der er spillerne, spillet i dette afsnit har to spillere: Virksomhed A og Virksomhed B, begge er part i det innovative samarbejde. Hver spiller har to ens strategier, den første strategi er at investere i det innovative samarbejde, hvilket svarer til strategien *samarbejde*. Hvis en virksomhed vælger strategien *ikke samarbejde*, er det lig med ikke at investere i samarbejdet.

Nedenstående spil er et simultant spil, herved forstås, at spillerne vælger samtidig. Virksomhederne træffer ikke kun et valg en gang, men kontinuerligt gennem hele samarbejdet. De aktivspecifikke investeringer der foretages igennem dette innovative samarbejde, foretages ikke kun en gang, men hele tiden. Investeringerne er som beskrevet ovenfor under afsnit 3.3 investeringer i human specificitet, en virksomhed kan derfor pludselig vælge at skifte strategi og ikke længere samarbejde.

Hver virksomheds pay-off udtrykkes ved den profit, som er et resultat af deres handling, og profitten er angivet som en monetær enhed, hvor tallet indikerer spillernes belønning i eksempelvis millioner kroner. Profitten bygger på et ex ante kalkuleret budget, som parterne er enige om.

I nedenstående spil gælder, at hvis ingen af parterne investerer ex ante, da vil der intet innovativt samarbejde opstå, da parterne ikke indgår nogen aftale, derfor er deres profit lig nul. Hvis begge parter vælger at investere, og fortsætter med det gennem hele samarbejdet, skabes der i alt seks millioner i profit – tre til hver. Hvis den ene part vælger at investere, mens den anden part ikke gør det, vil den ene part tilrane sig hele profitten på fem, hvor den part, der oprindeligt foretog investeringerne, opnår et tab på én million.

¹⁹⁵ Se hertil Dutta, Prajit K, 'Strategies and Games', 1999, s. 17

Figur 1

		Virksomhed B	
		Samarbejde	Ikke samarbejde
Virksomhed A	Samarbejde	3 3	5 -1
	Ikke samarbejde	-1 5	0 0

3.4.3.2 Løsningen på spillet – Prisoners' Dilemma og underinvestering

Løsningen findes ved at identificere Nash ligevægten¹⁹⁶. Begge virksomheder vælger den bedste strategi givet den anden spillers valg af strategi. For begge parter gælder, at deres bedste strategi er ikke at samarbejde og derfor ikke investere i det innovative samarbejde. Denne strategi er hver parts bedste svar, givet den anden parts valg af strategi. Strategien er deres dominerende strategi, og begge opnår en profit på nul, dette er Nash ligevægten.

Ovenstående spil er et eksempel på det klassiske Prisoners' Dilemma analyseret første gang i 1953¹⁹⁷. Dilemmaet består i, at fælles værdioptimering gennem samarbejde giver det højeste payoff, men det er ikke hver parts rationelle valg. Derfor ender parterne med ikke at samarbejde.

Det er udledt, at der eksisterer en unik Nash ligevægt. Når parterne står over for valget mellem at indgå samarbejdet og dermed investere, ved parterne, at de kan blive udsat for et hold-up og blive offer for medkontrahentens opportunistiske adfærd. Den viden handler parterne ud fra, allerede når

¹⁹⁶ Dutta, Prajit, 'Strategies and Games', 1999, s. 63

¹⁹⁷ Dutta, Prajit, 'Strategies and Games', 1999, s. 11

de første gang interagerer. Derfor vil de ved første interaktion slet ikke indgå samarbejdet med det resultat, at der ingen profit skabes.

Det kan på baggrund af spillet udledes, at parterne mangler værktøjer til at beskytte de foretagende investeringer ex ante og skabe et innovativt samarbejde. Vælger spillerne dog at investere, er de under konstant risiko for blive udsat for et hold-up. Spillet ovenfor viser, at parterne gennem hele samarbejdet har incitamenter til at handle opportunistisk og udnytte den anden parts investeringer. Man kan omvendt argumentere for, at parterne jo modsat det klassiske Prisoners' Dilemma har mulighed for at tale sammen og derved aftale, at begge parter investerer. Men dette kræver sikkerhedsforanstaltninger, eller incitamenter der gør det pålideligt at parterne ikke afviger fra den fællesoptimerende strategi.

3.5 Delkonklusion

Parterne er på grund af den begrænsede rationalitet sårbare over for medkontrahentens opportunistiske adfærd, og det skyldes usikkerhed og mængden af relationsspecifikke investeringer. De risikerer at blive udsat for et hold-up. En risiko der bliver større, når usikkerheden kommer i form af store udsving.

Risikoen for hold-up og ex-post transaktionsomkostninger medfører, at parterne ikke foretager de investeringer, der behøves. Muligvis med den konsekvens, at de ikke indgår samarbejdsaftalen og slet ikke indleder det innovative samarbejde.

Skal risikoen for hold-up nedbringes, skal usikkerheden håndteres. Graden af aktivspecifitet må nødvendigvis være konstant, da denne er af afgørende betydning for det innovative samarbejdes succes. Der skal foretages investeringer, og disse har en høj grad af aktivspecifitet, ellers vil samarbejdet ikke kunne udvikle den nye ydelse.

Kapitel 4 – Partneringparadigmernes håndtering af usikkerhed

Det innovative samarbejde er præget af usikkerhed, og denne usikkerhed har baggrund i eksogene faktorer, som parterne ikke har kontrol over eller faktorer, som en eller begge parter kan kontrollere. Bliver usikkerheden ikke håndteret, vil parterne ikke investere i det innovative samarbejde og udveksle den viden, der er med til at gøre samarbejdet frugtbart. Risikoen for hold-up er for stor til, at parterne vil deltage i samarbejdet. I dette kapitel diskuteres det, om de regler og juridiske redskaber, der blev præsenteret i kapitel 2 er tilstrækkelige til, at parterne kan handle i tillid hinanden, så der investeres i samarbejdet.

4.1 Indledende betragtninger – minimering eller håndtering af risikoen

På grund af den begrænsede rationalitet er graden af usikkerhed i en transaktion en subjektiv vurdering. Trods parternes forskellige opfattelse af usikkerheden, må der være enighed om, at mindre usikkerhed medfører mindre risiko for hold-up.

Den usikkerhed der kommer af eksogene faktorer, såsom konjunkturer og markedstrends, har parterne meget begrænsede muligheder for at gøre noget ved. Ydermere kan parterne ikke vide med sikkerhed, hvad der skal til, for at produktet bliver en succes. Den usikkerhed, der omgiver produktet, er også under påvirkning af parterne, der deltager i samarbejdet. Parterne kan handle opportunistisk og afvige fra den aftalte standard vedrørende input. Denne endogene usikkerhed betegnes af Williamson som den adfærdsmæssige usikkerhed¹⁹⁸.

Den adfærdsmæssige usikkerhed kan heller ikke elimineres. Der vil altid være et misforhold i informationen. Det vil sige, at der hele tiden vil være privat information om parternes tendenser til opportunistisk adfærd eller ej. Parterne kan via en kontrakt forsøge at binde hinanden og sikre den adfærd, der er optimal for samarbejdet. Kontrakten udfyldes af baggrundsretten, der blev analyseret i kapitel 2. Det diskuteres i den resterende del af dette kapitel, om baggrundsretten og partneringaftalen er egnet til at håndtere den adfærdsmæssige usikkerhed.

4.2 Kontrakten – et værn mod opportunistisk adfærd?

Parternes aftale og kontrakten forpligter parterne. Følger en part ikke kontrakten og udviser adfærd i overensstemmelse med bestemmelserne i kontrakten, risikerer vedkommende at blive erstatningsansvarlig, og kontrakten skaber dermed en "*transactional reciprocity*"¹⁹⁹, men kræver selvfølgelig,

¹⁹⁸ Williamson, Oliver, 'The Economic Institutions of Capitalism', 1985, s. 18

¹⁹⁹ Ménard, Claude, 'The Economics of Hybrid Organizations', 2004, 352

at der er indgået en bindende aftale. Er bestemmelserne formuleret, så den ikke pålægger parterne forpligtelser, vil kontrakten ikke kunne bruges som tvangsmiddel. Dette er illustreret i Brunatadommen, der er beskrevet i kapitel 2. Brunata var af den overbevisning, at Danfoss var forpligtet til at udvikle pumperne. Danfoss var af en anden opfattelse, hvilket Højesteret bekræftede dem i.

Om kontrakten er bindende for en eller begge parter afgøres blandt andet på baggrund af en fortolkning af kontraktens bestemmelser, som på grund af kontraktens in-komplette karakter er åben for fortolkning. Denne kontraktuelle ufuldkommenhed og muligheden for fortolkning er et usikkerhedsmoment, som en opportunistisk part muligvis vil forsøge at udnytte. Parten vil forsøge at overbevise dommeren eller anden tredjemand om, at partens udlæg er det som parterne mente eller ville have ment ved kontraktens indgåelse. En opportunistisk part vil, hvis vedkommende ønsker at komme ud af samarbejdet, forsøge at så tvivl om kontraktens bindende virkning. Er kontrakten bindende, vil en opportunistisk part eventuelt i stedet prøve at så tvivl om kravene, der stilles til den ydelse, som vedkommende har forpligtet sig til.

4.3 Den in-komplette kontrakt og beskrivelsen af parternes ydelser

Parternes ydelse blev i kapitel 2 beskrevet som en todelt ydelse. Der er den ”almindelige” ydelse. Som i CIFI-modellen er forskningsydelsen og i BYG er det en rådgivnings- eller en entreprenørydelse. Den anden ydelse er samarbejdsydelsen, hvortil parterne forpligtes til at udveksle information, der er vigtig for samarbejdet – denne ydelse blev i partnering beskrevet som en udvidet loyalitetsforpligtelse. Den almindelige ydelse vurderes ikke strengere eller anderledes ved valg af partnering som implementeringsform. Den samme todeling af ydelsen må antages at være gældende for et innovativt samarbejde.

4.3.1 Den almindelige ydelse – indsatsforpligtelse eller resultatforpligtelse

Det innovative samarbejde vil i mange situationer ende med leveringen af en løsørengstand, men udviklingen af en alternativ løsning er den fremtrædende del af ydelsen. Arbejdet, som realdebitor skal præstere, må derfor betragtes som en tjenesteydelse. Ydelsen kan enten betragtes som en indsatsforpligtelse eller en resultatforpligtelse.

Ved resultatforpligtelsen skal realdebitor levere et specifikt produkt, der ofte er detaljeret beskrevet, og debitor har forpligtet sig til at levere et produkt, der er beskrevet i kontrakten. Lever resultatet ikke op til det, der er lovet, har realkreditor eventuelt ret til at hæve aftalen og eventuelt kræve erstatning. En detaljeret beskrivelse af produktet vil mindske usikkerheden i forhold til opgaven eller den ydelse, som skal præsteres. Realkreditor vil her have noget at holde resultatet op imod, og

derigennem minimere det problem der er med målbarhed. Usikkerheden, og det rum som en part med opportunistisk adfærd vil udnytte, er dermed mindre. Realkreditor vil derfor kunne observere, om resultatet lever op til, hvad der er lovet, og det vil ofte være muligt for tredjemand at verificere dette og tilkende kreditor erstatning. En meget specifik udformning af det resultat som realdebitor skal levere, vil dog ikke altid løse problemet med usikkerheden. Er ydelsen, der skal leveres, kompliceret, vil realkreditor have svært ved at kontrollere, om den lever op til det lovede. Den asymmetriske information vil stadigvæk være tilstede, eventuelt fordi realdebitor har mere viden om produktet.

Sondringen mellem resultatforpligtelse og indsatsforpligtelse afhænger som beskrevet i kapitel 2 af den grad af frihed, som realdebitor har. Er produktet, som det vil være tilfældet i et innovativt partnerskab, et produkt, der ikke er færdigudviklet, vil der med meget stor sandsynlighed være tale om en indsatsforpligtelse. Kontrakten vil derfor i stedet kræve, at realdebitor skal yde en indsats, der lever op til en hvis standard, og vedkommende kan for eksempel forpligtes til at yde sit bedste. Sammenlignet med resultatforpligtelsen er usikkerheden her større, da målbarheden er betydelig mindre. Realkreditor vil have svært ved at kontrollere, om debitor har ydet sit bedste. Blandt andet på grund af, at det ikke altid er muligt at observere indsatsen. Men også på grund af, at realkreditor eller tredjemand ikke kan verificere, om den indsats der er observeret lever op til de krav, der er stillet i kontrakten. Ved indsatsforpligtelsen måles ydelsen ud fra en professionel standard, det vil sige, at realdebitor skal præstere det, som må forventes af en person i vedkommendes branche. En standard der er svær at verificere for en part eller tredjemand, der ikke har indgående kendskab til den pågældende branche.

4.3.2 Samarbejdsydelsen – loyalitetsforpligtelsen

Samarbejdsydelsen er det springende punkt, hvor det innovative samarbejde distancerer sig. I et normalt samarbejde hvor realdebitoren skal udføre en opgave for realkreditor, er der et behov (og en pligt til), at realkreditor giver realdebitor de oplysninger, der skal til, for at realdebitor kan udføre opgaven tilfredsstillende. I et innovativt samarbejde er det særligt nødvendigt, at parterne giver hinanden den information der behøves, for at et nyt produkt kan udvikles, og det betyder, at parterne skal åbne op for strategisk vigtig information. Loyalitetsforpligtelsen kommer til udtryk gennem en diligencepligt, hvorefter parterne skal oplyse hinanden om ting, der har betydning for samarbejdet.

Det blev konkluderet i kapitel 2, at en partneringaftale pålægger parterne en udvidet loyalitetsforpligtelse. Der er sparsommelig retspraksis vedrørende partneringaftaler, men voldgiftsafgørelsen

TBB.2008.401 peger imod, at der er en udvidet oplysningspligt. En udvidet loyalitetsforpligtelse synes umiddelbart at være passende til at beskytte mod den opportunistiske adfærd. Men den manglende beskrivelse af de juridiske virkninger af partnering som implementeringsform, er med til at skabe en usikkerhed, som en opportunistisk part eventuelt vil udnytte. Samtidig lider loyalitetsforpligtelsen af samme problem som indsatsforpligtelsen, da det sjældent er muligt at observere eller verificere, om en part har levet op til forpligtelserne. Ved resultatforpligtelsen var det muligt at holde realdebitors præstation op imod en standard i vedkommendes branche. En standard der ganske vist er abstrakt beskrevet, men alligevel gør det nemmere at måle den ydelse, som realdebitor har præsteret. Loyalitetsforpligtelsen er langt mere abstrakt beskrevet. Den gensidige loyalitetsforpligtelse kan anvendes i en situation, hvor en part bliver taget i at tilbageholde vigtig information, eller på anden måde har handlet svigagtigt. I situationer som denne vil adfærden være observerbar og verificerbar.

Williamson har beskrevet en bestemmelse eller en generalklausul, hvor parterne i en aftale erklærer, at de vil agere ansvarligt i samarbejdets interesse, i stedet for at søge individuel vinding, når forskellige uforudsete hændelser opstår²⁰⁰. Er parterne ikke opportunistiske, vil en klausul som denne være tilstrækkelig, og en in-komplette kontrakt vil i så fald ikke skabe problemer. Parterne har dog tendens til opportunistisme, idet de vil lyve eller fortie oplysninger. Den gensidige loyalitetsforpligtelse og en skærpet version, der måtte gælde i en partneringaftale, er den bestemmelse svarende til Williamsons generalklausul.

Williamson skriver, at denne generalklausul ikke kan håndhæves i tilstrækkeligt omfang. En part der mener, at den er tilsidesat, vil have problemer med at håndhæve den, og en fuld beskrivelse af loyalitetsforpligtelsen er ikke mulig. Udformning af grundsætningen, der pålægger parterne en pligt til at oplyse om situationer, der ville have negativ påvirkning på samarbejdet, gør ikke en in-komplet kontrakt komplet. Det er ikke sikkert, at domstolen vil tolke en implicit loyalitetsforpligtelse, eller en eksplicit bestemmelse om, at parterne skal handle ud fra principperne om tillid, åbenhed og fællesoptimering på samme måde som den part, der gør den gældende i en retssag.

4.3.3 Åbne regnskaber og fælles styring – en minimering af den asymmetriske information?

De almindelige regler som parternes ydelse bedømmes efter – særligt indsatsforpligtelsen og loyalitetsforpligtelsen – er ikke tilstrækkeligt til at mindske eller håndtere risikoen for medkontrahentens

²⁰⁰ Se blandt andet Williamson, Oliver E., 'Transactions-Cost Economics: The Governance og Contractual Relations', 1979, s. 241.

opportunistiske adfærd. Det synes også anerkendt af de parter, som vælger en partneringaftale som implementeringsform. Selvom der i retspraksis og litteraturen er anerkendt en udvidet loyalitetsforpligtelse, har parterne valgt at specificere den information, som parterne skal stille til rådighed. Dette eventuelt på grund af de endnu ikke udviklede specialgrundsætninger og den manglende klarhed om, hvad et tilvalg af partneringaftalen egentlig betyder. I både BYG og CIFI-modellen er der stillet krav om, at parterne skal give visse økonomiske oplysninger. I kommentaren til CIFI-modellen § 8 fastslås det også, at dette medvirker til at mindske risikoen for hold-up. Jo flere oplysninger parterne stiller til rådighed for hinanden, desto mindre asymmetrisk information vil præge samarbejdet. De åbne bøger er dog ingen garanti for, at parterne ikke handler opportunistisk. Hvis formålet med samarbejdet er innovation, må der som tidligere antaget være behov for, at parterne stiller strategisk vigtig information til rådighed. Skal parterne stille denne information til rådighed, skal der mere end et krav om åbenhed til. Denne information kan rykke balancen i samarbejdet, så den ene part, ved at give disse oplysninger, har bidraget til mere af samarbejdets succes end oprindeligt aftalt. Parten vil måske opfatte det sådan, at det er vedkommendes knowhow og erfaringer, som bærer samarbejdet. De åbne bøger er nødvendige, når der er krav om, at parterne stiller de billigst mulige produkter til rådighed. Det er også en nødvendighed, så parterne kan måle om det antal arbejdstimer, parterne har aftalt, der skal placeres i projektet er brugt. Men den fælles projektstyring, de fælles timeplaner, regnskaber og åbne bøger er ikke i sig selv nok til at parterne bidrager med strategisk vigtig information.

4.4 Delkonklusion

Selvom parterne i et innovativt samarbejde har indgået en bindende aftale, og partneringaftalen ikke bliver betragtet som en rammeaftale eller hensigtserklæring, er der ingen garanti for, at aftalen har den effekt, som parterne har håbet på. Det innovative samarbejde lider af det problem, at det er svært, hvis ikke umuligt, at måle om parternes ydelse lever op til, hvad der er aftalt. Det er derfor umuligt at observere eller verificere, om parternes ydelse lever op til, hvad de måtte forvente ved indgåelsen af kontrakten.

Loyalitetsforpligtelsen forpligter parterne til at informere hinanden om hændelser af betydning for samarbejdet, men er dog ikke tilstrækkelig til at sikre, at den viden, der er nødvendig for succes, bliver udvekslet. Den udvidede loyalitetsforpligtelse, der gælder for partnering, vil forhindre den mest åbenlyse opportunistiske adfærd, men der skal mere til for at sikre succes.

Transaktionsomkostningerne skal håndteres, ellers løses Prisoners' dilemma ikke. De almindelige regler om loyalitetsforpligtelsen og bedømmelsen af debtors indsats er ikke egnet til at danne rammen om et innovativt samarbejde. Manglen på målbarhed i parternes adfærd gør, at disse redskaber er knap så anvendelige, og en ukritisk anvendelse af partneringparadigmerne synes heller ikke at løse problemerne med hold-up.

En kvalificering af partneringaftalen, så den giver de rette redskaber til håndtering af den usikkerhed, der omgiver samarbejdet, er derfor nødvendig. Det er ikke tilstrækkeligt med principperne om åbenhed, tillid og fællesoptimering er gjort eksplicit, da det er usikkert om en domstol overhovedet tillægger det nogen betydning. Det må sikres, at parterne også handler efter disse principper. En analyse af de forskellige mekanismer, der er en del af partneringaftalen og deres virkning i et innovativt samarbejde, må derfor foretages. Analysen bør tage udgangspunkt i alle partneringaftalens elementer; fra koordinering af ydelserne og indsatsen, håndhævelse af kontrakten, til deling af kvasirenten. Uden en samlet forståelse af disse mekanismer kan det ikke afgøres, om partnering er den rette implementeringsform.

Kapitel 5 Reguleringsstrukturer – minimering af transaktionsomkostninger

5.1 Williamsons efficiensprincip

I transaktionsomkostningsteorien oplister Williamson tre reguleringsstrukturer; hierarki, hybrid og marked²⁰¹. Reguleringsstrukturene indeholder mekanismer, der er skabt til at håndtere de transaktionsomkostninger, der omgiver transaktionen. Williamsons efficiensprincip tilsiger, at en transaktion gennemføres af den reguleringsstruktur, der minimerer transaktionsomkostningerne²⁰², hvorfor transaktionens parter tager stilling til, hvilken reguleringsstruktur der skal danne ramme om transaktionen.

Skal partneringaftalen kvalificeres og tilpasses det innovative samarbejde, skal det først afgøres, hvilken af Williamsons reguleringsstrukturer samarbejdet henføres under. Efterfølgende beskrives de mekanismer, der kan hjælpe med at kvalificere aftalen, så den på bedst mulig vis håndterer usikkerheden og begrænser risikoen for hold-up.

5.2 De tre reguleringsstrukturer

5.2.1 Marked eller hierarki – de to poler

Blandt reguleringsstrukturene findes der to modpoler eller arketyper. En stor del af transaktionsomkostningsteorien har handlet om valget mellem disse to modpoler²⁰³. Valget mellem reguleringsformerne kommer herved til at stå mellem *make or buy*. Skal virksomheden købe ydelsen på markedet, eller skal den selv forsøge at producere?

Markedet som arketype består af typiske spot-kontrakter. Her har parterne ikke nogen forudgående kontakt og ikke nødvendigvis nogen efterfølgende kontakt. Varerne og betalingen udveksles på stedet, og markedskontrakterne beskrives derfor bedst som køb og ikke som kontrakter. Er graden af transaktionsomkostninger lav, og især graden af aktivspecifikke investeringer lav, er markedet den ideelle reguleringsstruktur²⁰⁴. Markedskontrakter er derfor ideel på såkaldte *thick markets*, hvor der er mange købere og sælgere, og hvor der handles gentagende gange²⁰⁵. Konkurrencen mellem sælger og sælger, samt køber og køber fungerer som den mekanisme, der gør, at parterne overhol-

²⁰¹ Williamson, Oliver, 'Comparative Economic Organization: The Analysis of Discrete Structural Alternative', 1991, s. 269

²⁰² Knudsen, Christian, 'Økonomisk Metodologi – bind 2', 1997, s. 217

²⁰³ Ménard, Claude, 'The Economics of Hybrid Organizations', 2004, 346

²⁰⁴ Williamson, Oliver, 'The Institutions of Capitalism', 1985 s. 73

²⁰⁵ Williamson, Oliver, 'Comparative Economic Organization: The Analysis of Discrete Structural Alternative', 1991, s. 271

der aftalen. Leverer en part ikke som lovet, vil medkontrahenten næste gang gå til en konkurrent og handle. Problemerne med den opportunistiske adfærd begrænses på denne måde. Den usikkerhed der eksisterer, og som kommer af eksogene faktorer, håndteres på markedet ved at tilpasse prisen. Spot-kontrakterne gør, at prisen hurtigt kan tilpasse sig udbuddet og efterspørgslen.

Bliver graden af aktivspecifitet høj og er usikkerheden stor, vil en vertikal integration være et oplagt valg²⁰⁶. Hierarkiet danner derfor rammen om disse transaktioner. I forhold til markedet overtager virksomheden nu ejerskabet over produktionen af den ydelse, som virksomheden efterspørger. Produktionen bliver herved en del af selskabet, enten som en division eller som et datterselskab. Den opportunistiske adfærd håndteres ved, at virksomheden kan udstede påbud og ordre, og overvågningen og problemerne med asymmetrisk information bliver mindre. Den eksogene usikkerhed håndteres i hierarkiet via disse påbud. Ændres kravene til produktet, eller viser det sig umuligt at producere på en given måde, udstedes der påbud om ændring af produktionen.

5.2.2 Hybriden

Mellemtingen er den såkaldte hybrid, som kan være længerevarende gensidige kontraktforhold, og der er et ligeværdigt afhængighedsforhold mellem parterne i hybridkontrakten. Hybriden har elementer af både markedsstrukturen og hierarkiet²⁰⁷. Parterne er som på markedet autonome, men de har samtidigt bundet sig via et længerevarende samarbejde. En kontrakt giver derfor en eller begge parter mulighed for at udstede direkte eller indirekte påbud, og derved påvirke den ydelse, der er genstand for transaktionen.

Det længerevarende kontraktforhold stiller krav til kontraktretten. Denne skal ikke have en stringent og ordlydsret opfyldelse af kontrakten. Da kontrakten er in-komplet, vil der være større behov for tilpasning. Den kontraktret, der skal regulere hybriden, skal give mulighed for overbærenhed i tilfælde af store udsving, men det skal stadigvæk være muligt at håndhæve kontrakten²⁰⁸.

5.2.3 Det innovative samarbejde – hybrid eller hierarki?

Det er åbenlyst, at reguleringsstrukturen, der skal danne ramme om det innovative samarbejde, er et valg mellem hierarkiet og hybriden. Det innovative samarbejde vil ikke kunne reguleres af markedet, da der er behov for en større mængde relationsspecifikke investeringer. En vertikal integration virker oplagt i en situation, som det innovative samarbejde befinder sig i, da risikoen for at parterne

²⁰⁶ Williamson, Oliver, 'The Institutions of Capitalism', 1985 s. 78

²⁰⁷ Williamson, Oliver, 'Comparative Economic Organization: The Analysis of Discrete Structural Alternative', 1991, s. 280

²⁰⁸ Ibid.

vil agere opportunistisk vil blive minimeret. Den ene virksomhed vil i så fald købe den anden, eller købe de patenter og/eller den R&D afdeling, der skal bidrage til udviklingen af produktet.

Den vertikale integration kan nogle gange ikke være en mulighed, selvom det ud fra et transaktionskostningssynspunkt vil være det bedste²⁰⁹. Bevarer parterne deres selvstændighed, vil de stadigvæk være under påvirkning af de stærke incitamenters som markedet giver, hvor profit er forbundet med ejerandelen²¹⁰. Samtidig er der bureaukratiske udgifter forbundet med hierarkiet, som vil gøre en vertikal integration urentabel.

Reguleringsstrukturen i nærværende afhandling er mere eller mindre givet på forhånd. Det innovative samarbejde er defineret i kapitel 1 som et samarbejde mellem to selvstændige virksomheder. Nærværende afhandlings formål er at give retningslinjer for, hvordan innovative samarbejder bedst muligt reguleres. I den resterende del af dette kapitel præsenteres forskellige forfatters syn på hybriden. Kapitlet afsluttes herefter med præsentation af en model, der kan anvendes til opbygning af reguleringsstrukturen, og som skal danne rammen om det innovative samarbejde.

5.3 Hvilken organisationsform er hybriden?

Indtil midt 1980'erne var litteraturen om hybriden begrænset²¹¹, og betegnelsen hybrid er da også først kommet til senere. Den kan dog ikke tilskrives Williamson, selv om han har taget betegnelsen til sig. I den tidlige transaktionskostningslitteratur betegnes formen som "*non-standard contracting*"²¹². Siden da har en lang række forfattere beskrevet hybriden både fra en teoretisk vinkel og fra en empirisk vinkel. Samlingen af hybrider fremstår nu som en stor heterogen gruppe, hvor forskelligheden er lige så stor, som antallet af analyserede relationer.

Claude Ménard har beskrevet hybriden i flere forskellige artikler. I sin 2004 artikel '*The Economics of Hybrid Organizations*' fastslår Ménard, at parterne har valgt hybriden som organisationsform, da markedet ikke har den ønskede ydelse og hierarkiet medfører en række irreversible investeringer for virksomheden. Kontrakten er begrænset til en ramme om aftalen, der skal støtte transaktionen, og den skal facilitere overvågningen af samarbejdet. Kontrakten skal indeholde mekanismer, der udfylder den, når uforudsete hændelser opstår. Samtidig med at den forhindrer konstante genforhandlinger.

²⁰⁹ Der vil for eksempel være konkurrenceretlige regler og hensyn der gjorde en vertikal integration umulig. Se kapitel 1.5 for en gennemgang af litteraturen, der beskæftiger sig med dette emne.

²¹⁰ Williamson, Oliver, 'The Institutions of Capitalism', 1985 s. 143

²¹¹ Ménard, Claude, '*The Economics of Hybrid Organizations*', 2004, 346

²¹² Ibid.

Eric Brousseau har kritiseret store dele af den litteratur, der omhandler hybriden²¹³. Ifølge Brousseau tager litteraturen udgangspunkt i de to arketyper og anvender deres egenskaber til at beskrive hybriden, men en sådan beskrivelse af hybriden tager ikke højde for alle de forskellige typer af hybrider, der eksisterer. Brousseau har konstrueret en model, hvor hybriden beskrives ud fra den kontrakt, som samarbejdet bygger på. Kontrakten i dette tilfælde forstås bredt, så den ikke kun omfatter det, der formelt er nedskrevet på papir. Han inddrager også uformelle aspekter i beskrivelsen af hybridkontrakten. Den model som Brousseau har opbygget, tager udgangspunkt i transaktionsomkostningsteorien og agency-teorien. Det vil sige, at modellen via en agency-teoretisk tilgang søger at opstille klausuler, som parterne ex ante kan vælge imellem for at løse de problemer, der måtte opstå i forbindelse med samarbejdet. Samtidigt anerkender Brousseau, ligesom i transaktionsomkostningsteorien, at fremtiden er usikker. De ex ante opstillede klausuler skal derfor tage højde for graden af usikkerhed. Brousseaus model har ikke en normativ tilgang til, hvordan samarbejdet skal reguleres. Han ser modellem som et katalog af mekanismer og klausuler, der skal gøre det nemmere for parterne at skrive en kontrakt, der er rammen om samarbejdet²¹⁴. Denne model anvendes i det følgende som en ramme om analysen af hybriden.

5.4 Eric Brousseaus model – mekanismer og klausuler

Brousseau beskriver sin model som en "*morphical grammar*"²¹⁵, hvorved en opdeling af kontraktens elementer skal gøre det nemmere at beskrive det bilaterale samarbejde. Brousseau argumenterer for, at hans model har analysemuligheder, der kan anvendes til at bygge en sammenhængende teori om bilaterale kontrakters opbygning²¹⁶. Samtidig argumenterer han for, at modellen har praktiske anvendelsesmuligheder, da den kan bruges af parter i kontraktdesignprocessen til bedre at forstå komplekse mekanismer og deres virkninger. Det er Brousseaus praktiske vinkel, som vi anvender i denne afhandling.

I nærværende afhandling anvendes modellen til at beskrive de kontraktuelle redskaber, som parterne har til rådighed, når de skal strukturere det innovative samarbejde. Under hver af de tre mekanismer vil de typer af klausuler, som Brousseau har identificeret, blive beskrevet. Der vil blive redegjort for, hvilke typer af klausuler der ses i partneringaftaler, og det vil blive analyseret, hvilken

²¹³ Brousseau, Eric, 'Contracts as Modular Mechanisms: Some Propositions for the Study of "Hybrid Forms"', 1995, s. 411

²¹⁴ Ibid.

²¹⁵ Ibid.

²¹⁶ Brousseau, Eric, 'Contracts as Modular Mechanisms: Some Propositions for the Study of "Hybrid Forms"', 1995, s. 433

effekt anvendelsen af en række af klausulerne har på det innovative samarbejde. Brousseaus model vil undervejs blive kombineret med andre forfattere. Dette for at kvalificere valget og formuleringen af klausuler.

Kontrakter har tre essentielle opgaver, som er fælles for både spot-kontrakter og længerevarende kontrakter. Kontrakten skal sørge for, at parterne i en verden præget af usikkerhed og begrænset rationalitet foretager handlinger, der er forenelige. Kontrakten skal endvidere opretholde løfter og den skal sikre en fordeling af kvasirenten²¹⁷. Disse tre opgaver bliver i modellen identificeret i tre kontraktmekanismer, som går igen i alle aftaleforhold. Hver mekanisme inddeles i tre eller fire forskellige klausuler, hvorefter det er muligt at udlede eksempelvis markedskontrakter og den hybrid, der gør sig gældende i det innovative samarbejde. Der eksisterer en fjerde mekanisme, men denne får dog meget lidt opmærksomhed, da den omhandler længden på kontrakten²¹⁸, og den ofrer Brousseau kun få linjer på. De øvrige tre mekanismer er²¹⁹: 1) Koordineringen af parternes handlinger, 2) håndhævelsen og overvågningen og 3) fordeling af gevinsten. Mekanismerne er oplistet i tabel 1 nedenfor²²⁰.

²¹⁷ Brousseau, Eric, 'Contracts as Modular Mechanisms: Some Propositions for the Study of "Hybrid Forms"', 1995, s. 412

²¹⁸ Brousseau, Eric, 'Contracts as Modular Mechanisms: Some Propositions for the Study of "Hybrid Forms"', 1995, s. 418

²¹⁹ Brousseau, Eric, 'Contracts as Modular Mechanisms: Some Propositions for the Study of "Hybrid Forms"', 1995, s. 412

²²⁰ Tabellen er en fri oversættelse af tabel 1 i Brousseau, Eric, 'Contracts as Modular Mechanisms: Some Propositions for the Study of "Hybrid Forms"', 1995, s. 418

Tabel 1. Brousseaus moduler til beskrivelse af bilaterale kontrakter

	Klausulernes hensigt	Alternativ 1	Alternativ 2	Alternativ 3	Alternativ 4
Koordineringsmekanisme	A Strategisk koordinering	<i>Rutine</i>	<i>Central autoritet</i>	<i>Decentral autoritet</i>	<i>xx</i>
Koordineringsmekanisme	B Organisationskoordinering	<i>Rutine</i>	<i>Central autoritet</i>	<i>Decentral autoritet</i>	<i>xx</i>
Koordineringsmekanisme	C Operationskoordinering	<i>Rutine</i>	<i>Central autoritet</i>	<i>Decentral autoritet</i>	<i>xx</i>
Håndhævelsesmekanisme	D Troværdigt engagement	<i>Ingen udveksling af gidsler</i>	<i>Unilateral udveksling af gidsel</i>	<i>Bilateral udveksling af gidsler</i>	<i>xx</i>
Håndhævelsesmekanisme	E Overvågning	<i>Self-enforcing</i>	<i>Uspecialiseret overvågning</i>	<i>Intern tvistløsning</i>	<i>Specialiseret overvågning</i>
Gevinstmekanisme	F Aflønningsform	<i>Marginal produktivitet</i>	<i>Fordelingsnøgle</i>	<i>Fastsat sum</i>	<i>Efter brug</i>
	G Kontraktens længde	<i>Markedskontrakt</i>	<i>Kortvarig</i>	<i>Længerevarende</i>	<i>xx</i>

5.4.1 Koordineringsmekanismerne

Den første mekanisme vedrører de handlinger, som parterne skal foretage, for at opgaven bliver løst. Dette er den tekniske forvaltning af opgaven og skal medføre, at parternes handlinger bliver koordineret. Koordineringen sker på tre niveauer, A til C og parterne kan på hvert niveau vælge imellem tre klausuler.

Koordinering kan ske *ex ante* når kontrakten udformes, eller den kan ske *ex post*, når kontrakten føres ud i livet²²¹. Sker koordineringen *ex ante* vil det ske ved, at parterne i kontrakten specificerer rutiner, som for hver tænkelig hændelse giver parterne forskrifter for, hvad de skal gøre. Dette er den første klausul af tre alternativer. Bliver verden mere kompleks og kontrakten dermed mere inkomplet, er det ikke muligt at beskrive fuldstændige rutiner. Der skal i stedet oprettes en autoritet, som kan koordinere parternes handlinger. Denne kan være en centraliseret autoritet, hvor en af parterne er givet magt til at udstede påbud og i løbet af aftalens levetid ændre på brugen af de aktiver, der er placeret i samarbejdet. Det kan også være en decentral autoritet, hvor parterne forhandler om, hvilke midler der skal tages i brug, efterhånden som en hændelse opstår.

²²¹ Brousseau, Eric, 'Contracts as Modular Mechanisms: Some Propositions for the Study of "Hybrid Forms"', 1995, s. 413

Koordinering skal ske på tre forskellige niveauer (disse er illustreret i tabel 1 mekanisme A til C). På niveau A foretages den strategiske koordinering. Dette er samarbejdets mål. Her beslutes hvordan slutproduktet skal se ud, eller hvilket marked produktet skal lanceres på. Niveau B omhandler organisationskoordineringen. På dette niveau afgøres det, hvilke opgaver hver part skal udføre, eller hvilke aktiver de skal bidrage med i samarbejdet. Opstår en uforudset hændelse, bestemmer mekanismen på niveau B, om parterne opgaver skal omorganiseres, eventuelt om en part skal bidrage med en anden ydelse. På niveau C afgøres det, hvordan de forskellige ressourcer skal anvendes. Det vil sige intensiteten af brugen af de ressourcer, som de forskellige parter bidrager med, hvornår de forskellige parter skal levere, og hvornår og i hvilken mængde samarbejdes output skal produceres og leveres.

5.4.1.1 Koordineringsmekanismerne i partnering og det innovative samarbejde

I både CIFI-modellen og BYG er den strategiske koordinering fastsat ex ante. Parterne har ifølge CIFI-modellen § 2 fastlagt et forskningsemne, dette er samarbejdets strategiske mål. I BYG pkt. 1.3 er projektets overordnede definition fastlagt, her er der fastsat (ca.) størrelse og anvendelse på det påtænkte byggeri. Det er selvfølgelig vide rammer, men de er fastsat ex ante, og der er i de to paradigmer ikke mekanismer, der kan medføre ændringer i de to nævnte bestemmelser. Selvom innovative samarbejder er et diffust begreb, og de forskellige samarbejder alle har forskellige mål, må det antages, at parterne ex ante fastsætter et strategisk mål med samarbejdet. Hvis ikke dette er tilfældet, får samarbejdet og den eventuelle kontrakt mere karakter af en ikke-bindende rammeaftale eller en hensigtserklæring. Er målet ikke fastlagt ex ante, vil den usikkerhed, der er omkring samarbejdet, blive for stort. Det vil være svært at se nogle virksomheder binde sig i et sådan projekt.

I CIFI-modellen er der i henhold til Schlüterkontrakten § 4 udpeget personer, der skal deltage i samarbejdet. Udstyr, der skal stilles til rådighed, fremgår af § 9. Der kan ændres på deltagere i projektet uden samtykke fra den anden part. Dette gælder dog ikke for udskiftning af projektledelsen, idet udskiftning af disse kræver samtykke. Personalet, som må antages at være den største ressource der stilles til rådighed, kan udskiftes. Der er dermed mulighed for ex post tilpasninger. Udskiftningen af projektledelsen, som igen må være de for projektet afgørende personer, sker ved en decentraliseret beslutning. Det vil sige, at niveau B er til dels fastlagt ex ante, til dels sker der via en decentral autoritet ex post beslutning. BYG er som beskrevet i kapitel 2 opdelt i to faser. I fase 1 sker der en udvikling af projektet, og i fase 2 udføres projektet. I fase 1 er projektledelse og styregruppe udpeget, jf. BYG pkt. 4.2 og 4.3. Der er ikke bestemmelser om, at disse kan ændres. I slutningen af fase 1 udpeges de ressourcer, der er en del af fase 2. Ses fase 1 og 2 som én samlet aftale, vil den

organisatoriske koordinering ske ex ante ved en decentral autoritet. Ved et innovativt samarbejde synes det ikke optimalt, at koordinering på det organisatoriske niveau fastlægges ex ante. Er samarbejdet af kortere varighed vil det måske ex ante være mulig at allokere de ressourcer, da usikkerheden i dette tilfælde er knap så stor. Men er projektet af længere varighed, vil der naturligt være en ex post tilpasning. Nøglepersoner kan sige op, blive syge eller afskediget. Der må derfor være behov for, at parterne ex post kan tilpasse organisationen. Er dette ikke muligt, vil samarbejdet falde fra hinanden.

I henhold til BYG pkt. 4.1 skal der nedsættes en styregruppe med repræsentanter for alle virksomheder i samarbejdet. Efter BYG pkt. 4.2 nedsættes der også en projektledelse. Det samme er gældende efter CIFI-modellen § 4, hvor parterne nedsætter en styregruppe og projektledelse. I henhold til disse bestemmelser er styregruppens opgave at tilse, at projektets mål bliver opfyldt. Styregruppen har sammen med projektledelsen det overordnede ansvar for fremdriften af projektet. Det må antages, at koordinering på det operationelle niveau (mekanisme C) i begge paradigmer er tillagt styregruppen og projektledelsen. Disse to organer må have ret til at trække på de ressourcer, der er stillet til rådighed og beslutte, hvordan de skal bruges. Den operationelle koordinering sker derfor ex post. Det er ikke entydigt, om den er centraliseret eller ej. Ifølge de nævnte bestemmelser fastlægger de nævnte organer selv deres forretningsorden. Sker beslutningsprocesserne i to organer efter en demokratisk proces, vil der være tale om en decentral autoritet, eftersom beslutningen skal forhandles på plads. Det vil være svært at forestille sig, at parterne i et innovativt samarbejde ex ante har besluttet, hvordan processen skal forløbe på det operationelle niveau. Beslutter parterne ex post, hvordan ressourcerne skal anvendes, er det muligt for samarbejdet at tilpasse sig den usikkerhed, der kommer fra omverdenen, og som er en del af den opgave, parterne skal udføre. En fastsættelse af koordinering (på alle tre niveauer A-C) ex post vil give nogle transaktionsomkostninger ex post.

5.4.1.2 Ex post koordinering – en minimering af transaktionsomkostningerne?

Som beskrevet i kapitel 3 sondres der mellem ex ante og ex post transaktionsomkostninger. Ex ante transaktionsomkostningerne er blandt andet omkostningerne forbundet med udformning af kontrakten og forhandling. Kontrakten i hybriden er som beskrevet flere gange in-komplet. Så en fuldstændig ex ante koordinering vil ikke være mulig. Den strategiske koordinering må dog antages at blive fastlagt ex ante. Vil dette ikke ske, vil ledelsen i de fleste virksomheder have svært ved at gå ind i et bindende samarbejde uden en overordnet målsætning for projektet. Usikkerheden vil, hvis der ikke er en ex ante koordinering på strategisk niveau, være for stor. Men risikoen for hændelser, der har

større følgevirkninger på samarbejdet, er udtalt for det innovative samarbejde. For at sikre samarbejdets beståen, må der være mulighed for tilpasning til disse hændelser. Ex post koordinering på organisations- og operationelt niveau er derfor nødvendigt.

Der er ex-post transaktionsomkostninger, som er; forhandlinger der opstår, når kontrakten driver væk fra det planlagte, omkostninger forbundet med løbende tilpasning af reguleringsstrukturen, samt omkostningerne forbundet med at binde og kontrollere medkontrahenten for at undgå hold-up-problemet. Sker koordineringen ex post, vil der være mulighed for at tilpasse samarbejdet, når en uforudset hændelse opstår. Styregruppen eller projektledelsen vil tilpasse brugen af ressourcerne og sikre, at samarbejdet fortsætter, uden at der sker en genforhandling af kontrakten. Den fælles ledelse af projektet kan også ses som et forsøg på at minimere den asymmetriske information og dermed også minimering af transaktionsomkostningerne. Alle parterne inddrages i beslutningsprocessen, og de vil ideelt set træffe beslutningerne på det samme grundlag. De forskellige dele af projektet foregår hos, eller udføres af, parterne hver for sig. En fuldstændig minimering af den asymmetriske information vil kræve, at parterne lægger alt frem. Dette er selvfølgelig umuligt, en part må derfor være selektiv. Dette vil give en opportunistisk part mulighed for at tilbageholde information. Ydermere vil det være svært at verificere kvalitet og rigtigheden i den information, der er fremlagt for styregruppen eller projektledelsen. Problemerne med den fælles ledelse er dermed de samme som de problemer, der er beskrevet i kapitel 2 vedrørende de åbne regnskaber. En opportunistisk part vil kunne udnytte denne asymmetriske viden til at påvirke beslutningsprocessen i styregruppen. Så selvom kontrakten ikke genforhandles, skaber ex post tilpasningerne alligevel en risiko for yderligere transaktionsomkostninger. Det er selvfølgelig en risiko eller en kilde til ex post transaktionsomkostninger, som medkontrahenterne må acceptere, hvis vedkommende vil indgå i det innovative samarbejde. Usikkerheden er en del af denne type samarbejde, hvor der er en væsentlig risiko for betydelige udsving i samarbejdet, som kræver en større tilpasning. Men er mængden af privat information for stor, vil parterne være meget tilbageholdende med at indgå i samarbejdet.

Ex post tilpasningen er for det innovative samarbejde et tveægget sværd. Opstår en hændelse med store følgevirkninger for samarbejdet, skal samarbejdet tilpasses. Er der nedsat en gruppe, som skal tilpasse samarbejdet uden at ændre på kontrakten, slipper parterne for at skulle genforhandle selve kontrakten. En genforhandling af selve kontrakten kan, som det er skrevet i kapitel 2, medføre, at kontrakten betragtes som en rammeaftale og hensigtserklæring, og at den derfor ikke er bindende. Tilpasningen skaber dog stadigvæk mulighed for et hold-up, ved at en part udnytter privat information. Skal en opportunistisk part ikke have for stor mulighed for at udnytte ex post koordineringen

til et hold-up, skal der være en måde til at sikre, at den information, der fremlægges, er retvisende. Sker dette, vil den asymmetriske information og dermed risikoen for hold-up blive mindre.

5.4.2 Håndhævelsesmekanismerne og gevinstmekanismen

Koordineringsmekanismerne kan ikke stå alene. Var parterne ikke opportunistiske, vil disse bestemmelser eller mekanismer være tilstrækkelige. I en verden som denne, vil en loyalitetsforpligtelse, hvor parterne lover at handle fællesoptimerende om samarbejdets interesse, være tilstrækkelig. Selv en part, der ikke ved aftaleindgåelsen har tendens til opportunistisk adfærd, kan ændre sig, hvis verden former sig betydeligt mere gunstig eller ugunstig end antaget ved indgåelsen af aftalen. Koordineringsmekanismerne må derfor suppleres med mekanismer, der sikrer, at parterne holder sig til de koordineringsmekanismer, der er aftalt. Derfor introduceres håndhævelsesmekanismerne og gevinstmekanismen.

Håndhævelsesmekanismerne er designet til at undgå opportunistisk adfærd og fastholde parterne til deres løfter²²². Dette sker ved at påføre parterne et tab, hvis den aftalte adfærd ikke efterkommes. Tab aktualiseres ved, at parterne mister et gidsel, som parterne har givet medkontrahenten. Til at afgøre om parterne har efterkommet den aftalte adfærd, indføres en overvågningsmekanisme, som skal vurdere parternes adfærd. Disse to mekanismer diskuteres og analyseres nærmere i kapitel 6.

I kapitel 7 analyseres gevinstmekanismen. Gevinstmekanismen skal give parterne incitament til at handle fællesoptimerende og til at efterkomme den lovede adfærd²²³. Gevinstmekanismen definerer også den måde kvasirenten deles på.

²²² Brousseau, Eric, 'Contracts as Modular Mechanisms: Some Propositions for the Study of "Hybrid Forms"', 1995, s. 413

²²³ Ibid.

5.5 Delkonklusion

Det innovative samarbejde er en hybrid. En vertikal integration, hvor den ene af virksomhederne internaliserer hele samarbejdet, er ikke utænkeligt. Det er ikke altid en mulighed, og det er heller ikke altid ønskværdigt. Hybriden er samlebetegnelse for en lang række forskellige organisationsformer, hvor parterne bevarer deres uafhængighed. Denne adskillelse af virksomhederne medfører en række problemer, som parterne skal tage stilling til. På grund af den usikkerhed, der er forbundet med det innovative samarbejde, må parterne koordinere deres handlinger. En koordinering der skal ske på tre forskellige niveauer. Det strategiske niveau bør koordineres ex ante, mens de organisatoriske og operationelle niveauer skal være en mulighed for ex post koordinering. Så samarbejdet kan blive justeret, når uforudsete hændelser opstår. Denne ex post koordinering åbner for problemer med opportunistisk adfærd.

Kapitel 6 – Håndhævelsesmekanismerne

6.1 Indledende betragtninger

I kapitel 5 blev koordineringsmekanismerne beskrevet. Fælles for både CIFI-modellen og BYG er, at de pålægger parterne at deltage i udviklingen af projektet ved at være del af en projektledelse eller styregruppe. Koordineringsmekanismen, der sammenholdt målsætninger om fællesoptimering, tillid og åbenhed, må antages at pålægge parterne en kommunikationspligt. En kommunikationspligt der går ud over det, der må forventes af en almindelig samarbejds- og loyalitetspligt.

Koordineringsmekanismerne i sig selv er dog ikke nok, for parterne skal have incitamenter til at samarbejde, derfor præsenteres håndhævelsesmekanismerne. Håndhævelsen består ifølge Brousseau af to mekanismer²²⁴. Den første mekanisme skal beskytte mod opportuniste ved at påføre parterne udgifter ved at forlade samarbejdet. Denne mekanisme har dermed til formål at skabe et troværdigt engagement i samarbejdet. Den anden mekanisme har til formål at vurdere parternes adfærd. Hvis adfærden ikke er i overensstemmelse med kontrakten, påføres parten de udgifter, der er specificeret i den første mekanisme. I dette kapitel analyseres først muligheden for at skabe et troværdigt engagement for parterne i det innovative samarbejde. Derefter analyseres de forskellige former for overvågning af parternes adfærd, dette sker med inddragelse af partnering paradigmerne.

6.2 Troværdigt engagement – udveksling af gidsler

Den første mekanisme (D i tabel 1 i afsnit 5.4) skal forhindre et hold-up ved at straffe opportunistisk adfærd. Brousseau oplister tre klausuler, der på hver sin måde påvirker værdien af de aktiver, som den afvigende part ejer²²⁵. Påvirkningen sker blandt andet gennem udveksling af ”gidsler”, som er et aktiv, der overdrages fra en part til den anden. De tre alternativer er følgende:

- 1) Ingen gidsler udveksles: En afvigelse fra kontrakten straffes alene ved, at parten mister de aktivspecifikke investeringer, der er foretaget
- 2) Unilateral deponering af gidsel: Kun den ene part placerer et gidsel i den anden parts varetægt
- 3) Bilateral udveksling af gidsler: Begge parter overlader et aktiv i medkontrahentens varetægt

²²⁴ Brousseau, Eric, *Contracts as Modular Mechanisms: Some Propositions for the Study of "Hybrid Forms"*, 1995, s. 415

²²⁵ Ibid.

Det overdragne gidsel kan tage en lang række former. Det typiske gidsel er et depositum, som det ses i lejeaftaler²²⁶. Gidslet, der overdrages, kan også ske ved, at der foretages en investering. Investeringen har en meget lav grad af aktivspecifitet, men ejerskabet overlades til medkontrahenten. Dette ses ofte i franchiseaftaler. De tre alternativer har forskellige virkninger på forskellige typer af relationer.

6.3 Troværdigt engagement – de tre alternativer i innovative samarbejder

6.3.1 Ingen udveksling af gidsler (alternativ 1)

Aktivspecifikke investeringer er investeringer, der ikke kan anvendes på andre samarbejder. Selv den part, der ikke afviger fra den aftalte adfærd, har ikke mulighed for at genvinde disse investeringer. De aktivspecifikke investeringer medfører en kvasirente. Ophører samarbejdet, mister parterne den fremtidige kvasirente. Er mængden af fremtidig kvasirente større end den gevinst, der er ved at udsætte medkontrahenten for et hold-up, vil en eventuel opportunistisk part have incitament til at overholde kontrakten²²⁷.

Selvom der ikke udveksles gidsler i det første alternativ, så har parterne andre muligheder for at påvirke medkontrahentens incitamenter. En anden form for privat sanktion, hvor parterne uden direkte indblanding af domstol eller voldgift kan påvirke en medkontrahents incitamenter, er ved at skade medkontrahentens omdømme²²⁸. Bliver en part udsat for et hold-up af en medkontrahent, kan vedkommende sprede et rygte om medkontrahentens adfærd og mangel på vilje og evne til at deltage i et innovativt samarbejde. Det vil så i fremtiden blive mere omkostningsfuldt for denne medkontrahent at finde en ny samarbejdspartner.

Skal en trussel om at skade en afvigende parts omdømme have effekt, må det antages, at der skal være kanaler, hvor disse rygter kan spredes. Disse kanaler vil være forskellige fra branche til branche. En troværdig trussel om tab af omdømme vil derudover kræve, at andre fremtidige innovative samarbejder er af betydning for den afvigende part. Er den diskonterede værdi af disse samarbejder lav, er en skade på omdømmet ikke egnet til at skabe et troværdigt engagement.

Det er ikke værdien af de aktivspecifikke investeringer, der skaber et troværdigt engagement. Det er mængden af fremtidig kvasirente. Er det innovative samarbejde af begrænset varighed, vil der være

²²⁶ Brousseau, Eric, *'Contracts as Modular Mechanisms: Some Propositions for the Study of "Hybrid Forms"'*, 1995, s. 416

²²⁷ Klein, Benjamin, *'Why hold-ups occur: The self-enforcing range of contractual relations'*, 1996, s. 449

²²⁸ Ibid.

risiko for, at en part afviger i slutningen af samarbejdet. I nogle samarbejder med fokus på innovation, vil kvasirenten komme i form af de biprodukter, som virksomhederne udvikler ved siden af samarbejdet. Det kan derfor være svært at afgøre den mængde af kvasirente, som medkontrahenten forventer at opnå gennem samarbejdet. Fordelingen af kvasirente foretages til et vist omfang gennem gevinstklausulerne. Rækkeviden af fremtidig kvasirente som et middel til at sikre troværdigt engagement er dog begrænset, derfor introduceres udvekslingen af gidsler.

6.3.2 Deponering og udveksling af gidsler (alternativ 2 og 3)

Et gidsel er et aktiv, der placeres i medkontrahentens varetagelse under samarbejdets løbetid. Afviger en part den aftalte adfærd, overtager medkontrahenten ejerskabet af dette aktiv. Betegnelsen aktiv skal forstås bredt. Det omfatter ikke kun penge, fysiske eller immaterielle aktiver, men også rettigheder der kan udløses, hvis der afviges fra kontrakten, eller kontrakten bringes til ophør. Dette kan være en bestemmelse om godtgørelse helt eller delvist, som en part modtager, hvis kontrakten bringes til ophør²²⁹. Eller det kan være en lovning på at afstå godtgørelse eller kompensation, hvis modparten opsiger aftalen. Gidslet kan også være en investering. Skal det være troværdigt, skal det være irreversibelt. Et køb af en aktiepost i medkontrahenten kan være en måde at udvise engagement på. Men da det er nemt at sælge disse aktier igen, er engagementet ikke troværdigt. En aktivspecifik investering er ikke mulig at tage tilbage, en sådan investering viser engagement, men ikke nødvendigvis troværdigt engagement. En aktivspecifik investering er, når den er foretaget, ubrugelig i alle andre relationer. Den udgør dermed ikke længere et aktiv. Det er i dette tilfælde den fremtidige kvasirente, der skaber det troværdige engagement.

I byggeriet ses det ofte at parterne stiller sikkerhed for mangler, der opstår efter arbejdet er færdigt. Dette ses blandt andet i AB 92 § 6, hvor entreprenøren skal stille en bankgaranti eller lignende sikkerhed for mangler der påvises, indtil fem år efter byggeriet er afleveret. Tilsvarende skal bygherren stille sikkerhed for op til tre måneders arbejde, som dækker alle krav omfattet af arbejdet jf. AB 92 § 7, stk. 4. Er AB 92 vedtaget, er der sket en gensidig udveksling af gidsler.

Udvekslingen af gidsler skal tilpasses samarbejdet. Deponerer kun den ene part et gidsel hos medkontrahenten, kan en opportunistisk medkontrahent appropriere gidslet²³⁰. Den opportunistiske medkontrahent kan fremprovokere, at aftalen bringes til ophør. En sådan provokation kan medføre, at gidslet ikke udbetales. En domstol vil eventuelt finde, at det vil udgøre chikane og retsmisbrug at

²²⁹ Williamson, Oliver, 'The Institutions of Capitalism', 1985 s. 179

²³⁰ Williamson, Oliver, 'Credible Commitments: Using Hostages to Support Exchange', 1983, s. 530-531

udbetale sikkerhedsstillelsen^{231 232}. Har en domstol problemer med at verificere adfærden, er det ikke sikkert, at chikanen bliver opdaget. En gensidig udveksling af gidsler kan derfor i nogle former for innovative samarbejder være en fordel.

Et gidsel ses også i CIFI-modellen § 10. Ifølge denne bestemmelse har hver part mulighed for at udtræde af samarbejdet på et hvilket som helst tidspunkt, der vil dog ske en afregning baseret på opnåede resultater. Ifølge kommentaren til samme bestemmelse i CIFI-modellen skal der tages højde for, hvem af parterne der har interesse i at samarbejdet bringes til ophør. En part, der ønsker at bringe aftalen til ophør, kan dermed risikere, at skulle betale en godtgørelse til medkontrahenten. En lignende klausul ses i BYG pkt. 7. Her er det dog kun bygherren, der skal betale entreprenøren eller rådgiveren for medgået tid. Bygherren har dermed unilateralt deponeret et gidsel.

6.3.3 Baggrundsrettens misligholdelsesbeføjelser

Vælges alternativ 2 eller 3, er en ensidig deponering eller gensidig udveksling af gidsler ikke eneste element, der skaber et troværdigt engagement. Parterne vil altid miste den fremtidige kvasirente, hvis det innovative samarbejde bringes til ophør. Samtidigt skal de almindelige erstatningsregler tages med i betragtning. Bringes aftalen til ophør på grund af misligholdelse, kan den forurettede søge erstatning. Erstatning kan komme i form af positiv opfyldelsesinteresse, hvor alle økonomiske tab erstattes (også tabte indtægter)²³³, eller negativ kontraktsinteresse, hvor alene forurettedes udgifter erstattes²³⁴. Den negative kontraktsinteresse kan komme på tale, når en kontrakt ophæves, eller efter forhandlinger, der ikke medfører en kontraktindgåelse. For at der kan ydes erstatning, skal der være et ansvarsgrundlag. Dette er en culpabetragtning, der tages med udgangspunkt i standarderne diskuteret i kapitel 2. Det troværdige engagement kan ikke stå alene, en overvågningsmekanisme introduceres derfor.

6.4 Overvågningsmekanismer

Via overvågningsmekanismen (E i tabel 1 afsnit 5.4) udpeger parterne en agent, der bedømmer parternes adfærd²³⁵. Denne agent skal, hvis parternes ikke lever op til den aftalte adfærd eller standard,

²³¹ Andersen, Lennart Lyng og Madsen, Palle Bo, 'Aftaler og mellemmand', 2012, s.208

²³² Retsmisbrug anses af en række forfattere af være omfattet af aftaleloven § 36, som er beskrevet i afsnit 7.5 (jf. Andersen, Lennart Lyng og Madsen, Palle Bo, 'Aftaler og mellemmand', 2012, s.208)

²³³ Andersen, Mads Bryde & Lookofsky, Joseph, 'Lærebog i Obligationsret I', 2015, s. 255

²³⁴ Andersen, Mads Bryde & Lookofsky, Joseph, 'Lærebog i Obligationsret I', 2015, s. 273

²³⁵ Brousseau, Eric, 'Contracts as Modular Mechanisms: Some Propositions for the Study of "Hybrid Forms"', 1995, s. 416

udløse den straf, der er specificeret i mekanismen ovenfor. Brousseau introducerer fire forskellige klausuler eller agenter til at varetage overvågningsopgaven.

- 1) Self-enforcement: Hver part er pålagt autoritetskontrol over modparten. Hvis en part overtræder aftalen, er eneste mulighed at bringe kontrakten til ophør
- 2) Uspecialiseret overvågning: Dette er domstolen, denne vil løse en tvist udelukkende på baggrund af aftalen og baggrundsretten
- 3) En af parterne udpeges til at foretage en overvågning: Parten udfører en specialiseret overvågning (vedkommende er jo en del af aftalen og har derfor en vis viden om det innovative samarbejde). Vedkommende har autoritet til at håndhæve adfærden, som er aftalt
- 4) En specialiseret tredjepart udpeges til at foretage overvågningen: Vedkommende har autoritet til at håndhæve den aftalte adfærd

Virkningen af overvågningsmekanismen skal, ligesom med udvekslingen af gidsler, ses sammen med baggrundsretten. Håndhævelsesmekanismen kan ikke forstås uden forbindelsen til de deklaratoriske og præceptive regler, der gælder i dansk ret. Medmindre parterne indsætter en klausul, der gør aftalen uopsigelig, vil der næsten altid være mulighed for *self-enforcement*.

6.4.1 Self-enforcement (alternativ 1)

Som beskrevet ovenfor indeholder såvel CIFI-modellen som BYG en mulighed for, at parterne kan udtræde af samarbejdet i utide. I BYG kan dette dog kun ske i fase 1. Parterne har dermed valgt, at anvende den første af Brousseaus klausuler. Mener en part, at medkontrahenten ikke har levet op til den aftalte adfærd, kan vedkommende bringe aftalen til ophør. Der er ikke noget krav om verifikation fra tredjepart.

Der gælder i dansk ret en deklaratorisk adgang til at opsige vedvarende aftaler²³⁶. En vedvarende aftale er en kontrakt indgået for et ikke nærmere tidsrum ("indtil videre"). Uopsigelighed kan være aftalt, såfremt det er udtrykkeligt aftalt, eller som følge af en fortolkning. Er en partneringaftale gjort uopsigelig i en bestemt periode, men er der tvivl om længden af denne periode, kan gyldighedsreglen bringes i spil. Denne regel vil tale for en fortolkning, der medfører den længste periode med uopsigelighed. Der er praksis på, at domstolene har opretholdt uopsigelighedsbestemmelsen i aftaler²³⁷. Det beror dog på den konkrete aftale, om domstolen opretholder en sådan bestemmelse.

²³⁶ Edlund, Hans Henrik, 'Udtræden eller tilpasning af langvarige erhvervskontrakter', 2006, s. 297

²³⁷ Jævnfør blandt andet U.2002.1224H (Tango Jalousie), Højesterets dom af 15. marts 2002, Jacob Gades Legat mod Edition Wilhelm Hansen A/S, hvor Højesteret afviste opsigelse af en musikforlagsaftale på et tidspunkt, hvor Tango Jalousie var af betydelig værdi.

Vedrørende tidsbegrænset aftaler gælder det ofte, at de er uopsigelige i kontraktperioden²³⁸. Disse kontrakter kan opsiges med et passende varsel.

6.4.2 Uspecialiseret overvågning (alternativ 2)

Brousseau skriver om alternativ nummer to, at misligholder en part aftalen, er eneste løsning at anlægge en sag ved domstolen²³⁹. Dette forudsætter selvfølgelig, at parterne har gjort aftalen uopsigelig. En part der mener, at medkontrahenten har misligholdt aftalen, kan altid ophæve aftalen. Vedkommende tager dog en standpunktsrisiko og risikerer at blive dømt for at have misligholdt aftalen.

Sammen med alternativ 1 er alternativ 2 den deklaratoriske hovedregel. En sag anlægges ved byretten i den retskreds, selskabet har hjemting jf. retsplejeloven²⁴⁰ § 238, stk. 1. Byretten er hermed den udspecialiserede tredjepart. Sagen kan dog også anlægges ved Sø- og Handelsretten, hvis betingelserne i retsplejeloven § 225, stk. 2 er opfyldt. Sø- og Handelsretten har en vis fagkompetence, og fagdommeren har muligvis erfaring med at håndtere forskellige former for innovative samarbejder og endda erfaring med partneringaftaler. Det er dog ingen garanti. Den manglende erfaring med denne type samarbejder kan medføre problemer med at forstå relationen. Den baggrundsret, som en domstol vil tage udgangspunkt i, er, som beskrevet i kapitel 2, fattig, når det kommer til partneringaftaler. Den usikkerhed, der er omkring domstolens behandling af det innovative samarbejde, medfører ex post transaktionsomkostninger via risikoen for et hold-up. Dette kommer også til udtryk ved, at BYG og CIFI-modellen vælger voldgiftsretten som sidste middel af en række tvistløsningsmuligheder.

6.4.3 Specialiseret overvågning (alternativ 3 og 4)

Den specialiserede overvågning er mere effektiv end den ikke specialiserede domstol²⁴¹. Der er ikke det samme behov for at sætte den specialiserede agent ind i denne type samarbejde, for at vedkommende kan forstå relationen. Risikoen for, at agenten træffer en forkert beslutning på et for dårligt oplyst grundlag, er mindre.

Den agent, der udpeges til at foretage den specialiserede overvågning, kan være en af parterne (Brousseaus første alternativ). Denne form ses ofte i ansættelsesforhold, hvor arbejdsgiveren be-

²³⁸ Edlund, Hans Henrik, 'Udtræden eller tilpasning af langvarige erhvervskontrakter', 2006, s. 297

²³⁹ Brousseau, Eric, 'Contracts as Modular Mechanisms: Some Propositions for the Study of "Hybrid Forms"', 1995, s. 416

²⁴⁰ Lovbekendtgørelse 2015-11-16 nr. 1255 Retsplejeloven som ændret ved L 2015-12-22 nr. 1741, L 2015-12-29 nr. 1867, L 2016-02-27 nr. 166, L 2016-02-27 nr. 167, L 2016-02-27 nr. 168 og L 2016-03-16 nr. 263

²⁴¹ Williamson, Oliver, 'The Institutions of Capitalism', 1985 s. 70

dømmer den ansattes adfærd. Agenten kan også være en specialiseret tredjepart, dette ses ofte valgt i meget specielle transaktioner, hvor der er krævet en høj viden. I begge tilfælde er agenten tildelt autoritet til at straffe parterne.

6.4.4 Overvågning i partnering og innovative samarbejder

Ved valget af håndhævelsesmetode spiller princippet om aftalefrihed en stor rolle. Det afspejles i partsautonomien, hvorefter parterne via lovvalgsregler kan vælge, hvilke lands regler, der skal gælde for forholdet. Akkurat som det kan aftales, hvilken domstol der skal afgøre tvisten²⁴². Aftalefriheden kommer også til udtryk i voldgiftsloven²⁴³ § 6, hvorefter parterne kan aftale, at en tvist, som de har fri rådighed over, skal afgøres ved voldgift. Det vil sige, at en tvist enten kan afgøres ved domstolene, en voldgift eller på anden måde som parterne måtte vælge²⁴⁴. I BYG pkt. 11 og CIFI-modellen § 11 har parterne valgt en trinløsning til konflikthåndtering. Først på øverste trin inddrages en tredjepart. BYG inddrager ganske vist en opmand på tredje trin, men vedkommende er ikke tillagt nogen autoritet. Vedkommende skal alene udarbejde et forslag til afgørelse. I de to paradigmer er der dermed valgt en overvågningsmekanisme, der bygger på self-enforcement.

Den optimale overvågningsmekanisme, lige meget hvilken type samarbejde der er tale om, er den, der minimerer omkostningerne. Det vil sige den mekanisme, der minimerer omkostninger ved at søge information om samarbejdet og risikoen for hold-up. Alternativ 1 og 3 bygger på en af parterne, disse må derfor minimere omkostningerne ved at søge information. De to alternativer giver dog parterne magt til at afslutte samarbejdet, når de har lyst. Dette giver en hold-up mulighed, som en opportunistisk part kan udnytte. Har det innovative samarbejde en kompleks karakter, og hvor mængden af aktivspecifikke investeringer er høj, vil det være en fordel at vælge enten alternativ 1 eller 3. Det skyldes, at selv en opmand eller en specialiseret voldgift vil have problemer med at verificere kvaliteten af de humanspecifikke input. Parterne er som beskrevet i kapitel 3 begrænset rationelle. Dette er også gældende for tredjemænd. De er ikke mere begrænset rationelle end parterne, men deres afstand til samarbejdet gør omkostningerne til at søge information meget store. Håndteringen af den adfærdsmæssige usikkerhed og en minimering af risikoen for hold-up, skal ske ved at skabe et troværdig engagement.

²⁴² Jf. retsplejeloven § 245

²⁴³ Lov 2005-06-24 nr. 553 om voldgift som ændret ved L 2008-02-26 nr. 106

²⁴⁴ Werlauff, Erik, *'Voldgift og partsautonomi - parternes og voldgiftsrettens retlige muligheder for at effektivisere voldgiftsprocessen'*, 2006, s. 151.

6.5 Troværdigt engagement – minimering af risikoen for hold-up

Det problem med underinvestering eller manglende vilje til at indgå i samarbejdet, der blev beskrevet i kapitel 3, kan søges løst via udvekslingen af gidsler. Eller ved en frygt for at miste fremtidig kvasirente.

De mulige pay-offs, der var en del af spillet i figur 1 i afsnit 3.4, modificeres dermed ved, at parterne udveksler gidsler (Z).

Figur 2

		Virksomhed B	
		Samarbejde	Ikke samarbejde
Virksomhed A	Samarbejde	3	$5 - X_B - Z_B$
	Ikke samarbejde	$-1 + Z_A$	0
		$5 - X_A - Z_A$	0

Den part, som afviger fra den aftalte adfærd mister, det gidsel (-Z) som vedkommende har depone- ret og den fremtidige kvasirente som vedkommende (-X) har forsøgt at appropriere. Medkontra- henten overtager ejerskabet af gidslet (+Z). Den part, der følger den aftalte adfærd, mens medkontra- henten afveg, modtager ingen kvasirente. Vedkommende har ikke opnået nogen kvasirente i den periode samarbejdet varede, da disse blev approprierede af den afvigende part. Vedkommende har alene måtte afholde udgifter til de aktivspecifikke investeringer. Er der ingen af parterne der samar- bejder, skabes der ingen kvasirente, deraf pay-off på (0;0). De deponerede gidsler leveres tilbage, hvis ingen af parterne samarbejder. Hvis Z er større end 1 og summen af X og Z større end 2, vil begge parter have samarbejde som den dominerende strategi. Det mulige pay-off ved ikke at samar- bejde er her mindre end 3 eller større end 0. Løsningen på spillet vil så være det øverste venstre hjørne, hvor begge parter opnår en kvasirente på 3.

Løsningen på spillet bygger på, at parterne har valgt den agent, der er i stand til at verificere parternes adfærd. Derudover bygger løsningen på, at mængden af kvasirente er konstant. Det vil sige, at der ikke er (eksogene) omstændigheder der gør, at det ikke er muligt at opnå den forventede kvasirente. Eller at det ikke viser sig, at en part skal bidrage med mere for at få projektet til at lykkes. Spillet viser dog, at det er muligt via en gensidig udveksling af gidsler og en frygt for at miste fremtidig kvasirente skaber en villighed til at indgå i samarbejdet, der blev skitseret i kapitel 3. Løsningen er dog skrøbelig.

6.6 Delkonklusion

Brousseaus håndhævelsesmekanismer skal skabe incitamenter til at opretholde samarbejdet. Udsigten til en fremtidig gevinst kan sikre, at samarbejdet opretholdes. Der skal derfor sikres et troværdigt engagement i samarbejdet. Er gevinsten usikker eller i værste fald ikke målbar, så er det ikke sikkert, at samarbejdet opretholdes. Dertil kan en gensidig udveksling af gidsler være med til at skabe et troværdigt engagement i samarbejdet. I forhold til overvågningsmekanismer så er den optimale håndhævelse den, der minimerer transaktionsomkostningerne, og at pågældende agent korrekt kan verificere parternes adfærd. Med disse mekanismer installeret i samarbejdet er det bevist ved spilteori, at problemet i kapitel 3 med manglende incitament til at indgå i samarbejdet til en vis grad kan løses. Denne løsning er dog kun holdbar, såfremt tabet af fremtidig kvasirente er på et vist niveau. Dette niveau af kvasirente fastsættes ved hjælp af gevinstmekanismer, som bliver beskrevet i næste kapitel. Ved indsætning af gevinstmekanismer, der kan parterne foretage en optimal fordeling af kvasirenten, og den kan efterfølgende omfordeles på grund af efterfølgende indtrufne omstændigheder.

Kapitel 7 - Deling af gevinst og risiko

7.1 Indledende betragtninger – gevinstdelingsmekanismer og usikkerhed

Virksomheder indgår i samarbejder med andre med henblik på at skabe en gevinst. Enten en kort-sigtet gevinst der kan ses direkte på bundlinjen, eller en langsigtet gevinst, hvor resultatet af samarbejdet ikke kan ses direkte på bundlinjen eller i årsregnskaberne inden for en overskuelig fremtid. Claude Ménard anfører, at udformningen af gevinstklausulen ikke er en trivielt ting, når det kommer til hybrider²⁴⁵. En verden og en opgave, der er præget af usikkerhed kombineret med betydelige aktivspecifikke investeringer, åbner op for en ex post opportunisme, som ingen kan forudsige ved udformningen af kontrakten. Problemet med udformningen af en klausul til deling af gevinsten bliver større, jo sværere det er at afgøre ejerskabet til produktet af samarbejdet. Dette er på grund af, at gevinsten ved et samarbejde ikke altid kan observeres. Parternes uafhængighed, og muligheden parterne har for simultant og sideløbende med samarbejdet at udvikle produkter, som bliver til med bidrag af en mere eller mindre kodificerbar viden, gør, ifølge Ménard, målbarheden til et ikke trivielt problem. Ménard argumenterer derved for, at fordeling og sikring af kvasirenten er lige så vigtig som skabelsen af den²⁴⁶.

Gevinstmekanismen har det formål, at den fordeler risiko og skaber incitamenter for parterne til at deltage i samarbejdet. En ex ante kontraktindgåelse aftalt fordeling af gevinsten kan ved starten af samarbejdet give de rette incitamenter til at deltage aktivt. Uforudsete hændelser kan dog bevirke, at den kontrakt, der virkede optimal ex ante, ikke længere er attraktivt for parterne at deltage i. Baggrundsretten opstiller en række retsfigurer til at håndtere disse efterfølgende omstændigheder. Ligeledes giver aftalefriheden mulighed for, at parterne kan udforme klausuler, der fordrer genforhandling.

Partneringaftalen pålægger parterne at handle fællesoptimerende. I det følgende undersøges det, hvorvidt de forskellige typer af gevinstklausuler påvirker parterne i et innovativt samarbejde, samt hvorvidt det er muligt at få egenoptimerende parter til at handle fællesoptimerende. Det undersøges, hvorvidt de retsfigurer, der findes i baggrundsretten, er egnet til at håndtere de udsving, der eventuelt måtte ramme samarbejdet, eller om parterne må ty til en udformning af en genforhandlingsklausul. En kvalificering af gevinstfordelingen tager udgangspunkt i Brousseaus fjerde mekanisme.

²⁴⁵ Ménard, Claude, 'The Economics of Hybrid Organizations', 2004, s. 363

²⁴⁶ Ibid.

7.2 Brousseaus fire gevinstklausuler

Ifølge Brousseau består problemet med udformning af gevinstmekanismen i, at parterne ex ante skal fordele en gevinst, hvis størrelse er usikker²⁴⁷. Ofte så usikker, at en investering i samarbejdet får karakter af hasard. Valget mellem de fire typer af klausuler sker ifølge Brousseau på baggrund af den ønskede fordeling af risikoen, og på baggrund af de incitamenter som skal påvirke parterne²⁴⁸. Brousseau foreslår følgende fire klausuler til udformningen af gevinstmekanismen. Han opdelser klausulerne i to grupper efter, hvordan de fordeler risikoen. De to første klausuler baserer gevinstdelingen på outputtet. Det vil sige, at risikoen bæres af begge parter.

- 1) Den første klausul fordeler gevinsten efter det bidrag, som den enkelte part yder til samarbejdet. Hver part aflønnes herefter for deres marginale produktivitet (alternativ 1)
- 2) Den anden klausul fordeler gevinsten efter en fordelingsnøgle, der er fastsat ex ante. Parternes bidrag til projektet er ikke nødvendigvis afgørende for fordelingsnøglen (alternativ 2)

De næste to klausuler placerer risikoen hos en part. Disse to klausuler kommer derved mere til at fungere som en aflønningsmekanisme i stedet for en gevinstdelingsmekanisme.

- 3) Den ene part aflønner den anden med en ex ante fastsat sum, der ikke afhænger af input eller værdien af output (alternativ 3)
- 4) Den ene part aflønner den anden part på baggrund af brug. Det vil sige, at parten betaler ex post ud fra en ex ante fastsat time eller mængdesats (alternativ 4)

De fire oplyste klausuler bygger alle på, at fordelingen af kvasirenten sker på baggrund af en ex ante beslutning. Ingen af de nævnte klausuler nævner den mulighed, at fordelingen kan genforhandles. De forskellige klausuler vil have forskellig virkning på samarbejdet afhængig af samarbejdets karakter herunder graden af usikkerhed. I kapitel 2 blev BYG og CIFI-modellens incitamentsklausul beskrevet. De bygger på, at parterne deler de gevinster, der er i samarbejdet. Det er derfor kun de første to klausuler, der er af interesse, når partnering vælges som implementeringsform. Dermed ikke sagt at en partnering aftale ikke har et element, hvor den ene part aflønnes efter en fast time- eller mængdesats eller ud fra en sum. Dette vil sikkert være tilfældet inden for entreprise, hvor rådgivere og arkitekter aflønnes på denne måde. Er partnering valgt, vil der være en incitamentsklausul, så parterne modtager en andel af gevinsten og dermed har motivation til at yde mere.

²⁴⁷ Brousseau, Eric, 'Contracts as Modular Mechanisms: Some Propositions for the Study of "Hybrid Forms"', 1995, 416

²⁴⁸ Ibid.

I det følgende afsnit diskuteres det, hvordan hver af disse klausuler påvirker det innovative samarbejde. Der startes med alternativ 3 og 4, da disse ikke er typiske for partneringaftaler, og derfor er af mindre betydning for analysen af partnering som implementeringsform for det innovative samarbejde.

7.3 Brousseaus to aflønningsklausuler

Brousseau beskriver alternativ 3 og 4 som typiske ansættelseskontrakter²⁴⁹, hvoraf den første svarer til, at den ansatte aflønnes med en fast månedlig gage, og den anden aflønnes på timebasis. Incitamenterne i denne type kontrakter svarer til dem i Williamsons hierarki. Incitamenterne er her "[...] *flat or low powered*"²⁵⁰. En ekstra indsats af den ansatte eller agenten vil ikke have effekt på den løn, som vedkommende modtager. Den ene part, som ikke bærer risikoen, aflønnes dermed på baggrund af vedkommendes adfærd. Fordelen ved disse aflønningsformer er, at den er tilpasningsvenlig. Chefen eller principalen kan, hvis der er behov herfor, ændre på arbejdsgangen. Der vil ikke være en diskussion om, hvordan dette medfører en ændring i delingen af gevinsten.

Det er selvfølgelig muligt at anvende denne aflønningsform eller gevinstdeling på innovative samarbejder. Samarbejdet vil så under alle omstændigheder ikke have noget med partnering at gøre længere, da en deling af den merværdi, der skabes, ikke vil finde sted. Samarbejdet vil dog mere få karakter af et kunde- eller konsulentforhold, eller et forhold, hvor den ene part betaler for en licens, hvor vedkommende får ret til at anvende en teknologi. Den part, der ikke bærer en del af risikoen, vil kun have incitament til at yde en ekstra indsats, hvis der er tale om gentagende arbejder. Kontrakten vil i så fald være karakteriseret som en typisk markedskontrakt. Rammes samarbejdet af en uforudset hændelse, for eksempel en situation, hvor der kræves mere arbejde af en part, vil en aflønning af parten efter alternativ 3 være mere optimal. Her ligger den part, der modtager aflønningen, eventuelt nogle ekstra timer i projektet og bliver aflønnet herefter.

Er enten klausul 3 eller 4 en del af en kontrakt, der danner rammen om et innovativt samarbejde, vil den ene part ikke have incitament til at give oplysninger om strategisk vigtig information, eller information, der kan forbedre produktet og skabe en merværdi eller kvasirente. De to klausuler ses derfor ikke som et alternativ til deling af gevinsten i et samarbejde, hvor to parter sammen skal udvikle et nyt produkt eller skabe en anderledes eller bedre ydelse.

²⁴⁹ Brousseau, Eric, 'Contracts as Modular Mechanisms: Some Propositions for the Study of "Hybrid Forms"', 1995, 416

²⁵⁰ Williamson, Oliver, E. 'Comparative Economic Organization: The analysis of Discrete Structural Alternatives', 1991, s. 274

Forholdet i denne typer samarbejde vil være meget præget af den i kapitel 3 beskrevet *moral hazard*, hvor den ene part vil have incitament til *shirking* – det vil sige at skulke. Den part, der ikke bærer noget af risikoen og alene modtager aflønningen, vil eventuelt udnytte den private information og ikke bidrage til samarbejdet. Var parterne ikke begrænset rationelle, vil disse problemer ikke opstå. Den ene part vil i så fald være i stand til at aflønne den anden part ud fra det bidrag, som vedkommende yder. I sådan situation vil klausul 3 og 4 være lig klausul 1.

7.3.1 Brousseaus 1. alternativ – gevinsten deles på grundlag af den marginale produktivitet

Den første klausul svarer ifølge Brousseau til den måde, hvorpå parterne aflønnes på et marked med perfekt konkurrence²⁵¹. Markedets effektive og fleksible prismekanisme gør, at parterne kan dele gevinsten ud fra de bidrag, parterne hver især yder. Klausulen må derfor betragtes som det bedste alternativ. Den giver parterne incitament til at give mere til samarbejdet. Det vil sige i et innovativt samarbejde, vil parterne have incitament til at videregive vigtig og strategisk information.

Skal denne klausul fungere optimalt, må det antages, at parterne ikke er begrænset rationelle. Eller at ydelsen der udveksles er så simpel, at parterne nemt kan gennemskue dens egenskaber – det vil sige, at der ikke foreligger asymmetrisk information. Er der en lav grad af usikkerhed vedrørende ydelsen, er dens kvalitet nem at måle, og er det muligt at observere og verificere de enkelte parter bidrag, vil en klausul, der aflønner efter den marginale produktivitet, være optimal. Er ydelsen der udveksles derimod præget af usikkerhed, vil den klausul, der aflønner efter det bidrag parten yder, være knap så optimal. Som Alchian og Demsetz nævner, så er det muligt at måle det output teamet præsterer, men det er ofte meget svært eller umuligt at måle hvert enkelt teammedlems bidrag²⁵². En sandhed der må være gældende i et innovativt samarbejde. Det er muligt at måle det antal timer, der er lagt i projektet. Men det er svært at afgøre, hvilken virksomheds viden, der har bidraget mest til den nye eller forbedrede ydelse. Samtidigt er det som beskrevet ovenfor ikke muligt at måle værdien af den viden, som virksomhederne opnår, men som ikke anvendes på det fælles projekt, men derimod på andre projekter.

En anerkendelse af, at det i partneringsamarbejdet sjældent lader sig afgøre, hvilken deltagers viden eller kompetencer, der har opnået et resultat, ses i BYG's incitamentsaftale i pkt. 6.4. Efter denne bestemmelse opnår hver deltager i partneringaftalen en økonomisk gevinst, hvis der opnås besparelse i forhold til det forud kalkulerede budget. Ingen af parterne præmieres på basis af de forslag, de

²⁵¹ Brousseau, Eric, 'Contracts as Modular Mechanisms: Some Propositions for the Study of "Hybrid Forms"', 1995, 416

²⁵² Alchian, Armen A. og Demsetz, Harold, 'Production, Information Costs, and Economic Organization', 1972, s. 778

kommer med, og der findes i aftalen ingen anden bonusbestemmelse. Gevinsten ved besparelsen fordeles efter en ex ante fastsat nøgle. Dette bygger muligvis på en erkendelse af, at en part, for eksempel bygherre eller arkitekt, kommer med en idé til besparelse, men det er entreprenøren, der udfører opgaven. Der vil derfor være en usikkerhed om, hvem der egentlig skal krediteres for besparelsen. Incitamentsklausulen i BYG minder derfor mere om Brousseaus anden gevinstklausul.

7.3.2 Brousseaus 2. alternativ – en ex ante fordeling af gevinsten

Brousseaus anden klausul er en ex ante fastsættelse af gevinstdelingen. Parterne vil herefter opnå en aftalt procentsats af en besparelse, som det ses i BYG's incitamentsklausul nævnt ovenfor. Eller parterne vil opnå en aftalt procentdel af et salg, som det ses i CIFI-modellen. Efter CIFI-modellen § 9 tildeles virksomheden IP-rettighederne til opgaven, hvorimod universitetsforskeren bliver tildelt en procentdel af værdien ved rettighederne. Der er i CIFI-modellen ingen bonus, hvis forskeren deltager mere end forventet.

I CIFI-modellen er der en accept af, at parterne kan opnå en værdi af samarbejdet, som ikke kommer direkte til udtryk i det fælles resultat. Dette udtrykkes ved, at CIFI-modellen § 8 fastslår, at *"Parterne anerkender at de har forskelligt økonomisk afkast af projektet"*. Parterne er dermed fuld forstående overfor, at den anden part vil kunne tilegne sig knowhow fra samarbejdet og erfaring og kapitalisere på dette. En fuldstændig fordeling af gevinsten af samarbejdet vil da heller aldrig være mulig. Det vil kræve, at parterne er i stand til at værdiansætte den knowhow, som selskaberne opnår igennem samarbejdet.

Parterne i CIFI-modellen med en kontrakt indeholdende Brousseaus anden klausul vil have incitament til at deltage og yde en ekstra indsats. Begge parter profit er forbundet til projektets succes. Er det innovative samarbejdes mål at udvikle og markedsføre et nyt produkt, vil en ekstra indsats øge chancen for, at omsætningen stiger. Kræver en uforudset hændelse, at alle parter yde en mere eller mindre lige stor ekstra indsats, vil den ex ante aftalte fordeling ikke volde nogle problemer.

Der kan dog opstå en situation, hvor der er behov for, at en af parterne skal yde ekstra i forhold til den anden. Dette eventuelt på grund af, at det viser sig, at det er medarbejderne hos den ene part, der besidder den viden, der skal til for at gøre projektet til en succes. Denne part må så investere flere arbejdstimer i projektet, det vil sige foretage flere humanaktivespecifikke investeringer end antaget før kontraktindgåelsen. Er der kun behov for en lille ekstra indsats, hvilket vil sige, at udsvinget er begrænset, vil parten muligvis yde den ekstra indsats. Det vil muligvis ikke have en stor indflydelse på forholdet mellem denne parts gevinst og omkostninger. Vedkommende vil stadigvæk

være tilfreds med samarbejdet, som det er. Men er der behov for, at en part foretager en betydelig ekstra investering i humanspecifikke aktiver, eller stiller andre ressourcer til rådighed, vil vedkommende også kræve en større andel af gevinsten. Den part der skal yde mere, vil så enten forlange en omfordeling, eller vedkommende vil slet ikke fortage den ekstra investering eller indsats. Samarbejdet risikerer dermed at falde fra hinanden eller blive mindre succesfuld end forventet ved indgåelse af aftalen.

7.4 Hybriden, kontraktretten og usikkerhed

Den eksogene usikkerhed, der omgiver aftaleforholdet, kan tage to former. Den ene kommer i form af større udsving og den anden i form af flere små udsving. Er usikkerheden nærværende i form af store udsving, vil dette sætte store krav til den tilpasningsevne, hybriden – eller det innovative samarbejde – har²⁵³. En tilpasningsevne der blandt andet afhænger af baggrundsretten.

Williamson betegner den kontraktret – det vil sige baggrundsretten – der støtter hybriden, som *neoklassisk*²⁵⁴. Den neoklassiske kontraktret er i modsætning til den *klassiske* kontraktret, som støtter markedskontrakten, overbærende. Det vil sige, at den tillader ændringer i kontrakten som følge af usikkerheden og uforudsete hændelser. Efficiente tilpasninger af kontrakten kan dermed blive foretaget, så nye muligheder kan udnyttes, og trusler kan afværges.

En ex ante fordeling uden mulighed for ændring medfører mindre muligheder for, at en opportunistisk part kan søge at appropriere dele af kvasirenten via et hold-up. Er der ikke mulighed for, at parterne kan ændre på ydelserne for at tilpasse samarbejdet, risikerer samarbejdet at fejle, da der er manglende incitamenter til at deltage. Det bør undersøges om baggrundsretten tillader ændringer, men samtidig ikke så uforudsigelig, at den giver mulighed for hold-up.

7.5 Baggrundsrettens omfordeling af gevinst og risiko

Hovedreglen er *pacta sunt servanda* – aftaler skal holdes. Udgangspunktet er dermed, at aftaler ikke ændres, hvis små eller store udsving medfører en forskydning i balancen mellem indsats og gevinst. Udgangspunktet modificeres dog, enten ved at parten i aftalen efterfølgende giver samtykke til en ændring i kontrakten, eller via regler der kan anvendes, uden begge parter giver samtykke.

Reglerne findes i obligationsrettens almindelige del. De fleste af dem er ikke lovfæstede grundsætninger udviklet gennem retspraksis. En af de få regler der er kodificeret i lov er aftaleloven § 36.

²⁵³ Ménard, Claude, 'The Economics of Hybrid Organizations', 2004, s. 359

²⁵⁴ Williamson, Oliver, 'Comparative Economic Organization: The Analysis of Discrete Structural Alternative', 1991, s. 271

7.5.1 Aftaleloven § 36

Aftaleloven § 36 blev indført i dansk ret i 1975. Baggrunden for bestemmelsen var ved implementeringen at modvirke skadelig økonomisk virksomhed²⁵⁵. Her blev bestemmelsen anset som en ugyldighedsregel. Bestemmelsen blev ændret i 1994²⁵⁶, hvorefter det ifølge aftaleloven § 36, stk. 1 nu blev muligt at ændre eller tilsidesætte en aftale helt eller delvist.

Bestemmelsen betegnes som den store generalklausul²⁵⁷. Reglen er en rimelighedsnorm, idet kravet for at tilsidesætte eller ændre aftalen er, at *”det vil være urimeligt eller i strid med rimelig handle-måde at gøre den [aftalen] gældende”* jf. aftaleloven § 36, stk. 1. Efter aftaleloven § 36, stk. 2 fremgår det, at ved vurderingen af aftalen skal der tages hensyn til forholdene ved aftalens indgåelse, aftalens indhold og senere indtrufne omstændigheder. Bestemmelsen synes derfor anvendelig til at håndtere udsving ex post kontraktindgåelsen.

Begreberne redelig *handlemåde* og *urimelighed* er brede. Det er derfra, at bestemmelsen har fået betegnelsen generalklausul. Det ses da også, at bestemmelsen bliver forsøgt anvendt som løftestang til at tilsidesætte en lang række forskellige aftalevilkår. Hvad der skal forstås ved urimeligt eller i strid med redelig handlemåde, er det centrale i aftaleloven § 36, da dette er afgørende for anvendelsen af bestemmelsen. Forarbejderne til aftaleloven § 36 ved dens fremkomst i 1975 havde særligt fokus på anvendelsen i forhold til forbrugerbeskyttelse. Bestemmelsens anvendelse var dog ikke begrænset til beskyttelse af forbrugere, men også til beskyttelse af *andre*, som måtte være i en situation, hvor den anden part misbruger sin overlegne stilling til at skaffe sig fordele, der ensidigt tjener denne parts interesser²⁵⁸. Betegnelsen ”andre” omfatter erhvervsdrivende. Hvad der forstås ved urimelig er en konkret vurdering, som tager udgangspunkt i, hvad der må forstås som almindelig forretningsskik²⁵⁹. Dette medfører, at betegnelsen urimelig er en dynamisk norm, der ændrer sig med tiden.

I de fyrré år aftaleloven § 36 har været en del af dansk ret, er en betydelig retspraksis vedrørende dens anvendelse blevet opbygget. Retsspraksis kan hjælpe med at præcisere, hvad der skal forstås

²⁵⁵ Forslag til lov 1975-01-28 nr. 42, Forslag til lov om ændring af borgerlig straffelov, aftaleloven mv., bemærkninger til de enkelte bestemmelser, § 2

²⁵⁶ Lov 1994-12-21 nr 1098 om ændring af lov om aftaler og andre retshandler på formuerettens område og visse andre love (Urimelige aftalevilkår i visse forbrugerftaler m.v.)

²⁵⁷ Andersen, Lennart Lyngé & Madsen, Palle Bo, 'Aftaler og Mellemmænd', 2012, s. 198

²⁵⁸ Andersen, Lennart Lyngé & Madsen, Palle Bo, 'Aftaler og Mellemmænd', 2012, s. 201

²⁵⁹ Andersen, Lennart Lyngé & Madsen, Palle Bo, 'Aftaler og Mellemmænd', 2012, s. 198

som urimeligt. Bestemmelsen har for eksempel været brugt til at nedsætte en bodsbestemmelse²⁶⁰. Den har også været brugt til at skærpe en parts forpligtelse jf. U2004.2518V²⁶¹. I dommen var lejen af et landbrugsareal efter ældre aftale fastsat til en nutidsværdi på ca. 10 kr. Udlejeren havde årligt udlejet ejendommen for 8.000 kroner, hvorefter Vestre Landsret med hjemmel i § 36 fastsatte lejen til 8.000 kr. Landsretten udtalte, at lejebeløbets størrelse var urimelig lavt. Bestemmelsen synes derfor ikke bare anvendelig i situationer, hvor forhold udvikler sig mere byrdefuldt end forventet, men også i situationer, hvor der opstår en uset gevinst. Anden praksis rykker dog ved denne opfattelse.

Tintin-dommen²⁶² illustrerer bestemmelsens anvendelse i situationer, hvor en ikke forventet gevinst opstår. Jørgen Sonnergaard oversatte for Forlaget Carlsen A/S Tintin-hæfter til dansk og blev honoreret pr. side. Aftalen var mundtlig og ved oversætterens fratrædelse i 1975 blev der udarbejdet en skrivelse, hvor opgøret mellem parterne og de fremtidige gevinstmuligheder blev opgjort. Skrivelsen blev ikke underskrevet, og der var uenighed om dens varighed. Fra starten af 1970'erne blev der trykt nye oplag af tegneserien, der oplevede en vild popularitet. Jørgen Sonnergaard blev ikke efterfølgende honoreret og endte med at anlægge sag og påberåbte sig betaling for efterfølgende udgivelser, der var identiske med hans oprindelige oversættelser. Landsretten lagde til grund, at aftalen var udtryk for almindelig praksis ved oversættelsesaftaler og fandt ikke grundlag for at tilsidesætte aftalen efter aftalelovens § 36. Højesteret tiltrådte Østre Landsrets anførte grunde og tilføjede, at Jørgen Sonnergaard måtte have været klar over, at der lå en gevinstmulighed ved stigningen i oplag, og at han derved ikke havde gjort indsigelser mod fordelingen deraf. Jørgen Sonnergaard måtte acceptere de oprindelige aftalte vilkår.

Pandora-dommen²⁶³ omhandler en indgået royaltyaftale mellem Lise Aagaard Copenhagen A/S (Lise Aagaard) og Pandora Production Co. Ltd. (Pandora). Dommen er et godt eksempel på anvendelse af aftaleloven § 36 i erhvervsforhold. Pandora indgik en royaltyaftale med Lise Aagaard, hvorefter denne skulle producere glasperler til Pandora. Af royaltyaftalen fremgik det, at Pandora betalte en royalty til Lise Aagaard på 12,5% af Pandoras samlede nettoomsætning af glasperler. Aftalen var uopsigelig i 20 år, og efterfølgende kunne aftalen opsiges med 5 års varsel. Pandora

²⁶⁰ Se hertil U2004.2400H. Her nedsatte Højesteret med hjemmel i § 36 forskellige konventionalbøder, som parterne havde aftalt på grund af forsinkelse

²⁶¹ Højesterets dom af 2. september 2004 sag 437/2002, Intercargo Coldstores Holding A/S, Intercargo Coldstores A/S og Stig Nielsen mod Transport Administration A/S under konkurs, Intercargo Scandinavia A/S og Knud Jørgensen

²⁶² U2003.23H, Højesterets dom af 8. oktober 2012 sag 135/2001. Jørgen Sonnergaard mod Forlaget Carlsen A/S

²⁶³ U2012.3007H, Højesterets dom af 28. juni 2012 i sag 123/2010. Lise Aagaard Copenhagen A/S mod Pandora Production Co. Ltd.

ønskede at komme ud af royaltyaftalen med Lise Aagaard. Pandora påberåbte sig blandt andet aftaleloven § 36 ud fra den betragtning, at Lise Aagaards modydelse ikke svarede til den royaltybetaling, som Lise Aagaard modtog. Højesteret gav ikke Pandora medhold i, at aftalens bestemmelse om størrelsen af royaltybetalingen skulle tilsidesættes helt eller delvist. Højesteret lagde til grund, royaltyaftalen blev indgået mellem erhvervsdrivende parter og som et resultat af deres forretningsmæssige risici og økonomiske overvejelser. Der var heller ikke indtruffet omstændigheder der gjorde bestemmelsen urimelig, hvorefter den blev opretholdt.

Aftaleloven § 36 er ex post en mulighed for at ændre eller tilsidesætte en aftale. Ud fra Tintindommen og Pandoradommen kan det udledes, at bestemmelsen ikke er særlig anvendelig som justeringsmekanisme, hvad angår pris og gevinst. De to afgørelser kan læses som et udtryk for, at Højesteret ikke mener, at aftaleloven § 36 kan påberåbes til at ændre den risikofordeling, som parterne foretog ex ante. I begge domme havde parterne, ifølge Højesteret, bevidst handlet om og accepteret risikoen på forhånd. Den part, der udsættes for tab eller manglende gevinst, kan derfor ikke bruge § 36 til at ændre den oprindelige fordeling af risiko og gevinst. Det var især et springende punkt i Pandoradommen, hvor der endvidere blev lagt vægt på, at der var tale om to erhvervsdrivende. Pandora måtte ifølge Højesteret derfor være bevidst om risikoen. Højesteret synes dermed at udtale, at den begrænsede rationalitet, som det opfattes i transaktionsomkostningsteorien ikke er en undskyldning hos erhvervsdrivende.

Det er kendetegnende ved dommene, at der var sket udveksling af ydelser. Den part der mente, at balancen var forrykket, påberåbte dette efter en længere årrække. I Tintindommen udtalte Højesteret, at Jørgen Sonnergaard ikke havde gjort nogen indsigelse eller krav om et større honorar, da udviklingen i oplag steg betragteligt. Man kan tage til indtægt, at Højesteret har ment, at man ikke bare kan afvente med at påberåbe sig, at forholdene har udviklet sig ugunstigt. I forhold til Pandoradommen anvendte Højesteret samme argumentation og pointerede, at der heller ikke var indtruffet senere omstændigheder, der gjorde honoreringen til Lise Aagaard urimelig. Dette kan forhindre, at en opportunistisk part efterfølgende kan komme og forlange en ekstra del af genvinsten. En anvendelse af bestemmelsen til et hold-up synes dermed ikke muligt. Aftaleloven § 36 synes umiddelbart at være fleksibel og egnet til at håndtere de efterfølgende omstændigheder, men Tintindommen og Pandoradommen begrænser dens anvendelse i erhvervsforhold væsentligt.

7.5.2 Forudsætningslæren

Forudsætningslæren er ikke lovfæstet, det er en grundsætning udviklet i retspraksis. Aftaleloven § 36 har begrænset anvendelsen af forudsætningslæren, men den har dog ikke mistet sin betydning²⁶⁴. Forudsætningslæren bringes i spil, når en løftegiver ønsker at få korrigeret løftet²⁶⁵. Enten fordi forudsætningerne, som løftet byggede på, var urigtige, eller fordi de har udviklet sig på en anden måde, end løftegiveren havde regnet med. Forudsætningslæren kan uden tvivl anvendes til at tilsidesætte en aftale og til at justere den i nedadgående retning, så den bliver mindre byrdefuld²⁶⁶. Det er mere omdiskuteret og usikkert, om reglen kan skærpe en forpligtelse.

Kriterierne for at påberåbe sig forudsætningslæren er, at den urigtige eller bristede forudsætning skal være væsentlig, kendelig og relevant²⁶⁷. Væsentlighed eller bestemmende betyder, at løftegiver ikke ville have afgivet løftet, hvis han var klar over, hvordan forholdene efterfølgende udviklede sig²⁶⁸. Kendelig vedrører medkontrahenten, som burde have indset forudsætningen. Det omfatter både bevidste og ubevidste forudsætninger, men må afgrænses over for, hvad løftegiveren slet ikke havde været klar over på forhånd. Ved relevans er det et risikospørgsmål, om risikoen for at forudsætningen svigter skal pålægges medkontrahenten og ikke løftegiver.

Som et eksempel på domstolenes anvendelse af forudsætningslæren kan Højesterets afgørelse i U1996.1625H²⁶⁹ anvendes. I den nævnte sag optog entreprenøren Højgaard og Schultz sammen med Andelsboligforeningen Torstorp et lån på 440.000 kroner. Lånet skulle bruges til finansiering af en del af et anlægsprojekt om opførelse af offentlig støttede andelsboliger. Høje-Taastrup Kommune, som havde givet tilsagn om støtte til projektet, nægtede efter opførelsen af projektet, at yde støtte til indfrielse af lånet. Andelsboligforeningen krævede af Højgaard & Schultz, at de skulle indfri lånet og holde foreningen skadesløs. Ved Højesteret fik foreningen medhold. Domstolen udtalte, at på baggrund af en økonomioversigt der var udarbejdet på bestilling af Højgaard & Schultz, måtte det stå dem *klart*, at støtten var en helt grundlæggende forudsætning for udførelsen af projektet og optagelse af lånet.

²⁶⁴ Andersen, Lennart Lyng & Madsen, Palle Bo, 'Aftaler og Mellemmand', 2012, s. 223

²⁶⁵ Andersen, Lennart Lyng & Madsen, Palle Bo, 'Aftaler og Mellemmand', 2012, s. 188

²⁶⁶ Andersen, Lennart Lyng & Madsen, Palle Bo, 'Aftaler og Mellemmand', 2012, s. 196

²⁶⁷ Ussing, Henry, 'Aftaler: Paa formuerettens omraade', 1978, s. 457

²⁶⁸ Andersen, Lennart Lyng & Madsen, Palle Bo, 'Aftaler og Mellemmand', 2012, s. 192

²⁶⁹ Højesterets dom af 16. oktober 1996 i sagerne I 142/1994 og I 160/1994, Højgaard & Schultz A/S mod Andelsboligforeningen Torstorp III Biintervenient: Boligfonden Bikuben og Andelsboligforeningen Torstorp III mod Boligfonden Bikuben.

Højesterets afgørelse i Sebastian-dommen²⁷⁰ åbner op for en diskussion af anvendelsen af forudsætningsbetragtninger og spørgsmålet om håndtering af risiko. Sebastian var hyret af Det Kongelige Teater til at komponere musikken til opførelsen af balletten, Dyndkongens Datter. Sebastians honorar var fastsat til 100.000 kr. og efterfølgende som en variabel af antal solgte biletter og opførelser. På grund af interne problemer hos Det Kongelige Teater, fik teateret aldrig opført balletten. Sebastian anlagde retssag med påstand om, at Det Kongelige Teater var forpligtet i henhold til kontrakten at opføre balletten samt yderligere vederlag for den manglende opførelse. Højesterets resultat i dommen hvilede ikke på fortolkningsregler eller udfyldning, men alene ud fra en forudsætningsbetragtning. Højesteret udtalte, at det havde en formodning imod sig, at Sebastian ville have udført arbejdet alene på grundlag af bestillingshonoraret. Den manglende opførelse havde forrykket balancen mellem Sebastians indsats og vederlaget derfor. Højesteret placerede således i sagen risikoen for ballettens manglende opførelse hos Det Kongelige Teater.

Det er værd at lægge mærke til, at Sebastian-dommen ikke bygger på forudsætningslæren, men derimod et forudsætningssynspunkt, hvilket medfører, at Højesterets afgørelse er et resultat af mere eller mindre frie betragtninger. Forudsætningssynspunktet i Sebastian-dommen er muligvis en omfortolkning af forudsætningslæren²⁷¹ og skal derfor ikke nødvendigvis ses som et udtryk for forudsætningslæren. Er dommen udtryk for en anvendelse af forudsætningslæren, må det antages, reglen også kan bruges til at justere en aftale og skærpe en forpligtelse.

Kravet om kendelighed synes at gøre forudsætningslæren uegnet til håndtering af den usikkerhed, der omgiver samarbejdet, samt de uforudsete hændelser der måtte opstå. Anvendelsen af forudsætningslæren afgrænses helt fra anvendelse på omstændigheder, som løftegiver ikke var klar over. Parternes begrænsede rationalitet gør som beskrevet, at de ikke er i stand til at forudse alle mulige hændelser – heller ikke hændelser med store følgevirkninger på samarbejdet. Forudsætningslæren kan dermed nærmest ses som en regel, der udfylder kontrakten med forhold, som parterne kendte til, men som de af flere grunde ikke skrev i kontrakten. Ydermere er der ikke i litteraturen nogen beskrivelse af forudsætningslærens anvendelse i en situation, hvor samarbejdet genererer en større gevinst end forventet. Vil en domstol i anvendelsen af forudsætningslæren være inspireret af Pandora-dommen og betragtningerne om, at parterne havde forhandlet og dermed var bevidste om risiko-

²⁷⁰ U2000.656H, Højesterets dom af 22. december 1999 i sag I 160/1997. Det Kongelige Teater og Kapel mod Knud Christensen (Sebastian) og Edition Wilhelm Hansen A/S

²⁷¹ Andersen, Lennart Lynge & Madsen, Palle Bo, 'Aftaler og Mellemmand', 2012, s. 197

en (og dermed også gevinsten) i samarbejdet, synes anvendelsen af reglen til omfordeling af en uforudset gevinst også utænkelig.

7.5.3 Nærmest til at bære risikoen

Forudsætningslæren inddrager risikospørgsmålet. Ydermere bygger Pandora-dommen på en betragtning om, at parterne burde være bevidste om risikoen. Dommen er dog ikke en illustration af et pulveriseringssynspunktet. Det vil sige, hvem der må anses som nærmest til at bære risikoen. Betragtningen om, hvem der er nærmest til at bære risikoen, er en anden regel, der kan inddrages til håndtering af efterfølgende omstændigheder²⁷².

I Sebastian-dommen blev risikobetragtninger også inddraget. Her udtalte et mindretal af dommerne, at der ikke skulle ske en korrektion af Sebastians honorar. Risikoen for at balletten ikke blev opført havde Sebastian indkalkuleret i det honorar, som han ville modtage pr. opførelse af balletten (pulveriseringssynspunktet). Mindretallet synes derfor at forudsætte, at Sebastian var nærmest til at bære risikoen for, at balletten ikke blev opført.

Domstolen har i flere andre tilfælde behandlet tvister ud fra hvem af kontrahenterne, der ansås for at være nærmest til at bære risikoen. Her forstås, at domstolen har forholdt sig til, at risikoen for en hændelse blev placeret hos den part, der havde lettest ved at reducere risikoen for hændelsens indtræden²⁷³. Har parten for eksempel haft en fagkundskab der gjorde, at vedkommende havde nemmere ved at forudse en hændelse, må denne part kunne betragtes som nærmest til at bære risikoen, eller at parten har været den, der nemmest kan forsikre sig mod en bestemt hændelse. Professor Kim Østergaard har ved sin gennemgang af retspraksis på området vist, at hvis en af parterne er forbrugere, er det ikke nødvendigvis den erhvervsdrivende qua sin fagekspertise, der af domstolen betragtes som nærmest til at bære risikoen²⁷⁴. Det kan i stedet for udledes, at domstolen lægger vægt på princippet om, at aftaler er bindende. En ændring eller tilsidesættelse af en aftale med hjemmel i risikobetragtninger er dermed svært tænkelig.

I et juridisk perspektiv synes begrebet ikke klart udviklet. Derfor kan man ikke opstille generelle betragtninger om, hvilken part, der som udgangspunkt, er nærmest til at bære risikoen²⁷⁵. Den begrænsede udvikling af retsfiguren, og den begrænsede beskrivelse af reglen gør den svær at anvende. Ydermere er princippet om nærmest til at bære risikoen svært at forene med partneringsprincip-

²⁷² Østergaard, Kim, 'Nærmest til at bære risikoen i kontraktretten i et retsøkonomisk perspektiv', 2014

²⁷³ Andersen, Mads Bryde og Lookofsky, Joseph, 'Lærebog i Obligationsret I', 2015, s. 147

²⁷⁴ Østergaard, Kim, 'Nærmest til at bære risikoen i kontraktretten i et retsøkonomisk perspektiv', 2014, s. 160

²⁷⁵ Østergaard, Kim, 'Nærmest til at bære risikoen i kontraktretten i et retsøkonomisk perspektiv', 2014, s. 140

perne. Når et samarbejde bygger på et princip om fællesoptimering, må dette også betyde en fælles deling af risiko. Dette synes ikke forenelig med en betragtning om, at en part skal bære mere af risikoen end modparten. Ydermere bygger det innovative samarbejde på udvikling af en ny eller anderledes ydelse. Ingen af parterne ved med sikkerhed, hvordan udviklingen skal tilrettelægges – på grund af den begrænsede rationalitet. Ingen af parterne vil dermed kunne forudse niveauet af humanspecifikke investeringer. Samarbejdet bygger på viden fra begge parter, det må derfor være svært at afgøre, hvem der er *nærmest* til at bære risikoen. Denne retsfigur kan dermed ikke betragtes som brugbar til at håndtere udsving i et innovativt samarbejde – og slet ikke hvis implementeringsformen er partnering.

7.5.4 Force majeure

Den sidste af baggrundsrettens regler til håndtering af efterfølgende omstændigheder, der beskrives, er *force majeure*. Det er ikke ualmindeligt, at en kontrakt indeholder bestemmelser om force majeure²⁷⁶. Reglerne om force majeure skal ikke være inkorporeret i kontrakten for at få virkning på et aftaleforhold. Det er en regel, der findes i baggrundsretten blandt andet i købeloven. Købeloven § 24 fastlår, at en genussælger ikke skal svare skadeserstatning '*ved hædelig undergang af alle genstande af den art eller det parti, købet angår, ved krig, indførselsforbud eller lignende.*' Det vil sige, at der foreligger en force majeure-situation, når det er fysisk umuligt at levere varen²⁷⁷. Force majeure-reglen er en del af den almindelige obligationsret²⁷⁸, hvilket blandt andet ses af Sebastiandommen, der er nævnt ovenfor. I den nævnte sag var der ganske vist ikke tale om en force majeure-situation, men Højesteret lader til at anerkende, at reglen findes anvendelig også for ydelser, der ikke er omfattet af købeloven.

Force majeure-begrebet læner sig op ad det grundlæggende retsprincip *impossibilia nulla est obligatio*, hvorefter ingen kan forpligtes til at gøre det umulige²⁷⁹. Hvad der forstås ved det umulige, er ikke let at afgøre. Det afhænger af hvilke ressourcer, den forpligtede kan og bør afsætte for at opnå den forventede tilstand. For eksempel var en opsigelse fra en koreograf ikke tilstrækkelig i Sebastiandommen. I et partneringsamarbejde og særligt i et innovativt samarbejde, hvor personer med de rette kompetencer er vigtige, kan det være tænkeligt, at en part på grund af en opsigelse fra en for samarbejdet essentiel medarbejder, ville søge at slippe for sine forpligtelser i samarbejdet. En ad-

²⁷⁶ Andersen, Mads Bryde og Lookofsky, Joseph, 'Lærebog i Obligationsret I', 2010, s. 162

²⁷⁷ Andersen, Mads Bryde og Lookofsky, Joseph, 'Lærebog i Obligationsret I', 2010, s. 194

²⁷⁸ Den ses også i obligationsrettens specielle del, for eksempel i Almindelige betingelser for arbejde og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed § 24, stk. 1, nr. 4

²⁷⁹ Andersen, Mads Bryde og Lookofsky, Joseph, 'Lærebog i Obligationsret I', 2010, s. 203

gang der ikke findes i force majeure-reglen jf. Sebastian-dommen. En anden betingelse for anvendelse af force majeure-begrebet er, at parten på forhånd ikke med rimelig sikkerhed kan forudsige situationen²⁸⁰.

Force majeure-begrebet sammenblandes ofte med andre begreber²⁸¹. Retsvirkningerne af begrebet er derfor ikke nemme at fastlægge²⁸². Retsvirkningerne af force majeure i købeloven § 24 er, at parten ikke skal svare erstatning. Force majeure-begrebets fokus på umulighed, må dog betragtes som, at reglen kun finder anvendelse i situationer, hvor samarbejdet helt bringes til ophør. Reglen synes ikke anvendelig på situationer, hvor der skal ske en omfordeling af risiko via en ændring på gevinstklausulen og samarbejdet fortsat skal opretholdes.

7.5.5 Generelt om baggrundsrettens anvendelighed til omfordeling af gevinst og risiko

De fire gennemgåede regler er ikke nyttige værktøjer til ændringshåndtering ex post. Ex post vil parterne have svært ved at få tilsidesat gevinstbestemmelser i en aftale, dersom fremtiden udvikle sig anderledes end forventet.

Ved at påberåbe sig de redskaber der findes i baggrundsretten, tager man en væsentlig standpunktsrisiko. Får man ikke medhold, risikerer man at måtte svare erstatning for misligholdelse af aftalen. Det fremgik ovenfor af retspraksis, at baggrundsrettens værktøjer ikke anvendes stringent²⁸³. Det er dermed ikke klart, hvordan retssagen falder ud. Sebastian-dommens anvendelse af et forudsætnings synspunkt giver indtryk af en anvendelse af friere betragtninger frem for en stringent anvendelse af retsregler såsom forudsætningslæren. En usikkerhed om reglernes endelige anvendelse gør dem næsten ubrugelige. Uenighed mellem parterne om deres tolkning og en subsumption af hændelsen er ikke utænkelig. Dette kan medføre langstrakte forhandlinger og et muligt ophør af samarbejdet.

Tintin-dommen og Pandora-dommen er klare eksempler på, at der skal meget til at ændre på en længerevarende aftale, når parterne har præsteret sine ydelser og først efter længere tid ønsket at ændre på aftalen. Det begrænser selvsagt anvendelsen af aftaleloven § 36. Generelt synes det også at være sjældent, at aftaler ændres eller tilsidesættes.

²⁸⁰ Edlund, Hans Henrik, *'Udtræden eller tilpasning af langvarige erhvervskontrakter'*, 2006, s. 3

²⁸¹ For eksempel hardship, der beskrives nedenfor i afsnit 7.7.2

²⁸² Edlund, Hans Henrik, *'Udtræden eller tilpasning af langvarige erhvervskontrakter'*, 2006, s. 3

²⁸³ Edlund, Hans Henrik, *'Udtræden eller tilpasning af langvarige erhvervskontrakter'*, 2006, s. 4

Ud fra en samlet betragtning kan det konkluderes, at baggrundsrettens håndtering af efterfølgende omstændigheder, sjældent (hvis ikke aldrig) vil føre til en omfordeling af gevinst og risiko. At sætte sin lid til de udfyldende regler i baggrundsretten vil ikke være optimalt.

Parterne bør derfor ved forhandling af aftalen tage stilling til justeringsmekanismer, hvad angår gevinst og risiko. Det åbner for ex post transaktionsomkostninger, men det giver mulighed for ændring i fordeling af gevinst, så den giver parterne incitament til at deltage i samarbejdet. Det kan eksempelvis ske ved ex ante at have indsat justeringsklausuler, hvor konkrete identificerede omstændigheder skal medføre en ret til ændring af kontrakten.

7.6 Ex post fordeling af gevinst og risiko – betragtninger om gevinstjusteringsmekanismen

Brousseaus fire klausuler fastsætter fordelingen af kvasirenten ex ante. Selvom Brousseau har beskrevet muligheden for, at forpligtelser kan ændres i løbet af kontraktens levetid, har han ikke beskrevet klausuler, der giver mulighed for at ændre på prisen ex post kontraktindgåelsen. Hverken automatisk eller via genforhandling. Alternativ 1 åbner for en ex post ændring af pris, denne forudsætter dog, at den marginale ændring er observerbar. Hvilket sjældent, hvis ikke aldrig, er muligt. Særligt hvis forbedringerne bygger på humanspecifikke investeringer.

Det ses ofte, at længerevarende kontrakter indeholder bestemmelser, der ændrer fordelingen af gevinsten²⁸⁴. Disse bestemmelser varierer fra en bestemmelse, hvor prisen eller aflønningen reguleres efter et fastsat indeks, til en klausul, hvor genforhandling af gevinst efter en vag beskrevet procedure. Metoderne til regulering af gevinstdelingen kan ifølge Crocker og Masten opdeles i to grupper²⁸⁵. Den første gruppe omfatter de former for klausuler, der fastætter prisen via en formel eller et indeks. Den meste rigide form er typisk, hvor en aflønning stiger med x% om året. En anden form foreskriver, at aflønningen stiger med en sats, såsom et markeds- eller et forbrugerindeks. Alle klausuler i den første gruppe bygger på en ex ante aftalt klausul, der ikke kan genforhandles. Den anden gruppe af klausuler indeholder muligheder for genforhandling²⁸⁶. Disse kan variere fra klausuler, der fastætter en bestemt procedure for forhandlingerne til aftaler, hvor ingen procedurer er vedtaget. Fælles for alle klausuler i denne gruppe er dog, at de er en del af en bindende aftale, men

²⁸⁴ Crocker, Keith J., og Masten, Scott E., 'Pretia ex machina? Prices and Process in Long-Term Contracts', 1991, s. 71

²⁸⁵ Crocker, Keith J., og Masten, Scott E., 'Pretia ex machina? Prices and Process in Long-Term Contracts', 1991, s. 75

²⁸⁶ Crocker, Keith J., og Masten, Scott E., 'Pretia ex machina? Prices and Process in Long-Term Contracts', 1991, s. 76

parterne under udformningen af aftalen bevidst har udskudt fastsættelsen af prisen eller fordelingen af gevinsten, til efter projektet er igangsat, eller efter parterne er begyndt at udveksle ydelser.

Selvom en indeksering af prisen medfører en ex post regulering af prisen, bygger ændringen af prisen på et indeks, som parterne ex ante har bestemt skal regulere aftalen. En sådan klausul må derfor lide af de samme mangler som de af Brousseaus klausuler, der er beskrevet ovenfor. En indeksering tager ikke højde for en forskydning i forholdet mellem de aktivspecifikke investeringer, som begge parter foretager. Denne type af klausuler giver dermed ikke den ønskede fleksibilitet.

Valget mellem de to typer af klausuler betyder ifølge Crocker og Masten²⁸⁷ et valg mellem fleksibilitet og minimering af risikoen for hold-up. Fleksibilitet giver ifølge de to forfattere muligheden for at tilpasse aftalen til ny information, der kan øge kvasirenten. Er den mulige gevinst, der kan opstå, ved at parterne korrigerer prisen eller fordelingen af gevinsten, større, end de ekstra ex post transaktionsomkostninger, der opstår ved åben forhandling, bør parterne vælge en mekanisme, der giver mulighed for genforhandling. Den klausul der åbner for genforhandling, skal dermed kun give mulighed for forhandling, når gevinsten ved ændringer er tilpas stor. Det vil sige, når de udsving der rammer samarbejdet, er af en tilpas stor størrelse, og når der er givet adgang til genforhandling, bør parterne søge at udforme en proces, der ikke giver en opportunistisk part mulighed for at appropriere kvasirenten.

Ménard fastslår, at der er behov for, at hybridkontrakten kan tilpasses de ændrede omstændigheder²⁸⁸. Han foreslår, at desto større usikkerheden bliver, desto mere er der behov for en central autoritet, der foretager ændringerne. Dette begrænser mulighederne for opportunisme. Er input eller output ikke observerbart, foreslår Ménard, at fordelingen af kvasirenten foretages af en fælles komité. Alternativt kan en (om)fordeling af kvasirenten ske via forhandlingsmekanismer gerne via udpegning af voldgiftsmænd, der har ansvaret for fordelingen.

Den klausul der åbner for en omfordeling af gevinst og risiko, eller en genforhandling af kontrakten, skal være bindende. Når de større udsving kommer, er parterne forpligtet til at genforhandle. Nægter en part, vil det gidsel, den nægtende part har deponeret i medkontrahentens varetægt, være mistet. En genforhandlingsklausul skal, som resten af kontrakten, ofte håndhæves ved hjælp fra en tredjepart. Denne eksterne person skal via fortolkning og udfyldning komme frem til det indhold, parterne ønskede, at klausulen skulle have.

²⁸⁷ Crocker, Keith J., og Masten, Scott E., 'Pretia ex machina? Prices and Process in Long-Term Contracts', 1991, s. 71

²⁸⁸ Ménard, Claude, 'The Economics of Hybrid Organizations', 2004, s. 358

Retslitteraturen vedrørende genforhandlingsklausuler er efterhåndende omfattende, når det kommer til klausuler, der korrigerer for byrdefulde hændelser. Hvorimod den er knap så omfangsrig, når det kommer til klausuler, der giver ret til genforhandling eller fordeling af en uforudset gevinst²⁸⁹. For at mindske usikkerheden med hensyn til forståelsen af klausulen, må udformningen tage udgangspunkt i den eksisterende retslitteratur.

7.7 Kontraktmæssig tilpasning af aftalen

Aftalefriheden gør, at parterne kan fravige baggrundsretten med respekt for præceptive regler, hvorefter kontrakten regulerer de forhold, som baggrundsretten i afsnit 7.5 ikke var gearet til at løse. I stedet kan indsættelse af klausuler, som parterne ex ante har indskrevet i kontrakten være med til at håndtere efterfølgende omstændigheder.

7.7.1 Tilpasning via opsigelse

Opsigelse af kontrakten er en måde at foretage tilpasninger i kontrakten. Opsigelse kan siges at være den kontraktmæssige fremgangsmåde at afslutte aftaleforholdet²⁹⁰. Herefter kan parterne (gen)forhandle en ny kontrakt på plads, der tager højde for de ændrede forhold. Opsigelse er et påbud, der begrænser modtagerens ret til at gøre aftalen gældende²⁹¹. Påbuddet begrænser også den opsigendes ret. Selvom opsigelse er en mulighed for at tilpasse kontrakten, er den langt fra altid den optimale løsning. Er formålet med opsigelse af kontrakten alene en ændring, er metoden meget risikabel. Den opsigende part risikerer ved denne metode at aftaleforholdet ikke længere fortsætter, og udsætter dermed sig selv for et hold-up. Er modparten opportunistisk, vil opsigelsen muligvis gøre det muligt for parten at appropriere dele af kvasirenten. CIFI-modellen og BYG indeholder, som beskrevet i afsnit 6.3.1 muligheden for, at parterne kan opsiges aftalen. Ser en part dog stadigvæk mulighed for at skabe kvasirente via samarbejdet, vil en ændring af aftalen via opsigelse ikke være at anbefale. Dertil er transaktionsomkostningerne for høje.

7.7.2 Adgang til genforhandling af aftalen – særligt om hardship-klausuler

Princippet om pacta sunt servanda medfører, at parterne ikke har ret til genforhandling, hvis ikke der er hjemmel hertil. Anmoder en part derimod om genforhandling, og efterkommer den anden part dette, vil der kunne ske genforhandling af kontraktens rettigheder og pligter. Dette også selvom

²⁸⁹ Østergaard, Kim, 'Strategisk Kontrahering – Efterfølgende omstændigheder', 2016, s. 447

²⁹⁰ Edlund, Hans Henrik, 'Udtræden eller tilpasning af langvarige erhvervskontrakter', 2006, s. 1

²⁹¹ Edlund, Hans Henrik, 'Udtræden eller tilpasning af langvarige erhvervskontrakter', 2006, s. 2

muligheden for genforhandling ikke er beskrevet i kontrakten²⁹². Er intet aftalt, er det næppe muligt at en part kan tvinges til genforhandling, heller ikke med henvisning til den generelle loyalitetsforpligtelse²⁹³.

Det ses mere og mere, at længerevarende aftaler indeholder en hardship-klausul, der giver parterne mulighed for genforhandling. Med *hardship* menes almindeligvis, at situationen har medført, at samarbejdet er blevet væsentligt mere byrdefuldt end antaget ved indgåelse af aftalen²⁹⁴. I dansk ret har begrebet ingen lovfæstet betydning, hvorimod det i international ret er defineret i en række regelsamlinger. For eksempel definerer Unidroit Principles 2010 artikel 6.2.2. hardship som en situation ”[...]the occurrence of events fundamentally alters the equilibrium of the contract either because the cost of a party’s performance has increased or because the value of the performance a party receives has diminished”. Samme bestemmelse fastslår, at hændelsen der forårsager det ændrede forhold, skal være ukendt for den bebyrdede part ved indgåelse af aftalen. Ydermere må hændelsen ikke være af en forventelig karakter, som den bebyrdede part kunne forudse. Endelig skal hændelsen være uden for vedkommendes kontrolsfære. Unidroit beskriver hændelsen abstrakt, og der skal ved situationer, hvor en part ønsker at gøre den gældende, foretages en vurdering. Parterne i aftalen er, ligesom de er frie til vedtage Unidroit Principles eller ej, frie til at ændre på dens bestemmelser eller helt udforme deres egen hardship-klausul. Parterne kan dermed udpege konkrete situationer, hvor der er mulighed for at genforhandle aftalen.

Den ukendte hændelse skal være af vis betydning, for at klausulen om hardship kan anvendes. Ved ganske beskedne udsving vil parterne acceptere eksistensen af en ”bagatelgrænse”, så der kun sker en intern forretningsmæssig tilpasning uden betydning for aftaleforholdet. Det hænger sammen med det ovenfor anførte, at balancen skal være væsentligt forrykket. Hændelsen, der giver ret til genforhandling, skal dog opdages og påberåbes af en part. Den abstrakte version af beskrivelsen af hændelsen der udløser retten til genforhandling, medfører selv sagt en risiko for, at parterne er uenige om, hvornår denne hændelse opstår. Der vil for eksempel kunne opstå uenighed om, at tolkningen af bestemmelsen skal ske udvidende, så den dermed inkluderer langt flere situationer, eller indskrænkende, så den derved fanger langt færre situationer. Der findes ingen dansk retspraksis vedrørende hardship-klausuler. Det vil være nærliggende at søge kilder til tolkningen af hardship-klausuler i den retspraksis, der blandt andet findes vedrørende force majeure. Forskellen på force

²⁹² Hansen, Ole, ‘Det entrepriseretlige hjemmelsproblem – modsætningsforhold eller fællesskab’, 2008, s. 124

²⁹³ Edlund, Hans Henrik, ‘Udtræden eller tilpasning af langvarige erhvervskontrakter’, 2006, s. 4

²⁹⁴ Andersen, Mads Bryde og Lookofsky, Joseph, ‘Lærebog i obligationsret I’, 2010, s. 193

majeure og hardship er dog, at ved force majeure foreligger der en situation, hvor det vil være fysisk muligt at udføre den pågældende ydelse²⁹⁵. Ved hardship menes, at det er byrdefuldt at præstere sin ydelse. Denne praksis er derfor knap så anvendelig.

Fortolkningen af en hardship-klausul indsat i en partneringsaftale bør, som det blev pointeret i kapitel 2, være en gyldighedsfortolkning. Der bør fortolkes i overensstemmelse med opretholdelsen af samarbejdet, når parterne bevidst har valgt partnering som implementeringsmetode. Dette betyder, at retsvirkningerne af klausulen også skal tages med i betragtningen. Retsvirkningerne af hardship er specificeret i selve klausulen. De mulige virkninger er, at aftalen helt eller delvist falder bort, eventuelt efter en mislykket genforhandling, eller den eventuelt tilpasses de nye forhold²⁹⁶. Er virkningen, at aftalen bortfalder, skal klausulen fortolkes indskrænkende, så flere hændelser falder uden for klausulens anvendelsesområde. Der er ved en sådan fortolkning størst mulig chance for at aftalen opretholdes.

Unidroit Principles giver den part, som er belastet af hændelsen, ret til at kræve genforhandling jf. artikel 6.2.3. Denne anmodning skal ske uden ugrundet ophold. Er det ikke muligt at nå til enighed, kan uenigheden bringes for en domstol. Det er vigtigt at bemærke, at Unidroit Principles ikke giver en part, på baggrund af hardship ret til at tilbageholde vedkommendes ydelse jf. artikel 6.2.3. Dette må antages at være udtryk for en regel, der også er en del af den almindelige obligationsret. Iværksætter en part derfor en forhandlingsprocedure, og stopper vedkommende samtidigt med at levere, risikerer vedkommende at blive mødt med en misligholdelsesbeføjelse. Samtidigt har en part kun ret til at bringe en aftale til ophør på grund af en mislykket genforhandling, hvis aftalen hjemler dette. Er en part ikke tilfreds med resultatet af forhandlingerne, er hovedreglen, at parterne fortsat er bundet af aftalen.

I kommentaren til Unidroit Principles fastslås det, at parterne under genforhandlingen er underlagt principperne om '*good faith and fair dealing*'²⁹⁷. Det vil sige, at parterne selvfølgelig skal handle i overensstemmelse med den loyalitetspligt, der er beskrevet i kapitel 2, og som også gælder under forhandling af kontrakten, hvilket medfører, at parterne hvis de foretager en pseudo-forhandling, risikerer at skulle betale erstatning. Den udvidede loyalitetsforpligtelse, der gælder i partnering, må også antages at gælde i forbindelse med en genforhandling. Den præcise betydning af pligten er ikke klar, da den savner retspraksis til udfyldning. Men det vil kunne antages, at den culpa betragt-

²⁹⁵ Andersen, Mads Bryde og Lookofsky, Joseph, 'Lærebog i obligationsret I', 2010, s. 194

²⁹⁶ Andersen, Mads Bryde og Lookofsky, Joseph, 'Lærebog i obligationsret I', 2015, s. 197

²⁹⁷ Unidroit Principles of International Commercial Contracts 2010 article 6.2.3 comment 5. Renegotiation in good faith

ning, der ligger til grund for vurderingen af, om en skuffet part skal have erstatning må blive ændret. Der skal således mindre til at ifalde erstatningsansvar. Eventuelt så lidt, at udviser en part modvillighed mod at finde en fællesoptimerende løsning, risikerer parten at ifalde erstatning. Den modvillige part har underskrevet partneringaftalen, så vedkommende har tilkendegivet at ville arbejde mod fællesoptimerende løsninger. Har parten aldrig haft intentioner om at handle ud fra disse værdier, kan indgåelse af aftalen sidestilles med en svigagtig adfærd.

7.7.3 Adgang til genforhandling ved uforudset gevinst

Der kan tænkes to eksempler hvor en hændelse, der kan give ret til genforhandling og omfordeling af en mulig mergevinst. Den ene situation er, hvor en part har opdaget, at medkontrahenten kan bidrage med en ekstra ydelse, der kan skabe merværdi. Den anden situation er, hvor parten har opdaget, at vedkommende selv kan bidrage med en ekstra ydelse, der skaber merværdi. Er der ikke behov for, at en part yder mere i forhold til den anden for at skabe mere gevinst, er der ikke behov for genforhandling. Indeholder samarbejdsaftalen en klausul, som Brousseaus andet alternativ, for eksempel en fordeling af profit eller omsætning, er der allerede taget stilling til fordelingen af den uforudsete gevinst.

Betragtningerne ved genforhandling af en uforudset gevinst er dermed de samme som ved den traditionelle hardship-situation, der nævnes i Unidroit Principal ovenfor. Det vil sige, at balancen i kontrakten er forrykket. Den part der skal yde ekstra, må derved bevise eller argumentere for, at dette er tilfældet. En argumentation der bør forankres i princippet om fællesoptimering. Et princip som parterne har forpligtet sig til. Den gyldighedsregel, der bør gælde for fortolkningen af en partneringafte, bør dermed også føre til, at aftalens bestemmelser om fællesoptimering opretholdes, og anvendes til fulde. Hvis den fælles profit optimeres ved en ændring i dens fordeling og skaber ekstra incitament, bør hardship-klausulen også finde anvendelse i en sådan situation, uagtet at ændringen ikke betragtes som særligt byrdefuld.

7.7.4 Ensidedig ret til ændring – et alternativ til genforhandling

En parts hjemmel til ændring af aftalen kan findes i lov²⁹⁸ eller direkte fremgå af aftalen. Der kan være tale om en ensidedig eller gensidedig ret. Det er karakteristisk, at aftalebestemmelser omhandlede ændringer oftest tager sit udgangspunkt i, hvad parterne kan forudsige ex ante²⁹⁹. Omstændigheder, der kan føre til ændring af aftalen, kan være præciseret, hvorefter ændringen styres af betingelser

²⁹⁸ Blandt andet AB 92 § 14, stk. 3, der giver ret til ændring af enhedspriser

²⁹⁹ Edlund, Hans Henrik, 'Udtræden eller tilpasning af langvarige erhvervskontrakter', 2006, s. 3

eller forudsætninger³⁰⁰. Den ensidige ændringsret medfører et haltende retsforhold. Dette misforhold opvejes som regel ved, at ændringer, der forlanges medfølges af en ændring i betalingen. En ændringsret, der tager højde for hændelser, der ikke kan forudses ex ante, vil blive opfanget af en hardship eller genforhandlingsklausul, som blev gennemgået ovenfor.

Er hændelsen, der giver en part adgang til at ændre aftalen, indtruffet, iværksættes genforhandlingsproceduren. Der findes i den almindelige obligationsret ingen formkrav til aftalers indgåelse³⁰¹. Der er derfor heller ingen krav til ændringer, der foretages i aftalen. Selvom aftalen er skriftlig, vil en mundtlig ændring være lige så bindende som en skriftlig ændring. Der ses krav om, at aftaleændringer, eller ændringer af parternes ydelse, skal ske på skrift. AB 92 § 14, stk. 2, 1. pkt. fastslår for eksempel, at ændringer skal fremsættes skriftligt. Denne bestemmelse betragtes dog ikke et som gyldighedskrav, men alene et beviskrav. Et ændringsforslag, der fremsættes mundtligt og godkendes af den anden part, er derfor ikke ugyldigt. CIFI-modellen, der bygger på Schlüter-kontrakten, indeholder samme bestemmelse, dog med en lidt anden formulering jf. § 17.1. Efter denne bestemmelse skal alle ændringer være skriftlige og underskrevet af begge parter. Det kan dog lige som bestemmelsen i AB 92 ikke antages, at denne bestemmelse er andet end et beviskrav.

7.7.5 Krav til genforhandlingsproceduren

Parterne kan frit udforme den procedure, der skal danne ramme om genforhandlingen. Når parterne ved forhandlingerne ikke frem til et resultat, eller deltager en part ikke i forhandlingerne, pålægges det eventuel en tredjemand at ændre på aftalen. Denne tredjemand, for eksempel en domstol eller en voldgiftsret, må via aftalefortolkningen søge at nå frem til det resultat, som parterne ville have nået, såfremt der var foretaget en succesrig forhandling³⁰². En præcis beskrivelse af de forhold, der medfører genforhandling, og hvordan denne genforhandling skal foretages, er ikke væsentlig anderledes end en prisindekseringsklausul. En fortolkning af sådan klausul vil ikke medføre større vanskeligheder for tredjemand. Er klausulen derimod en vag klausul, der ikke specificerer de hændelser, der skal give ret til genforhandling, eller resultatet af disse genforhandlinger, har tredjemand straks større udfordringer. Er klausulen ligefrem så vag, at den overlader det til tredjemanden at udforme aftalen, risikerer parterne, at aftalen falder fra hinanden, eller ikke er bindende for parterne. Man kan nemlig ikke overlade det til tredjemand, at udfylde den rolle som aftalekoncipist, som parterne

³⁰⁰ Andersen, Mads Bryde, 'Praktisk Aftaleret', 2015, s. 378

³⁰¹ Andersen, Lennart Lynge & Madsen, Palle Bo, 'Aftaler og Mellemmænd', 2012, s. 86

³⁰² Petersen, Clement Salung, 'Procesretlig aspekter af genforhandlingsklausuler', 2014, s. 74

selv har måtte opgive³⁰³. En aftale om genforhandling, der ikke nærmere angiver det tilsigtede resultat, kan dermed ikke betragtes som andet end en hensigtserklæring. Fører forhandlingerne i dette tilfælde ikke til et resultat, kan den skuffede part ikke kræve naturalopfyldelse. Parten kan alene komme i betragtning til en erstatning for sine tabte aftaleomkostninger. I dette fælde tilkendes erstatning kun under kvalificerede omstændigheder, det vil sige i situationer, hvor der er handlet svigagtigt³⁰⁴.

7.8 Den optimale genforhandlingsklausul

Den juridiske litteratur er sparsommelig med en beskrivelse af genforhandlingsprocessen. For eksempel er det eneste Andersen og Lookofsky anbefaler, at parterne udformer en slagkraftig klausul, der eventuelt inddrager tredjepart til at forestå forhandlingerne³⁰⁵. Det kan også diskuteres, om den juridiske litteratur er den rette faggren til at beskrive den proces, eller de faldgrupper, den indeholder. Andersen og Lookofsky begrundet ikke deres anbefalinger. Det kan tænkes, at der ligger nogle tanker bag deres anbefaling, der er identisk med Ménards forslag om en central autoritet, der skal ændre aftalen i forhold til fremkosten af udsving.

Grundet den begrænsede rationalitet skal genforhandlingsklausulen være abstrakt formuleret, som det ses med Unidroit Principels hardship-klausul ovenfor. Det åbner dog for et muligt hold-up. En opportunistisk part vil via trusler om omkostningsfyldte genforhandlinger kunne appropriere kvasirenten. Den agent (den centrale autoritet eller tredjemand), der inddrages, skal dermed være berettiget til give adgang til genforhandling, hvis ikke parterne er enige herom.

BYG pkt. 11 og CIFI-modellen § 11 indeholder modeller til håndtering af tvister. En uenighed om fordelingen af gevinsten kan falde ind under denne kategori. Om det er tilfældet eller ej, må i sidste ende bero på en konkret fortolkning af bestemmelsen. Ved udformning af kontrakten er parterne selvfølgelig frie til at bestemme, om en mekanisme til håndtering af tvister skal løse uenigheder vedrørende fordelingen af gevinsten. Skal modellen håndtere en genforhandling, bør genforhandlingen ikke starte på første niveau, men hos styregruppen eller projektledelsen. Er der ikke enighed her, vil der være mulighed for at bringe tredjeparten på banen.

Inddragelse af en tredjepart, og genforhandling generelt, medfører selvfølgelig omkostninger. En trussel om omkostninger til genforhandling vil give en opportunistisk part muligheden for at udnyt-

³⁰³ Andersen, Mads Bryde, 'Grundlæggende aftaleret', 2013, s. 212

³⁰⁴ Ibid.

³⁰⁵ Andersen, Mads Bryde og Lookofsky, Joseph, 'Lærebog i obligationsret I', 2010, s. 194

te et muligt hold-up. For at undgå udgifterne vil parten eventuel gå med til en omfordeling, før genforhandlingen begynder. Et forslag kan være at lade den part, der anmoder om genforhandling, betale for den tredjepart der inddrages for at afslutte en strandet genforhandling. Dette vil også medføre, at der skal være tale om en mulig mergevinst, der er stor nok til at dække regningen til forhandlingen. Det udsving der kommer, og dermed også skiftet i kontraktens balance, må derfor også være af en ikke ubetydelig størrelse.

Den inddragende tredjepart er selvfølgelig som parterne begrænset rationelle. Der vil være en vis mængde af privat, ikke observerbar eller ikke verificerbar information – også for en specialiseret tredjepart. Men skal en part, der ønsker omfordeling betale for genforhandlingen, må vedkommende til en vis grad være sikker på, at det kan lade sig gøre at bevise den mulige mergevinst. Det vil derfor være muligt at åbne for en eventuel genforhandling, uden at skabe for mange transaktionsomkostninger.

7.9 Delkonklusion

Parterne indgår i et innovativt samarbejde med henblik på at opnå en gevinst. Den mekanisme der fordeler gevinsten – eller kvasirenten – er derfor vigtig for samarbejdet. Mekanismen fordeler gevinsten og risikoen. I nummer 3 og 4 af Brousseaus alternativer er risikoen placeret hos den ene part, som bærer risikoen for, om en ydelse der udvikles, bliver en succes eller ej. Den anden part modtager i disse to tilfælde mere en aflønning end en del af gevinsten. Disse to alternativer er ikke optimale i et innovativt samarbejde. De stemmer heller ikke overens med partnering princippet om fællesoptimering.

Alternativ 1 og 2 er mere mekanismer til deling af gevinst end de to førnævnte. Alternativ 1 hvor gevinst deles efter bidraget til projektet, vil kun fungere i en verden, hvor parterne ikke er begrænset rationelle. Alternativ 2 ses derfor som den bedste af de fire, hvorefter gevinsten fordeles efter en ex ante fastsat fordelingsnøgle. Dette er også den valgte mekanisme i CIFI-modellen og BYG.

Alternativ 2 tager dog ikke højde for store udsving i samarbejdet. En mekanisme til genforhandling at fordelingen af gevinst og risiko anbefales derfor i situationer, hvor parterne forudser eller frygter hændelser, der kan forårsage store udsving. Det skyldes, at baggrundsretten ikke indeholder passende mekanismer, som parterne kan gøre brug af ex post. Disse mekanismer tager ikke hensyn til de særlige karakteristika, der gør sig gældende for partnering. Ydermere er de svært anvendelige i erhvervsforhold.

En genforhandling udgør dog en betydelig risiko for hold-up. Skal en sådan klausul inkluderes, skal der være en tredjepart, der er tillagt autoritet, til at afvise en ret til genforhandling, og til at afgøre en ufrugtbar genforhandling. En sådan part vil minimere transaktionsomkostningerne. Brouseaus gevinstmekanisme nummer 2 foreslås derfor kombineret med overvågningsmekanismen, der blev diskuteret i kapitel 6 samt de tvistløsningsklausuler, der allerede er i BYG og CIFI-modellen.

Kapitel 8 – Kvalificering af partneringaftalen

Brousseaus mekanismer, der blev anvendt i kapitel 5 til 7 kan, når det kommer til hybriden, ikke ses som adskilte mekanismer. Samspillet mellem disse skal sikre en balance mellem fleksibilitet og risikoen for hold-up. Som det blev diskuteret i slutningen af forrige kapitel, kan gevinstmekanismen kombineres med overvågningsmekanismen for at skabe en mekanisme, der tager højde for store udsving i forholdet mellem de aktivspecifikke investeringer, parterne hver især skal foretage. Dette kapitel tager denne diskussion videre og undersøger, hvordan en kombination af de andre mekanismer kan kvalificere partneringaftalen, så den bidrager bedst muligt til det innovative samarbejde.

8.1 Partneringaftalen som et proaktivt redskab i det innovative samarbejde

Partneringprincipperne om åbenhed, tillid og fællesoptimering er proaktive principper, men alene er de ikke nok til at sikre, at parterne har en aktiv tilgang til det innovative samarbejde. Disse principper og den udvidede loyalitetsforpligtelse er ikke nok til at forhindre den opportunistiske adfærd og har derfor knap en præventiv virkning. Skal parterne åbne op, handle proaktivt og bidrage med strategisk vigtig viden, skal parterne være overbeviste om, at de vil opnå en overnormal profit ved samarbejdet – kvasirenten.

De relationsspecifikke investeringer gør det innovative samarbejde idiosynkratisk. Kontrahering i næstbedste alternativ er af væsentlig mindre værdi for begge parter, dette er med til at opretholde samarbejdet. Det betyder endvidere, at parterne ved benyttelse af anden reguleringsstruktur end hybriden ikke opnår samme niveau af kvasirente. Det betyder ydermere, at reglerne – det vil sige kontrakten – skal tilpasses hybriden. Der skal være en vis fleksibilitet, som tager højde for hændelser, der kan have stor påvirkning på samarbejdet. Denne fleksibilitet skal give parterne mulighed for at bidrage med yderligere viden. Uden fleksibiliteten vil kontrakten ikke være et proaktivt redskab. Denne fleksibilitet sikres ved at tillade en vis ex post koordinering.

8.2 Samspillet mellem koordineringsmekanismerne og gevinstmekanismen

Det er uundgåeligt, at det innovative samarbejde rammes af omstændigheder, som parterne ex ante ikke har taget stilling til. Aktørforudsætningen i transaktionsomkostningsteori betyder, at en part vil udnytte denne omstændighed til at appropriere kvasirenten og modparten udsættes for hold-up. Det kan parterne forsøge at løse ved indsættelse af klausuler, der tager højde for ændringshåndtering.

De hændelser, som rammer det innovative samarbejde, kan være af en negativ eller positiv karakter. Koordineringsmekanismen tager højde for dette ændringsbehov. Som skrevet i kapitel 5 har både

BYG og CIFI koordinering på det organisatoriske og det operationelle niveau i styregruppen eller projektledelsen. Mindre hændelser kan håndteres her. En gevinstklausul, der deler en præmie ud fra en ex ante betragtning, kan have en proaktiv virkning på mindre hændelser, der ikke skubber balancen mellem ydelse og gevinst for en part. De mindre hændelser kommer i de fleste samarbejder et flertal af gange. Én gang er det den ene part, der skal yde lidt mere, en anden gang er det den anden part. De større hændelser kommer sjældent eller aldrig. Men kommer de, vil det kræve en ændring i fordelingen af gevinsten, hvilket sker på det strategiske niveau.

Det blev anbefalet i kapitel 5, at den strategiske koordinering af samarbejdet skulle ske ex ante. En konstant genforhandling af gevinsten vil da også medføre for mange transaktionsomkostninger. Men en klausul der åbner for ex post koordinering, hvis balancen rykkes betydeligt, vil i innovative samarbejder være at anbefale, hvis parterne forudser, at denne risiko er nærværende. Klausulen bør dog foreskrive en proces, som genforhandlingen kan ske efter. Er den nedfældet i kontrakten, vil det være nemmere for parterne at håndhæve den.

8.3 Samspillet mellem koordineringsmekanismerne og håndhævelsesmekanismerne

Den aftalte koordinering sikres gennem en mekanisme, der faciliterer overvågning af partenes adfærd og som sikrer et troværdigt engagement i samarbejdet ved at udløse en straf, hvis adfærden ikke stemmer overens med koordineringsmekanismen.

Den bedste overvågningsmekanisme er den, der skal bruge de mindste omkostninger til at opnå information om samarbejdet. Dette er en eller begge af parterne. At pålægge en af dem autoritet til at beslutte, hvordan en ændring af gevinstmekanismen skal være, medfører en betydelig risiko for, at vedkommende vil udnytte privat information til egen vinding. En specialiseret tredjepart bør derfor være tillagt autoritet til at forestå håndhævelse af en genforhandlingsprocedure.

Et troværdigt engagement kan sikres ved udveksling af gidsler. Gidslerne er en nødvendighed for samarbejdets eksistens og beskyttelsen af kvasirente, så der opnås højest mulig profit. Parterne kan sætte deres lid til, at kvasirenten opretholder samarbejdet. Men udsættes det innovative samarbejde for et større udsving, er det ikke sikkert, at begge parter vil være tilfreds med den fordeling af gevinsten, der blev aftalt ex ante.

8.4 Samspillet mellem håndhævelsesmekanismerne og gevinstmekanismerne

Er usikkerheden i det innovative samarbejde nærværende i form af få, men store udsving, kan aftalen ikke håndhæves til fulde, medmindre der er en mekanisme til ex post justering af gevinstdelin-

gen. Mister en af parterne incitamentene til at deltage i samarbejdet, vil vedkommende undgå at foretage de relationsspecifikke investeringer. En verificering af, om parten har foretaget de rette investeringer, er omkostningsfuldt – måske endda umuligt i forhold til visse former for humanspecifikke investeringer. Bedste mulighed i dette tilfælde vil være en genforhandling af gevinstfordelingen, så begge parter igen har incitament til at deltage. Alternativet til genforhandling, for den part der skal bære risikoen for hændelsen, er at aftalen falder fra hinanden. Dette vil medføre tab af kvasirente, som vedkommende ikke nødvendigvis kan opnå via et innovativt samarbejde med en tredje virksomhed. Derudover vil det medføre ressourceforbrug på at finde anden partner.

Alle tre typer af mekanismer, som Brousseau beskriver, skal forstås i én sammenhæng. Særligt i det innovative samarbejde. En forståelse af mekanismerne og deres påvirkning på hinanden er derfor nødvendig for at kunne kvalificere den aftale, det innovative samarbejde bygger på.

8.5 Partneringaftalen og den traditionelle aftale – betydningen af den udvidede loyalitetsforpligtelse

Et valg af klausuler i de ovenfor nævnte mekanismer, der giver mulighed for fleksibilitet, alternativ tvistløsning og koordinering på flere planer, er ikke kun noget der ses i partneringaftaler. I vejledningen til BYG foreslås det da også, at nogle af de elementer, der er karakteristisk i partneringaftaler, kan inddrages i traditionelle samarbejdsformer³⁰⁶.

Hvor mange af de karakteristiske elementer der skal være i en traditionel aftaleform vides ikke. Det skal ses i forhold til Voldgiftsrettens afgørelse TBB.2008.401 i forhold til den udvidede loyalitetsforpligtelse for medkontrahenten, der gælder i partneringaftaler. Det kan antages, at det var principper om at arbejde mod et fælles mål, via et åbent og integreret samarbejde, der fremgik af partneringafталens formål i den nævnte afgørelse, der har gjort udfaldet. Principperne kan betragtes som hovedbestemmelser, som resten af kontraktens bestemmelser skal fortolkes i overensstemmelse med³⁰⁷. Er de indskrevet i aftalen, må de have påvirkning på resten af aftalen.

Loyalitetsforpligtelsen er svær at håndhæve. Det vil ofte være umuligt for tredjemand at verificere adfærden. I den nævnte afgørelse udtalte Voldgiftsretten, at der var et samarbejdskrav i partnering. Det må betyde, at i en situation, hvor der skal forhandles, stilles der også ekstra krav til den måde parterne forhandler på. Målet med fællesoptimering må dermed betyde, at parterne skal være mere villige til at rykke sig og ikke stille ultimative krav eller forhandle med en hård attitude. Inddrages

³⁰⁶ 'Partnering i praksis', 2005, s. 90

³⁰⁷ Andersen, Lennart Lynge & Madsen, Palle Bo, 'Aftaler og Mellemmand', 2012, s. 379

en tredjepart – for eksempel den specialiserede tredjepart i form af en opmand eller lignende – kan vedkommende være en oplagt autoritet til at straffe en part, der ikke forhandler efter de normer. Problemet med verificering bør løses ved, at denne tredjemand er pålagt en ret til at foretage en skønsmæssig vurdering af parternes adfærd.

Der vil altid være et problem med privat information. Men en udvidet loyalitetsforpligtelse med en strengere bedømmelse af adfærden kan påvirke parterne til at handle mere i overensstemmelse med de fælles mål. Principperne kommer i kombination med en genforhandlingsklausul til at have et proaktivt præg i situationer, hvor det innovative samarbejde rammes af hændelse med stor påvirkning.

8.6 Delkonklusion

Principperne om åbenhed, tillid og fællesoptimering kan, hvis de anvendes korrekt få en proaktiv virkning. Principperne og den udvidet loyalitetsforpligtelse medfører, at standarden, parternes adfærd vurderes efter, er en strengere norm. Der skal mindre til at have tilsidesat den gensidige loyalitetsforpligtelse. Der vil stadigvæk være et problem med at verificere adfærden, men den vil være mindre eftersom, barren er lavere. En kvalificeret anvendelse af principperne kræver dog en forståelse af, hvordan de forskellige mekanismer spiller sammen. Noget er af særlig vigtig betydning, når reguleringsstrukturen er hybriden.

Kapitel 9 – Konklusion

En fagmonopolær juridisk definition af partneringaftalen lader sig ikke gøre. Dertil indeholder partneringaftalen elementer, som der ikke er reguleret i obligationsrettens specielle del. De regler i obligationsrettens almindelige del, som man vil falde tilbage på, tager ikke højde for partneringaftalens særlige karakteristika. Ved hjælp af transaktionsomkostningsteorien kan partneringaftalen bedre kvalificeres ved en faginterdisciplinær definition. Partneringaftalen er en hybrid inden for den økonomiske forskningsdisciplin med de dertil hørende aktørforudsætninger. Disse forudsætninger håndteres i juraen ved, at partneringaftalen indeholder forskellige mekanismer eksemplificeret ved Eric Brousseaus model.

Ved valg af partnering som implementeringsmetode forpligter parterne sig til noget mere. I eksisterende partneringparadigmer giver det sig udslag i en yderligere samarbejdsydelse, der er nedskrevet i kontrakten. Denne samarbejdsydelse medfører, at parterne underlægges en udvidet gensidig loyalitetsforpligtelse. Partnering har eksisteret i dansk ret i en længere årrække, men der er mangel på præjudikater og samtidig er litteraturen begrænset. Det er yderligere problematisk, at baggrundsretten ikke har fulgt med udviklingen og taget højde for implementeringsmetodens karakteristika. Ingen åbenlyse specialregler er udviklet med respekt for partnering. Den udvidede loyalitetsforpligtelse er sparsomt beskrevet og dertil også kun nævnt i én voldgiftskendelse.

Den manglende juridiske klarhed skaber problemer i et økonomisk perspektiv. Ved innovative samarbejder er usikkerheden en medfødt del af projektet. Det at parterne skal udvikle en ny ydelse medfører, at en nøjagtig kravspecifikation ikke er mulig. De allokerede aktivspecifikke investeringer – herunder særligt humanaktive – er svære eller umulige præcist at måle. Eksistensen af usikkerhed og parternes opportunisme kan føre til en betydelig risiko for hold-up. Principperne om åbenhed og fællesoptimering er abstrakte begreber, hvorfor det er svært at konstatere, hvornår principperne er tilsidesat til fordel for på egen vinding. Det samme gør sig gældende for de traditionelle standarder herunder indsats- og loyalitetsforpligtelsen.

Det innovative samarbejde er ressourcekrævende, fordi det involverer en betydelig mængde aktivspecifikke investeringer. Ligesom usikkerheden er en del af samarbejdet. Partneringaftalen, og en hvilken som helst anden aftale, er begrænset i sin evne til at binde parterne. Opstår en uforudset hændelse med store konsekvenser for samarbejdet, rykkes den balance, der er fastlagt ved kontraktindgåelsen. En part, der skal bidrage med mere, mister hele eller dele af sine incitamenter til at deltage i samarbejdet. Problemerne med at definere parternes respektive forpligtelser i det innovative

samarbejde gør det svært at håndhæve aftalen ex post. Dertil bør der være indsat nødvendige håndhævelsesmekanismer, der skal bestå af en overvågningsmekanisme, som vurderer parternes adfærd. Overvågningen kan udføres af en ekstern agent med specialviden om den type samarbejder eller parterne selv. Lever adfærden ikke op til, hvad der er aftalt, påføres den pågældende part en udgift.

Den i det innovative samarbejde indgroede usikkerhed stiller også store krav til koordineringen af parternes ydelse. Koordineringen af parternes ydelse på et organisatorisk og et operationelt niveau kan med fordel ske ex post. I BYG og CIFI-modellen sker en del af koordineringen ex post via projektledelsen og styregruppen. En ex post koordinering medfører en risiko for hold-up, men usikkerheden gør det nødvendigt at tilpasse samarbejdet løbende. En ex post koordinering på det strategiske niveau kan medføre en så stor risiko for hold-up, at parterne ikke ønsker at indgå i samarbejdet. Men vurderer parterne, at risikoen for store udsving er nærværende, bør der indarbejdes mekanismer, der sikrer en justering af samarbejdet. En ex post koordinering på strategisk niveau vil ofte medføre et behov for omfordeling af gevinsten.

Gevinstdelingsmekanismer inden for innovative samarbejder bør fastsættes efter en aftalt fordelingsnøgle. Hermed bærer begge parter risikoen for samarbejdets udvikling og derfor har de incitamenter til at præstere den ydelse, der ikke kan defineres nøjagtigt ved kontraktindgåelsen. Den aftalte fordeling af gevinsten bygger på en ex ante fordeling af indsatsen. En indsatsfordeling der kan rykke sig ved større uforudsete udsving. I disse tilfælde bør kontrakten indeholde en genforhandlingsklausul, der kan allokere kvasirenten korrekt efter de indtrufne omstændigheder. Håndtering af ændringer ex post ved inddragelse af baggrundsretten bør undgås, da partneringsprincipperne ikke respekteres.

Ved et aktivt tilvalg af partneringsprincipperne rykkes standarden for vurdering af parternes adfærd. Der stilles større krav til samarbejdsydelsen, og der skal mindre til, at en part har tilsidesat den. Principperne inddrages i alle faser og dele af det innovative samarbejde, men må antages særligt at komme til udtryk i en eventuel genforhandling. Vurderer den tredjemand, der er valgt til at overvåge samarbejdet, at parterne ikke søger mod det fællesoptimerende, påføres den afvigende part en straf. Parterne har derved incitament til at handle fællesoptimerende, og partneringsprincipperne får en proaktiv virkning.

Partneringaftalens særlige karakteristika forstås optimalt ved en faginterdisciplinær tilgang. I ren juridisk forstand vil almindelige reaktive kontraktbestemmelser ikke have den ønskede virkning, når der er fokus på åbenhed og fællesoptimering. Kontraktbestemmelser der er af reaktiv karakter

og med fokus på *risikosikring*. Med inddragelse af det økonomiske perspektiv forstår man efterfølgende vigtigheden af, at der i partneringaftalen bør være fokus på proaktive bestemmelser, som er dynamiske og fokuserer på beskyttelsen af kvasirenten. Ved integration af jura og økonomi kan man endelig kvalificere partneringaftalen, hvorefter parterne til fulde kan koncipere den for samarbejdet optimale og unikke partneringaf tale.

Litteraturliste

Bøger

Andersen, Ib: Den Skinbarlige Virkelighed. 4. udg. Samfundslitteratur, 2008.

Andersen, Mads Bryde og Joseph Lookofsky: Lærebog i Obligationsret I. Bind 1, Lærebog i Obligationsret. 3. udg. Karnov Group, 2010

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

Berger-Walliser, Gerlinde: The Past and Future of Proactive Law: An Overview of the Development of the Proactive Law Movement. Berger-Walliser, Gerlinde og Kim Østergaard: I: Proactive Law in a Business Environment. 1. udg. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2012. side 13-33

Bolton, Patrick og Mathias Dewatripont: Contract Theory. 1. udg. The MIT Press, 2005

Bryde Andersen, Mads: Grundlæggende Aftaleret. Bind 1. 4. udg. Gjellerup, 2013

Bryde Andersen, Mads: Praktisk Aftaleret. 4. udg. Gjellerup, 2015

Dutta, Prajit: Strategies and Games. 1. udg. The MIT Press, 1999

Enevoldsen, Martin. Institutionel Økonomi. I: Uden for Hovedstrømmen - alternative strømninger i økonomisk teori. side 51-83. Redigeret af: Anders Christian Hansen. 1. udg. Roskilde Universitetsforlag, 2007

Hansen, Ole: Det Entrepriseretlige Hjemmelsproblem. 1. udg. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2008

Hørlyck, Erik: Tilvirkningskøbet. 1. udg. Djøf Forlag, 1996

Hørlyck, Erik: Entreprise - Almindelige betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed. 7. udg. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2014

A. Koch, Carsten. Transaktionsomkostningsteori. I: Uden for Hovedstrømmen - alternative strømninger i økonomisk teori. side 85-111. Redigeret af: Anders Christian Hansen. 1. udg. Roskilde Universitetsforlag, 2007

Knudsen, Christian: Virksomhedsteori & Industriøkonomi, Økonomisk Metodologi. Side 176-244. 2. udg. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1997

Knudsen, Christian: Erhvervsøkonomi - Virksomheden i organisatorisk, økonomisk og strategisk belysning. 2. udg. Samfundslitteratur, 2014

Lynge Andersen, Lennart og Palle Bo Madsen: Aftaler og Mellemmænd. 6. udg. Karnov Group, 2012

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

Shavell, Steven: Foundations of economic analysis of law. 1. udg. Belknap Press of Harvard University Press , 2004

Tvarnø, Christina m.fl.: Vækst og værdiskabelse via nye former for innovationssamarbejder og partnerskaber. 1. udg. Copenhagen Business School, 2013

Williamson, Oliver: The Economic Institutions of Capitalism. 1. udg. The Free Press, 1985

Udsen, Henrik: IT-kontraktret. 1. udg. Ex Tuto Publishing A/S, 2014

Ussing, Henry: Aftaler: Paa formuerettens omraade. 3. udg. Juristforbundet, 1978

Østergaard, Kim & Jacob Lyngsie: Methodological differences between legal dogmatics and new institutional economics. Østergaard, Kim m.fl.: I: Rets- og kontraktøkonomi - en antologi. 1. udg. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2016. side 175-196

Artikler

Alchian, Armen og Susan Woodward: *The firm is dead; long live the firm: a review of Oliver E. Williamson's the economic institutions of capitalism*. I: The economic foundations of property rights, 1988, s. 65-79

Alchian, Armen m.fl.: *Vertical Integration, Appropriable Rents, and the Competitive Contracting Process*. I: Journal of Law and Economics nr. 21, 1978, s. 297-326

Alchian, Armen: *Uncertainty, Evolution, and Economic Theory*. I: Journal of Political Economy nr. 58, 1950, s. 211-221

Alchian, Armen og Harold Demsetz: *Production, Information Costs, and Economic Organization*. I: The American Economic Review, nr. 62, 1972, s. 777-795

Algren, Louise Bach og Stephanie Maria Steffensen: *Loyalitetspligt i kontraktsretten*. I: Justitia nr. 4, 01.09.2011, s. 53-101

Andersen, Eigil Lego: *Aftalefortolkning*. I: Ugeskrift for Retsvæsen, 2014, s. 367-377

Andersen, Eigil Lego: *Hvorledes indgår erhvervslivet aftaler*. I: Erhvervsjuridisk Tidsskrift, 2008, s. 34-40

Brousseau, Eric: *Contracts as Modular Mechanisms: Some Propositions for the Study of "Hybrid Forms"*. I: International Journal of the Economics of Business nr. 3, 1995, s. 409-439

Coase, Ronald: *The Problem of Social Cost*. I: The Journal of Law & Economics nr. 3, 1960, s. 1-44

Crocker, Keith og Scott Masten: *Pretia ex Machina? Prices and Process on Long-Term Contracts*. I: The Journal of Law & Economics nr. 34, 1991, s. 69-99

Dyer, Jeffrey og Harbir Singh: *The Relational View: Cooperative Strategy and Sources of Interorganizational Competitive Advantage*. I: The Academy of Management Review nr. 4, 1998, s. 660-679

Dyer, Jeffrey m.fl.: *How to Make Strategic Alliances Work*. I: Harvard Business Review, 2001, s. 37-43

Edlund, Hans Henrik: *Udtræden eller tilpasning af langvarige erhvervskontrakter*. I: Erhvervsjuridisk Tidsskrift, 2006, s. 296-208

Edlund, Hans Henrik: *Betingede aftaler og retsvirkningerne heraf*. I: Ugeskrift for Retsvæsen, 2014, s. 117-124

Eisenhardt, Kathleen: *Agency Theory: An Assessment and Review*. I: The Academy of Management Review nr. 14, 1989, s. 57-74

Hagedoorn, John og Geerte Hesen: *Contract Law and the Governance of Inter-Firm Technology Partnerships – An Analysis of Different Modes of Partnering and Their Contractual Implications*. I: Journal of Management Studies nr. 44, 2007, s. 342-366

Hansen, Ole: *Er entreprenørens ydelse en resultatforpligtelse?*. I: Tidsskrift for Bolig- og Byggeret, 2005, s. 95-106

Hansen, Ole: *Partnering i entrepriseforhold - hvad er de obligationsretlige konsekvenser af entreprenørens deltagelse i projekteringsfasen?*. I: Tidsskrift for Bolig- og Byggeret, 2005, s. 377-386

Jongwook, Kim og Joseph Mahoney: *Property rights theory, transaction costs theory, and agency theory: an organizational economics approach to strategic management*. I: Managerial and Decision Economics nr. 26, 2005, s. 223-242

Madsen, Palle Bo: *Loyalitetskrav i kontrakts- og konkurrenceretten*. I: Ugeskrift for Retsvæsen, 1982, s. 165-171

- Meckling, William og Michael Jensen: *Theory of the firm: Managerial behavior, agency costs and ownership structure*. I: Journal of Financial Economics nr. 3, 1976, s. 305-360
- Ménard, Claude: *The Economics of Hybrid Organizations*. I: Journal of Institutional and Theoretical Economics, 2004, s. 345-376
- Moalem, David: *Fortielser ved kontraktindgåelse - Om obligationsrettens loyale oplysningspligt*. I: Ugeskrift for Retsvæsen, 2004, s. 133-142
- Nelson, Richard: *Assessing Private Enterprise: An Exegesis of Tangled Doctrine*. I: The Bell Journal of Economics nr. 12, 1981, s. 93-111
- Petersen, Clement Salung: *Procesretlige aspekter af genforhandlingsklausuler*. I: Ugeskrift for Retsvæsen, 2013, s. 35-45
- Tvarnø, Christina D.: *Partneringaftaler mellem offentlige myndigheder og private virksomheder*. I: Julebog 2003. 1. udg. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2003. side 247-268
- Tvarnø, Christina D.: *Loyalitetspligt og partneringaftaler*. I: Julebog 2002, 2002, s. 137-156
- Tvarnø, Christina D.: *Kontrahering af fælles optimering - Partneringsaftaler - i et komparativt og spilteoretisk perspektiv*. Østergaard, Kim m.fl.: I: Rets- og kontraktøkonomi - en antologi. 1. udg. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2016. side 13-37
- Werlauff, Erik: *Voldgift og partsautonomi - parternes og voldgiftsrettens retlige muligheder for at effektivisere voldgiftsprocessen*. I: Ugeskrift for Retsvæsen, 2006, s. 146-152
- Williamson, Oliver: *Transaction-Cost Economics: The Governance of Contractual Relations*. I: The Journal of Law & Economics nr. 22, 01.10.1979, s. 233-261
- Williamson, Oliver: *The Economics of Organization: The Transaction Cost Approach*. I: American Journal of Sociology nr. 87, 01.11.1981, s. 548-577

Williamson, Oliver: *Comparative Economic Organization: The Analysis of Discrete Structural Alternatives*. I: Administrative Science Quarterly, 1991, s. 269-296

Williamson, Oliver: *Credible Commitments: Using Hostages to Support Exchange*. I: The American Economic Review nr. 4, 01.09.1983, s. 519-540

Williamson, Oliver: *Strategy research: governance and competence perspectives*. I: Strategic Management Journal nr. 20, 1999, s. 1087-1108

Østergaard, Kim: *Metode på cand.merc.jur. studiet*. I: Julebog 2003, 2003, s. 269-285

Østergaard, Kim: *Strategisk kontrahering - Efterfølgende omstændigheder. Om anvendelsen af hardship- og gevinstklausuler som kontraktjusteringsmekanismer*. I: Festskrift til Sten Schaumburg-Müller, 1. udg. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2016, s. 435-449

Østergaard, Kim: *Relevansen af interdisciplinær forskning og empiri i samfundsvidenskaben*. I: Retfærd nr. 3, 2014, s. 3-24

Østergaard, Kim: Nærmest til at bære risikoen i kontraktretten i et retsøkonomisk perspektiv'. Eide, Erling m.fl.: I: Rettsøkonomi i nordiske dommer. 1. udg. Privatrechtsfondet, 2014. side 137-160

Andet

Vejledninger

BYG: Partnering i praksis – vejledning i partnering. 2.udgave 2005.

<http://www.danskbyggeri.dk/media/4963/17124partneringwebudgave05.pdf>

Anvendt regulering og praksis

Regulering

- **Tilbudsloven:** Lov 2001-06-07 nr. 450 om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren
- **Aftaleloven:** Lovbekendtgørelse 2016-03-02 nr. 193, om aftaler og andre retshandler på formuerettens område
- **Danske Lov:** Danske Lov, Kong Christian den Femtis lov af 15. April 1683
- **Købeloven:** Lovbekendtgørelse 2014-02-17 nr. 140, købelov
- **Markedsføringsloven:** Lovbekendtgørelse 2013-09-25 nr. 1216 om markedsføring, som ændret ved lov 2013-12-17 nr. 1460 om ændring af købeloven og forskellige andre love
- **Retsplejeloven:** Lovbekendtgørelse 2015-11-16 nr. 1255 som ændret ved L 2015-12-22 nr. 1741, L 2015-12-29 nr. 1867, L 2016-02-27 nr. 166, L 2016-02-27 nr. 167, L 2016-02-27 nr. 168 og L 2016-03-16 nr. 263
- **Voldgiftsloven:** Lov 2005-06-24 nr. 553 om voldgift som ændret ved L 2008-02-26 nr. 106

Anden regulering

- **AB 92:** Almindelig betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed (AB 92), udfærdiget af Boligministeriet den 10. December 1992
- **Unidroit Principles 2010:** Unidroit Principles of International Commercial Contracts 2010, udfærdiget af International Institute for the Unification of Private Law

Domsliste

Højesteret:

- **U2004.2894H:** Højesterets dom af 2. september 2004 i sag 437/2002, Intercargo Coldstores Holding A/S, Intercargo Coldstores A/S og Stig Nielsen mod Transport Administration A/S under konkurs, Intercargo Scandinavia A/S og Knud Jørgensen
- **U2007.3027H:** Højesterets dom af 7. september 2007 i sag 156/2005, Brunata Skovgaard A/S mod Danfoss A/S, Salg Danmark
- **U1983.306H:** Højesterets dom af 2. februar 1983, i sag 197/1979, Per Egtorp og Sofie Kristine Egtorp mod hotelejer Allan Lihme
- **U2004.2400H:** Højesterets dom af 24. juni 2004, i sag 158/2001, AB Formplast mod Aqua-Wall Danmark A/S
- **U2003.23H:** Højesterets dom af 8. Oktober 2012 i sag 135/2001. Jørgen Sonnergaard mod Forlaget Carlsen A/S (Tintin-dommen)
- **U2012.3007H:** Højesterets dom af 28. juni 2012 i sag 123/2010. Lise Aagaard Copenhagen A/S mod Pandora Production Co. Ltd.
- **U1996.1625H:** Højesterets dom af 16. oktober 1996 i sagerne I 142/1994 og I 160/1994, Højgaard & Schultz A/S mod Andelsboligforeningen Torstorp III Biintervenient: Boligfonden Bikuben og Andelsboligforeningen Torstorp III mod Boligfonden Bikuben.
- **U2000.656H:** 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 (Sebastian-dommen)

Østre Landsret:

- **U2010.332Ø:** Østre Landsrets Dom af 21. oktober 2009 i B-977-09, Tryg Forsikring A/S mod G4S Security A/S

Voldgift

- **TBB.2008.401:** Voldgiftsretten for bygge- og anlægsvirksomhed, kendelse afsagt 11. Marts 2008

Bilag 1 – Storentreprisemodellen (BYG)

PARTNERINGAFTALE

(Storentreprisemodellen)

Mellem

(navn..., adresse...), i det følgende kaldet Bygherren

og

(navn..., adresse...), i det følgende kaldet Arkitekten

(navn..., adresse...), i det følgende kaldet Ingeniøren

(navn..., adresse...), i det følgende kaldet Entreprenør 1

(navn..., adresse...), i det følgende kaldet Entreprenør 2

(navn..., adresse...), i det følgende kaldet Entreprenør 3

er der indgået nedenstående partneringaftale med henblik på projektering og opførelse af

(benævnelse af byggeriet med adresse...)

PARADIGMA

BEMÆRKNINGER

1. AFTALENS OMFANG

1.1 Partnering

Opgaven skal løses i partnering, hvorefter Bygherre, Arkitekt, Ingeniør, Entreprenør 1, Entreprenør 2 og Entreprenør 3 i fællesskab forpligter sig til at løse opgaven i et åbent samarbejde.

I modsætning til traditionelle samarbejdsformer, hvor entrepriseaftalen omhandler udførelse af et byggeri, hvis udformning er kendt ved aftalens indgåelse, og hvor projekteringen af samme grund forventes afsluttet inden udbud, er partnering bl.a. karakteriseret ved, at entreprenøren inddrages tidligt for at påvirke projektet i en udførelsesvenlig retning, ligesom arkitekt og ingeniør også medvirker i udførelsesfasen med henblik på at sikre en stadig optimering af funktionelle, arkitektoniske og tekniske forhold under byggeriet.

1.2 Faseopdeling

Nærværende partneringaftale omfatter to hovedfaser.

Fase 1 omfatter den fælles udarbejdelse af byggeprogram, dispositionsforslag, projektforslag, tidsplan og budgettering.

Fase 2 omfatter den efterfølgende projektering, projektopfølgning og udførelse af byggeriet.

Aftalens opdeling i to faser giver mulighed for en fælles udvikling (Fase 1) og fælles realisering (Fase 2) af projektet, ligesom faseopdelingen giver bygherre mulighed for fortrydelse.

Det konkrete formål med Fase 1 er:

- at afdække bygherrens behov
- at skabe vished for arkitektur, kvalitet, tid og økonomi (herunder totaløkonomi)
- at angive rammerne for det videre forløb

Det konkrete formål med Fase 2 er:

- at realisere de afdækkede behov
- at levere den forventede kvalitet til aftalt tid og økonomi
- at optimere produkt og proces

PARADIGMA

BEMÆRKNINGER

1.3 Projektets overordnede definition

Grundarealet udgør ... m².

Byggeriet anvendes til (formål) og udgør ... m² i ... etager med ... m² kældere.

Krav til arkitektur og kvalitet:
...

Krav til arkitektur og kvalitet beskrives helt overordnet i aftaleteksten.

Opgaven bliver i perioden fra den ... til den ... programmeret, planlagt og prissat (Fase 1).

2. HOLDNINGER OG MÅLSÆTNING

2.1 Partneringprocessen

- Parterne har sat sig som mål,
- at gennemføre en effektiv og udviklende proces, der sikrer en efterlevelse af de fastsatte kvalitative, tidsmæssige og økonomiske mål
 - at partneringprocessen gennemføres i et tæt samarbejde baseret på engagement, åbenhed, ærlighed og gensidig respekt
 - at efterleve de i fællesskab fastlagte rammer og spilleregler for teamarbejdet
 - at bidrage aktivt til et positivt, konstruktivt og løsningsorienteret samarbejdsklima for alle involverede parter
 - at sikre optimal integration mellem projektering og udførelse
 - at gennemføre en løbende evaluering med henblik på at vurdere om de opstillede mål for byg-

Det kan anbefales at anvende en proceskonsulent. Endvidere anbefales at etablere en appelinstans, som nævnt i tilknytning til pkt. 11.

PARADIGMA

- geriet nås
- at sikre, at team-spirit er forankret i egen organisation
 - at opretholde og udbygge en høj grad af team-spirit baseret på åbenhed, ærlighed og gensidig respekt
 - at inddrage et godt arbejdsmiljø under udførelsen som en naturlig fortsættelse af samarbejdsklimaet i de indledende faser

2.2 Produktet

- Parterne har sat sig som mål,
- at opføre et byggeri, der opfylder bygherrens behov
 - at gennemføre en proces som leder frem til produktet i vished om, at kvaliteten af processen kan være afgørende for produktet

2.3 Benchmarking

BEMÆRKNINGER

Bygherrens behov fastlægges nærmere (omfang, kvalitet, tid, økonomi, funktion, æstetik, miljø o.s.v.)

Benchmarking:

Som aftaletekst anføres referenceprojekter og specifikation af de forhold, der benchmarkes på.

Der kan være tale om reference til den færdige kvalitet eller funktionalitet på givne punkter i et sammenligneligt projekt. Der kan også være tale om mere "bløde" henvisninger til forløbet i et tidligere udført projekt. Eksempelvis kunne det i en boligrenoveringssag være: "Beboernes oplevelse af renoveringsforløbet skal være mindst lige så positivt som ved renovering af ...".

PARADIGMA

BEMÆRKNINGER

3. AFTALEGRUNDLAG

For aftalens gennemførelse er følgende grundlag gældende:

3.1 Generelt

- Nærværende partneringaftale, inkl. bilag ... (alle bilag nævnes i indholdsfortegnelsen under punkt 12).
- ABR 89 for Arkitekt og Ingeniør med tilhørende tilføjelser/fravigelser og AB 92 for Entreprenører med tilhørende tilføjelse/fravigelser

ABR 89 og AB 92 er udformede med de traditionelle samarbejdsformer for øje. Den fuldt udbyggede partneringmodel, som er beskrevet her, afviger så meget herfra, at visse af bestemmelserne i ABR 89 og AB 92 ikke er egnede, og at man i det hele taget ved fortolkningen af de bestemmelser i ABR 89 og AB 92, der ikke eksplicit ændres, lægger vægt på de særlige forhold, der gør sig gældende ved partneringaftalen. Man må i denne forbindelse opgive kravet om, at fravigelser kun gælder, når det tydeligt og udtrykkeligt angives, på hvilke punkter fravigelse skal ske, jf. ABR 89, pkt. 1.0.3 og AB 92 § 1, stk. 3. Det præciseres, at fortolkningen og de fravigelser og tilføjelser, der gøres til ABR 89 og AB 92 er tæt knyttet til udformningen af partneringaftalen og derfor nøje må overvejes i den konkrete sag, og i en mindre udbygget partneringaftale, end denne, bør være mindre omfattende og den anvendte formålsfortolkning mindre vidtgående.

På denne baggrund foreslås det at overveje følgende bestemmelser i ABR 89 og AB 92:

ABR 89 1.0.3, 1.1.1., 1.1.5, 2.1.1, 2.1.6, 2.4.2, 5.2 og 7.

PARADIGMA

BEMÆRKNINGER

AB 92 § 1, stk. 3, § 2 stk. 2, 3 og 4, § 3, stk. 4, § 4, § 5, stk. 1 og 2, § 9, stk. 1, § 12 og § 17.

3.2 Specifikt foreliggende

- Oplæg til byggeprogram for projektet
- Rapport fra besigtigelse af referenceprojekter
- Rammebudget af ...
- Specificeret budget vedrørende Fase 1 af ...
- Rammetidsplan af ...
- Specificeret tidsplan vedrørende Fase 1 af ...
- Organisationsdiagram af ...

Det anførte skal betragtes som eksempel. Det nødvendige kan variere fra projekt til projekt.

3.3 Specifikt udarbejdes under Fase 1

- Workshop-notat
- Byggeprogram
- Projektbeskrivelse
- Tegninger, jf. tegningsliste
- Afklaring af myndighedsforhold
- Arbejdsmiljøplan
- Miljøplan
- Kvalitetsplan
- Paradigma for fagbeskrivelse
- Arealopgørelse
- Specificeret budget vedrørende Fase 2
- Specificeret tidsplan vedrørende Fase 2
- Beslutningsliste
- Tekniske rapporter
- Landmålerplaner
- Ressourceplan
- Betalingsplan
- Incitamentsaftale

Om workshop-notat (hensigts-erklæring) se pkt. 4.3.

PARADIGMA

BEMÆRKNINGER

4. ORGANISATION OG SAMARBEJDSFORM

Aftalens parter forpligter sig til at handle i overensstemmelse med intentionerne i nærværende aftale. Det er således en afgørende forudsætning for aftalen og for realisering af den målsætning og de intentioner, der udspringer af den aftalte samarbejdsform, at parternes samarbejde bygger på tillid, fuld åbenhed og professionalisme.

4.1 Styregruppe

Det overordnede ansvar, for at partneringaftalens målsætning efterleves, varetages af en styregruppe, der består af repræsentanter for:

Bygherre/Bruger	...
Arkitekt	...
Ingeniør	...
Entreprenør 1	...
Entreprenør 2	...
Entreprenør 3	...

Forretningsordenen for styregruppen udarbejdes i forbindelse med workshopen og skal baseres på, hvad der ovenfor i afsnit 3 er anført om forudsætningerne for et vellykket forløb.

Bruger medtages, hvis der ikke er sammenfald mellem Bygherre og Bruger.

Styregruppens deltagere skal repræsentere parternes respektive topniveauer. Det er af afgørende betydning, at styregruppens deltagere føler sig forpligtet til at gå ind for sagen på seriøs vis, således at partneringprocessen styres og ikke afspores. For at opnå dette mål skal styregruppen bl.a. sikre, at konflikter løses på det lavest mulige niveau, samt at enkeltpersoner, der ikke medvirker til at få konceptet til at fungere efter hensigten, fjernes fra projektet.

PARADIGMA

BEMÆRKNINGER

4.2 Projektledelse

Projektledelsen på opgaven varetages af:

Projektleder	...
Projekteringsleder	...
Sagsarkitekt	...
Sagsingeniør	...
Entrepriseleder	...
Entrepriseleder	...
Entrepriseleder	...
Bygherrerepræsentant	...

Projektleder og projekteringsleder rekrutteres efter princippet "bedste mand til jobbet", uanset om vedkommende kommer fra Arkitekt, Ingeniør, Entreprenør 1, Entreprenør 2 eller Entreprenør 3.

For hver deltager i projektledelsen udarbejdes i Fase 1 en job-/ansvarsbeskrivelse, og der udpeges en stedfortræder.

Projektledelsen skal sammensættes af medarbejdere med erfaring i udførelse af opgaver i partnering.

Forretningsordenen for projektledelsen udarbejdes ligeledes i forbindelse med workshoppen.

4.3 Workshop

I Fase 1 holdes en workshop med deltagelse af styregruppe og projektledelse.

Et eksemplar på et program for en workshop er gengivet som bilag bagerst i vejledningen.

Workshoppens formål er at sikre, at alle er fortrolige med og bakker op om de afstukne rammer for arbejdet.

I forbindelse med workshoppen udarbejdes en hensigtserklæring (charter), hvis indhold alle deltagerne kan tilslutte sig og betragter sig som forpligtet af. Dette notat underskrives af alle deltagerne i workshoppen.

PARADIGMA

BEMÆRKNINGER

4.4 Møder

Der holdes følgende møder med fastlagte mødetidspunkter og deltagelse:

- Brugermøder
- Projekteringsmøder
- Projektgennemgangsmøder
- Byggemøder
- Fagmøder/opstartsmøder
- Arbejdsmiljømøder
- Sikkerhedsmøder

Derudover holdes typisk møder med fastlagte mødetidspunkter om tid og økonomi med deltagelse af styringsgruppen og projektlederen.

*De anførte møder er eksempler.
Der bør aftales en mødefrekvens
f.eks. hver tirsdag kl. 9.00 til 10.00,
og mødedeltagerne bør anføres.
Der bør skrives referat af møderne.*

5. PARTERNES YDELSER/ ARBEJDSOPGAVER

Det er projektledelsens fælles ansvar, at der til stadighed gennemføres en målrettet og effektiv proces/projektering/udførelse med udgangspunkt i en klar arbejdsdeling.

Aftaleparternes bemanding på sagen aftales, og der udarbejdes en ressourceplan i Fase 1.

Ressourceplanen danner baggrund for de respektive budgettal, som revideres/ajourføres løbende.

Den overordnede ydelses- og ansvarsfordeling er som følger:

PARADIGMA

BEMÆRKNINGER

5.1 Ved gennemførelse af Fase 1

Bygherre:

- Fastlægger arealer og godkender budget/økonomiramme
- Leverer information til programmering
- Deltage i planlægningsmøder og godkende programforudsætninger
- Forundersøgelser (f.eks. finansielle)

Arkitekt, Ingeniør og andre (eksterne rådgivere):

- Byggeprogram inkl. funktionskrav
- Dispositionsforslag og evt. tillige projektforslag
- Forundersøgelser (f.eks. vedrørende planforhold)
- Myndighedsforhold

Entreprenører:

- Kalkulation/budgettering af det samlede projekt
- Forundersøgelser (f.eks. vedrørende grund og ejendom)
- Projektoptimering herunder bygbarhed

I denne fase ligger også geotekniske undersøgelser og lydmålinger. Ideelt set ligger det hos grundsælger og beholdes af ham som et aktiv for grunden, dersom sagen ikke gennemføres.

Alle:

- Afklaring af en fælles opfattelse af, hvad partnering er i relation til opgaven
- Etablering af projektteam/afholdelse af workshop
- Etablering af projektorganisation
- Formulering og accept af succesmål
- Fastlæggelse risici og forudsætninger
- Tidsplanlægning

PARADIGMA

BEMÆRKNINGER

- Integration af arkitektur, projektløsninger og -økonomi
- Miljø
- Arbejdsmiljø
- Sikkerhed
- Projektgranskning
- Oplæg til evt. særinstallationer
- Integreret design
- Procedure for håndtering af uenigheder

5.2 Overgang fra fase 1 til fase 2

Ved afslutningen af fase 1 skal bygningens layout og principperne for alle tekniske løsninger være fastlagt i et samlet projektforslag, der skal være så dokumenteret, at det er tilstrækkeligt til at udgøre grundlaget for indgåelse af aftaler om udførelsen af byggeriet.

Når bygherren har godkendt det samlede projektforslag, indledes fase 2.

5.3 Ved gennemførelse af Fase 2

Bygherre:

- Deltage aktivt i styregruppen
- Løbende godkende budgetter, tidsplan, projekt
- Foretage udbetalinger, jf. betalingsplan
- Ejendomserhvervelse/forsikring

Bygherren kan deltage i projektledelsen.

Arkitekt og Ingeniør:

- Deltage aktivt i styregruppen og projektledelsen
- Opfølgning på godkendt myndighedsprojekt
- Projektering i overensstemmelse med program, økonomi

PARADIGMA

BEMÆRKNINGER

- og tidsplaner
- Kvalitetssikring og projektopfølgning af eget arbejde
- Tilsyn med, at de udførende opfylder deres kvalitetssikringsmålsætninger (kvalitetsplanen)

Entreprenører:

- Deltage aktivt i styregruppen og projektledelsen
- Deltage i projektering og projektopfølgning
- Entrepriseledelse
- Indkøb i overensstemmelse med projekt, økonomi og tidsplan
- Opfølgning på budgetter og tidsplan
- Kvalitetssikring af udførelse
- Afholde/referere møder (vedrørende styregruppemøder se under Alle).

Projektledelse:

- Projektledelse og styring af den samlede udførelse.

Alle:

- Udpegning af projektleder, byggeleder og fagtilsyn
- Arbejdsmiljø og sikkerhed
- Minimere risici
- Sikre holdninger og mål
- Afholde styregruppemøder/udpege referent

5.4 Rådgivere og underentreprenører, der ikke indgår i partneringaftalen

Navn (...) anføres i det omfang de kendes på tidspunktet for indgåelse af partneringaftalen.

Rådgivning:

- Arkitektfag ...
- Ingeniørfag ...

PARADIGMA

BEMÆRKNINGER

- Tilsyn med ...

Anden rådgivning:

- Landinspektør ...
- Geotekniker ...
- Lydingeniør ...
- Landskabsarkitekt ...

Styring:

- Projektledelse ...
- Projekteringsledelse ...
- Entrepriseledelse
råhus og terræn ...
- Entrepriseledelse
aptering og instal-
lationer ...

Entrepriser:

- Jord ...
- Beton ...
- Kloak ...
- Terræn ...
- Elementer ...
- Murer ...
- Tømrer/snedker ...
- EI ...
- VVS ...
- Ventilation ...
- Blikkenslager ...
- Gulve ...
- Maler ...
- Glas/Alu ...
- Stål ...
- Inventar ...
- Elevatorer ...
- Byggeplads ...
-

Såfremt der ikke i forbindelse med fastlæggelsen af projektets budgetramme for gennemførelse af fase 2, jf. pkt. 6.2 kan opnås enighed om prissætning på de enkelte fagentrepriser, beslutes det, om

PARADIGMA

BEMÆRKNINGER

arbejdet skal kontrolkalkuleres og alternativt udføres af anden fag-entreprenør.

De ovenfor angivne underentreprenører/rådgivere kan således udskydes af aftalen, hvis de ikke er konkurrencedygtige.

Arbejder indkøbt hos eksterne fag-entreprenører indkøbes som udgangspunkt i fast pris.

6. PROJEKTØKONOMI

6.1 Målsætning

Det er projektledelsens målsætning:

- at gennemføre projektet inden for budgetrammen med en forbedret økonomi set i relation til kendte kontraktformer
- at sikre kvalitet for pengene
- at sikre projektets parter en sund forretning
- at sikre, at projektets totaløkonomi tilgodeses (anlægs-, drifts- og vedligeholdelsesomkostninger)

6.2 Budgetrammer og -opfølgning

- Budgetramme for gennemførelse af Fase 1 udgør kr. ... ekskl. moms, jf. specificeret notat af
- Projektets budgetramme for gennemførelse af Fase 2 udgør pr. ... kr. ... ekskl. moms inkl. et risikobeløb på Budgettet pristalsreguleres efter Danmarks Statistiks Byggeom-

PARADIGMA

kostningsindeks. Projektøkonomien detaljeres i Fase 1 og fastlægges endeligt ved afslutning af Fase 1.

- Der er fuld åbenhed om økonomien, og alle parter er medansvarlige for at sikre, at økonomien holdes indenfor budgetrammen og er forpligtet til at medvirke til at optimere økonomien med henblik på at opnå en øget indtjening/besparelse for alle parter.
- For styring af projektets økonomi anvendes et successivt kalkulationssystem. Der holdes status/rapporteringsmøder hver måned, hvor projektledelsen er forpligtet til at være ajourført med/rapportere økonomi for egne ansvarsområder.
- Der foretages en løbende registrering/overvågning af budgetafvigelse, således at evt. nødvendige korrigerende handlinger kan aftales.

Retningslinier for udarbejdelse af budgetramme:

Projektering

Honoraret for arkitekt- og ingeniørydelser fastlægges med baggrund i ydelsesbeskrivelse/tegningsliste og forventet timeforbrug, jf. opgørelse af

Projekt-, projekterings- og entreprisedelse

Sagsomkostninger + aftalt %-sats

BEMÆRKNINGER

Fuld åbenhed indebærer, at detailspecifikation af alt prisdannelse oplyses i relevant omfang.

Der træffes aftale om de forskellige satser, der skal bruges i forbindelse med den løbende betaling for Arkitektens, Ingeniørens, Entreprenør 1s, Entreprenør 2s og Entreprenør 3s ydelser, jf. pkt. 6.3.

Hvad der skal forstås som hoved-

PARADIGMA

til hovedadministration + aftalt
%-sats til fortjeneste.

Udførelse

- Arbejder, der udføres af eksterne fagentreprenører indgår i budgettet med indhentet pris herpå eller overslagspris
- Arbejder, der udføres af Entreprenør 1, Entreprenør 2 og Entreprenør 3, indgår i budgettet som fagentreprise-bruttoomkostninger svarende til eksterne fagentreprisers priser.

6.3 Afregningsprincip

Åbne bøger

Der er fuld åbenhed om økonomien, og alle parter er medansvarlige for at sikre, at økonomien holdes indenfor budgetrammen og er forpligtet til at medvirke til at optimere økonomien med henblik på at opnå en øget indtjening/besparelse for alle parter.

Projektering

Efter medgået tid til aftalte satser + alle sagsomkostninger.

Projekt-, projekterings- og entrepriseledelse

Sagsomkostninger + aftalt %-sats til hovedadministration + aftalt %-sats til fortjeneste.

Arbejder udført af eksterne fagentreprenører og ydelser udført af eksterne rådgivere

Som fastlagt i aftalen mellem Bygherren og vedkommende.

BEMÆRKNINGER

administration må nærmere aftales.

Hvad der skal forstås som hovedadministration må nærmere aftales.

PARADIGMA

BEMÆRKNINGER

Arbejder der udføres af entreprenør 1, entreprenør 2 og entreprenør 3

I regning og med anvendelse af diverse satser der måtte være aftalt herfor.

Betalingsplan udarbejdes i Fase 1.

Styregruppen fastlægger procedure for ind- og udbetalinger på sagen samt opfølgning herpå.

6.4 Incitamentsaftale

Model for overskuds-/underskudsdeling er fastlagt som følger:

1. Bygherrens udgifter til projektet udgør budgetmæssigt kr. ... ekskl. moms.

I det omfang der efter aftale med Bygherren foretages tilkøb/fravalg af ydelser eller kvalitet, reguleres budgettet herfor tilsvarende.

Såfremt projektet gennemføres som budgetteret, honoreres Bygherre, Rådgiver og Entreprenør 1, Entreprenør 2 og Entreprenør 3, jf. pkt. 6.3.

2. Såfremt projektet udføres under det forkalkulerede budget, deles den opnåede besparelse som følger:

Bygherre	...%
Arkitekt	...%
Ingeniør	...%
Entreprenør 1	...%

Der kan være flere forskellige former for incitamentsaftaler. Incitamentsaftaler bør udformes således, at incitamentet er så stort, at det motiverer, men ikke så stort, at det kan virke ødelæggende. For så vidt angår underskudsdeling indføres i praksis ofte et loft herfor. Det bemærkes, at underskudsdeling ikke

PARADIGMA

Entreprenør 2 ...%
Entreprenør 3 ...%

Såfremt projektet udføres over det forkalkulerede budget, betales overskridelsen som følger:

Bygherre ...%
Arkitekt ...%
Ingeniør ...%
Entreprenør 1 ...%
Entreprenør 2 ...%
Entreprenør 3 ...%

Tidsbonus/bod pr. arbejdsdag ved aflevering før tiden henholdsvis forsinket aftalt til kr. .../kr. Dette beløb reguleres i besparelsen henholdsvis overskridelsen nævnt ovenfor inden fordelingen af besparelsen/overskridelsen.

BEMÆRKNINGER

er dækket af de sædvanlige rådgiverforsikringer.

Incitamentsaftale kan også udformes som "Økonomisk bonus med begrænsning":

Overskridelse til og med kr.:

Bygherre ...%, arkitekt ...%, ingeniør ...%, entreprenører 1 ...%, entreprenør 2 ...%, entreprenør 3 ... %.

Overskridelse med mere end kr.:

Bygherre 100%

Besparelse indtil kr.:

Bygherre ...%, arkitekt ...%, ingeniør ...%, entreprenører 1 ...%, entreprenør 2 ...%, entreprenør 3 ...%.

Besparelse på mere end kr.:

Bygherre 100%

Tidsbonus kan f.eks. fastsættes som en samlet sum der fordeles med en fastsat andel til arkitekt, ingeniør og entreprenør 1, entreprenør 2 og entreprenør 3.

Dagbod fastsættes mest hensigtsmæssigt i den enkeltes kontrakt, således at den enkelte er ansvarlig for egen forsinkelse.

I incitamentsaftalen kan ligeledes indgå andre former for bonus:

Sikkerhedsbonus:

Beløb kr. ... afsat til nærmere fordeling mellem entreprenør 1, entreprenør 2 og entreprenør 3 ved gennemførelse uden alvorlige arbejdsulykker.

PARADIGMA

BEMÆRKNINGER

Mangelfribonus:

Beløb kr. ... afsat til fordeling ved aflevering med mindre mangler eller alternativt med mangler, hvis samlede udbedringsomkostninger ligger under kr.

3. Bygherren skal gøres bekendt med de incitamentsaftaler entreprenørerne måtte indgå med sine underentreprenører eller underleverandører.

7. FRIGØRELSESKLAUSUL

Enhver af parterne kan på et hvilket som helst tidspunkt i Fase 1 udtræde af aftalen. Afregning vil i dette tilfælde være baseret på medgået tid og aftalte timesatser, jf. pkt. 6.2 samt aftalte udlæg, og kan for Arkitekt, Ingeniør, Entreprenør 1, Entreprenør 2 og Entreprenør 3 max. andrage hhv. kr. ..., kr. ..., kr. ..., kr. ... og kr. ..., hvor alle beløb er ekskl. moms. Bygherren er berettiget til at gøre brug af de modtagne ydelser og ideer på det aktuelle projekt.

Såfremt en af parterne træder i betalingsstandsning, åbner forhandling om tvangsakkord eller erklæres konkurs udtræder parten af aftalen og der afregnes efter foranstående principper.

Det aftales forud, hvordan omkostninger defineres.

Parterne bør ved aftalens indgåelse være opmærksom på, at en afregning ved samarbejdsophør i utide bør afspejle, hvem der har interesse i at samarbejdet afbrydes, ligesom afregninger bør tage højde for, hvem der har en situationsbestemt interesse i det foreliggende projektmateriale, og hvem der har en mere blivende interesse i det foreliggende projektmateriale.

8. TIDSPLAN

Rammetidsplan af ... er gældende.

PARADIGMA

BEMÆRKNINGER

Godkendt lokalplan forventes

Byggearbejder opstartes den

Byggeriet afleveres den

9. ANSVAR/HÆFTELSE

I det indbyrdes forhold hæfter parterne i forhold til beskrevne ansvars-/arbejdsområder.

De enkelte parter er alene ansvarlige for egne fejl og forsømmelser, jf. de almindelige ansvarsregler i ABR 89 og AB 92. Der gælder således et proratorisk ansvar mellem Bygherren, Arkitekten, Ingeniøren, Entreprenør 1, Entreprenør 2 og Entreprenør 3.

Uanset ovenstående fritager dette imidlertid ikke de øvrige parter i at bidrage til at finde den optimale løsning for at rette/neutralisere fejlen.

Det forhold, at Arkitekt, Ingeniør, Entreprenør 1, Entreprenør 2 og Entreprenør 3 alle underskriver samme dokument, medfører ikke i sig selv solidarisk hæftelse for opfyldelse af de forpligtelser hver især heri har påtaget sig. Bestemmelsen i AB 92, § 3, stk. 1 skal ikke forstås således, at Arkitekt, Ingeniør og Entreprenører ved deres underskrift på nærværende aftale forpligtes til solidarisk hæftelse. Tilsvarende skal bestemmelsen i ABR 89, pkt. 6.2.8 ej heller forstås således, at Arkitekt og Ingeniør ved deres underskrift på aftalen forpligtes til solidarisk hæftelse. (Indgår Arkitekt og Ingeniør i en totalrådgivningsgruppe hæfter de solidarisk, men så er det af den grund).

10. FORSIKRING

Bygherren tegner projektansvarsforsikring for Arkitekt og Ingeniør med en dækningssum for tingskade på kr. ... og for personskade på kr. Projektforsikringen er gældende i indtil 5 år efter byggeriets aflevering.

Bygherren tegner all-risk forsikring samt brand- og stormskadefor-

Bygherren bærer således direkte udgifterne til projektansvarsforsikring og all-risk forsikring og frigør derfor de respektive parter herfor, og udgifterne hertil skal indgå i budgettet.

PARADIGMA

sikring. Entreprenørerne og disses evt. underentreprenører samt øvrige fagentreprenører skal medtages som sikrede på all-risk forsikringen og brand- og stormskadeforsikringen.

BEMÆRKNINGER

11. UOVERENSSTEMMELSER

Enhver uenighed om forståelsen af denne partneringaftale, dertil hørende supplerende aftaledokumenter og bilag skal søges afklaret ved dialog mellem de personer, hvor uenigheden er opstået.

Følgende beslutningstrappe anvendes:

1. niveau – Hvor uoverensstemmelsen er opstået: ... døgn.
2. niveau – Projektledelse: ... døgn.
3. niveau – Styregruppen: ... døgn.

Kan uenigheden ej heller løses i styregruppen kan denne ved enstemmighed beslutte at søge uenigheden løst ved mediation eller ved mægling/opmand.

Det aftales, hvor lang tid en konflikt må ligge uløst hos de personer, der umiddelbart har med konflikten at gøre (beslutningstrappen). Overskrides denne frist, løftes konflikten op til næste niveau i projektorganisationens hierarki til løsning dér og indenfor en frist. Det aftales, hvilke personer der er tale om i de forskellige niveauer, ligesom fristerne - som formentlig ikke skal være af samme længde - aftales.

Parterne kan frit vælge mellem mægling eller opmand afhængig af uenighedens karakter.

Mediations-modellen

Ved mediation søger en udefra kommende mediator at fremme en forligsproces, så parterne selv kan finde en løsning. Mediator kommer ikke selv med forslag til løsning. Mediationen ophører hvis en af parterne ikke ønsker at fortsætte. Ved mediation forstås i denne partneringaftale en uformel proces, i hvilken en mediator på parternes initiativ og ved hjælp af særlige formidlingsteknikker hjælper disse til på egen hånd at indsnævre omfanget af

PARADIGMA

Kan uenigheden ikke afklares ved mediation eller ved mægling/opmand, kan enhver af de stridende parter begære sagen forelagt voldgiftsinstituttet, jfr. ABR 89 pkt. 9.0.1 eller AB 92 §§ 45-47.

12. INDHOLDSFORTEGNELSE

BEMÆRKNINGER

uoverensstemmelsen og udarbejde vilkårene for en forligsaftale mellem dem, som ikke nødvendigvis behøver at være juridisk funderet.

Mægler/Opmand-modellen

Styregruppen kan ligeledes inden ... arbejdsdage i enighed udpege en uvildig opmand. I mangel af enighed inden for denne frist om valget af opmand, skal hver af parterne indenfor yderligere ... arbejdsdage udpege hver en opmand, hvorefter disse opmænd senest ... arbejdsdage efter deres udpegning skal udpege en tredje opmand.

Opmanden afgiver en vejledende tilkendegivelse med forslag til løsning af konflikten. Opmandens tilkendegivelse - som ikke kan fremlægges eller i øvrigt tillægges nogen betydning ved en efterfølgende voldgiftssag - skal så vidt muligt forelægges inden ... arbejdsdage efter, at udpegningen af opmanden har fundet sted, evt. efter et kort, skriftligt indlæg fra de berørte parter.

PARADIGMA

BEMÆRKNINGER

Den

(Bygherre)

(Arkitekt)

(Ingeniør)

(Entreprenør 1)

(Entreprenør 2)

(Entreprenør 3)

Bilag 2 – CIFI-modellen

3 Kontraktparadigme for CIFI-modellen

Bestemmelse	Indhold	Forklaring
§ 1 Den forpligtende partnering CIFI aftale	Aftalens parter forpligter sig til at handle i overensstemmelse med kontaktens ordlyd og formål. Det er således en afgørende forudsætning for aftalen, og for realisering af den målsætning, der udspringer af den aftalte samarbejdsform, at parterne søger at opnå fælles optimering ved alle beslutninger, og at samarbejdet bygger på tillid, fuld åbenhed og proaktivitet. Parterne forpligter sig til at anvende kontrakten i det løbende arbejde og anser kontrakten som et aktivt styringsredskab, der skaber merværdi i forhold til ydelsen. Nye parter indtræder altid på denne aftales vilkår.	Aftalen er en to-partsaftale, hvor CIFI køber og finansierer et forsknings-samarbejde med en universitetsenhed. Aftalen adskiller sig fra de traditionelle aftaler inden for dette område. I modsætning til traditionelle samarbejdsformer mellem universiteter og farmaceutiske virksomheder (fx Schlüter-kontrakter), er partnering bl.a. karakteriseret ved, at begge parter deltager aktivt og udfører fælles forskning i projektet med henblik på at sikre fælles optimering.
§ 2 Definition og parternes ydelser	Parterne forpligter sig med denne aftale til at levere to ydelser – en forskningsydelse og en samarbejdsydelse. 1) Forskningsemne og forskningsydelse reguleres med udgangspunkt i Schlüter-kontrakten, jf. § 13. 2) Åbenhed, proces, tillid, fælles optimering og samarbejde, jf. nærværende aftale. Konkrete forskningsmål fremgår af: ▪ Schlüterkontrakt	Bestemmelsen fastlægger parternes ydelser. Denne aftalestruktur stiller strenge krav til § 13, som undtager bagvedliggende standard klausuler i strid med eller uhensigtsmæssigt for denne aftale. Fælles optimering handler om at optimere transaktionen. Parterne skal alle have glæde af resultatet og skal kunne se, at ved at fælles optimere skabes der merværdi (kvasirente) til fordel for projektet. Når merværdien er

▪ Anden type standard kontrakt ▪ Eller indskrives i denne aftale som særskilt klausul	opnået, kan overskuddet af denne blive fordelt jf. § 9.
--	---

§ 3

Proces

Parterne har som mål at gennemføre en effektiv og udviklende proces, der sikrer en efterlevelse af de fastsatte forskningsmæssige ydelser, tidsmæssige og økonomiske mål, ved en konsekvent og kontinuerlig opfølgning.

Fælles optimering skal være i fokus og forekommer der ikke fælles mål, bør der indgås en traditionel aftale. I så tilfælde er partneringaftalen ikke det korrekte juridiske værktøj, og der er ikke mulighed for at etablere en strategisk alliance.

§ 4

Styregruppe og projektledelse

Det overordnede ansvar, for at partneringaftalens målsætning efterleves, varetages af en styregruppe, der består af repræsentanter for:

- CIFI
- Universitet
- Universitetsforskeren

Parterne udarbejder i fællesskab forretningsordenen, der afspejler partneringaftalens indhold, for styregruppen på den første workshop.

Styregruppens deltagere skal repræsentere parternes respektive topledelse. Det er af afgørende betydning, at styregruppens deltagere forpligter sig til, at partnering-processen fastholdes og ikke afspores.

§ 5

Samarbejde og tillid

Parterne har som mål, at partnering-processen gennemføres i et tæt samarbejde baseret på engagement, åbenhed, og tillid, for at skabe fælles optimering, jf. § 2.

Parterne har forpligtet sig til at optimere transaktionen, hvilket betyder, at alle proaktivt skal hjælpe til at modvirke til at fejl opstår, og hvis fejl opstår, hjælpe til at disse afhjælpes hurtigst muligt.

Engagement, åbenhed, og tillid er nødvendige faktorer for at skabe fælles optimering. Er disse faktorer ikke tilstede, øges risikoen for at falde tilbage på de traditionelle strukturer. Hvis der ikke kan skabes grundlag for disse parametre, skal der ikke indgås en partneringaftale.

Det er styregruppens ansvar at sikre rum for disse parametre, som skal lede til, at samarbejdet kommer i fokus. Disse

	parametre skal forankres i styregruppen og behandles som et bindende kontraktvilkår på lige fod med forskningen. Tillid er en nøgelfaktor. Tillid til fælles optimering er nødvendig. Tillid til kontrakten er nødvendig. Tillid til, at man ikke tilbageholder oplysninger tillid til at man uddanner sig, tillid til at man hjælpes med at rette fejl. Dette skal forankres i styregruppen.
--	---

§ 6

Kontrakten som redskab

Parterne har som mål, at efterleve de i fællesskab fastlagte rammer for samarbejdet ved, at anvende kontrakten som aktivt redskab for projektet.

Styregruppen skal jævnligt efterse partneringaftalens vilkår og påtager sig ansvaret for at kontrakten ligger på bordet og ikke i skuffen, idet kontrakten er vejen til fælles optimering.

§ 7

Uddannelse og workshops

Parterne forpligter sig til at uddanne såvel ledelse, administration, inhouse og eksterne advokater og forskere i partneringkontraktens indhold, omfang og forpligtelser gennem startkursus og løbende kurser.

Der afholdes workshops kontinuerligt.

Uddannelsen af alle parter har stor betydning. Workshoppens formål er at sikre, at alle er fortrolige med, og bakker op om, de afstukne rammer for arbejdet.

Det bør være styregruppens ansvar at der så hurtigt som muligt iværksættes uddannelse for alle.

Alle parter skal indføre en arbejds- og forskningsadfærd forskellig fra traditionelle samarbejder. For at alle har samme fokus, mål og værdi skal alle parter på kursus i partneringadfærd.

§ 8

Økonomi

Der er fuld åbenhed om projektets økonomi – både om timer, materialer, laboratorie og teknisk udstyr mv.

Projektets parter skal sikre hinanden og sig selv en sund forretning/forskning.

Parterne anerkender at de har forskelligt økonomisk afkast af projektet.

Det er et krav, at information er tilgængelig fordi det skaber gennemsigtighed og dermed tillid og tiltro.

Mængden af information øger parternes villighed til at fællesoptimere. Begrænsning af information øger risikoen for hold-up og moral hazard. Begge er adfærdsfaktorer, som leder til egen optimering, hvilket vil betyde en mindre kvasirente at dele. Det er derfor i alles interesse, at der opstilles strukturer, der sikrer åbne bøger og regnskaber, timetables, mv.

CIFI har en totaløkonomisk shareholder-interesse drevet af markedsvilkår.

Universitetsforskere har primært en meriterings-interesse, som drives af forsknings-konkurrence, publicering mv.

§ 9

Udnyttelse af opfindelse

samt

Incitaments-klausul

Der er fælles eje til opfindelser, frem til 'proof of mechanism'. Herefter har CIFI option til at udnytte opfindelsen kommercielt efter 'proof of mechanism'. CIFI kan fortage markedsudnyttelsen alene eller med tredjemand, uafhængigt af forskeren eller anden part.

Såfremt at CIFI ikke udnytter kommercialiseringspotentialet, tilfalder IP og andre fælles aktiver universitets-forskeren, jf. i øvrigt forskerpatentloven

Universitetsforskeren kompenseres i form af frikøb fra ansættelsesforpligtelser på universitetet.

Universitetsforskeren hjælpes i forbindelse med publicering.

Universitetsforskeren hjælpes videre til at skaffe anden finansiering, hvis

Hensigten med en strategisk alliance og en partneringaftale er, at skabe merværdi end ved anvendelsen af en traditionel aftale. Hvis der ikke kan identificeres en merværdi, skal der anvendes en traditionel aftale.

Hensigten med klausulen er, at sikre aflønning for at fælles optimere og dermed skabe merværdi (kvasirente).

Forskeren har en række forhold, som skal tages i betragtning. Forskeren er offentlig ansat, og skal dermed købes fri fra sin arbejdsforpligtelse på vilkår, der ikke ødelægger forskerens karriereforløb. Samarbejdet med virksomheden skal derfor sættes op på en sådan måde, at det bidrager positivt i meriterings-processen for forskeren.

Det betyder, at der skal aflønnes i forhold

projektet ikke gennemføres. Universitetsforskeren får hjælp af medarbejdere og forskere i virksomheden, der bidrager aktivt til universitetsforskerens publiceringsproces. Universitetsforskeren får adgang til nyeste forskningslaboratorier og samarbejde med kliniske forskere. Universitetsforskeren får adgang til virksomhedens informationer og data, som ikke er underlagt fortrolighed mv. Universitetsforskeren får dermed en fordel sammenlignet med andre universitetsforskere. Det foreslås (men skal overlades til individuel forhandling), at Universitetsforskeren får milepælsbetaling efter aftale i forhold til det projektet. Universitetsforskeren får xx % af IP-rettinghedens markedsværdi på tidspunktet for indlevering af patentansøgning. Eller Universitetsforskeren får xx % af kommercialiseringsværdi Hvor % af kommercialiseringsværdi < end % markedsværdi Virksomheden for IP-rettinghederne til opfindelsen, hvis virksomheden vælger at anvende opfindelsen. Hvis virksomheden ikke ønsker at gå videre fra 'proof of mechanism' får universitetsforskeren rettinghederne til opfindelsen.	til forskerens egne mål, som skal indarbejdes i samarbejdsmodellen. Der skal derfor tages konkret højde for disse forhold, fx: ▪ Meritering ▪ Publikationer ▪ Konferencer ▪ Forfremmelse ▪ Frikøb ▪ Ph.d.-stillinger ▪ Status ▪ Altruisme ▪ Stakeholder perspektiv Samtidig skal forskeren anerkende virksomhedens situation, som bla. er: ▪ Privat Virksomhed ▪ En del af globalt marked ▪ Fødekæde ▪ Profitmaksimering ▪ Store omkostninger til klinik og produktion ▪ Stort ansvar ▪ Omdømmeeffekter i markedet ▪ Kursdannelseeffekter ▪ Shareholder perspektiv Forskeren skal således anerkende virksomhedens markedsperspektiv og virksomheden skal anerkende forskerens meriteringsbetingelser. Der er stor forskel på de forskellige perspektiver, og dermed skal der forhandles ud fra en åben dialog om de forhold hvor der ikke er sammenfald. Der skal tages hensyn til, at der er forskellig nyttefunktion, hvilket har indflydelse på de investeringer og gevinster som er omfattet af aftalen. Parternes nyttefunktioner skal derfor inddrages i fordelingen af merværdien.
---	---

§ 10

Ophør i utide

Enhver af parterne kan på et hvilket som helst tidspunkt udtræde af aftalen. Afregning vil i dette tilfælde være baseret på opnåede resultater.

Den frikøbte tid skal ikke tilbagebetales.

Parterne bør ved aftalens indgåelse være opmærksom på, at en afregning ved samarbejdets ophør i utide bør afspejle, hvem der har interesse i at samarbejdet afbrydes, ligesom afregningen bør tage højde for, hvem der har en situationsbestemt interesse i det foreliggende forskningsmateriale og hvem der har en mere blivende interesse.

Ophør i utide indebærer altid et hold up, hvilket imødegås ved fordelingen af merværdien i § 9.

§ 11

Uenighed

Enhver uenighed om indhold og/eller forståelsen af denne partneringaftale, dertil hørende supplerende aftaledokumenter og bilag, skal søges afklaret ved dialog mellem de personer, hvor uenigheden er opstået.

Følgende beslutningstrappe anvendes:

1. niveau

Hvor uoverensstemmelsen er opstået – 3 arbejdsdage

2. niveau

Styregruppen – 2 arbejdsdage

3. niveau

Inddragelse af mediator med forståelse for partnering – 5 arbejdsdage

4. niveau

Det Danske Voldgiftsinstitut – med udgangspunkt i denne partneringaftale samt tilpasset standardkontrakter, jf. § 14. Ender en uenighed i voldgift, udpeger

Parterne aftaler selv, hvor hurtigt en konflikt skal løses hos de personer, der har konflikten. Det anbefales at denne periode er kort og at nærværende aftale anvendes ved løsning af konflikten. 3 arbejdsdage foreslås som anbefalet frist. Overskrides denne frist, løftes konflikten op til næste niveau. Det fastsættes i nærværende aftale, hvilke personer, der er ansvarlige i næste niveau og det anbefales, at det er projektets styregruppe samt tidsperiode. Det anbefales at være 2 arbejdsdage.

Dernæst indkaldes mediator, hvor en udefra kommende mediator søger at fremme en forligsproces ud fra principperne i partneringaftalen, så parterne selv kan finde en løsning.

Mediator skal ikke selv komme med forslag til løsning af uenigheden, men mediator skal fastholde, at fælles mål og

hver part en voldgiftsmand, og Voldgiftsinstituttet udpeger voldgiftsrettens formand.

nytte leder til det optimale resultat for projektet.

Uenigheden afklares ud fra betingelserne i partneringaftalens klausuler. Hermed skal uenigheder løses ud fra parternes forpligtelse om:

- samarbejde,
- fælles mål,
- projekt optimering,
- tillid,
- åbenhed og
- åbne regnskaber

Parterne er klar over, at fælles mål og nytte leder til det optimale resultat for projektet.

Mediatoren er ligeledes forpligtet til at opstille et forum, ud fra partneringaftalens forpligtelse, som indeholder:

- samarbejde,
- fælles mål,
- projekt optimering,
- tillid,
- åbenhed og
- åbne regnskaber

Hvorned parterne i fællesskab selv finder en løsning.

Det Danske Voldgiftsinstitut skal ligeledes vægte partneringaftalens ovenstående principper som aftalegrundlag for parterne og gør endvidere opmærksom på, at fælles mål og nytte leder til det optimale resultat for projektet.

§ 12

Afvielser fra standardkontrakter

Følgende bestemmelser i Schlüter-kontrakten: Aftale om samfinansieret forskning (*to parter*), undtages:

§1, 1. pkt., § 2, stk. 2, § 3, § 5, § 7, § 8, stk. 1, § 8, stk. 2, § 10, §11, stk. 4, § 15, stk. 2, § 20, stk. 2, samt § 20, stk. 3.

Følgende bestemmelser i Schlüter-kontrakten: Aftale om samfinansieret forskning (*flere end to parter*) undtages:

§ 1, 1. pkt., § 2, stk. 2, § 3, § 6, § 8, § 9, stk. 1, § 9, stk. 2, § 11, § 12, stk. 4, § 16, § 22, stk. 2, § 22, stk. 3.

Schlüter- og IMI kontrakter er udformet med de traditionelle samarbejdsformer for øje – særligt ud fra den altovervejende obligationsretlige hovedregel om egen optimering.. Endvidere antages det i disse kontrakter, at der er tale om samfinansieret forskning, hvilket ikke er udgangspunktet for denne aftale.

Nærværende partneringaftale afviger derfor herfra.

Derfor er visse bestemmelser i IMI og Schlüter-kontrakterne ikke egnede som fortolkningsgrundlag til denne partneringaftale. De andre dele af IMI og Schlüter-kontrakterne er særdeles egnede som fortolkning og udfyldningsgrundlag.

Bilag 3 – Schlüter-kontrakten

AFTALE OM SAMFINANSIERET FORSKNING
(to parter)

Mellem

[Universitetet
CVR-nr.
Adresse]
(Herefter Institutionen)

og

[Virksomheden
CVR.nr.
Adresse]
(Herefter Virksomheden)

(Institutionen og Virksomheden benævnes også hver for sig som "Part" og tilsammen "Parterne")

§ 1 Definitioner

Aftalen: Denne aftale om samfinansieret forskning med tilhørende bilag.

Baggrundsviden: Virksomhedens og Institutionens ikke offentliggjorte viden i form af knowhow, ikke offentliggjorte opfindelser eller anden særlig ikke offentliggjort viden, som Virksomheden og Institutionen har gjort hinanden bekendt med, eller som stilles til rådighed med henblik på udførelse af Projektet.

Forgrundsviden: Al den viden, som genereres under samarbejdet om Projektet, uanset om denne viden er skabt af Institutionen eller af Virksomheden.

Instituttet: [Navn på det institut, som udfører Projektet.]

Opfindelse: En nyskabelse der adskiller sig fra, hvad der er kendt på tidspunktet for nyskabelsen. I Aftalen dækker "Opfindelse" også frembringelser, der eventuelt kan beskyttes efter lov om brugsmodeller.

Projektet: Det mellem Institutionen og Virksomheden under denne Aftale aftalte Projekt beskrevet i bilag 1.

Projektledelsen: Den til enhver tid udpegede ledelse af Projektet som anført i § 4.

Udnyttelsesområdet: Det af Virksomheden og Institutionen i bilag 2 til Aftalen definerede område for Virksomhedens forretningsmæssige udnyttelse af den gennem Projektet genererede Forgrundsviden.

Udstyr: Alle materialer, såvel tekniske som ikke tekniske, herunder data, apparater, maskiner, materialeprøver, forsøgsdyr, reagenser m.v.

§ 2 Samarbejdets baggrund og formål

- 2.1 Det udførende Institut og Virksomheden har hver for sig opbygget en særlig ekspertise inden for [indsæt fagområder]. Parterne har interesse i gennem forskning at udvide deres viden inden for [indsæt fagområder], og Virksomheden ønsker at udnytte den Forgrundsviden, der udspringer af forskningen inden for det i bilag 2 angivne Udnyttelsesområde.
- 2.2 Parterne har på denne baggrund en fælles interesse i at samarbejde om Projektet, der vedrører [kort beskrivelse af Projektet] og at sikre Projektet økonomisk gennem samfinansiering, som angivet i § 3 og bilag 3.

§ 3 Økonomi

- 3.1 Parterne har sammen udarbejdet et budget for Projektet, jf. bilag 3 til Aftalen. Budgettet er udarbejdet i henhold til Finansministeriets budgetvejledning.
- 3.2 Såfremt det mellem Parterne aftalte budget ikke kan overholdes, og det ikke skyldes fejl eller forsømmelser fra en af Parternes side, foretager Parterne i fællesskab en fornyet vurdering af Projektet og omkostningerne til Projektets færdiggørelse. Parterne træffer herefter beslutning om, hvorvidt Projektet skal føres til ende med en yderligere arbejdsindsats, et højere kontantbidrag m.v. eller indstilles på det foreliggende grundlag.
- 3.3 Institutionen fakturerer Virksomheden for dennes kontante bidrag med tillæg af moms til de i bilag 3 angivne terminer.

§ 4 Projektledelse

- 4.1 Til at lede Projektet har Parterne hver især udpeget følgende personer:

Virksomheden: [indsæt navn]

Institutionen: [indsæt navn]

De øvrige af Parterne indsatte medarbejdere på Projektet er angivet i bilag 1.

- 4.2 Projektledelsen har det overordnede ansvar for ledelsen og fremdriften af Projektet. Det er en væsentlig forudsætning for begge Parter, at medlemmerne af Projektledelsen deltager i gennemførelsen af Projektet. Parterne er ikke berettigede til at udskifte deres repræsentanter i Projektledelsen uden den anden Parts samtykke, med mindre udskiftningen skyldes en sagligt begrundet opsigelse, eller at en repræsentant i Projektledelsen fratræder sin stilling hos Parten efter egen opsigelse, bliver uarbejdsdygtig i længere tid eller afgår ved døden.
- 4.3 Bortset fra Projektledelsen skal Parterne være berettigede til at indsætte andre medarbejdere end nævnt i bilag 1, såfremt dette kan ske uden ulempe for Projektets gennemførelse og uden væsentlig overskridelse af fastsatte tidsfrister. Parterne skal tidligst muligt informere hinanden om de påtænkte udskiftninger.

§ 5 Rettigheder

- 5.1 Hver Part har ejendomsret til den Forgrundsviden, som Parten har skabt under samarbejdet om Projektet.
- 5.2 Forgrundsviden, der er skabt af Parternes medarbejdere i fællesskab, tilhører Parterne i et formueretligt sameje, hvor hver Parts ideelle andel svarer til Partens forholdsmæssige intellektuelle bidrag til den skabte Forgrundsviden. Kan dokumentation for Parternes re-

spektive bidrag ikke tilvejebringes, ejer Parterne lige store andele af samejet. Enhver råden over fællesejet Forgrundsviden, som Virksomheden ikke har købt eller har erhvervet eksklusiv licens til jf. § 6.4, kræver enighed mellem Parterne.

- 5.3 Parterne giver i Projektets løbetid hinanden vederlagsfri adgang til at benytte deres Baggrundsviden og Forgrundsviden med henblik på udførelse af Projektet. Adgangsretten er udelukkende knyttet til arbejdet i forbindelse med Projektet og må ikke udnyttes kommercielt eller overdrages til tredjemand.

§ 6 Overdragelse af rettigheder

- 6.1 Parterne har en vederlagsfri, ikke-eksklusiv ret til at benytte den gennem Projektet skabte Forgrundsviden, der ikke kan beskyttes efter patentloven eller anden særlovgivning om immaterialrettigheder. Offentliggørelse af den anden Parts Forgrundsviden kræver dennes samtykke, jf. § 12.1
- 6.2 Virksomheden har en ikke-eksklusiv ret til inden for Udnyttelsesområdet at foretage kommerciel og forskningsmæssig udnyttelse af Institutionens Forgrundsviden, der kan beskyttes, herunder patenterbare Opfindelser eller andel i patenterbare fælles Opfindelser samt edb-programmer, der indgår i en Opfindelse eller en andel af en fælles Opfindelse. For sådan udnyttelse skal Virksomheden svare et vederlag som angivet i § 8.1. Virksomheden skal meddele Institutionen, om Virksomheden ønsker at gøre brug af sin ikke-eksklusive udnyttelsesret inden for den i § 7.1 angivne frist.
- 6.3 Virksomheden har ret til inden for Udnyttelsesområdet og med respekt af tredjemands rettigheder at udnytte edb-programmer, der hører til den af Institutionen gennem Projektet skabte Forgrundsviden. De økonomiske vilkår herfor fastsættes i overensstemmelse med § 8.3.
- 6.4 Virksomheden har ret til inden for Udnyttelsesområdet at købe alle rettigheder til Institutionens Forgrundsviden, der kan beskyttes, herunder patenterbare opfindelser og andel i patenterbare fælles Opfindelser. Virksomheden skal udnytte sin køberet med påkrav til Institutionen i overensstemmelse med § 7.1. Købesummen fastsættes i overensstemmelse med § 8.2.

[Alternativt (for eksempel i tilfælde af, at den patenterbare Opfindelse rækker væsentligt ud over Virksomhedens Udnyttelsesområde):

Virksomheden har ret til at erhverve eksklusiv licens til Institutionens Forgrundsviden, der kan beskyttes, herunder patenterbare opfindelser og andel i patenterbare fælles Opfindelser til udnyttelse inden for Udnyttelsesområdet. Virksomheden skal udnytte sin ret til erhvervelse af eksklusiv licens med påkrav til Institutionen i overensstemmelse med § 7.1. Licensafgiften fastsættes i overensstemmelse med § 8.2.]

I helt særlige tilfælde kan der ske en fravigelse fra hovedreglen i § 6.4 om en ubetinget ret for Virksomheden til køb eller licenserhvervelse. Virksomhedens adgang til at købe rettigheder eller erhverve licens kan da gøres betinget af Institutionens beslutning om at sælge eller give licens. I disse undtagelsessituationer anbefales den nedenfor anførte tekst.

[Virksomheden har inden for Udnyttelsesområdet fortrinsret (first right of refusal) til at købe alle rettigheder til Institutionens Forgrundsviden, der kan beskyttes, herunder patenterbare Opfindelser og andel i patenterbare fælles Opfindelser. Virksomhedens accept af et tilbud fra Institutionen om salg af en patenterbar Opfindelse eller anden beskyttet Forgrundsviden skal være Institutionen i hænde senest 30 dage efter datoen for tilbuddets fremsendelse. Meddeler Virksomheden ikke accept inden fristens udløb, skal Institutionen være berettiget til at fremsætte tilbud til tredjemand på vilkår, der ikke er mere favorable for

[Virksomheden har inden for Udnyttelsesområdet fortrinsret (first right of refusal) til at erhverve eksklusiv licens til alle rettigheder til Institutionens Forgrundsviden, der kan beskyttes, herunder patenterbare Opfindelser og andel i patenterbare fælles Opfindelser. Virksomhedens accept af et tilbud fra Institutionen om erhvervelse af eksklusiv licens på en patenterbar Opfindelse eller anden beskyttet Forgrundsviden skal være Institutionen i hænde senest 30 dage efter datoen for tilbuddets fremsendelse. Meddeler Virksomheden ikke accept inden fristens udløb, skal Institutionen være berettiget til at fremsætte tilbud til tredjemand på vilkår, der ikke er mere favorable for tredje-

- 6.5 Såfremt Virksomheden ikke udnytter den i § 6.4 tildelte ret til en af Institutionen gjort Opfindelse eller anden Forgrundsviden, der kan beskyttes, tilhørende Institutionen, skal Institutionen være berettiget til at overdrage den pågældende Forgrundsviden til tredjemand.
- 6.6 Såfremt Virksomheden ikke udnytter den i § 6.4 tildelte ret til Institutionens andel af en fælles Opfindelse eller anden fælles Forgrundsviden, kan overdragelse af rettigheder til tredjemand kun ske efter Parternes fælles beslutning.
- 6.7 Virksomheden afgør, om en Opfindelse, som Virksomheden har købt i henhold til § 6.4, skal søges patentbeskyttet. Institutionen og den eller de, der har skabt Opfindelsen, skal underskrive de for patentansøgningen nødvendige dokumenter. Institutionen vil være

indstillet på mod betaling i henhold til Institutionens timetakster for videnskabelige medarbejdere at bistå med udarbejdelse af patentansøgningen. Virksomhedens beslutning om ikke at indgive patentansøgning må ikke hindre Institutionens offentliggørelse af forskningsresultaterne jfr. § 12.

- 6.8 Virksomhedens erhvervelse af rettigheder i henhold til § 6.4 afskærer ikke Institutionen fra at lade Forgrundsviden, der er genereret under Projektets gennemførelse, indgå i Institutionens videre forskning og undervisning efter Projektets ophør.

§ 7 Rapportering om Opfindelser

- 7.1 Såfremt der under det af Aftalen omfattede samarbejde gøres en Opfindelse helt eller delvist af Institutionens medarbejdere, der menes at kunne patentbeskyttes, skal opfinderen/opfinderne omgående informere Parterne og Projektledelsen herom. Anser Virksomheden en Opfindelse gjort helt eller delvist af Institutionens medarbejdere for at kunne beskyttes, og falder Opfindelsen inden for Udnyttelsesområdet, skal Virksomheden, senest [] dage efter at have modtaget information om Opfindelsen, meddele Institutionen, om man ønsker at gøre brug af den i § 6.2, jf. § 8.1, angivne ikke-eksklusive udnyttelsesret eller ønsker at købe [alternativt: erhverve eksklusiv licens til] Opfindelsen, jf. § 6.4, jf. § 8.2.

§ 8 Vederlaget for overdragelse af rettigheder

- 8.1 Vederlaget for Virksomhedens ikke-eksklusive ret til at udnytte Institutionens Opfindelse, jf. § 6.2, andrager kr. [].

[Alternativt: Vederlaget for Virksomhedens ikke-eksklusive ret til at udnytte Institutionens Opfindelse, jf. § 6.2, fastsættes af Parterne efter forhandling. Forhandlingen skal indledes senest [] dage efter Virksomhedens meddelelse i henhold til § 7.1.]

- 8.2 Ved Virksomhedens køb af en af Institutionen gjort Opfindelse, jf. § 6.4, andrager købesummen DKK []. Er opfindelsen en fælles Opfindelse, reduceres købesummen forholds-mæssigt i forhold til Virksomhedens andel af Opfindelsen.

[Alternativt: Virksomheden betaler for den i § 6.4 angivne eksklusiv licens en afgift (royalty) på [indsæt procent] af Virksomhedens [indsæt beregningsgrundlag [alternativt: en stykafgift på [indsæt beløb]]] ved erhvervsmæssig udnyttelse af Opfindelsen og i øvrigt på vilkår i henhold til den af Parterne indgåede licensaftale.]

[Alternativt til begge: Købesummen for Virksomhedens erhvervelse af en af Institutionen gjort Opfindelse [alternativt: Licensafgiften ved Virksomhedens erhvervelse af en eksklusiv licens til en af Institutionen gjort opfindelse], jf. § 6.4, fastsættes efter forhandling mellem Parterne. Forhandlingen skal indledes senest [] dage efter Virksomhedens

meddelelse i henhold til § 7.1. Kan Parterne ikke nå til enighed om prisvilkårene inden for en periode af [] dage efter dagen, hvor forhandling skal indledes, kan hver af Parterne forlange disse vilkår fastsat af en sagkyndig, uafhængig tredjemand, der udpeges af Parterne eller [Parternes brancheorganisationer] i forening eller, i tilfælde af uenighed herom, af Præsidenten for Sø- og Handelsretten efter høring af Parterne.]

- 8.3 Vederlaget for Virksomhedens udnyttelse af edb-programmer, der hører til den af Institutionen gennem Projektet skabte Forgrundsviden, jf. § 6.3, andrager kr. [].

[Alternativt: Vederlaget for Virksomhedens udnyttelse af edb-programmer, der hører til den af Institutionen gennem Projektet skabte Forgrundsviden, jf. § 6.3, fastsættes af Parterne efter forhandling. Forhandlingen skal indledes senest [] dage efter Virksomhedens meddelelse i henhold til § 7.1. Kan Parterne ikke nå til enighed om prisvilkårene inden for en periode af [] dage efter dagen, hvor forhandling skal indledes, kan hver af Parterne forlange disse vilkår fastsat af en sagkyndig, uafhængig tredjemand, der udpeges af Parterne eller [Parternes brancheorganisationer] i forening eller, i tilfælde af uenighed herom, af Præsidenten for Sø- og Handelsretten efter høring af Parterne.]

§ 9 Udstyr

- 9.1 Udstyr, som en Part stiller til rådighed for den anden Part til brug for Projektet, forbliver førstnævnte Parts ejendom og må kun anvendes af den anden Part i forbindelse med Projektet. Efter Aftalens ophør bortfalder brugsretten, og Udstyret skal tilbageleveres til den Part, der har stillet Udstyret til rådighed.

§ 10 Overdragelse

- 10.1 Rettigheder og pligter i henhold til Aftalen kan ikke overdrages til tredjemand, bortset fra tilfælde af struktur- eller kompetenceomlægninger eller lignende inden for den offentlige forskningssektor, og bortset fra tilfælde af fusion eller spaltning eller overdragelse til anden virksomhed inden for samme koncern eller til tredjemand ved dennes overtagelse af Virksomhedens aktiver og passiver, helt eller delvis, alt under forudsætning af, at Parternes ydelser efter Aftalen ikke påvirkes heraf.

§ 11 Hemmeligholdelse

- 11.1 Baggrundsviden, som en Part modtager fra den anden Part i forbindelse med Projektet, må udelukkende anvendes til udførelse af Projektet og må ikke uden skriftligt samtykke fra den anden Part videregives til andre end de personer, der deltager i projektet.
- 11.2 En Parts pligt til at hemmeligholde Baggrundsviden, jf. § 11.1 er gældende for enhver, der gennem ansættelse eller anden tilknytning til Parten får adgang til den anden Parts Baggrundsviden..

- 11.3 En Parts hemmeligholdelsespligt i henhold til § 11.1 og 2 omfatter ikke viden, som
- *på tidspunktet for erhvervelsen var eller senere blev offentligt tilgængelig uden at dette skyldes tilsidesættelse af hemmeligholdelsespligten*
 - *er modtaget uden hemmeligholdelsesrestriktioner fra en tredjemand, som har været berettiget til at viderebringe den pågældende viden*
 - *skal gives til udenforstående på grundlag af en forpligtelse fastsat ved lov, retsafgørelse eller anden bindende offentlig retsakt*
 - *en Part selv har udviklet uafhængigt af deltagelse i Projektet*
- 11.4 I tilfælde af uenighed om pligten til hemmeligholdelse har den Part, der vil påberåbe sig en bestemmelse i § 11.3, bevisbyrden.
- 11.5 Forpligtelsen til hemmeligholdelse er gældende også efter Projektets afslutning.
[Alternativt: ophører år efter Projektets afslutning].

§ 12 Offentliggørelse

- 12.1 Hver Part er berettiget til at offentliggøre sin egen Forgrundsviden. Forgrundsviden, som Parterne ejer i fællesskab, kan offentliggøres af den ene Part alene, såfremt den anden Part ikke ønsker at deltage i offentliggørelsen.
- 12.2 Den Part, der ønsker offentliggørelse af Forgrundsviden genereret gennem projektarbejdet som nævnt i § 12.1, skal mindst 30 dage før det påtænkte tidspunkt for offentliggørelsen orientere den anden Part herom med fremsendelse af den tekst og eventuelt yderligere materiale, der ønskes offentliggjort. Indtil 30 dage efter modtagelsen af orienteringen kan den modtagende Part kræve, at offentliggørelsen udskydes i op til 4 måneder fra modtagelsen, såfremt Parten godtgør, at udskydelsen har betydning for Partens mulighed for at opnå immaterialretlig beskyttelse af den viden, der ønskes offentliggjort.
- 12.3 Offentliggørelse af viden skal altid ske med respekt af pligten til hemmeligholdelse i § 11.

§ 13 Misligholdelse

- 13.1 I tilfælde af en Parts væsentlige eller gentagne misligholdelse af sine forpligtelser efter Aftalen, kan den anden Part hæve Aftalen, såfremt misligholdelsen er blevet påtalt over for den misligholdende Part med opfordring til inden [] dage at bringe det forhold, der konstituerer misligholdelsen, til ophør, og dette ikke er sket inden udløbet af den nævnte frist.
- 13.2 Såfremt en Part hindres i at opfylde sine forpligtelser efter Aftalen som følge af udefrakommende, ekstraordinære forhold, som Parten ved Aftalens indgåelse ikke burde have

forudset (force majeure), anses dette ikke for misligholdelse, men den anden Part skal i sådanne tilfælde være berettiget til at opsiges Aftalen, såfremt hindringen medfører væsentlig forsinkelse af Projektets gennemførelse. En forsinkelse på mere end [] måneder i forhold til den af Parterne aftalte tidsplan, jf. bilag [1] anses altid for væsentlig.

- 13.3 Såfremt en Part hæver Aftalen, kan Parten kræve det af misligholdelsen følgende tab erstattet efter bestemmelserne i § 14. I tilfælde af Institutionens misligholdelse kan Virksomheden endvidere gøre sine rettigheder i henhold til § 6 gældende.

§ 14 Erstatningsansvar

- 14.1 Parterne giver ingen indeståelse og kan ikke gøres ansvarlige for, at deres ydelser til gennemførelse af Projektet fører til et bestemt resultat.
- 14.2 Parterne skal udføre deres arbejde til Projektets gennemførelse efter bedste evne og under overholdelse af god skik for videnskabeligt arbejde. En Part er erstatningspligtig for sin groft uagtsomme eller forsætlige tilsidesættelse af pligter efter Aftalen.
- 14.3 Parterne er i øvrigt erstatningsansvarlige for egne medarbejderes skadegørende handlinger og undladelser og for farlige egenskaber ved Parternes ydelse (produktansvar) efter dansk rets almindelige regler.
- 14.4 Ingen af Parterne er erstatningsansvarlig for manglende opfyldelse af sine forpligtelser i henhold til Aftalen, såfremt den manglende opfyldelse skyldes force majeure som angivet i § 13.2.
- 14.5 Parternes erstatningspligt i henhold til § 14.2 og 3 er bortset fra groft uagtsomme eller forsætlige handlinger eller undladelser undergivet de begrænsninger, der fremgår af § 14.6 og 7.
- 14.6 Bortset fra tilsidesættelse af pligten til hemmeligholdelse, jf. § 11, omfatter en Parts erstatningspligt over for den anden Part ikke tab ved følgeskader så som produktionsforstyrrelser og andet driftstab, mistet omsætning / avance eller anden indirekte skade.
- 14.7 Parternes erstatningspligt er maksimeret til
- for institutionen kr. []
 - for virksomheden kr. []

§ 15 Offentlighed om Projektet

- 15.1 I det omfang Institutionen er retligt forpligtet til at offentliggøre oplysninger om privat medfinansiering af Institutionens forskning, accepterer Virksomheden, at de krævede oplysninger offentliggøres i overensstemmelse med det relevante retsgrundlag.
- 15.2 Virksomheden må ikke uden skriftlig tilladelse fra Institutionen direkte eller indirekte henvise til Institutionen eller Institutionens medarbejdere i forbindelse med markedsføring af Virksomheden eller Virksomhedens produkter eller i øvrigt udnytte Institutionens navn i kommercielt øjemed.

§ 16 Aftalens karakter – konkurrencebegrænsninger

- 16.1 Denne Aftale skaber ikke nogen juridisk person med Parterne som deltagere, og Parterne kan ikke forpligte hinanden over for tredjemand.
- 16.2 Parterne påtager sig ikke andre begrænsninger over for hinanden, herunder konkurrencebegrænsninger, end de begrænsninger, der udtrykkeligt fremgår af Aftalen.

§ 17 Ændring af Aftalen

- 17.1 Ændringer af Aftalen skal være skriftlige og være underskrevet af begge Parter.
- 17.2 Begge Parter vil være indstillet på en genforhandling af Aftalen, såfremt den anden Part kan godtgøre, at væsentlige og kendelige forudsætninger for Aftalens indgåelse er svigtet.

§ 18 Meddelelser

- 18.1 Meddelelser i henhold til § 7 skal sendes til
- Institutionen: [navn, adresse, evt. e-mail-adresse]
 - Virksomheden: [navn, adresse, evt. e-mail-adresse]
- 18.2 Øvrige meddelelser, der vedrører Aftalen, skal sende til
- Institutionen: [navn, adresse, evt. e-mail-adresse]
 - Virksomheden: [navn, adresse, evt. e-mail-adresse]

§ 19 Varighed

- 19.1 Bortset fra bestemmelser i Aftalen, som efter deres indhold rækker længere i tid, ophører Aftalen, når Projektet er afsluttet, jf. projektbeskrivelsen i bilag 1.

§ 20 Tvistigheder

- 20.1 Enhver tvist mellem Parterne om forståelsen og gennemførelsen af denne Aftale skal afgøres efter dansk ret. Før retsskridt tages jf. § 20, 2, 3 og 4 skal Parterne søge tvisten bilagt i mindelighed.
- 20.2 Hver af Parterne kan forlange sager, der ikke vedrører Baggrundsviden eller immaterielle rettigheder, afgjort ved de almindelige domstole. Parterne har aftalt [] som værneting.
- 20.3 Sager om Baggrundsviden eller immaterielle rettigheder kan hver af Parterne forlange afgjort endeligt ved voldgift efter Det Danske Voldgiftsinstituts regler for behandling af voldgiftssager, idet hver Part udpeger en voldgiftsmand, og Voldgiftsinstituttet udpeger voldgiftsrettens formand.
- 20.4 Voldgiftsbestemmelsen i § 20.3 er ikke til hinder for, at en Part kan anvende retsplejelovens regler om fagedforbud og/eller andre foreløbige retsmidler.

[sted], den

[sted], den

Bilag 1 - Projektbeskrivelse

Bilagstekst står med almindelig skrift, mens manualtekst står med kursiv.

1. Projektets udførelse

Til at udføre Projektet har Parterne hver især udpeget følgende personer:

Fra Virksomheden: (indsæt navne på alle personer, der er med til at udføre Projektet)

Fra Institutionen: (indsæt navne på alle personer, der er med til at udføre Projektet)

2. Projektets indhold

(Udførlig beskrivelse af Projektet, og gerne uddybet med projektets enkelte milepæle)

Det er vigtigt, at Projektet beskrives nøje, og at der i Projektet så vidt muligt er en klar afgrænsning af hver Parts bidrag og i forhold til Parternes øvrige forsknings- og udviklingsaktiviteter.

Parterne har begge interesse i gennem forskning at udvide deres viden inden for (indsæt fagområde). Virksomheden har endvidere interesse i, inden for sit Udnyttelsesområde, kommercielt at udnytte den Forgrundsviden, som opstår i Projektet.

3. Tidsplan

Projektet starter (indsæt startdato) og forventes afsluttet (indsæt dato).

Afhængig af Projektets størrelse og varighed kan det være praktisk at inddele løsningen af Projektet i en række milepæle eller faser eksempelvis som gjort nedenfor:

Fase 1: Indledende undersøgelser og opstilling af model for prototype

Fase 2: Udførelse af diverse forskningsmæssige analyser og karakterisering af materialeprøve, beregninger mv.

Fase 3: Opbygning af prototype

Fase 4: Udarbejdelse af rapport til Virksomheden.

Tidsplanen vil ofte være knyttet til Projektets milepæle.

4. Udstyr

Ofte vil der skulle anvendes forskelligt Udstyr eller materialer til udførelse af Projektet. Udstyret eller materialet bør angives i dette afsnit, herunder om det er Virksomhedens Udstyr, der er stillet til rådighed for Institutionen, eller om det er Institutionens Udstyr, der er stillet til rådighed for virksomheden. Eksempler på Udstyr er: Apparaturer, materialeprøver, forsøgsdyr, reagenser eller lign.

Bilag 2 - Udnyttelsesområde

Afgrænsning af Udnyttelsesområdet

Udnyttelsesområdet bør beskrives meget nøje og velafgrænset, da det er afgørende for i hvilket omfang rettigheder kan overføres fra Institutionen til Virksomheden. Samtidig er en meget veldefineret afgrænsning af Udnyttelsesområdet væsentlig og nødvendig af hensyn til Institutionens muligheder for at forske videre og tiltrække forskningsmidler fra tredjemand.

Parterne har sammen aftalt følgende Udnyttelsesområde for Virksomhedens kommercielle udnyttelse af den i Projektet genererede Forgrundsviden:

(Indsæt beskrivelse af Udnyttelsesområdet, som bør beskrives meget præcist).

Bilag 3 - Budget

Budgettet udarbejdes som et totalbudget indeholdende de samlede lønudgifter, materialer til Projektet mv. i henhold til Finansministeriets budgetvejledning, tilskudsfinansierede aktiviteter og tilskudsfinansieret forskningsvirksomhed, se <http://www.fm.dk/Publikationer/2006/Budgetvejledning%202006.aspx>. Budgettet udarbejdes endvidere således, at følgende forhold altid klart fremgår:

- Ved tilskudsfinansieret forskningsvirksomhed skal Institutionen have en forskningsmæssig interesse, og Institutionen kan ikke medfinansiere projekter, hvor tilskud fra statslige fonds- eller programbevillinger mv. i finansloven er forudsat at dække hele Projektudgiften

- Hvis omkostningerne til Projektet delvist finansieres af statslige fonds - eller Programmidler, skal budgettet deles op i direkte lønudgifter og direkte materialeudgifter. Hertil lægges et bidrag på 35 pct. af de direkte udgifter. Budgettet opdeles således, at Parternes medfinansiering og det ansøgte tilskud holdes adskilt.

Nedenstående budget er et eksempel på, hvordan et budget kan se ud, såfremt der indgår medfinansiering fra både Virksomheden, Institutionen og f.eks. et forskningsråd:

Udgiftstype, f.eks.	Virksomhedens medfinansiering	Institutionens medfinansiering	Ekstern finansiering, f.eks. fra et offentligt forskningsråd
Lønudgifter (samtlige lønudgifter for VIP'ere og TAP'ere, ansat på institutionen og evt. lønudgifter til medarbejdere fra Virksomheden, som indgår i Projektet)	(Der er situationer, hvor Virksomhedens medfinansiering består i løn til egne medarbejdere, og der kan være situationer, hvor medfinansieringen består i betaling af løn til de af Institutionens medarbejdere, som deltager i Projektet. Medfinansieringen for så vidt angår Virksomhedens egne medarbejdere vil – oftest – bestå i X antal timer for de pågældende medarbejdere).	(Institutionens medfinansiering vil oftest bestå af x antal timer, som Institutionens medarbejdere er tilknyttet Projektet).	(Den eksterne finansiering kan foruden tilskud til materialeudgifter jf. nedenfor også bestå i tilskud til lønudgifter. Dette vil afhænge af de enkelte bevillingsvilkår).
Materialeudgifter (samtlige udgifter til materialer, som indgår i Projektet, herunder tekniske, og ikke-tekniske, f.eks. forsøgsdyr, forskellige apparaturer, materialeprøver, reagenser m.v.).	(Typisk vil Virksomheden have finansieret en del af materialeudgifterne. Anskaffelsessummen herfor anføres her).	(Institutionen kan selv have stillet materialer til rådighed ligesom Institutionen kan have indkøbt materialer til Projektet).	(Den eksterne finansiering kan også bestå i tilskud til erhvervelse af materialer til Projektet. Dette vil afhænge af de evt. bevillingsvilkår).