

PROAKTIVE IT-UDVIKLINGSAFTALER OG STRATEGISK VÆRDISKABELSE

ENGLISH TITLE:

***PROACTIVE IT DEVELOPMENT AGREEMENTS AND STRATEGIC VALUE
CREATION***

Copenhagen Business School

Cand.merc.(jur.) / MSc in Commercial Law and Business Administration

Kandidatspeciale

Dato: 17/5 2016

Forfatter: Emil Christoffer Skipper

Økonomisk vejleder: Peter Høgsted

Juridisk vejleder: Michael Lund Nørgaard

Antal anslag: 176.570

ABSTRACT

This thesis investigates the question whether the concept of proactive contracting can contribute to the value creation of IT development agreements. Due to their innovative and complex nature, vendors are constantly exposed to a high risk of breaching the contract by way of late performance or defective delivery. Additionally, projects often turn out to be more costly than originally intended to the disadvantage of the buyer. The seed of legal disputes is sown!

This thesis suggests that the IT development contract should be used, proactively, as a strategic tool of relational governance, instead of a mere tactical legal document, which is often the case today. The contract should focus on how to avoid disputes, how to create value, and how to build up a prosperous transaction. Rethinking the role of the contract, may provide companies with an excellent opportunity to create competitive advantages by nurturing long-lasting alliances and partnerships.

Furthermore, this thesis shows that contracts should embrace agile methods rather than the traditional waterfall method. The agile method is flexible and well suited for complex business transactions, whereas the waterfall method is bureaucratic and oriented towards remedies for contract breach. Consequently, the pursuit of the waterfall method may turn out to be an expensive business strategy.

From a legal perspective, however, the agile contract is not yet a well-established and fully developed concept in the Danish legal tradition. Managers, IT people, and lawyers, thus, need to collaborate closely in order to design a proper legally binding agreement, which balances agility and flexibility with stability and clarity. This thesis suggests that this can be done fully, in accordance to Danish contract law. In order to obtain agility, the development contract must contain a framework agreement, which contains a number of relational protective safeguards. The stability can be achieved by drafting a separate contract for each small iteration, which contains regular terms such as price, delivery, requirement specification, warranties, etc. The iterative contracts would, however, still be subject to content of the relational framework agreement. Overall, a design like this would make the contract more proactive and strategic.

INDHOLDSFORTEGNELSE

DEL I: INDLEDNING, PROBLEMFORMULERING OG METODE	6
1. INDLEDNING OG PROBLEMFORMULERING	6
1.1. Problemformulering	7
1.2. Metode og teori	8
1.3. Specialets struktur	11
2. PROAKTIV KONTRAHERING	12
2.1. Begrebet proaktiv kontrahering	12
2.2. Proaktiv kontrahering i praksis	15
3. IT-INDUSTRIENS UDVIKLINGSAFTALER	17
3.1. Fra metode til kontrakt	20
DEL II: VÆRDIEN AF PROAKTIVE I IT-UDVIKLINGSAFTALER	22
4. KONKURRENCEMÆSSIGE FORDELE	22
4.1. Dyer & Singhs relationsrente	23
4.2. Kontraktstyring af forskellige partnerskaber	26
5. EFFICIENTE REGULERINGSRAMMER	28
6. KONTRAKTENS FUNKTIONER	30
6.1. Safeguardingfunktion	30
6.2. Koordinationsfunktionen	35
6.3. Ændringsfunktionen	36
7. EN VANDFALDSKONTRAKT ELLER EN AGIL KONTRAKT	37
7.1. Vandfaldskontrakten	37
7.2. Den agile kontrakt	38
8. DELKONKLUSION	39
DEL III: PROAKTIV KONTRAHERING I DANSK IT-KONTRAKTRET	41
9. DET JURIDISKE MULIGHEDER FOR AGIL AFTALESTYRING	41
9.1. Aftalefrihed	42
9.2. Den agile aftales retsvirkninger	42
9.3. Andre aftaleretlige problemer i forbindelse med den agile kontraktstyring	45
9.4. Diskussion	48
10. DEN RELATIONELLE KONTRAKT	49
10.1. Vidensdelingsrutiner og komplementære ressourcer	50
10.2. Relationsspecifikke investeringer	53

10.3.	Effektive reguleringsrammer	54
11.	DE ITERATIVE KONTRAKTER	57
11.1.	Udviklingsaftalens baggrundsretlige regulering	57
11.2.	Pengeydelsen	59
11.3.	Realydelsen	61
11.4.	Kundens misligholdelsesbeføjelser	65
11.	DELKONKLUSION	67
	DEL IV: PÅ VEJ MOD EN PROAKTIV UDVIKLINGSAFTALE	69
12.	VIRKSOMHEDSPERSPEKTIVET	69
12.1.	Opportunisme	69
12.2.	Begrænset rationalitet	69
13.	TVÆRFAGLIGHED	71
14.	PROMMOVERENDE OG PRÆVENTIVE KONTRAKTUELLE TILTAG	71
14.1.	Effektive reguleringsrammer	72
14.2.	Relationsspecifikke investeringer	73
14.3.	Komplementære ressourcer og vidensdelingsrutiner	74
15.	KONKLUSION	75
16.	PERSPEKTIVERING	75
	LITTERATURLISTE	77
	DOMSLISTE	79
	BILAG 1	81

We cannot solve problems with the same thinking used to create the problems.

- Albert Einstein

DEL I: INDLEDNING, PROBLEMFORMULERING OG METODE

1. INDLEDNING OG PROBLEMFORMULERING

Siden den digitale revolution begyndte stiltfærdigt i begyndelsen af 1950'erne, er den sidenhen vokset med en ufattelig hastighed. Virksomheder er i dag nødsaget til at investere tungt i IT og andre teknologiske løsninger for at følge med tiden, kunderne, konkurrenterne og globaliseringen. Mange virksomheder gør dette ved at etablere gunstige og langvarige partnerskaber med IT-leverandører. Et partnerskab kræver dog kompetencer og sociale færdigheder, og det er langt fra alle, der besidder dette. Ofte går IT-projekter og partnerskaber i vasken, fordi de ender med at blive for dyre, kvaliteten er for dårlig eller projekterne trækker ud i en uendelighed¹.

Der kan være mange bagvedliggende årsager til dette. Netop derfor er det relevant at stille spørgsmålet om, hvorvidt kontrakten kan benyttes som et relationsbevarende styringsværktøj - et redskab til at styrke partnerskaber, skabe synergi mellem virksomhed og IT-leverandør, forebygge fejlslående IT-projekter og i det hele taget skabe mere værdi.

Kontrakten bliver af mange reduceret til et juridisk tvistløsningsdokument, som tages i brug, når et sagsanlæg står for døren. Spørgsmålet er om ikke denne konventionelle tankegang ikke skal nytænkes. På et af klodens mest innovative og produktive steder inden for IT – Silicon Valley – er det almindeligt accepteret, at juristerne ser sig selv som en del af den innovative værdiskabelsesproces, hvor de har til opgave at skræddersy kontrakten efter virksomhedernes og IT-eksperternes behov. Og sat lidt på siden, det er ikke virksomhederne, der skal tilpasse sig juristernes traditionsrige standardkontrakter,

The Silicon Valley lawyer not only works with engineers, he thinks of himself as a kind of engineer - a legal engineer. His job is not just counseling or advising on what the law is; his job is to solve problems: to take a principle, a task and 'engineer' it legally, showing how it can be done, or be done best. It is not his job to say something can't be done, but to show how it *can* be done. (Friedman et al 1989: 562)

¹ Se fx, <http://videnskab.dk/teknologi/hvorfor-flopper-sa-mange-statslige-it-projekter>, d. 17/5 2016, <http://bor-sen.dk/nyheder/avisen/artikel/11/140783/artikel.html?hl=YToxOntpOjA7czo3OiJGbPxnZ2Vyljt9>, d. 17/5 2016.

1.1.Problemformulering

I den nyere akademiske litteratur og forskning - særligt inden for disciplinerne jura, økonomi og management - har begrebet *proaktivitet* vundet stigende popularitet i forbindelse med kontraktindgåelse og kontraktstyring (fx Gerlinde-Berger 2012). Derved er der sket et paradigmeskifte, som adskiller sig fra det traditionelle paradigme om *reaktiv* kontrahering. Mens den reaktive kontrakt først håndterer tvister *ex post* en tvists opståen, så forsøger den proaktive kontrakt *ex ante* at foregribe potentielle konflikter og samtidigt fremme det, der er ønskeligt for at opnå en succesfuld forretningsrelation. Dermed prioriterer den proaktive kontrakt parternes forretningsmæssige interesse i langt højere grad end den reaktive kontrakt, som per definition reducerer kontrakten til et juridisk tvistløsningsdokument (Haapio 2010).

I dette projekt vil det derfor blive undersøgt, hvorledes det proaktive paradigme kan skabe værdi i IT-udviklingskontrakter. Udviklingsaftaler har en i særlig høj risiko for at gå galt på grund af deres innovative, nyskabende og særlige ressourcekrævende karakter. Det er derfor meget aktuelt at undersøge om en anderledes proaktiv tankegang er mere nyttig end den konventionelle juridiske tankegang. Det problem, der søges undersøgt i dette projekt, kan derfor formuleres således,

Hvilken rolle kan paradigmet om proaktiv kontrahering spille i forhold til at optimere værdien af IT-udviklingsaftaler?

Problemstilling vil blive grebet an med en interdisciplinær erhvervsjuridisk tilgang, hvor juridisk og økonomisk teori benyttes til at belyse spørgsmålet. I en økonomisk kontekst vil det blive undersøgt, hvorledes økonomisk teori kan kvalificere kontraktens indhold med henblik på at gøre denne mere proaktiv,

Hvordan kan økonomisk teori bidrage til at optimere værdien i IT-udviklingsaftaler?

I forhold til den juridiske analyse er spørgsmålet, hvordan dansk IT-kontraktret kan bidrage til at forebygge tvister og samtidigt skabe værdi i udviklingsaftalen, som den økonomiske teori foreskriver,

Hvorledes kan dansk IT-kontraktret medvirke til at bevare relationen mellem kunden og leverandøren i hele udviklingsprojektet i overensstemmelse med økonomisk teori?

1.1.1. Afgrænsning

I denne undersøgelse vil der tages afsæt i, at IT-udviklingsaftalen indgås mellem to private parter. Det er således den almindelige aftaleret og obligationsret, der er genstand for den retsdogmatiske undersøgelse. Udbudsreglerne, som aftaler med det offentligt skal underlægges, holdes uden for undersøgelsen.

Specialet vil analysere kontrakten ud fra *juridisk-strategiske overvejelser* (og ikke juridisk-taktiske overvejelser!). Idéen med dette speciale er således ikke at foretage en tilbundsgående retsdogmatiske eller kontraktøkonomisk analyse af kontraktens enkelte klausuler. I stedet tager dette speciale et helikopterperspektiv og undersøger mulighederne for at præge kontraktens indhold i en mere proaktiv retning.

1.2. Metode og teori

Dette speciale tager afsæt i den *erhvervsjuridiske metode*, som er en interdisciplinær tilgang bestående af en juridisk metode og en økonomisk metode. Der er således ikke tale om en egentlig ny videnskabelig metode. Der er snarere tale om en tværvidenskabelig tilgang, som inddrager og integrerer de allerede tilgængelige juridiske og økonomiske metodikker (se herom Tvarnø 2011: 446). Den erhvervsjuridiske metode anvendes ud fra et virksomhedsperspektiv, og det er virksomhedens juridiske og økonomiske virkelighed og problemfelter, som er udgangspunktet (Østergaard 2014: 4). Dermed er det klart, at den juridiske metode har til formål at bringe klarhed om virksomhedsbeslutningers juridiske dimensioner, ligesom den økonomiske metode kan bidrage til at opnå en økonomisk kvalifikation af samme beslutning. Østergaard (2014: 1) formulerer kernen af den erhvervsjuridiske metode således,

... i den erhvervsjuridiske metode [er fokus], hvorledes der i et virksomhedsperspektiv bør ske inddragelse af økonomiske teorier og modeller i et samspil med retsdogmatikken med henblik på at forbedre og kvalificere indholdet af komplekse beslutninger

Som det fremgår ovenfor, så har den juridiske metode (retsdogmatikken) til formål at udlede gældende ret, mens ”inddragelsen af økonomiske teorier og modeller” kan ”kvalificere indholdet af komplekse beslutninger”. Den erhvervsjuridiske metode har derfor til formål at benytte disse økonomiske teorier og modeller inden for de rammer, muligheder og begrænsninger, som juraen sætter. Fremgangsmåden er derfor todelt, og den ene del angår udledningen af gældende ret, og den anden del angår kvalificeringen af beslutninger, som befinder sig inden for gældende ret via økonomiske ræsonnementer.

1.2.1. Juridisk metode

Den juridiske metode, som i dette speciale anvendes til at udlede gældende dansk ret – *de lega lata* – er *retsdogmatikken*. Udledningen af gældende ret indebærer en inddragelse af retskilderne: *regulering, retspraksis, kutymer og sædvaner* samt *forholdets natur* (om retskildelæren se Tvarnø 2011: 31). I dansk ret er det primært retsrealismen, dvs. Alf Ross’ *prognoseteori* (Ross 1953), der finder anvendelse. Heri er formålet at nå frem til det samme resultat, som en dommer ville være nået frem til i en eventuel retssag. Ifølge Alf Ross er der intet hierarki mellem retskilderne, men dog forskellig grad af retskildernes objektivisering (Tvarnø 2011: 389 f.). Dog er rækkefølgen for hvilke retskilder der gennemgås først vigtig for at skabelsen af en fælles retsvidenskabelig fremgangsmåde. Først søges hjemlen i regulering, så præjudikater, efterfulgt af retssædvaner, og til sidst forholdets natur (herunder almindelige retsgrundsætninger) (se Tvarnø 2011:33 f.).

1.2.1.1. Særligt om retskilder for IT-kontrakter

Der findes ikke noget specifikt regelsæt for IT-kontrakter i dansk ret. Og derfor heller ikke for udviklingsaftaler. Den primære retskilde er *aftalen*. Selve aftalens vedtagelse, fortolkning og gyldighed reguleres af aftaleretten. Såfremt aftalen er uklar vil baggrundsretten udfylde aftalens ”huller”. Aftaleudfyldning har en praktisk vigtig funktion, fordi den angiver parternes kontraktgrundlag, når de ikke selv er i stand til at udfylde aftalens huller. I det tilfælde hvor parterne ikke er tilfredse med det baggrundsretlige udgangspunkt har de incitament til at forhandle sig frem til en bedre aftale for at undgå dommerens løsning i en evt. retssag.

Som udgangspunkt udfyldes aftalen af obligationsrettens almindelige grundsætninger. Det antages i dansk ret, at obligationsretten er relevant for alle kontrakttyper. Dersom obligationsretten ikke kan give umiddelbart svar på IT-aftalens særlige problemstillinger, kan der opstå retsusikkerhed omkring

gældende ret. I løsningen af sådanne konflikter kan obligationsretlige interesseafvejninger og argumentationsmønstre inddrages. Endvidere kan der hentes inspiration til løsningsforslag fra beslægtede kontraktområder, herunder entrepriseretten, principperne i DCFR (Draft Common Frame of Reference), CISG og Unidroit Principles. (Udsen 2014: 37).

I dansk ret findes der offentligt tilgængelige *standardaftaler*, nemlig k-kontrakterne: *K01* (kortvarige IT-projekter), *K02* (længerevarende IT-projekter) og *K03* (agile IT-projekter). *K01* og *K02* er baseret på vandfaldsmodellen, mens *K03* benytter en agil metode (se afsnit 3 nedenfor). I spørgsmålet om k-kontrakternes retskildeværdi er både *K01* og *K02* vedtaget af en række brancheorganisationer og har i denne henseende status som *agreed document* (Udsen 2014: 84). Det samme gør sig ikke gældende for *K03*². Udgangspunktet for *agreed documents* er, at disse kun finder anvendelse, såfremt det er aftalt mellem parterne. Dog kan der være tale om en *branchekutyme/-sædvane*, hvorefter en dommer kan benytte standardaftalens betingelser til at udfyldning (ibid.). *K01* og *K02* kan således blive benyttet til aftaleudfyldning i det omfang, at vandfaldsmodellen benyttes.

I forhold til IT-kontrakter er *retspraksis* fattig. Andre domme af generel obligationsretlig karakter kan også have præjudikatværdi for IT-kontrakter for så vidt disse vedrører karakteristika, som IT-kontrakten deler med den generelle obligationsretlige kontrakter (se mere herom, Udsen 2014).

1.2.2. Økonomisk metode

Udgangspunktet for dette speciale er *principal-agentteorien* og Oliver Williamsons' *transaktionsomkostningsteori*.

Principal-agentteorien beskæftiger sig med at designe optimale kontrakter (Knudsen 1997: 168). Teorien går ud fra postulatet om, at der er en interesseforskel mellem principalen og agenten. Og da begge parter handler *opportunistisk* – dvs. er egenoptimerende ud fra deres egeninteresse – opstår der inefficiens. Mens den risikoneutrale principal er værdimaksimerende, og ønsker, at hans ansatte agent skal handle efter principalens interesse, så er den risikoaverse agent nyttemaksimerende, og vil kun maksimere sin egen nytte. Denne interessekonflikt mellem værdimaksimering og nyttemaksimering bliver kompliceret ved, at der er *asymmetrisk information* mellem principalen og agenten, hvorfor agenten – i sit forsøg på at nyttemaksimere – har mulighed for at *skjule information* ("adverse selection") og/eller *skjule handlinger* ("moral hazard"). I et forsøg på at løse denne interessekonflikt, kan principalen skabe informationssymmetri eller indfører kontrol- og/eller incitamentsforanstaltninger

² Udsen (2014: 85) skriver, at dette skyldes at leverandørsidens organisationer, ITB og DI ITEK, ikke tilsluttede sig *K03*, som følge af, at den ikke giver leverandøren fleksibilitet med hensyn til pris og leveringstid.

for at sikre sig, at agenten handler værdimaksimerende i overensstemmelse med principalens interesse.

I forhold til IT-kontrakter er principal-agentteorien relevant, idet der ligeledes kan forventes en interessekonflikt mellem IT-leverandøren (agenten), som skal opfylde en mere eller mindre kompleks kontrakt for kunden (principalen). Kontrakten bør derfor konciperes, således at disse interessekonflikter - nyttemaksimering versus værdimaksimering – løses på en økonomisk efficient måde.

Transaktionsomkostningsteorien er i sin grundessens en teori om transaktionsomkostningsminimering, hvorved indgåelsen af den mest efficiente kontrakttype ("governance structure"), er afgørende for en transaktions økonomiske efficiens. Dette er især vigtigt for skabelse af *kvassirenten*, som er den værdi, der opstår som følge af transaktionsparternes investeringer i deres relation (se Knudsen 1997: 218f). Ifølge transaktionsomkostningsteorien er agenterne *opportunistiske* og *begrænset rationelle*, hvilket især betyder at parterne opererer under usikkerheder og ufuldstændig information, hvilket øger transaktionsomkostningerne.

I forhold til IT-kontrakter vil transaktionsomkostningsteorien blive benyttet til at identificere og løse de problemstillinger, som IT-leverandøren og kunden står overfor i forbindelse med valget af den efficiente kontrakttype.

1.3. Specialets struktur

Dette speciale inddeles i fire dele. Den *første del* vil indeholde problemformulering (afsnit 1), et analyse af proaktiv kontrahering (afsnit 2) og en kort introduktion til IT-industriens kontrakter (afsnit 3).

I specialets *anden del* vil det blive analyseret, hvordan økonomisk teori kan bidrage til at skabe værdi i IT-udviklingsaftalen, dvs. hvordan parterne kan skabe konkurrencemæssige fordele gennem kontrakten (afsnit 4), hvilke reguleringsrammer der er optimale (afsnit 5), hvordan safeguarding-, koordinerings- og ændringsfunktionen kan udnyttes optimalt i IT-udviklingsaftalen (afsnit 6) og om vandfaldskontrakten eller den agile kontrakt er mest værdiskabende efter den økonomiske teori (afsnit 7). Den *tredje del* vil være en blandet retsdogmatisk henholdsvis erhvervsjuridisk undersøgelse af, hvordan IT-kontrakturen kan medvirke til, at kunden og leverandøren kan bevare relationen i hele IT-projektets levetid ud fra de parametre, som den økonomiske teori foreskriver. Det vil blive undersøgt, hvordan parterne kan indgå en agil aftale med lav detaljeringsgrad i overensstemmelse med aftaleretten (afsnit 12), hvordan parterne kan udforme en række relationelle bestemmelser i overensstemmelse

med økonomisk teori (afsnit 13) og hvordan de relationelle bestemmelser kan påvirke indholdet af de små iterative kontrakter i en mere proaktiv retning (afsnit 14).

I specialets *sidste del* søges specialets hovedspørgsmålet besvaret på baggrund af de juridiske og økonomiske analyser fra del to og tre. Først vil virksomhedsperspektivet blive diskuteret, (afsnit 13), så det tværfaglige samarbejde (afsnit 14) og slutteligt de promoverende og præventive kontraktuelle tiltag (afsnit 15).

2. PROAKTIV KONTRAHERING

Der findes endnu ikke en formel definition på proaktiv kontrahering, og det er et begreb, som er i stadig udvikling. I dette afsnit vil det proaktive paradigme blive konkretiseret og diskuteret, således at det kan anvendes i forhold til kontraktstyring af it-projekter.

2.1. Begrebet proaktiv kontrahering

2.1.1. Lingvistisk betydning – ”proaktiv”

Ordet *proaktiv* betyder ifølge ”den store danske” *foregribende* eller *præventiv*³. I samme ordbog kan *præventiv* betyde *forebyggende* eller *forhindrende*⁴, mens *foregribe* kan betyde *anticipere* eller *præsummere*⁵. Proaktiv benyttes endvidere som et fagterm i mange forskellige videnskaber, herunder ledelse, politiefterforskning, jura, medicin, psykologi, osv. (Berger-Walliser 2011: 16). De helt præcise bibetydninger af ordet, proaktiv, skal derfor forstås i den konkrete kontekst, hvori det optræder.

2.1.2. Proaktiv jura

Proaktiv jura er en akademisk bevægelse blandt juridiske og økonomiske fagfolk i Europa i slutningen af 1990’erne med den finske akademiker, Helena Haapio, som en af grundlæggerne (Østergaard 2014: 4). Der er ikke nogen formel definition på, hvad proaktiv jura er, og det er et term, som må forventes at være i stadig udvikling. En definition, som er ofte citeret i litteraturen stammer fra Nordic School of Proactive Law,

³ http://denstoredanske.dk/Sprog,_religion_og_filosofi/Sprog/Fremmedord/pp-pr/proaktiv, d. 4/3 2016.

⁴ http://denstoredanske.dk/Sprog,_religion_og_filosofi/Sprog/Fremmedord/pp-pr/pr%C3%A6ventiv, d. 4/3 2016.

⁵ http://denstoredanske.dk/Sprog,_religion_og_filosofi/Sprog/Fremmedord/pp-pr/pr%C3%A6summere, d. 4/3 2016.

(...) a future-oriented approach to law placing an emphasis on legal knowledge to be applied before things go wrong. It comprises a way of legal thinking and a set of skills, practices and procedures that help to identify opportunities in time to take advantage of them – and to spot potential problems while preventive action is still possible. In addition to avoiding disputes, litigation and other hazards, Proactive Law seeks ways to use the law to create value, strengthen relationships and manage risk⁶

Som det fremgår af denne definition, anlægges der et fremadskuende *ex ante*-perspektiv, som har til formål at benytte juridisk viden til at imødekomme potentielle fremtidige problemstillinger før de når at manifestere sig og vokse sig store (som der skrives, ”before things go wrong”). Den proaktive tilgang står derfor i kontrast til den traditionelle juridiske tankegang, som arbejder ud fra *ex-post*-perspektiv, hvor tvister løses reaktivt, dvs. på det tidspunkt tvisten allerede er opstået (se fx Henschel, Sorsa & Salmi-Tolonen 2011: 254ff).

I definitionen ovenfor forbindes proaktiv jura med to dimensioner, hvor den ene dimension angår identifikation af muligheder (”identity opportunities”) i form af at skabe værdi, styrke relationer og styre risici, og hvor den anden dimension vedrører identifikationen af problemer (”spot potential problems”) med henblik på at undgå og forebygge misforståelser, tvister og retssager. Siedel & Haapio (2010: 14) kalder disse to dimensioner for henholdsvis den *promoverende* og *præventive dimension*, og tilføjer - i forlængelse af ovenstående definition – at de to dimensioner har økonomiske rationaler bag sig, når de anvendes i et *virksomhedsperspektiv*, idet proaktiv anvendelse af juraen giver virksomheder et yderligere konkurrenceparameter i forhold til de andre konkurrenter på markedet i form af *konkurrencemæssige fordele* (Siedel & Haapio 2010: 2; Bagley 2013: 3ff; Sorsa, K; T. Salmi-Tolonen (2011): 198 f.).

Den bagvedliggende interesse i den præventive dimension er *omkostningsminimering* gennem forebyggelse af misforståelser og tvister. Der arbejdes ud fra idéen om, at forebyggelsen er billigere end selve tvistløsningen, eller som den amerikanske jurist, Brown (1959: 1), har formuleret det, ”it usually costs less to avoid getting into trouble than to pay for getting out of trouble”. Virksomheder bør derfor anvende juraen på en måde som minimerer omkostningerne.

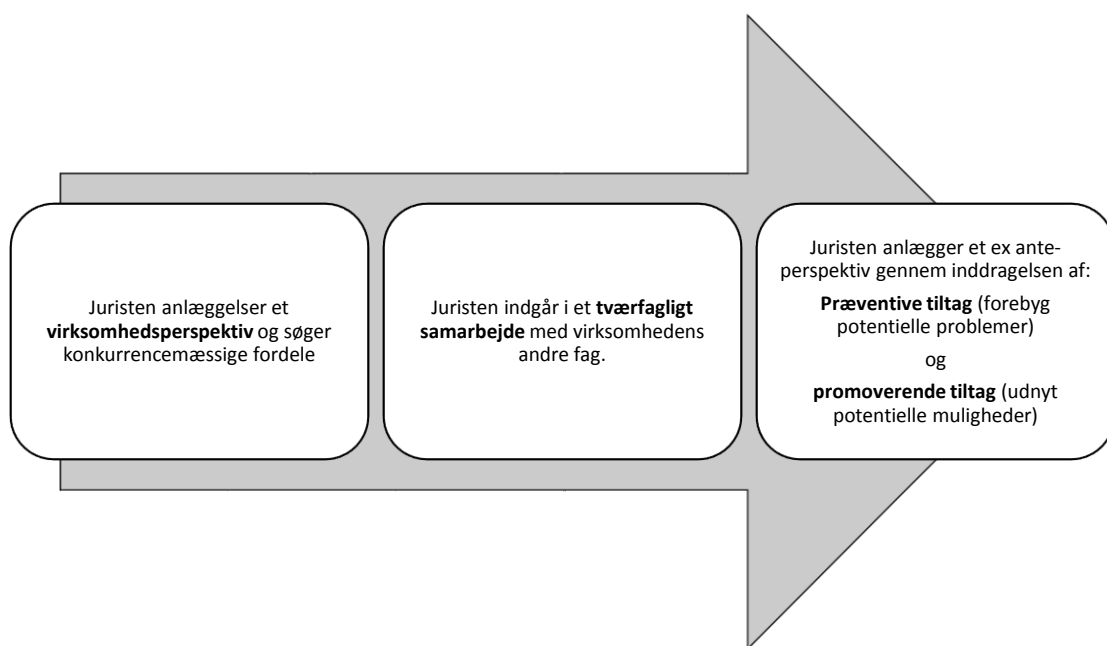
Den bagvedliggende interesse bag den promoverende dimension er at fremme konstruktive og positive tiltag med henblik på *værdiskabelse* ved at opnå af forretningsmæssig succes (Janssen 2011:

⁶ <http://www.proactivelaw.org/>, d. 4/3 2016.

144), at hjælpe virksomheder med at nå deres målsætninger (Berger-Walliser 2012: 22), og at etablere efficient risikostyring (Haapio 2010b: 25)

Slutteligt bør de præventive og promoverende tiltag foretages ud fra en *tværdisciplinær* tilgang, hvor den juridiske disciplin skal arbejde sammen med andre faggrupper – fx økonomi, psykologi, sociologi, IT osv. (se bl.a. Janssen 2011: 144, Østergaard 2014: 2). Denne tilgang er ny i forhold til den reaktive juridiske tilgang, hvor juristen typisk arbejder meget selvstændigt uden at iagttage juraens dens sammenspil med andre fagdiscipliner. Risiciene for fremtidige problemer må med det tværfaglige aspekt antages at kunne minimeres betydeligt.

På baggrunds af ovenstående analyse vil proaktiv kontrahering i dette speciale blive forstået, som et tankesæt, der benytter (1) virksomhedsperspektivet, (2) tværfagligt samarbejde og (3) præventive og promoverende kontraktuelle tiltag. Dette illustreres ved Figuren nedenfor,



2.1.3. Forholdet mellem proaktiv jura og den erhvervsjuridiske metode

Afhandlingen anvender, som allerede nævnt i metodeafsnittet ovenfor, den erhvervsjuridiske metode. Den proaktive jura er – i modsætning til den erhvervsjuridiske metode – ikke en videnskabelig metode. Det er nærmere et tankesæt, en filosofi, som benytter videnskabelig data, der stemmer overens med de mål, som det proaktive tankesæt stræber mod. På denne måde kan man sige, at proaktivitet er målet, mens de videnskabelige metoder er vejen. Den erhvervsjuridiske metode et således et videnskabeligt analyseredskab, der (dis)kvalificere eventuelle juridiske og økonomiske tiltag, som værende proaktive henholdsvis reaktive.

2.1.4. Proaktiv kontrahering

Ligesom det er tilfældet med begrebet ”proaktiv jura” (som beskrevet ovenfor), findes der heller ingen fast definition på ”proaktiv kontrahering”. Fælles for alle forfattere er dog, at tankesættet vedrørende ex ante-perspektivet, tværdisciplinært samarbejde, promoverende og præventive tiltag og vedvarende konkurrencemæssige fordele, anvendes på udformningen af kontrakter. Herudover er der bred enighed om, at der skal gøres op med den konventionelle visdom om kontrakten som et reaktivt juridisk dokument, der ifølge litteraturen alene har et snæversynet fokus på juridiske implikationer, men manglende inddragelse af forretningsmæssige og tekniske forhold (se fx Haapio (2010a: 157ff), som mener, at kontraktens primære formål er forretningsmæssigt, hvori den juridiske dimension indgår i tillæg til denne).

Proaktiv kontrahering er indbegrebet kontraktstyring, dvs. afbenyttelse af kontrakten som *styringsredskab* (fx Berger-Walliser 2012: 27; Nuottila, Kujala & Nystén-haarala 2015: 29 f.; Siedel & Haapio 2011: 25ff). Den skal, hvor det er muligt, afstå fra et ensidigt fokus på de juridiske konsekvenser af en kontraktparts fejltagelser, indbydes misforståelser og uklarheder, men i stedet drive værdiskabelse (Haapio 2011: 25). Henschel et al (2011) påpeger, at graden af kontraktstyring bør træffes på baggrund af en given transaktions kompleksitet og strategiske vigtighed for virksomhedens målsætning. Kontrakter med lav strategisk værdi og lav grad af kompleksitet behøver ikke samme styring og kan reguleres af standardkontrakter, hvorimod kontrakter, der regulerer en transaktion af høj forretningsmæssig værdi og er vigtig for virksomhedens strategi, behøver proaktiv tilgang til kontraktstyring.

Den optimale kontraktstyring skal ske med henblik på at identificere og benytte kontraktens funktioner proaktivt, således at kontraktens design understøtter en given transaktion mest optimalt i relation til værdimaksimering og omkostningsminimering (Sorsa & Salmi-Tolonen 2011: 200 f.). I denne forbindelse er det således nødvendigt, at den proaktive erhvervsjurist ser sig selv som designer - herunder som juridisk arkitekt, forretningspartner, rådgiver, mentor, osv. (Haapio 2010b: 30f).

2.2. Proaktiv kontrahering i praksis

Dette afsnit har til formål at undersøge, hvorvidt der i praksis er en efterspørgsel på proaktive kontrakter. Såfremt dette ikke er tilfældet, ville dette projekt være meningsløst!

Empirisk data fra IACCM ("International Association for Contract & Commercial Management") – en international fagorganisation for praktikere, der beskæftiger sig med kontraktstyring og contract management - viser, at den konventionelle, reaktive kontrakt er den mest benyttede kontrakt i erhvervslivet – uanset industri og kontinent. Samme datasæt viser også, at de vigtigste kontraktklausuler for et forretningsmæssig succesfuldt samarbejde ikke bliver diskuteret på forhandlingsbordet i samme grad som de reaktive klausuler.

IACCM foretager hvert år en global undersøgelse blandt organisationens medlemmer om de hyppigst forekommende emner på forhandlingsbordet og de vigtigste emner, som er vigtig for værdiskabelsen, uanset om ed indgår i forhandlerne eller ej.

Tabellen nedenfor viser undersøgelsens resultater. I forhold til tidligere undersøgelser er forretningsmæssige interesser ved at vinde frem i forhandlingerne, idet seks af de ti vigtigste forhandlingsemner også indgik i de faktiske forhandlinger⁷ - en kendsgerning, som aldrig før er registreret hos IACCM, der ikke lægger skjul på deres begejstring herom (IACCM 2014: 8).

	Most negotiated term	Most important term
1	Limitation of Liability	Scope and Goals
2	Price / Charge / Price Changes	Responsibilities of the parties
3	Indemnification	Change Management
4	Service Levels and Warranties	Delivery / Acceptance
5	Payment	Communications & Reporting
6	Service Withdrawal / Termination	Price / Charge / Price Changes
7	Warranty	Service Levels and Warranties
8	Intellectual Property	Performance/Guarantees/Undertakings
9	Performance/Guarantees/Undertakings	Payment
10	Delivery / Acceptance	Limitation of Liability

IACCM (2014: 8)

⁷ De fem emner er; 1. Pris/prisændringer ("Price / Charge / Price Changes"), 2. levering ("Delivery / Acceptance), 3. serviceniveau og garantier ("service level and warranties"), 4. betaling ("Payment"), 5. aftaleopfyldelse/garantier/bindeende løfter ("performance/guarantees/undertakings") 6. og ansvarsbegrænsning ("limitation og liability").

Fra et forretningsmæssigt synspunkt er det dog stadig de reaktive juridiske klausuler der dominerer (på førstepladsen ligger *ansvarsbegrænsning*, på anden pladsen *pris* og på tredjepladsen *misligholdelsesbeføjelser*). På bekostning heraf indgår de allervigtigste forhandlingsemner slet ikke i de top ti mest forhandlede emner; nemlig *kontraktens formål* ("scope and goals"), *parternes ansvar* ("responsibilities of the parties") og *ændringsstyring* ("change management"). IACCM selv fortolker dette faktum ud fra en handelskultur, som holder fast i gamle kutymen og sædvaner, hvor man gerne bebrejder modparten for manglende samarbejdsvilje til værdiskabelse, og hvor man hellere vil bruge tid på at beskytte sig selv mod indsigelser fra sin handelspartner.

(...) each year we have discovered that most business-to-business negotiations are dominated by discussions over financial issues (price and payment) and risk allocation (liabilities, indemnities, data security, performance undertakings and liquidated damages). **While these issues are important, they do not contribute to the win-win approach that negotiators claim they prefer.** In past surveys, almost 80 % of participants acknowledge that the focus of their negotiations does not result in the best outcome for either party. **Each blames the other for failing to shift the agenda onto topics that might contribute to greater value.** This shows little change in the most recent survey. (IACCM 2014: 8. Forfatterens egen markering med fed).

På baggrund af IACCM's undersøgelse er det klart, at der foreligger en asymmetri mellem kontraktens faktiske indhold og dens ønskede indhold. Det er klart, at ønsket om at inddrage forretningsmæssige interesse i kontrakten er til stede i erhvervslivet, men det er (desværre) samtidigt også klart, at der mangler ledelsesmæssig handlekraft til at inddrage de såkaldte vigtige emner i forhandlingerne og kontrakterne. De præcise mekanismer, der ligger bag denne kultur for reaktiv kontrahering er uklare, og kan ikke forklares alene på basis af denne undersøgelse. Det proaktive paradigme synes derfor at være relevant i forhold til erhvervslivet.

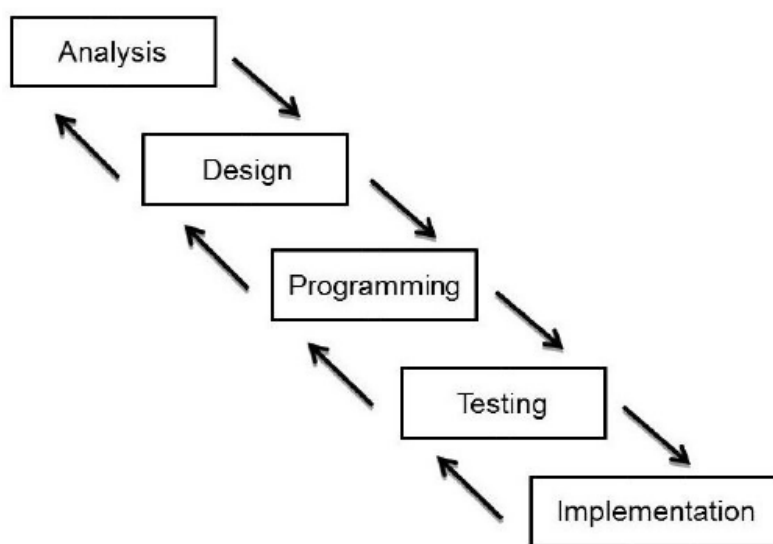
3. IT-INDUSTRIENS UDVIKLINGSAFTALER

Dette afsnit har til formål at identificere, hvilke kontrakter IT-industrien benytter sig. Den økonomiske og juridiske analyse vil tage afsæt i disse kontrakter.

Inden for udvikling af IT-systemer, er der en naturlig sammenhæng mellem valget af projektmodel og kontraktkonstruktion. De to mest udbredte projektmodeller er *vandfaldsmodellen* og *den agile model*.

Vandfaldsmodellen er den klassiske tilgang til IT-projektstyring. Kerneprincippet i denne model er, at projektet inddeles i forskellige faser, hvorefter hver fase afsluttes før den efterfølgende fase påbegyndes. En af de vigtigste faser for projektstyringen er analysefasen (se modellen nedenfor), hvor IT-systemets tekniske specifikationer, funktionalitet bliver detaljeret og omhyggeligt specificeret og nedskrevet (Langemark et al 2009: 6).

I vandfaldsmodellen er ansvarsfordelingen mellem kunden og IT-leverandøren klarlagt. Kunden specificerer detaljeret, udførligt og udtømmende sine behov i aftalen, mens it-leverandøren leverer et funktionelt system, der lever op til kravene. Som det fremgår af figuren nedenfor, indebærer levering, at de følgende faser fuldendes én fase ad gangen: Analyse > design > programmering > testning > implementering.



Noutilla et al. 2015: 29

Vandfaldsmodellen er af projektledere og IT-fagfolk blevet kritiseret for at være rigid, ufleksibel og ineffektiv, idet den snævre fokus på tidlig kravspecifikation tilsidesætter de forretningsmæssige interesser; Det store fokus på kravspecifikationen kræver nemlig, at kunden og it-leverandøren er fuldt ud oplyst omkring it-systemets detaljer på tidspunktet for kontraktindgåelse. Dette har i praksis vist sig ikke altid at være tilfældet, således at ændringer *ex post* har været nødvendige. Hertil kan tilføjes, at ændringerne ofte er dyre og bureaukratiske, og er parterne kan være nødsaget til at acceptere et

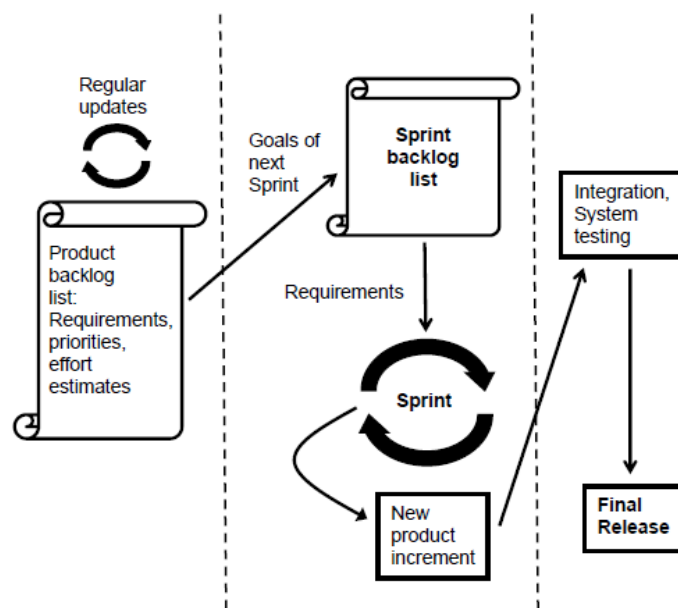
ringere produkt, som konsekvensen af manglende oplysning om kravspecifikationen på kontraheringstidspunktet.

Endvidere bliver IT-systemet først testet og implementeret i et såkaldt ”big bang” i projektets sidste faser. Dette har vist sig at være upraktisk, idet fejl først opdages på et sent stadie. For at rette fejlene er IT-leverandøren nødsaget til gå tilbage til tidligere faser - fra implementering til testning, programmering, design og analyse (se modellen ovenfor). Risikoen for dyre forsinkelser kan derfor opstå, ligesom ressourcekrævende ændringer kan vise sig at være nødvendige (Noutilla et al. 2015: 35 ff.).

I forsøget på at løse vandfaldsmodellens problematikker, er der udviklet alternative modeller baseret på agile - eller kaldet iterative – metoder⁸. For eksempel udviklede en række amerikanske softwareudviklere et agilt manifest bestående af fire principper: (1) Individ og samarbejde er vigtigere end processer og værktøjer, (2) Software der virker er vigtigere end omfattende dokumentation, (3) samarbejde er vigtigere end kontraktforhandlinger og (4) Reaktion på ændringer er vigtigere end at følge en plan⁹. Kernen i de agile modeller er, at projektet inddeles i mindre etaper, og hvor hver enkelt etape udgør en miniudgave af vandfaldsmodellen. Kravspecifikationen er i modsætning til vandfaldsmodellen *ikke* udfærdiget forud for kontraktens indgåelse. I stedet lader parterne en række spørgsmål stå ubesvaret hen til efterfølgende etaper. Det agile system kræver en stor grad af samarbejde, fordi it-systemets funktionalitet besluttet løbende, som projektet skrider frem etape for etape. (Langmark et al. 2009: 7). Figuren nedenfor illustrerer et eksempel på en agil model.

⁸ Der findes mange agile modeller. De mest anvendte er ”SCRUM”, ”DSDM”, ”XP”, ”RUP” og ”MSF” (Langemark et al: 8)

⁹ <http://www.agilemanifesto.org/>, d. 15/3-2016



Noutilla et al. (2015: 45)

Som det fremgår er af figuren, opdateres kravspecifikationen ("produkt backlog list") løbende og hyppigt. Den opdaterede kravspecifikation leder til igangsættelsen af en ny etape ("sprint"), hvori de aftalte krav implementeres i det samlede produkt ("new produkt increment"). Der ventes ikke med implementeringen til allersidst, som ved vandfaldsmodellen. Når alle etaperne er færdige, og den sidste del af it-systemer er implementeret i resten af systemet, kan det samlede program testes ("system testing") og slutteligt afleveres til kunden ("final release").

3.1.Fra metode til kontrakt

Tabellen nedenfor opsummerer de vigtigste karakteristika ved de to metoder, når de implementeres i kontrakten.

	Agil	Vandfald
Fokus	Forretningsmæssigt: Organisationens behov og muligheder. Undersøgelse af forretningsens behov og processer ved idriftsættelse, ikke ved projektinitiering.	Teknisk: Fokus på tekniske krav ved projektinitiering.
Funktionalitet	Fastlægges endeligt i projektet	Kravspecifikationen fastlægger
Idriftsættelse	Løbende afprøvning i drift	"Big bang": alt iværksættes og afprøves samlet.

Kravspecifikation	Fokus på forretningsprocesser, forretningsmæssige behov og fastlæggelse af mindstekrav.	Detaljeret angivelse af den funktionalitet, der skal etableres.
Overtagelsesprøve	Understøttelse af forretningsprocesser og øvrige krav opfyldt?	Øvrige krav opfyldt?
Samarbejde	Dynamisk deltagelse fra begge parter, tillid til projektdeltagerne	Leverandøren udfører
Ydelser	Projektledelse, rådgivning, metodekendskab, ressourcer	Etablering af funktionalitet
Ændringshåndtering	Processen og metoden håndtere	Betydeligt ressourceforbrug ændringer undgås helst.

Langemark et al (2009: 8)

Den egentlige forskel på de to kontrakter kan koges ned til deres forskellige grad af *fleksibilitet*. Vandfaldskontrakten søger at tilfredsstille kundens tekniske krav gennem en udtømmende kravspecifikation. Det er IT-leverandørens ansvar at finde ud af, hvordan dette opfyldes bedst, mens det er kundens opgave at definere kravene. De agile modeller søger at tilfredsstille kundens forretningsmæssige behov (og ikke kravspecifikationen) gennem tæt dynamisk samarbejde med leverandøren. Det endelige resultat er ikke kendt på forhånd, og det udvikler sig snarere på dynamisk vis, som samarbejdspartnerne løbende finder nye løsninger, der afdækker behovene. De agile modeller er langt mere fleksible end vandfaldsmodellerne.

DEL II: VÆRDIEN AF PROAKTIVE I IT-UDVIKLINGSAFTALER

Denne del har til formål at besvare spørgsmålet om, hvordan økonomisk teori kan anvendes til at maksimere udviklingsaftalens værdi. Som det blev fastlagt i afsnit 2 ovenfor, så søger den proaktive kontrakt konkurrencemæssige fordele. Den økonomiske teori har gennem årene ydet et betydeligt bidrag til netop denne diskussion. Med henblik på kontraktuel værdiskabelse kommer det største bidrag formegentligt fra transaktionsomkostningsøkonomien og principal-agentteorien (Østergaard 2014). Det er da også med afsæt i disse teorier, at problemstillingen søges besvaret.

I afsnit 4 vil det blive undersøgt, hvornår parterne kan skabe konkurrencemæssige fordele gennem kontrakten. I afsnit 5 og 6 vil det blive undersøgt, hvordan kontrakten skal konstrueres således at parterne optimere kontraktens værdi. I afsnit 7 vil det blive diskuteret om it-industriens brug af vandfaldskontrakter og agile kontrakter kan benyttes til at skabe konkurrencemæssige fordele i overensstemmelse med økonomisk teori.

4. KONKURRENCEMÆSSIGE FORDELE

Det er antagelsen i stort set al økonomisk teori, at virksomhedernes formål er at maksimere deres profit (profitmaksimeringshypotesen). I denne forbindelse spiller begrebet *konkurrencemæssige fordele* en central rolle, hvilket kan defineres som opnåelsen af fordele, som andre virksomheder ikke er i besiddelse af.

Dyer og Singh (1998) sonderer mellem tre måder hvorpå virksomhederne kan opnå profit. For det første kan konkurrencemæssige fordele opnås gennem Micheal E. Porter's *Industry Structure View*, hvor favorable betingelser for en given industri udgør mulighederne for konkurrencemæssige fordele – fx Porters Five Forces (Porter 1980). For det andet kan konkurrencemæssige fordele opnås gennem et *Ressource-based View*, hvilket indebærer virksomhedens egen evne (virksomhedsperspektiv) til differentiere sig i forhold til andre markedsspillere ved afbenyttelsen af egne interne ressourcer - fx anvendelsen af immaterielle rettigheder, omdømme, fysisk favorabel beliggenhed, osv. (Barney 1991). Den tredje mulighed for opnåelsen af konkurrencemæssige fordele er gennem Dyer & Singhs *relationelle synspunkt* (1998), hvorefter evnen og kompetencen til at indgå i et eksternt samarbejde med andre virksomheder kan skabe værdi og profit.

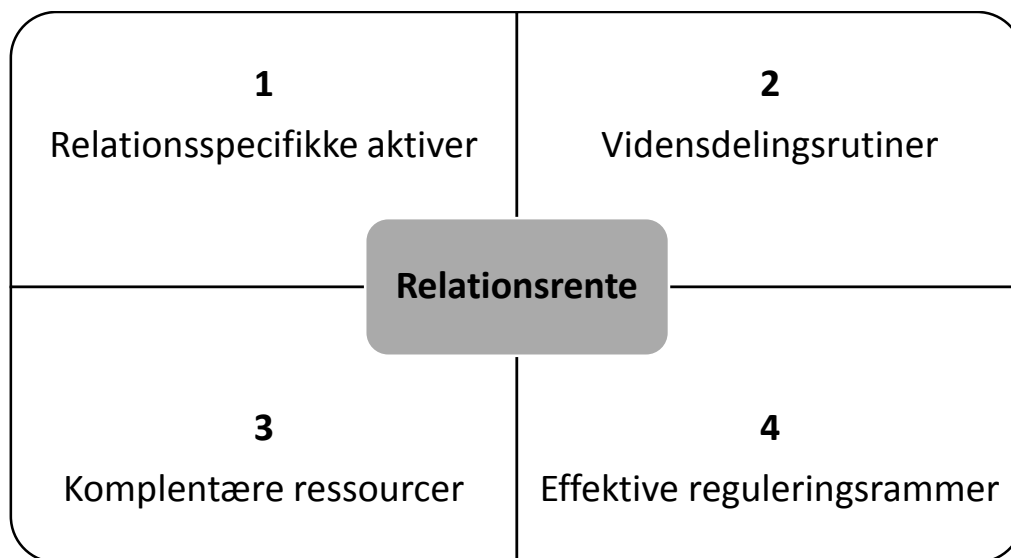
Dyer & Singhs relationelle synspunkt er meget relevant i forhold til værdiskabelse gennem kontrakter, idet kontrakten jo netop har til formål at regulere de kontraherende parter adfærd. Deres analyse ramme vil derfor danne grundlag for den økonomiske analyse. Rent teorimæssigt bør det bemærkes, at Dyer & Singh befinder sig inden for principal-agentteorien (Østergaard 2014). Den grundlæggende problemstillinger er derfor, hvordan de kontraherende parter kan ensrette deres interesser så de arbejder mod det samme mål om værdiskabelse – dette vedrører helt grundlæggende ensretningen af principalens profitmaksimeringsinteresse og agentens nyttemaksimeringsinteresse (se evt. ovenfor i afsnit 1.2.).

4.1.Dyer & Singhs relationsrente

Ifølge Dyer & Singh har virksomhederne mulighed for at skabe relationsrente gennem relationer til andre virksomheder. Denne såkaldte ”rente” opstår gennem den synergieffekt, der ligger i et særegent samarbejde.

We define a relational rent as a supernormal profit jointly generated in an exchange relationship that cannot be generated by either firm in isolation and can only be created through the joint idiosyncratic contributions of the specific alliance partners (Dyer & Singh 1998: 662).

Dyer & Singh laver herefter en vigtig sondring mellem *armslængderelationer* og *partnerskaber*, hvori det kun er i sidstnævnte, som har potentiale for relationsrente. Armslængdekontrakten er karakteriseret ved lave transaktionsomkostninger og minimal investering i styringsmekanismer, minimal informationsudveksling, lav grad af gensidig afhængighed (virksomhederne skaber ikke noget i fællesskab) og der foretages ingen aktivspecifikke investeringer (fx investering i know-how, produktionsmetoder, osv.). Armslængderelationer kunne være et klassik køb, hvor sælger hurtigt og uproblematisk kan skiftes ud med en anden. Den eneste mulighed for at skabe relationel værdi er gennem taktisk adfærd med henblik på værdideling mellem køber eller sælger gennem prisforhandlinger. Dette forudsætter forhandlingsstyrke (Ibid: 662). Relationsrenten i partnerskaber i Dyer & Singhs terminologi er karakteriseret af de fire betingelser, som afbilledet i figur 1 nedenunder.



Dyer & Singh (1998: 663)

Dyer & Singh har med deres identifikation af de fire betingelser skabt en god analyseramme for relationens muligheder for at skabe værdi: Jo mere en relation er karakteriseret ved én eller flere af faktorerne, desto mere værdifuld er relationen også for parterne. Den største værdi kan høstes, når alle betingelserne for relationen foreligger. Omvendt smider parterne værdi lige ud ad vinduet, hvis de ikke formår at udnytte samarbejdets muligheder optimalt.

Rent praktisk er manglende forståelse for relationens præmisser den direkte vej til en ”ulykkelig skilsmisse” frem for et bestående og robust ”lykkeligt ægteskab”. Når parterne ikke udnytter de underliggende muligheder for at skabe et varigt samarbejdsforhold, vil mulighederne for konkurrencemæssige fordele gå til spille – hvilket er imod paradigmet om proaktiv kontrahering, som nævnt i afsnit 3.

4.1.1. Mulighederne for relationsrente i udviklingsaftalen

De *relationsspecifikke aktiver* kan defineres, som idiosynkratiske, specialiserede aktiver, der er direkte forbundet med en specifik transaktion, men som samtidigt ikke har nogen selvstændig værdi, når aktivet står uden for transaktionen (Ibid: 662). Den relationsspecifikke investering er derfor en offeromkostning. Den værdi som skabes ved at investere i aktivspecifitet kaldes af Williamson (1979) for kvasirente og må alt andet lige karakteriseres som en delmængde af relationsrenten.

Williamson (1985) har identificeret tre former for aktivspecifitet: *Site specificitet* (dvs. hvor den fysiske beliggenhed mellem virksomhederne er fordelagtig, fx ved at reducere transportomkostninger og koordinerings-/samarbejdsomkostningerne), *fysisk aktivspecifitet* (dvs. hvor særlige fysiske aktiver giver fordele for relationen fx specialiserede maskiner og værktøjer, der øger produktværdien)

og *humanspecificitet* (dvs. investeringer i menneskelige egenskaber fx knowhow gennem virksomhedssamarbejde, som minimere fejlmarginer eller øger kvaliteten). Såfremt en parterne investere i en af eller flere af aktiverne, har parterne mulighed for at skabe kvasirente.

I store og komplekse it-udviklingsaftaler vil parterne ofte skulle investere i humanspecifikke investeringer i form af ekstra personale, en projektstyregruppe, eksterne konsulenter, osv. Der vil også skulle investeres i fysiske aktiver såsom hardware- og softwarekomponenter til den specifikke udviklingsopgave, såvel som fælles arbejdslokaler eller kommunikationssystemer.

Vidensdelingsrutinerne angår parternes evne til at udveksle og akkumulere knowhow i partnerskabet og dermed eliminere den asymmetriske information, som foreligger mellem dem. Informationsudvekslingen betyder, at parterne effektivt kan anvende hinandens viden til at opfylde deres specifikke behov. Parterne kan give hinanden incitament gennem muligheden for gevinster eller risikoen for tab ligesom incitamenterne kan skabes gennem skabelsen af normer. På denne baggrund argumenterer Dyer & Singh for, at potentialet for relationsrente vil stige i takt med, at parterne udvikler effektive vidensdelingsrutiner. Vidensdelingsrutinerne har især betydning når der investeres i humanspecifikke aktiver, og hvor partnerskabet er innovativt og vidensbaseret. (Ibid.: 665 f)

It-udviklingsaftalen må som udgangspunkt karakteriseres som vidensbaseret og måske også innovativ. Parterne bør derfor søge at etablere effektive vidensdelingsrutiner for at udligne den asymmetriske information gennem relationelle bestemmelser i kontrakten.

De *komplementære ressourcer* vedrører det forhold, at relationens parter anvender deres forskelligartede kompetencer i fællesskab med henblik på at skabe relationsrente. Det karakteristiske ved de komplementære ressourcer er, at hver part leverer en ydelse, som den anden part ikke selv er i stand til at levere. Dermed vil de parter, som kan skabe en synergieffekt mellem sig ved at akkumulere og anvende viden kunne skabe relationsrente i partnerskabet (Ibid.: 666 ff.).

It-udviklingsaftaler er et eksempel, hvorpå parterne har komplementære ressourcer. Leverandøren har viden omkring det it-faglige, mens kunden har viden om, hvilket it-system, som er værdiskabende. Det må antages, at jo bedre parterne kan anvende deres fælles viden desto mere værdi vil deres samarbejde skabe.

Parternes *effektive reguleringsrammer* vedrører parternes evne til at minimere transaktionsomkostningerne og til at maksimere transaktionsværdien gennem. Den effektive reguleringsramme angår

evnen til at beskytte og fremme de relationsspecifikke investeringer, vidensdelingsrutiner og komplementære ressourcer. Dyer & Singh skriver:

Effective governance (...) may allow transactors to make greater investments in specialized assets than competing transactors, who refuse to make the relation-specific investments, because of the high cost of safeguarding them. Similarly, alliance partners may be unwilling to share valuable, proprietary knowledge with trading partners if they are not credibly assured that this knowledge will not readily shared with competitors. (Ibid.: 670).

Effektiv regulering er i Dyer & Singhs forstand evnen til at implementere relationel robusthed. De argumenterer helt konkret for, at intern selvregulering (fx uformelle håndhævelsesmekanismer) frem for ekstern tredjemandsregulering (fx domstolen eller voldgiftsretten) er en medvirkende faktor for relationsrente. Den regulering, som minimerer transaktionsomkostningerne, er også den der forøger parternes relationsrente. Den bedste ledelsesstruktur er (ideelt set) den, som foregår uden brug af kontrakter, men på rene normer (Ibid.: 669 ff.).

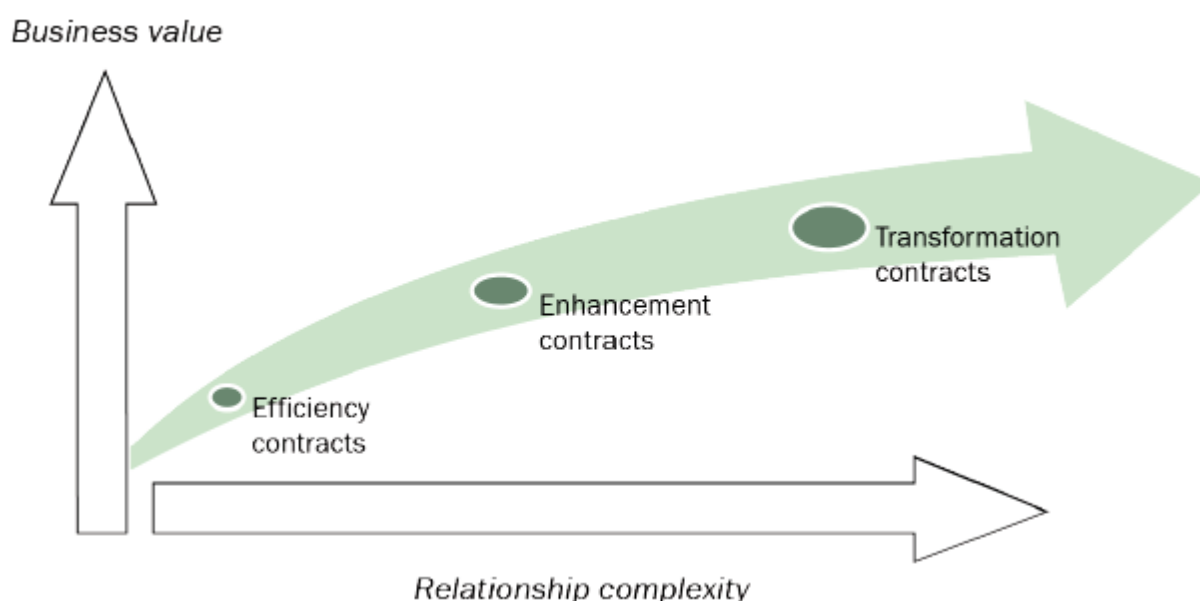
I forhold til it-aftalen er der ingen tvivl om, at hvis parterne forstår at bevare partnerskabet via transaktionsomkostningsminimerende tiltag ved at undgå domstolssystemet, vil de herved også kunne opnå relationsrente.

Alt andet lige er Dyer & Singhs ramme en godt udgangspunkt for proaktiv kontrahering. Synspunktet omkring effektive reguleringsrammer betyder, at selvregulering forebygger tvister og søger at værdiske, mens den reaktive kontrakt falder tilbage på domstolssystemet. Endvidere bør den proaktive kontrakt stræbe efter at inkludere vidensdelingsrutiner, komplementære ressourcer og relationsspecifikke aktiver. Den reaktive kontrakt må omvendt reduceres til armlængdekontrakt, der ikke gør noget for relationsrenten per se.

4.2.Kontraktstyring af forskellige partnerskaber

Som det fremgår af det ovenstående afsnit, vil en virksomhed have mulighed for at skabe relationsrente gennem deres evne til at indgå i partnerskaber med deres eksterne relationer. Dermed får partnerskabskontrakten en strategisk vigtig rolle, hvorfor kontraktstyring bør bringes op på ledelsesniveau i form af effektive reguleringsrammer.

I denne forbindelse må der dog sondres mellem forskellige former for partnerskaber, idet graden af relationsspecifikke investeringer, vidensdelingsrutiner og komplementære ressourcer kan variere fra høj til lav afhængigt af partnerskabet. De mest komplekse partnerskaber kræver således mere kontraktstyring, fordi disse har høj strategisk betydning. Henschel, Sorsa & Salmi-Tolonen (2011) son- drer mellem tre forskellige kontrakttyper, som defineres ud fra deres kompleksitet og mulighed for at skabe værdi.



Henschel, Sorsa & Salmi-Tolonen (2011)

I *efficiency contracts* er der tale om en omkostningsminimeringsstrategi, hvor prisen er det vigtigste element. Det er tale formegentlig tale om en armslængdekontrakt, som ikke spiller ens stor rolle for virksomhedens forretningsstrategi. Der er typisk er mange udbydere på markedet således at parten nemt kan skiftes ud. *Enhancement contracts* søger at forbedre virksomhedens præstationsevne gennem optimeringen af virksomhedens processer. Kontrakten er således en vigtig del for virksomhedens præmære strategi. Der vil her være grundlag for at danne et partnerskab gennem vidensdelingsrutiner, komplementære ressourcer og relationsspecifikke investeringen, idet kvaliteten ofte vil spille en vigtigere rolle en prisen. *Transformation contracts* har størst muligheder for relationsrente, idet der er tale om kontrakter, som søger at forbedre virksomhedens samlede konkurrenceevne. Kontrakten vil derfor være kompleks og alle betingelserne for relationsrente anvendes i høj grad.

På baggrunds af ovenstående kan it-udviklingsaftaler befinde sig på alle tre niveauer. Der kan være tale om simple udviklingsaftaler, som typisk omfatter småændringer af et standard it-system. Der vil i denne forbindelse være mange udbydere på markedet, og parterne kan anvende en standardkontrakt.

Udviklingsaftalen vil typisk tage karakter af en enhancement contract, idet mange it-systemer handler om at forbedre virksomhedernes interne processer, fx regnskabssystemer, kommunikationssystemer, lagersystemer, osv. I denne forbindelse vil udviklingsarbejdet ofte være betinget af effektive vidensdelingsrutiner, komplementære ressourcer, relationsspecifikke investeringer og effektive reguleringsrammer. Kontrakten bør derfor styres som om det var et partnerskab gennem en skræddersyet kontrakt med fokus på kvalitet.

Der er dog også mange virksomheder, hvor it-systemer udgør selve kerneydelse. Det kan fx it-leverandører eller online virksomheder. I denne forbindelse bør parterne ligeledes søge at skabe relationsrente gennem etableringen af et partnerskab.

5. EFFICIENTE REGULERINGSRAMMER

Dette afsnit har til formål at gå yderligere i dybden med den økonomiske teoris forståelse af effektive reguleringsrammer med henblik på at udvikle en effektiv reguleringsramme i udviklingsaftalen. Der vil i denne sammenhæng tages udgangspunkt i transaktionsomkostningsøkonomien i overensstemmelse med Oliver E. Williamson's teori om reguleringsstrukturer (på engelsk: "governance structures").

En reguleringsramme er ifølge Williamson "et kontraktmæssigt arrangement, der består af en nærmere specificeret beslutningsprocedure, og som benyttes af transaktionsparterne, når de skal tilpasse en kontrakt til nye og ændrede vilkår" (Knudsen 1997: 217). Den efficiente løsning er at finde det transaktionsomkostningsminimerende match mellem reguleringsramme (dvs. kontrakttype) og transaktionstype. Med andre ord skal parterne skal have forståelse for hver transaktions særegenhed.

I denne forbindelse sondrer Williamson (1985) mellem tre forskellige reguleringsrammer: *markedregulering* (klassiske kontrakter), *trepartsregulering* (neoklassiske kontrakter) og *toparts- og enkeltpartsregulering* (relationelle kontrakter). Valget af den efficiente kontrakttype afhænger ifølge Williamson af transaktionens frekvens og aktivspecifitet.

		Investment characteristics		
		Nonspecific	Mixed	Idiosyncratic
Frequency	Occasional	Market governance	Trilateral governance (neoclassical contracting)	Unified governance contracting
	Recurrent		Bilateral governance (relational)	

Williamson (1985: 79)

Markedet reguleres af de klassiske kontrakter gennem den almindelige kontraktret. Markedstransaktionerne er karakteriseret af høj og/eller lav frekvens og lav aktivspecifitet. Der vil her være tale om en armslængdetransaktion. Et eksempel på sådanne transaktioner kan være køb af et standard it-system med delvis tilvirkning, hvor der ikke er nogle særlige behov for særregulering og markedet kan fint regulere parternes transaktioner.

Når transaktionen forekommer lejlighedsvist samtidigt med, at aktivspecifiteten forøges til medium eller høj vil trepartsreguleringen (dvs. inddragelsen af retssystemet) blive relevant til løsning af tvister og aftalefortolkning. Det ”pludselige” behov for inddragelsen af tredjemand skyldes, at skabelsen af relationsrente åbner på for opportunistisk adfærd. Et eksempel herpå større it-projekter, hvor parterne i tilfælde af tvister bliver nød til at have hjælp til aftalefortolkningen af retssystemet.

Såfremt transaktionens frekvens stiger fra lejlighedsvist til høj, vil den efficiente reguleringsramme være toparts- eller enkeltpartsregulering. Hermed er den transaktionsomkostningsminimerende strategi at søge selvregulering, således at behovet for trepartsregulering forsvinder – parterne kan selv løse konflikter, fortolke samarbejdet og i det hele taget regulere deres relation gennem koordineret samarbejde. Såfremt aktivspecifiteten er stor og frekvensen er høj, så vil integration af parterne (enkeltpartsregulering) være den mest optimale.

I forhold til reguleringsrammens virkning på opnåelsen af konkurrencemæssige fordele, synes Williamson at stemme godt overens med Dyer & Singh (1998: 671), når de argumenterer for, at relationsrenten maksimeres, når parterne behersker topartsregulering frem for trepartsregulering.

The greater the alliance partners' ability is to employ self-enforcing safeguards (e.g. trust or hostages) rather than third-party safeguards (e.g. legal contracts), the greater the potential will be for relational rent, owing to (1) lower contracting costs, (2) lower monitoring costs, (3) lower adaptation costs, (4) lower recontracting costs, and (5) superior incentives for value-creation initiatives.

I de fleste udviklingsaftaler vil den transaktionsomkostningsminimerende strategi være at indgå en relationel kontrakt med selvregulering. Store it-projekter har ofte stor sandsynlighed for forsinkelser eller mangler, og parterne bør derfor selv være i stand til at løse dette uden en domstol. Den proaktive kontrakt bør derfor indeholde en række relationsbevarende bestemmelser, hvor der er fokus på vidensdeling, komplementære ressourcer og beskyttelsen af relationsspecifikke investeringer. Endvidere må det anses for reaktivt og ødelæggende for et partnerskab at undlade relationelle bestemmelser, fordi parterne herefter må falde tilbage på domstolen.

6. KONTRAKTENS FUNKTIONER

Såfremt betingelserne for at indgå et partnerskab foreligger, er spørgsmålet hvordan parterne kan implementere partnerskabsbevarende bestemmelser i kontrakten. Eckhart & Mellewigt (2007) har identificeret tre kontraktfunktioner, som transaktionsomkostningsøkonomien beskæftiger sig med; *Safeguarding* eller *beskyttelse* mod modpartens opportunistiske adfærd, *koordinering* for at nå det ønskede resultat og *regulering af ændrede omstændigheder* mod fremtidige, ikke-kontrollerbare omstændigheder. De proaktive bestemmelser skal således have disse funktioner.

6.1.Safeguardingfunktion

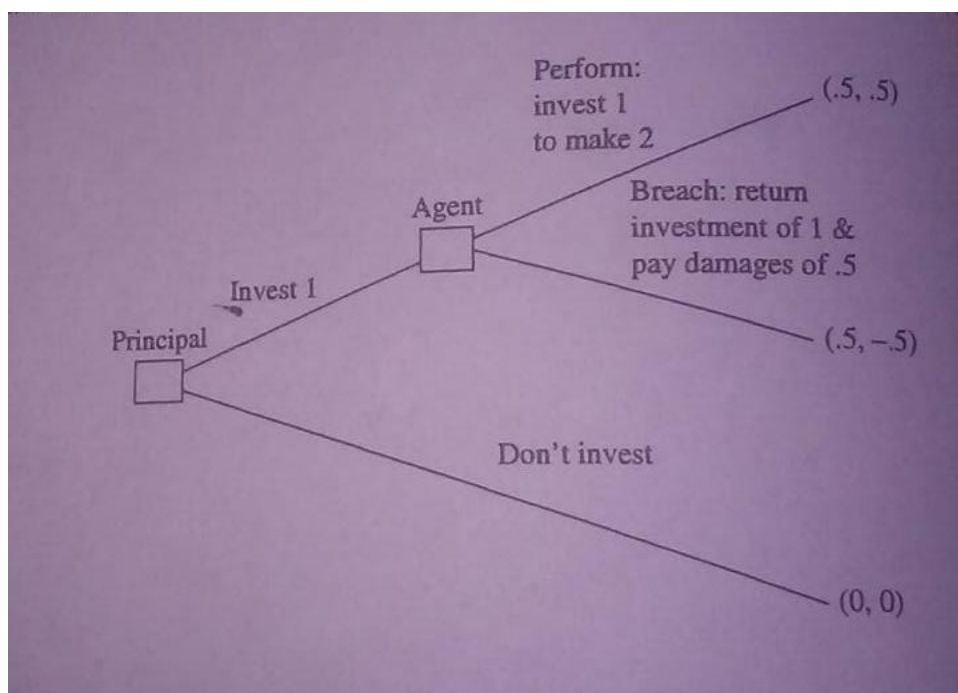
Safeguarding (eller beskyttelse) regulerer *relationsrisikoen*, dvs. risikoen for at parterne handler opportunistisk gennem taktisk adfærd (Eckhart & Mellewigt 2007). Risikoen for opportunisme opstår til dels som følge af den indgroede usikkerhed i, at transaktionen ydes over et længere tidsinterval, og

til dels som følge af, at ens alliancepartner handler egenoptimerende (værdidele) på bekostning af partnerskabets stræben efter fællesoptimering og relationsrente (værdiskabe).

I store og komplicerede it-udviklingsaftaler løber parterne en stor risiko, idet der er høj risiko for at projektet bliver forsinket, mere omkostningsfuldt eller at systemet indeholder fejl. Den økonomiske teori forudsiger, at parterne i sådanne situationer vil handle opportunistisk adfærd medmindre de har incitamenter til at samarbejde og fællesoptimering (sml. Cooter & Ulen 2012: 283).

6.1.1. Problemstillingen: agentspillet

Problematikken kan fint illustreres med et spilteoretisk eksempel - agentspillet (på engelsk: "the agency game").



Cooter & Ulen (2012: 284)

Figuren viser et spiltræ: En principal indgår en partnerskabsaftale med en agent. Principalen kan for eksemplets skyld være en kunde, der skal tilegne sig et nyt it-system. Agenten kan være it-leverandøren. Partnerskabet forudsætter aktivspecifikke investeringer.

Den første spiller, principalen, skal vurdere om han vil investere i aktivspecifitet for eksempel ved at betale forud for leveringen af it-systemet, investere i en projektledelse, efteruddannelse og workshops, osv. Principalen kan også vælge ikke at investere, hvilket betyder, at partnerskabet ikke etableres. Hvis principalen investerer får agenten kontrol over investeringen. Agenten skal dernæst vælge

om han vil samarbejde i overensstemmelse med principalen eller om han vil handle opportunistisk og beholde principalens investering for sig selv med den konsekvens at partnerskabet ikke skaber rente.

Som det ses af figuren, giver samarbejde det største payoff ($0,5 + 0,5$). Dette må fortolkes som skabelsen af relationsrenten. Fra agentens perspektiv er opportunisme dog mere optimal med et payoff på 1. Dette er dog ikke en værdimaksimerende ligevægt ($-1 + 1$), og kan ikke være i partnerskabets interesse.

Såfremt principalen er rationelt tænkende, vil denne *ikke* investere medmindre han kan safeguarde sine relationsspecifikke investeringer mod agentens opportunisme. For at fremme de relationsspecifikke investeringer, skal principalen give agenten incitament til at samarbejde.

6.1.2. *Safeguards via økonomiske incitamenter i repeated games*

En måde, hvorpå principalen kan beskytte sig mod agentens egenoptimering, er ved at give agenten økonomiske incitamenter til at fællesoptimere. Dette kan skabes gennem formelle bestemmelser, som kontrakten og domstolsregulering, hvorefter at opportunisme i praksis sanktioneres med ophør af partnerskabet og erstatningsansvar. Egenoptimeringen kan dog også reguleres via økonomiske incitamenter, hvorefter relationen bevares og hvor parterne undgår erstatningssager. Transaktionsomkostningsøkonomien forudsiger, at den relationsbevarende løsning er den optimale.

Spilteorien om repeated games forudsiger, at en strategi, såsom ”tit-for-tat”, kan give parterne incitament til topartsregulering helt uden inddragelsen af tredjemand (Cooter & Ulen 2012: 286 ff.). I et repeated game kan agenten vælge mellem samarbejde eller egenoptimering. Såfremt agenten vælger, at samarbejde vil principalen have incitament til at investere i fremtidige runder med henblik på at bevare det profitable partnerskab. Dersom agenten vælger at handle opportunistisk i en runde, kan principalen give agenten en ”lærestreg” ved at udelade at investere i partnerskabets efterfølgende runde. Hermed vil agenten igen have incitament til at samarbejde, idet agenten er afhængig af principalens investeringer i partnerskabet. Tit-for-tat en måde at give hinanden økonomiske incitamenter.

Store it-udviklingsaftaler synes at stemme fint overens med et teorien om repeated game, da transaktionen ofte inddeles i en række små delleverancer, fx vil agile kontrakter anvende iterationer, ligesom vandfaldskontrakter typisk er faseinddelt. Kunden kan her ses som principalen, mens it-leverandøren

er agenten. Spilteorien om repeated games forudsiger, at kunden kan opretholde leverandørens incitament til samarbejdet ved at have muligheden for tit-for-tat – altså tilbageholde investeringen i den næste delleverance, hvis agenten har handlet opportunistisk i den foregående.

I praksis må det antages, at parterne kan have svært ved at se de økonomiske gevinster i at bevare partnerskabet. Dette er særligt tilfældet, når en delleverance ikke i overensstemmelse med kundens behov. I sådanne situationer forudsiger den økonomiske teori, at parterne hele tiden bør sikre sig, at der er økonomiske gevinster ved at fortsætte samarbejdet. Her spiller vidensdelingsrutinerne en stor rolle, idet åbne regnskaber og informationsudveksling giver begge parter overblik over udviklingsaftalens økonomiske rammer og incitamenter til at fortsætte. Med denne viden vil leverandøren derfor have incitament til at samarbejde om at finde en løsning omkring den fejlslående dellevering, idet dette giver muligheder for fremtidige gevinster.

Tit-for-tat strategien og vidensdelingsrutinerne er alt andet lige en proaktiv løsning, idet parterne kan fortsætte partnerskabet med gevinst for øje. De kan således helt undgå at falde tilbage på reaktive juridiske bestemmelser om erstatningsansvar eller ophør af kontrakt.

6.1.3. *Safeguards af relationsspecifikke investeringer: troværdige trusler og hold-up*

Når parterne foretage relationsspecifikke investeringer i samarbejdet vil der opstå den særlige problemstilling omkring troværdige trusler og hold-up. Når partnerskabet har skabt eller kan skabe relationsrente, er der risiko for, at en af parterne bliver taktisk snu og anlægger en opportunistisk adfærd med henblik på at få fat på en større del af renten.

Hold-up risikoen er stor en trussel mod partnerskabets vedvarende eksistens. *Dels* fordi den simple tilstedeværelse af risikoen for hold-up kan fører til ex ante underinvesteringer eller slet ingen investeringer i aktivspecifitet og *dels* fordi parterne kan tabe betydelige ressourcer og gevinstmuligheder, såfremt samarbejdet udsættes for hold-up *ex post*. Dette fremgår også af agentspillet ovenfor.

Det er den part, som investerer mest i aktivspecifitet, som har den største risiko for at blive mødt med hold-up. Der det altså *investeringsasymmetrien*, som forårsager risikoen for hold-up. Dette skyldes, at part, der har mest at tabe, er mere sårbar, fastlåst og afhængig af partnerskabets succes, end modparten som ikke har investeret i samme størrelsesorden. Den modpart, som ikke har så meget at tabe, kan foretage en troværdig trussel, fx true med opsigelse af partnerskabet medmindre denne får en større andel af relationsrenten. Investeringsasymmetrien kan foreligge både *ex ante* som *ex post* for partnerskabets begyndelsestidspunkt. Det særligt ved ex post-asymmetri er, at den kan være en

følge af ændrede omstændigheder *ex post*, som ligger uden for parternes kontrol fx i form af konjunktursvingninger, teknologiske udviklinger, konkurrenternes adfærd, osv.

Som nævnt i afsnit 4.1.1. vil udviklingsaftalen blive foretaget gennem en række relationsspecifikke investeringer - særligt humanspecifikke og aktivspecifikke aktiver. Spørgsmålet er her hvem der skal foretage investeringerne og hvordan de skal beskyttes mod hold-up.

Williamson (1983 og 1985) foreslår udveksling af økonomiske ”gidsler” for at skabe *troværdige commitments*. Gidseludvekslingen skaber investeringssymmetri (begge parter investerer i aktivspecifitet), og de kontraherende parter har således det samme incitament for at få partnerskabet til at blive en succes frem for at risikerer at blive mødt med troværdige trusler fra modparten.

Såfremt den ene part har investeret mere i aktivspecifitet, skal denne investering beskyttes. Dette kan gøres ved, at modparten frivilligt giver et gidsel, således at denne har incitament til at gennemføre transaktionen.

Gidseludvekslingen kan reguleres i den effektive reguleringsramme (altså den relationelle kontrakt). I praksis kan i praksis tage (nærmest uendeligt) mange former, og gidslernes ”design” afhænger i særdeleshed af aktivspecifitetens karakter, altså om der er tale om fysisk-, site- eller humanspecifitet. Aktivspecifiteten kan eksempelvis beskyttes gennem (1) betaling af godtgørelse svarende til den investerede specificitet såfremt partnerskabet opsiges, (2) indgåelsen af en lang kontraktperiode eller indrømmelse af lange opsigelsesvarsler, således at den part der foretager investeringen er sikker på at samarbejdet ikke ophører. (3) betaling af en høj risikopræmie for at en part skal bære hold-up-risikoen (kan blive en dyr løsning!), (4) fortrolighedsaftaler, som beskytter humanspecifitet og fremmer knowhow og vidensdeling, (5) afgivelse af de immaterielle rettigheder, således at den part der giver retten til den part som investere, (6) alternative tvistløsningsmodeller der beskyttelse mod truslen om dyre retssager, (7) konventionalbod ved lav præstationsevne (se Eckhart & Mellewig 2006). Som det fremgår ovenfor er det nærmest kun fantasien, der sætter grænserne for gidslernes form. Succeskriteriet for om et gidsel virker efter hensigten er - når alt kommer til alt - om det giver incitamenter til at indgå i partnerskabet og dermed beskytter mod opportuniste og taktisk adfærd.

I it-udvekslingsaftalen vil en proaktiv kontrakt fx kræve at parterne deler de relationsspecifikke aktiver. Herved har begge parter commitet sig til transaktionen, og de har incitament til at bibeholde relationen for at skabe relationsrente.

6.2.Koordinationsfunktionen

Kontraktens koordinationsfunktion beskæftiger sig med *opfyldelsesrisikoen*, dvs. risikoen for om parterne kan opnå det forventede resultat (Eckhart & Mellwig 2006: 16). Opfyldelsesrisikoen er særligt relevant, hvor parternes samarbejde er meget komplekst, kompetencekrævende og kræver tæt samarbejde. Som det fremgår af analysen i afsnit 4.1.1, er behovet for koordination særligt stort i it-udviklingsaftaler, hvor parternes kompetencer er komplementære, og hvor der er et behov vidensdelingsrutiner. Koordinationsfunktionen indgår derfor som en vigtig del af den effektive reguleringsramme.

Et studie af Hoether & Mellewig (2009) har vist, at relationelle bestemmelser, kan være velegnede til at nedsætte transaktionsomkostningerne i *videnstunge partnerskaber*. Dette skyldes, at høj anvendelse af koordinationsfunktionen skaber grundlag for investering i en særlig humanspecificitet, der har til formål at sikre parternes vidensdelingsrutiner og komplementaritet.

I samme dur som ovenstående fandt Mellewig, Madhok og Wiebel (2007) i en empirisk undersøgelse ud af, at *tillid* i et partnerskab i et vist omfang kan opfylde både safeguardingfunktionen såvel som koordinationsfunktionen. Tillid understøtter koordinationsfunktionen i form af målrettet dialog, kommunikation og vidensdeling hen imod partnerskabets opfyldelse. Samtidigt kan tillid skabe åbenhed og samarbejde, således at parterne har incitament til at investere i relationsspecifikke investeringer (dette blev vist ovenfor i afsnit 6.1).

Den proaktive udviklingsaftale bør parterne derfor inkludere en række foranstaltninger, der fremmer skabelsen af tillid. Dette er ikke kun af hensyn safeguarding, som angivet i spilteorien, men i lige så høj grad af hensyn til at sikre, at udviklingsaftalen arbejder hen imod værdiskabelse. Vigtigheden af koordinationsfunktionen er derfor svær at komme udenom. Alt andet lige ville det være reaktivt at ignorere kontraktens koordinationsfunktion.

Eksempler på kontraktuelle foranstaltninger kan være udpegning projektledere eller styregrupper, hyppige møder, krav til parternes erhvervserfaring og CV, tværfagligt samarbejde, osv.

6.2.1. Særligt om koordineringen af interdisciplinært samarbejde mellem it-fagfolk, projektledere og juristerne

Argyes & Mayer (2007) har vist, at kontrakter skal være i stand til at balancere dens tværfaglige interesser for at opnå konkurrencemæssige fordele. Denne tværfaglighed består i en teknisk/faglig

dimension (it-ydelsen), en økonomisk dimension og en juridisk dimension. Argyes & Mayer argumenterer for, at den betydeligste kilde til relationsrente er den tekniske og økonomiske funktion. Managernes og ingeniørernes evne til at fordele opgaver og forpligtigelser, vidensdelingsrutiner og projektplanlægning (dvs. udfyldning af kontraktens koordinationsfunktion) er kernen i hele partnerskabet.

Den juridiske dimension er sekundær i forhold til skabelsen af relationsrente, argumenterer Argyes & Mayer, fordi den primært beskæftiger sig med generisk viden, som kan købes af alle ensartede jurister på markedet. Dette er ikke tilfældet for det unikke tekniske og økonomiske samarbejde, som har en særegen karakter, og skaber fordele som andre virksomheder på markedet ikke har. Dette går fint i tråd med Williamsons relationelle kontrakt, som den effektive reguleringsramme.

Såfremt udviklingsaftalen skal gøres proaktiv, bør aftalen således koncipieres i overensstemmelse med de økonomiske it-faglige behov, og det er efterfølgende juraens opgave at etablere effektive rammer herom. Det vil således være reaktivt at anvende en standardkontrakt i et partnerskab, fordi de særlige relationelle behov udelades.

6.3.Ændringsfunktionen

Kontraktens ændringsfunktion vedrører muligheden for at ændre kontraktens bestemmelser *ex post* som følge af uforudsete hændelser. Da uforudsete hændelser kan medføre høje *ex post* transaktionsomkostninger, tager parterne forbehold herfor gennem ændringsbestemmelser *ex ante*. Dermed beskyttes partnerskabet. Dette kan ses i klausuler om *force majeure* og *hardship*, som giver adgang til opfyldelsesfritagelse hhv. kontraktændringer (prisændring eller leveringsændringer), for ændrede omstændigheder uden for deres kontrol. Der kan dog også aftales *ændringsret* (typisk mod betaling af et vederlag), fordi de senere ønsker at omdefinere deres transaktion. Parterne kan dog også anvende en *agil metode*, hvor parterne løbende specificere it-systemets funktioner i takt med at de bliver klogere herom.

I store udviklingsaftaler må der antages at være et stort ændringsbehov, da parterne bliver klogere på it-projektet, som det skrider frem. Det er derfor ikke eksterne omstændigheder, som er den primære årsag til ændringsbehovet. Det er i stedet interne omstændigheder grundet parternes begrænsede rationalitet. Den proaktive udviklingsaftale skal således søge relationelle bestemmelser, som skaber

fleksibilitet i forhold til at give nem og hurtig adgang til aftaleændringer. Omvendt vil den reaktive aftale ikke have inkluderet nogle ændringsmuligheder.

7. EN VANDFALDSKONTRAKT ELLER EN AGIL KONTRAKT

Som det er beskrevet i afsnit 3, sondres der i it-branchen mellem vandfaldskontrakter og den agile kontrakter. I dette afsnit vil det blive diskuteret, hvordan kontrakterne kan kvalificeres af den ovenstående økonomiske teori med henblik på at skabe relationsrente i et partnerskab. Den proaktive kontrakt bør alt andet lige konstrueres på den måde, som er mest værdiskabende.

Der foreligger flere forskellige typer af vandfaldskontrakter og agile kontrakter, så i praksis kan indholdet kontraktens indhold varierer. Diskussionen vil derfor tage udgangspunkt i den beskrivelse der er givet i afsnit 3.

7.1. Vandfaldskontrakten

Fra et økonomisk synspunkt må vandfaldskontrakten alt andet lige karakteriseres som en armslængekontrakt.

Parternes *begrænsede rationalitet* spiller i it-udviklingsaftaler en betydningsfuld rolle for projektets fremtidige succes. Der synes at foreligge et stort behov for ændringsmuligheder, da parterne *ikke* er i stand til at skrive en fuldkommen og efficient kontrakt *ex ante* for projektets initiering. Det er derfor modstridende transaktionsomkostningsøkonomien, at vandfaldskontrakten fokusere på en udtømmende kravspecifikation fra projektets begyndelse. Den udtømmende kravspecifikation synes kun at være en fordel i simple og små udviklingsprojekter.

Vidensdelingsrutinerne er begrænsede under vandfaldsmodellen. Det betydeligste kommunikative element ligger i forhandlings- og afklaringsfasen, hvor kunden og leverandøren i fællesskab præciserer de forskellige funktionelle krav til it-systemet. Dog er der herefter meget begrænset deling af viden, idet leverandøren herefter skal levere det aftalte. Og kunden må håbe på, at denne har husket at få alt ned i kravspecifikationen, idet ændringsmulighederne er omkostningsfulde i form af tid og penge. Der er endvidere ingen fokus på at etablere samarbejde, tillid eller gennemsigtighed.

Anvendelsen af parternes *komplementære kompetencer* er begrænset i vandfaldskontrakten. Det er primært kunden, som formulerer kravbeskrivelsen, hvorefter leverandøren forsøger at opfylde disse krav. Leverandøren vil dog bidrage med sin viden ved at komme med løsningsforslag. Undervejs i

projektet står leverandøren for projektets styring med hensyn til økonomi, tidsplan og ressourceforbrug. Kunden vil dog skulle stå til rådighed for leverandørens eventuelle afklarende spørgsmål.

De *relationsspecifikke investeringer* kan i vandfaldsmodellen være ganske betydelige, idet it-leverandøren i mange tilfælde bliver nødsaget til at investere i særlig viden (humanspecifik investering) og andre specielle ressourcer (aktivespecifik investering) for at kunne leve op til projektkravene. I store projekter kan et særligt håndplukket team være nødvendigt for at påbegynde projektet. Kunden vil ligeledes investere betydelige ressourcer i at tilpasse sig det kommende it-system fx gennem nye virksomhedsstrategi og/eller –organisation.

Reguleringsrammen er i vandfaldskontrakten trepartsregulering ved inddragelse af retssystemet. Den søger ikke at bevare relationen gennem relationsbevarende gennem økonomiske incitamenter eller proaktive konfliktløsningsbestemmelser.

Alt i alt synes vandfaldskontrakten at være den transaktionsomkostningsminimerende løsning, når it-projektet kun har begrænset strategisk betydning for virksomheden, og når potentialet for relationsrente er begrænset. Vandfaldskontrakten er primært reaktiv og identisk med den traditionelle kontraktret. Den er således velegnet i armslængderelationer, hvor parterne hurtigt kan skifte hinanden ud med en anden.

Den synes ikke velegnet i store projekter. Den søger ikke at bevare relationen gennem topartsregulering, ligesom den heller ikke anvender parternes komplementære ressourcer og vidensdelingsrutiner til fulde. Herudover vil sandsynligheden for at kravspecifikationen skal ændres være høj, således at denne kontrakt synes omkostningsfuld.

7.2. Den agile kontrakt

Den agile kontrakt må i modsætning til vandfaldskontrakten karakteriseres som et partnerskab, idet parterne eksplicit søger at skabe relationsrente.

Reguleringsrammen må i Williamsons terminologi forstås som en relationel kontrakt (topartsreguleringen), hvorpå parterne tager foranstaltninger mod fremtidige problemstillinger gennem betydelig fleksibilitet i kravspecifikationen og koordination af samarbejdet. Hensigten med denne fleksibilitet er at skabe dynamik i samarbejdet og forebygge forhastede aftaler. Herved imødegås en stor del af den risiko, som er indgroet i vandfaldsmodellen.

I agile kontrakter er behovet for *relationsspecifikke investeringer* højt. Disse vil safeguardes gennem en række relationelle bestemmelser grundet fx uddannelse til den agile metode, eksterne konsulenter til projektledelse, kommunikationssystemer, og lign. Herved skabes der tillid og åbenhed, hvorefter den asymmetriske information elimineres. Endvidere vil kunden kunne safeguarde sine investeringerne gennem de økonomiske gevinster som hver iteration giver.

Fleksibiliteten forudsætter etableringen af faste *vidensdelingsrutiner* gennem hele projektforløbet. Vidensdelingen har til formål at skabe klarhed omkring it-systemets kvalitet samt at skabe stabil fremdrift i projektet. I projektets begyndelse er der behov for at identificere kundens forretningsmæssige behov og business case. I projektets iterationer er der behov for tæt dialog omkring kravspecifikationen, som kan opfylde kundens af forretningsmæssige behov.

De *komplementære ressourcer* udnyttes på optimal vis i agile metoder. Når parterne samarbejder ud fra en behovsopgørelse i stedet for kravspecifikation, vil leverandøren forstå kundens forretningsmæssige behov i dybden, og kan således komme med kvalificerede bud på de mest optimale løsninger. Samtidigt er kunden sikker på at de beslutninger, der træffes omkring kravspecifikationen er i fuld overensstemmelse med behovene.

Det må konkluderes, at den agile kontrakt er den optimale løsning, når it-projektet er komplekst og strategisk vigtigt for kunden. Parterne kan med fordel indgå et partnerskab, hvor der er fuld fokus på vidensdelingsrutiner, komplementaritet, relationsspecifikke investeringer samt en relationel reguleringsramme. Der er således store muligheder for at skrive en proaktiv kontrakt, forebygger tvister og fremmer relationsrenten. Den agile kontrakt står således i modsætning til vandfaldskontrakten, der i overvejende grad er reaktiv. Særligt i forhold til at omkostningsminimerende styring af kontraktens ændringsfunktion er den agile kontrakt bedre end vandfaldskontrakten.

8. DELKONKLUSION

Formålet med denne økonomiske analyse har været at undersøge, hvordan den økonomiske teori kan bidrage til at skabe værdi i it-udviklingsaftalen, således at den bliver mere proaktiv. Det kan konkluderes, at Dyer & Singhs analyseramme er et godt udgangspunkt for, hvordan en proaktiv kontrakt bør konstrueres. I store it-projekter bør udviklingsaftalen tage form som et partnerskab, således at den

anvender vidensdelingsrutiner, komplementaritet, relationsspecifikke aktiver og effektive reguleringsrammer. Det er ligeledes fundet, at den agile kontrakt i denne forbindelse mange måder kan anvendes som en proaktiv kontrakt, der søger at bevare relationen.

I mindre udviklingsaftaler, hvor it-projektets kompleksitet er lille, og hvor mulighederne for at skabe relationsrente er begrænset, synes vandfaldskontrakten at være den transaktionsomkostningsminimerende løsning. Vandfaldskontrakten er primær reaktiv, og søger ikke forebyggelse af tvister. Dette passer fint med, at kunden og leverandøren holder hinanden i en armlængde.

DEL III: PROAKTIV KONTRAHERING I DANSK IT-KONTRAKTRET

Som det fremgår af den økonomiske del ovenfor, bør den proaktive kontrakt i de fleste tilfælde anvende en agil metode, således at relationen søges bevaret gennem afbenyttelsen af *vidensdelingsrutiner, komplementære ressourcer, relationsspecifikke investeringer og effektive reguleringsrammer*. Såfremt disse økonomiske betingelser kan implementeres i kontrakten, har parterne mulighed for at skabe relationsrente og konkurrencemæssige fordele.

Denne del vil bygge videre på den økonomiske analyse og undersøge, hvorledes juraen kan medvirke til at bevare relationen mellem kunden og leverandøren i *hele* it-projektet – tvistforebyggelse og fælles værdiskabelse er alt andet lige den proaktive kontrakts primære formål.

Undersøgelsen vil tage udgangspunkt i en delvis retsdogmatisk og delvis erhvervsjuridisk analyse med henblik på at konstruere en kontrakt, der kan kvalificeres af den i specialet benyttede økonomiske teori.

I afsnit 9 vil det blive undersøgt, hvordan parterne efter dansk aftaleret kan indgå i en agil proaktiv kontrakt med løbende kravspecifikation. I afsnit 10 vil det blive undersøgt, hvordan parterne bør udfylde den agile aftale med relationelle bestemmelser, som stemmer overens med økonomisk teori. I afsnit 11 vil det blive undersøgt, hvordan den løbende kravspecifikation i den agile kontrakt påvirkes af det relationsbevarende indhold.

9. DET JURIDISKE MULIGHEDER FOR AGIL AFTALESTYRING

Formålet med dette afsnit er at foretage en aftaleretlig undersøgelse af, hvordan parterne efter dansk aftaleret kan anvende en agil aftale som styringsværktøj i et agilt IT-projekt, hvori parternes forpligtelser løbende konkretiseres i iterationer.

Som det er beskrevet i afsnit 3, er der ikke nogen fast og entydig agil metode, hvorfor agile kontrakter kan se forskellige ud og have varierende konstruktion. I denne analyse vil der blive taget udgangspunkt i den type kontrakt, hvor parterne ikke har aftalt nogen kravspecifikation på indgåelsestidspunktet. Parterne vil i stedet have aftalt en rammeaftale, som fastlægger at arbejde hen imod opfyldelsen af kundens forretningsmæssige behov. På baggrund af behovsopgørelsen vil kravspecifikationen - iteration for iteration - blive udarbejdet som følge af kundens og leverandørens samarbejde.

Dermed opstår spørgsmålet om, hvorvidt en aftale med lav detaljeringsgrad overhovedet er juridisk bindende, og hvordan en sådan kontrakt kan benyttes til kontraktstyring.

9.1.Aftalefrihed

Som det er nævnt i metodeafsnittet er udviklingsaftalen den primære retskilde. Udgangspunktet er således aftalefrihed, hvorefter parternes aftale er bindende, jf. AFTL § 1, DL 5-1-1 og 5-1-2. Aftalefriheden indskrænkes af ugyldighedslæren - dvs. forudsætningslæren og AFTL, kap. 3 (særligt § 36) - og af præceptiv IT-retlig lovgivning (se nærmere herom i metodeafsnittet). Det aftaleretlige udgangspunkt er derfor klart - parterne har friheden til at indgå en agil kontrakt, og den er bindende for parterne.

9.2.Den agile aftales retsvirkninger

Selvom parterne har indgået en bindende aftale er spørgsmålet så, hvilke forpligtigelser de har påtaget sig, og dermed hvilke retsvirkninger aftalen skal have. For at en aftale får retsvirkninger efter dansk ret skal det som minimum være muligt at udpege, hvilken *ydelse* parterne har forpligtet sig til at yde. Den agile kontrakt adskiller sig fra vandfaldskontrakten ved, at parterne *ikke* har fastlagt aftalens ”main terms”, dvs. pris, kravspecifikation, leveringstid, o. lign.

9.2.1. Vandfaldskontrakter

I vandfaldskontrakten er aftalens ydelsesbeskrivelse udtømmende, som det kendes fra enhver anden traditionel kontrakt. Vandfaldskontrakten søger høj detaljeringsgrad af kravspecifikationen, leveringstiden og prisen. I store projekter vil kontrakten derfor blive voluminøs, hvor fx kravspecifikationen kan indeholde flere tusinde krav.

Fra et aftaleretligt perspektiv stemmer vandfaldskontrakten overens med den mest traditionelle og gængse måde at indgå en aftale. Aftaleretten sonder mellem opfordring til tilbud, tilbud og accept. Kundens beskrivelse af IT-ydelsens krav kan i denne forbindelse anses for at være opfordring til tilbud. Leverandørens vil på denne baggrund have mulighed for at afgive et bindende tilbud, og kunden afgiver en bindende accept af tilbuddet, jf. AFTL 1, stk. 1.

9.2.2. Agile kontrakter

Det agile element i aftalen indgås (i praksis) ikke på samme statiske måde, som aftalelovens model om tilbud og accept. I stedet vil kunden og leverandøren efter en dynamisk dialog i enighed komme

frem til en agil aftale, der beskriver hvordan parterne vil organisere deres samarbejde omkring den løbende kravspecifikation. Det er således ikke muligt at fastslå, hvem der har afgivet tilbud eller svar på tilbud. Denne relationelle kontrakt udgør dog alligevel parternes *viljeserklæring* og har derfor juridisk bindende virkning. Det kan fx ske i form af en rammeaftale, der indeholder en række adfærdsbaserede bestemmelser (i overensstemmelse med den økonomiske teori vil sådanne bestemmelser vedrøre vidensdelingsrutiner, komplementaritet, investeringer og reguleringsrammer). Parternes aftalte forpligtigelser får således retsvirkninger, og parterne skal derfor indrette deres handlinger herefter. Misligholdelse medfører derfor også anvendelse af misligholdelsesbeføjelser og/eller erstatningsansvar (se nærmere diskussion herom nedenfor i afsnit 10).

9.2.3. Hensigtserklæring

Den agile kontrakts samarbejdsbestemmelser skal *ikke* sidestilles med en hensigtserklæring. En hensigtserklæring er som udgangspunkt ikke bindende. Bo von Eyben (2008) definerer en hensigtserklæring som, ”en erklæring mellem to parter vedrørende senere indgåelse af kontrakt, der ikke i sig selv [er] en aftale mellem parterne, og er således ikke bindende for dem, og den udløser normalt heller ikke andre retsvirkninger”.

Den egentlige årsag til, at hensigtserklæringen ikke er bindende skyldes, at den består af *konstaterende erklæringer*. En sådan erklæring defineres af Bryde Andersen (2008: 92), som ”en udtalelse, der forholder sig til et forhold i den ydre verden eller i afgiverens bevidsthed, men som ikke giver udtryk af at skabe en forpligtigelse”. Der er således ikke tale om en *viljeserklæring*, som binder afgiveren til en given forpligtigelse om at gøre eller undlade noget. I den agile kontrakt har parterne bundet sig, og må således følge kontraktens indhold op med handling.

Visse elementer af en hensigtserklæring kan pålægge parterne en bindende forpligtigelse, fx hemmeligholdelsesaftaler, afholdelse af forhandlingsomkostninger, konfliktløsningsbestemmelser, værneting og lovvalg. Sådanne bestemmelser er ikke blot konstaterende, og dets indhold vil derfor have retsvirkninger for afgiveren. Endvidere vil en hensigtserklæring kunne få retsvirkninger, såfremt afgiveren har handlet svigagtigt efter AFTL § 30 eller illoyalt, således at afgiveren aldrig har haft en hensigt, som påstået i hensigtserklæringen. Dette kan i visse situationer medfører erstatningsansvar (se en dybdegående diskussion herom i Bryde Andersen 2015: 33 ff.).

På baggrund af den ovenstående analyse, må det alt i alt konkluderes, at den agile kontrakts relationelle bestemmelser efter dansk ret kan indgås med bindende virkning. Dette er på trods af, at aftalen

har en lav detaljeringsgrad med hensyn til kravspecifikation, pris og leveringstid. Det må ligeledes konkluderes, at det i dansk ret er muligt at konstruere en proaktiv aftale, hvor der er fokus på kundens forretningsmæssige behov, således at parterne kan fokusere på at bevare relationen gennem en række relationelle bestemmelser vedrørende successiv aftaleforhandling.

9.2.4. Successiv aftaleindgåelse

I den agile kontrakt er parterne, når den relationelle kontrakt er vedtaget, forpligtet til at skulle samarbejde om successiv aftaleindgåelse for de kommende iterationer. Den successive aftaleindgåelse vedrører den specifikation af de enkelte iterationers ”main terms”, dvs. leverandørens IT-ydelse, kundens pengeydelse og den enkelt iterations tidsplan. Aftaleforhandlingen vil tage udgangspunkt i kundens behovsopgørelse og de relationelle bestemmelser for at parterne holder fokus på værdiskabelse. De enkelte iterationer vil i overvejende grad ligne en klassisk vandfaldskontrakt. Denne successive proces kan illustreres af nedenstående figur,



Den relationelle kontrakt vil have betydning i alle projektets faser – under dialogen, kontraktforhandlingerne og aftaleindgåelsen og aftaleopfyldelsen. Der er således de relationelle bestemmelser, som er kernen i det hele det agile projekt, og det er også her det agile element skal findes. Det præcise indhold af rammeaftalen diskuteres nærmere i afsnit 10, og indholdet af de iterative kontrakter diskuteres i afsnit 11.

9.2.4.1. Konflikttrisikoen ved den successive aftaleindgåelse

Den successive aftaleforhandling er dog ikke uden juridiske udfordringer. Der vil være en overvejende risiko for, at parterne ikke kan blive enige om en rimelig pris og tidsplan i forhold til en given og iteration.

Som udgangspunkt vil uenighederne ikke bevirke, at parterne kan træde ud af aftalen, da aftalen er bindende. Uberettiget udtrædelse er kontraktbrud. Omvendt vil parterne ikke være underlagt en egentlig kontraheringspligt, hvilket betyder at parterne ikke er forpligtet til at indgå en slutkontrakt for hver iteration, hvis dens indhold ikke er i overensstemmelse med deres forventninger. Parternes forpligtigelse til den successive forhandlingsproces må derfor indskrænkes til en vis loyalitetspligt om at opfylde projektets målsætninger inden for de rammer parterne har sat omkring projektet (se en lignende diskussion herom i Edlund 2012:7).

Det må således antages, at en part i overensstemmelse med den relationelle kontrakts bestemmelser, har mulighed for at opgive de successive forhandlinger, hvis alle forhandlingerne forliser grundet for store uenigheder.

En stilstand i dialogen vil i et agilt projekt være en total fiasko, reaktivt og i det hele taget i strid med formålet om at bevare relationen i hele projektet. De relationelle bestemmelser bør således indeholde en række proaktive klausuler af strategisk karakter, som forebygger potentielle og opståede konflikter. Retsdogmatikken er ikke til meget hjælp i denne situation. Det er derfor en tværfaglig, erhvervsjuridisk disciplin (Denne problemstilling vil blive diskuteret i afsnit 10).

9.3.Andre aftaleretlige problemer i forbindelse med den agile kontraktstyring

Som omtalt ovenfor giver den successiv aftaleindgåelse anledning til en række retlige problemer. Herudover vil der dog også være risici for en række mere prototypiske aftaleretlige problemstillinger, som også kan findes i andre aftaleforhold. Disse problemer vedrører aftalens *manglende formkrav ved aftaleændringer, aftaleindgåelse ved passivitet og battle of the forms*. De successive aftaleforhandlinger vil alt andet lige forøge sandsynligheden for yderligere eskalering af disse konflikter. Den proaktive kontrakt bør således søge at forebygge og undgå disse risici.

9.3.1. Formkrav

For det første ligger der en del af risikoen for konflikt i aftalerettens udgangspunkt om formfrihed, hvor en aftale kan ændres gennem en mundtlig og/eller skriftlig aftale. På den ene side giver dette en enorm dynamik i aftalerelationen, da parterne frit og ubureaukratisk kan ændre aftaler. På den anden side kan det i meget dynamiske aftalerelationer give anledning til forvirring omkring hvad parterne egentlig aftalte og om de overhovedet har aftalt noget. Formfriheden bakkes i dansk ret op af bevisbyrdereglen om, at den part, der gør aftalen gældende, må bære bevisbyrden herfor. (Lyng Andersen & Bo Madsen 2006: 92). Dette giver parterne incitament til at sikre sig klarhed i aftaleforholdet -

særligt ved mundtlige aftaler, hvor den part, som vil påberåbe sig aftalen, støtte ret på eventuelle mødereferater, mailkorrespondance, osv. I et agilt projekt vil en konflikt om formkrav være reaktiv, idet målet er at tilfredsstille kundens forretningsmæssige behov, som skaber værdi. Den relationelle kontrakt bør således indeholde nogle proaktive konfliktløsningsbestemmelser

9.3.2. Aftaleindgåelse ved passivitet

For det andet kan der i udviklingsaftalen meget vel opstå en problematik omkring aftaleindgåelse ved passivitet. Den juridiske risiko for aftaleindgåelse ved passivitet foreligger, når en part ikke reklamerer inden for rimelig tid over for den anden parts tilbud i overensstemmelse med AFTL §§ 4, stk. 2 og 6, stk. 2. Dette er særligt tilfældet ved manglende overholdelse af reklamationspligten ved en modtaget aftalebekræftelse (sml. Lynge Andersen & Bo Madsen 2006: 101¹⁰).

Denne juridiske risiko for passivitet må forventes at være ganske betydelig i udviklingsaftaler (se retspraksis nedenfor 9.3.2.1.) – i særdeleshed hvis der anvendes en agil kontrakt, hvor der er konstant dialog om kravspecifikationen, og parterne påkræves at tage beslutninger.

Fra et proaktivt synspunkt er passivitetsreglen ikke særlig velegnet i til agile aftale. Den skaber ganske vist klarhed og giver incitament til at holde et konstant flow i kommunikationen. Men den er også firkantet, og den søger ikke den løsning, som samlet set er bedst for parterne. Den relationelle kontrakt bør derfor skabe nogle bedre kommunikative regler. Dette kunne fx være, ”leverandøren skal straks give besked til kunden, såfremt kunden ikke medvirker som aftalt, eller som der med føje kan forventes. Det påhviler kunden at give skriftlig og begrundet underretning til leverandøren straks, når kunden må forudse, at der vil indtræde risiko for forsinket medvirken” (Langemark, Sørensen & Dragsted 2009: 111). Ved at indsætte denne type regler i den relationelle kontrakt give parterne et stærkt redskab i kontraktstyringen, hvorefter de kan forpligte hinanden til at reklamere, hvis samarbejdet ikke er optimalt. Dette vil alt andet lige kunne forebygge en række passivitetssituationer.

9.3.2.1. Særligt om retspraksis

¹⁰ Som der skrives, ”Hvis en aftale imidlertid har været et godt stykke på vej, eller har forhandlingerne været af en sådan beskaffenhed, at den part der sender ordrebekræftelse, har haft føje til at antage, at aftale var indgået, må ordrebekræftelsen som der ikke reklameres mod, kunne binde modparten (...) I forretningsforhold og i forhold mellem parter, der tidligere har haft forbindelse med hinanden, må reklamationspligt være en naturlig pligt”.

Dommen¹¹ må anses for at være et vigtigt præjudikat for aftalestyringen af successive forhandlinger og genforhandlinger i agile kontrakter og vandfaldskontrakter, hvor parterne løbende modificerer aftalen gennem mundtlig eller skriftlig kommunikation.

Dommen berørte bl.a. et centralt spørgsmål om aftalestyring i forhold til om genforhandlingen af nogle kravændringer var blevet vedtaget. FMT (Forsvarets Materieltjeneste) havde indgået en aftale med leverandøren, Saab A/S, om udviklingen af et stort og komplekst it-system (DACCIS). I forbindelse med projektets fase 2 løb Saab ind i forsinkelse af en milepæl, og henvendte sig derfor til FMT med et ønske om at ændre kontrakten. Dette var af essentiel betydning for Saab, idet forsinkelse gav FMT ret til at ophæve hele aftalen. Da forhandlingerne ifølge FMT ikke havde ført til nogen ny aftale, ophævede de aftalen med Saab. Saab modstred sig dette. Saab vandt sagen i sø- og handelsretten, men tabte i højesteret, hvorefter de blev dømt til at betale FMT erstatning - et svimlende beløb på 187.100.783 kr. Højesteret fandt i modsætning til sø- og handelsretten ikke grundlag for, at FMT havde accepteret Saab's foreslåede ændringer, "der [er] ikke grundlag for at fastslå at parterne (...) under forhandlingerne om kontrakten havde aftalt, at de nævnte krav (...) ikke skulle være opfyldt ved milepælen" og "det kan højst lægges til grund, at FMT's repræsentanter under disse møder lovede at undersøge disse spørgsmål nærmere, og ved brev (...) tilkendegav FMT over for Saab, at FMT ville følge kontrakten".

Skal man følge dommens logik, er aftalen først indgået, når der foreligger *klart* samtykke, og det forhold, at en part indvilger i at undersøge et ændringsforslag, kan ikke bevirke aftaleindgåelse. Det kan i øvrigt heller ikke medfører aftaleindgåelse ved passivitet, ligesom det heller ikke bringer uklarhed omkring aftalegrundlaget. På denne måde kan man også sige, at højesteret sætter den almindelige bevisbyrdereglen på spidsen ved at kræve klare beviser fra den part, som påstår, at parterne har indgået en aftale. Proaktiv kontraktstyring via anvendelse af tilsvarende bestemmelser, som den beskrevet ovenfor i afsnit 9.3.2, må kunne tænkes at kunne forebygge mange potentielle tvister af lignende karakter.

¹¹ Sag 309/2010, højesterets dom d. 25.april 2013.

9.3.3. *Battle of the forms ved kravspecifikationen*

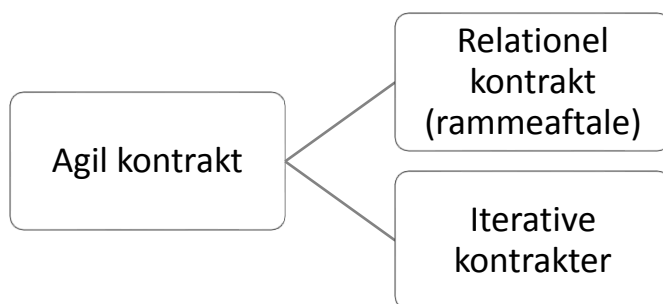
Slutteligt er der i udviklingsaftalen særlig stor risiko for, at kunden og leverandøren har vedlagt hver deres modstridende ydelsesbeskrivelser i den samlede aftale om en iteration, hvorefter den aftaleretlige tvist ”battle of the forms” opstår. De uoverensstemmende ydelsesbeskrivelser er kundens beskrivelse af sine forretningsmæssige behov (agil kontrakt), sin udtømmende kravspecifikation (iterative kontrakt) og leverandøren løsningsbeskrivelse og detailbeskrivelse, som er udarbejdet på baggrund af leverandørens forståelse af krav. Juridisk løses battle of the forms typisk efter princippet i AFTL § 6, stk. 2, hvorefter det sidste vedtagne vilkår/tilbud (hvilket er leverandørens detailbeskrivelsen) har forrang (lex-posterior-princip). Leverandøren må derfor forvente, at kunden reagerer på uhensigtsmæssige uoverensstemmelser. Som Udsen (2015: 545) argumenterer, er dette dog ikke den rette løsning, hvor leverandørens løsnings- og detailbeskrivelse har en it-teknisk/faglig form, og hvor leverandøren er klar over, at kunden mangler disse kompetencerne til at forstå disse.

Den proaktive kontrakt bør derfor søge at forebygge battle of the forms for at fremme det, der er ønskeligt for parterne. Dette bør igen gøres ved at benytte den relationelle kontrakt, som et aktivt styringsredskab i samarbejdet.

9.4. Diskussion

Som nævnt i indledningen til dette afsnit har formålet været at foretage en aftaleretlig undersøgelse af, hvordan parterne efter dansk aftaleret kan anvende en agil kontrakt som styringsværktøj i et agilt IT-projekt, hvori parternes forpligtigelser løbende konkretiseres i iterationer under hele kontraktens levetid.

Ud fra de ovenstående synspunkter synes dansk ret at give gode muligheder for at indgå en proaktiv agil kontrakt. Den agile kontrakt må dog konstrueres ud fra en særlig aftalekonstruktion, som består af to dele: en relationel kontrakt og en række mindre iterative kontrakter. Dette kan illustreres af figuren nedenfor.



Den første kontrakt som parterne indgår og binder sig til at opfylde, er en relationsbevarende kontrakt, der indeholder en række adfærdsmæssige bestemmelser. Samarbejdet styres således gennem denne kontrakt. Formålet heri er *dels* at sikre at parterne søger værdiskabende løsninger, som både kommer kunden og leverandøren til gode ved at opfylde kundens behovsopgørelse, og *dels* at forebygge potentielle tvister gennem samarbejde.

De næste kontrakter, som parterne indgår er en række små iterative kontrakter, som angiver pris, kravspecifikation og tidsplan for de enkelte iterationer. Under den relationelle kontrakts rammer vil der således blive udarbejdet adskillige småkontrakter. De iterative kontrakter kan til forveksling ligne en traditionel kontrakt, men som det vil blive gennemgået i afsnit 11, vil den have et mere proaktivt indhold grundet den relationelle kontrakt.

Som det blev diskuteret i afsnit 9.3 ovenfor, er der en række aftaleretlige problemer forbundet med kontraktstyringen i form af formfrihed, aftaleindgåelse ved passivitet og battle of the forms. Parterne bør derfor indrette den relationelle kontrakts indhold på en sådan måde, at parterne hele tiden kan forebygge disse problemstillinger.

10. DEN RELATIONELLE KONTRAKT

I dette afsnit vil det blive undersøgt, hvordan parterne bør konstruere den relationelle kontrakt, så indholdet stemmer overens med økonomisk teori. Dette er således primært en erhvervsjuridisk analyse, der vil blive foretaget.

I den økonomiske analyse (i afsnit 4) blev det vist, at de relationelle bestemmelser angår anvendelsen af vidensdelingsrutiner, komplementære ressourcer, relationsspecifikke investeringer og effektive reguleringsrammer. Det er således i de relationelle bestemmelser, at de primære muligheder for proaktivitet skal findes. Den økonomiske teori forudsiger, at relationelle bestemmelser vil give parterne bedre incitamenter til at forebygge potentielle konflikter, løse opståede konflikter og skabe forretningsmæssig værdi i kontrakten. I juridisk forstand er indsættelsen af en relationel kontrakt primær konciperingsmæssig, idet der skal søges at skabe juridisk bindende rammer (jf. afsnit 9 ovenfor).

I afsnit 10.1 vil det blive undersøgt, hvordan parterne med fordel kan implementere vidensdelingsrutiner og komplementære ressourcer i aftalen ved at anvende en loyalitetsklausul. I afsnit 10.2. diskuteres det, hvordan kontrakten kan bruges til at forøge investeringerne i relationsspecifikke aktiver

således, at parterne kan øge potentialet for at skabe værdi. I afsnit 10.3. vil det blive diskuteret, hvordan parterne kan løse opståede konflikter gennem effektive reguleringsrammer.

10.1. Vidensdelingsrutiner og komplementære ressourcer

I dette afsnit vil der blive argumenteret for at parterne kan anvende loyalitetspligten, som et proaktivt redskab til at skabe vidensdelingsrutiner og udnytte hinandens komplementære ressourcer.

Den relationelle kontrakt er en rammeaftale og skal gælde i hele kontraktforløbet. Det er derfor vigtigt, at den benyttes som et aktivt juridisk styringsværktøj, og ikke kun som et tvistløsningsdokument i retssager. Loyalitetspligten vil være velegnet til dette, idet den efter dansk ret er en almindelig anerkendt obligationsretlig grundsætning, som sætter en kvalitativ standard for parternes handlinger i kontrakten (dvs. en adfærdsmålestok i form af culpa in contractu). Loyalitetspligten har endvidere den fordel, at det er almindeligt at anvende den i både aftalefortolkning såvel som aftaleudfyldning.

10.1.1. Anvendelse af loyalitetspligten

Loyalitetspligten pålægger helt overordnet parterne at optræde loyalt over for hinanden, jf. Bryde Andersen & Lookofsky (2009: 67). Loyalitetsforpligtigelsen er dog ikke helt uproblematisk. På den ene side er det i dansk ret en etableret grundsætning, ligesom den også er internationalt anerkendt, i civil law-traditionen (eksempelvis ”Treu und Glauben” og ”bonne foi”) og i common law-traditionen (”good faith and fair dealing”). På den anden side er dens retsvirkninger vage og uklare. Den opfattelse således som en accessorisk biforpligtigelse med ringe forudsigelighed (Ibid.). Det kan have den ubekvemme konsekvens, at parternes samarbejde kan stagnerer, såfremt de ikke er klare over, hvilke handlinger loyalitetspligtens pålægger parterne at foretage. Denne tvivl vil kunne afklares gennem en *loyalitetssklausul* (fx Sund-Norrgård et al. 2015: 199). Et eksempel på en sådan klausul kunne lyde,

Parterne skal samarbejde med en positiv, professionel samt ansvarlig holdning og hver især yde en betydelig indsats for at opnå det bedst mulige resultat. Parterne skal herunder loyalt deltage i den aftalte samarbejdsorganisation samt udvise den fleksibilitet, der må anses for rimelig og sædvanlig ved gennemførelsen af et iterativt projekt som det foreliggende.

Parterne skal løbende informere hinanden om ethvert forhold, som skønnes at have betydning for gennemførelse af et hensigtsmæssigt kontraktforløb. Herunder skal

de loyalt udveksle information, data og dokumentation, der er relevant for kontraktens opfyldelse. (Jf. den agile kontrakt, 03i, i Langemark et al. 2009: 158 f.)¹²

En sådan klausul vil sikre, at loyalitetspligten ikke blot er en biforpligtigelse, men en faktisk hovedforpligtigelse, som skal opfyldes på samme måde som enhver anden forpligtigelse, og som parterne kan anvende aktivt i deres kontraktstyring. Med udgangspunkt i en loyalitetsklausul vil parterne derfor kunne fremme vidensdeling og komplementaritet.

10.1.2. Loyalitetspligten og aftalefortolkning

En loyalitetsklausul vil sikre, at aftalens indhold skal fortolkes i overensstemmelse hermed. I det agile projekt vil den relationelle aftale typisk indeholde en *formålsbestemmelse*, som anfører, at parterne skal samarbejde om at opfylde kundens forretningsmæssige behov inden for projektets økonomiske, tidsmæssige, kvalitative rammer og så videre. Da loyalitetsprincippet indhold almindeligvis modificeres efter aftalens *naturalia negotii*, må dette betyde, at aftalens formålsbestemmelse skal fortolkes i overensstemmelse med loyalitetsbestemmelsen. Dermed vil loyal opfyldelse af kontrakten alt andet lige skulle vurderes ud fra en *formålsfortolkning* (se nærmere herom, Lynge Andersen & Bo Madsen 2006: 444). Formålsbestemmelsen og loyalitetsklausulen vil derfor tilsammen bevirke, at parternes relationelle kontrakt om successiv aftaleforhandling underlægges en høj grad af loyalitetspligt.

10.1.3. Loyalitetspligten og aftaleudfyldningen

Loyalitetsklausulen vil endvidere sikre, at de almindelige obligationsretlige grundsætninger om loyalitetspligt tages i brug aktivt. I forhold til at etablere vidensdelingsrutiner og komplementaritet er loyalitetspligten efter dansk ret et ganske nyttig og relevant.

For det første indebærer loyalitetspligten efter den almindelige obligationsret en pligt til *samarbejde* og *omsorg*. Dermed er parterne forpligtet til at drage omsorg for hinandens interesser (Bryder Andersen & Lookofsky 2009: 68).

Endvidere pålægges leverandøren en almindelig *rådgivningsforpligtigelse*, hvorefter rådgivningen skal gives ud fra en almindelig god indsats, således at kvaliteten måles i forhold til professionens

¹² Denne anvendte klausul er blot et eksempel. Og såfremt der er behov for at indsætte specifikke forpligtigelser til parternes adfærd grundet samarbejdets særlige behov, bør der tages højde herfor.

standarder, jf. Bryde Andersen & Lookofsky (2009: 326), Karstoft (2013: 328) og fx *U 1974.557 H*¹³. I udviklingsaftalen indebærer rådgivningsforpligtigelsen i særdeleshed, at leverandøren skal være med til at tilrettelægge en hensigtsmæssig tidsplan og pris for projektet, samt at leverandøren skal have viden på brancheniveau om det, der rådgives om (sml. Karstoft 2013: 328). Rådgivningsforpligtigelsen klausuleres normalt direkte i kontrakten¹⁴. I denne forbindelse er det i IT-branchen normalt at indsætte en klausul om, at leverandøren overholder god IT-skik, dvs. overholdelse af branchestandarder¹⁵.

I forbindelse med rådgivningen vil leverandøren være bundet til en loyal *oplysningspligt*, som i IT-sammenhænge må indebære, at leverandøren skal oplyse kunden om forhold der er af betydning for denne, og som kunden ikke selv havde kendskab til. Når leverandøren afgiver løfter, garantier og tilskrivninger er denne forpligtet til at overholde dette, jf. princippet i KBL §§ 76, stk. 1, nr. 1 og 75 a, stk. 2, nr. 3

Det er endvidere almindeligt antaget, at leverandøren pålægges en *vejlednings- og frarådningspligt*, hvorefter kunden kan forvente en forsvarlig vejledning hhv. frarådning under forhandlingerne, aftaleindgåelsen og leveringen. Herudover må kunden forvente brugsvejledninger eller instruktioner for at kunne anvende IT-systemet, jf. fx SØ- og handelsrettens dom af 21. juni 2007¹⁶.

Den baggrundsretlige loyalitetsforpligtigelse vil ligeledes give kunden ret til at *ændre* allerede indgåede iterative kontrakter, såfremt dette ikke medfører leverandøren omkostninger (se en uddybende analyse i Karstoft 2013 og Udsen 2015). Udgangspunktet om aftalers bindende virkning må dog - selv i agile aftaler - antages at være det gældende princip, hvorefter kundens ret til aftaleændringer kan have sine begrænsninger. For at sikre mod konflikter om, hvorvidt en der foreligger en ændringsret eller ej, vil loyalitetsklausulen pålægge parterne en forpligtigelse til at varetage hinandens interesser grundet omsorgsplikten.

¹³ I sagen gjorde domstolen det klart, at en leverandørs mangelfulde levering af et IT-system ikke kunne undskyldes med den begrundelse, at han ikke havde kendskab og ekspertise til markedets nyeste teknologi. Kunden var derfor berettiget til at hæve aftalen og kræve erstatning herfor.

¹⁴ Se i03, pkt. 6 (Langemark et al. 2009: 162)

¹⁵ Dette fremgår fx af i03, pkt. 23.2, "Leverandøren garanterer, at leverandørens leverancer og ydelser er udført i overensstemmelse med god IT-skik og rådgiverskik"

¹⁶ Dommen angik en IT-leverandør, som ikke havde vejledt kunden (en VVS-installationsvirksomhed) om IT-systemets forskellige prisberegningssystemer. Da kunden fik kendskab til de forskellige beregningssystemer havde de allerede lidt et tab på omkring 570.000 kr. SØ- og handelsretten pålagde IT-leverandøren ansvaret herfor, og henviste til at de havde undladt at gøre opmærksom på funktionerne (dvs. tilsidesat deres vejledningspligt). Der var dog udvist en sådan grad af egen skyld (da beregningssystemerne dukkede op i et "pop up-vindue"), således at erstatningsansvaret bortfaldt.

Som det fremgår af analysen, vil en loyalitetsklausul med fordel kunne anvendes, som et redskab til at forøge vidensdeling og udnyttelse af komplementære ressourcer. Parterne forpligter sig til loyalt at samarbejde om at opfylde aftalens formål, ligesom parternes successive aftaleindgåelse skal ske på baggrund af loyalitetspligtens mange facetter, dvs. samarbejds-, omsorgs-, rådgivnings-, oplysnings-, vejlednings-, frarådnings-, og ændringspligt. Aktiv anvendelse af loyalitetspligten gennem en loyalitetsklausul giver derfor klarhed i parternes samarbejdsorganisation, ligesom parterne forpligtes til at anvende den aktivt i kontraktstyringen.

10.2. Relationsspecifikke investeringer

Ud over anvendelsen af loyalitetspligten, vil et effektivt samarbejde ud fra økonomisk teori forudsætte relationsspecifikke investeringer, som bidrager til at skabe relationsrente. Dette indebærer, at parterne afholder en række udgifter, og det er derfor op til kontrakten at forpligte parterne til netop at foretage disse investeringer, jf. afsnit 6.1. om kontraktens safeguardingfunktion.

I agile kontrakter vil parterne således skulle investere i foranstaltninger, der forøger vidensdelingsrutinerne og komplementariteten. Parterne vil skulle investere i *kontraktstyring* med henblik på at sikre, at aftalens bestemmelser benyttes fuldt ud i hele projektet. Dette er for at undgå, at kontrakten ikke kun tages frem i konfliktsituationer, men også benyttes som et proaktivt værdiskabende redskab ved stringent håndhæve aftalens indhold¹⁷.

I denne forbindelse er det almindeligt at investere i en *styregruppe*, som har til formål at sikre, at kundens og leverandørens interesser hele tiden opfyldes¹⁸.

Den relationelle kontrakt kan også anvende bestemmelser om *teambuilding*, *workshops*, *uddannelse og kurser*. Den agile kontrakt bør således forpligte parterne til at leve op til et nærmere bestemt uddannelses- eller erfaringsniveau i hele projektets levetid¹⁹.

Den relationelle kontrakt kan ligeledes forpligtige parterne til at investere i *fælles økonomisk styring*. Dette er for at sikre, at parterne har økonomiske incitamenter til at fortsætte med at samarbejde og søge tvistforebyggelse samt værdiskabelse. Med åbne regnskaber vil parterne endvidere ikke have

¹⁷ Et eksempel på en sådan klausul omkring kontraktstyring kan fx findes i Tvarnø (2013: 256), "Parterne har som mål, at efterleve de i fællesskab fastlagte rammer for samarbejdet ved at anvende den agile kontrakt som aktivt redskab for projektet"

¹⁸ Fx, "Det overordnede ansvar for at aftalens målsætning efterleves varetages af en styregruppe, der består af repræsentanter for kunden og leverandøren. Parterne udarbejder i fællesskab forretningsorden, der afspejler den agile aftales indhold, for styregruppen på den første workshop" (sml. Ibid.: 255).

¹⁹ Fx, "Parterne forpligter sig til at uddanne såvel ledelse, administration, in-house og eksterne advokater og konsulenter i aftalens indhold, omfang og forpligtigelser gennem startkursus og løbende kurser" (Ibid.: 256).

incitament til at foretage trusler om hold-up, idet den asymmetriske information udlignes, jf. afsnit 6.1²⁰.

I agile projekter er det normalt, at IT-leverandørens og kundens personale arbejder sammen i tæt dialog, hvorfor kontrakten også kan indeholde bestemmelser om deling af *fælles arbejdslokaler*, ligesom kunden skal have en beslutningskompetent medarbejder til at sidde i sammen lokale som leverandøren. Dette forøger vidensdelingen og komplementariteten markant.

Parterne kan også aftale en *fast mødefrekvens* på ledelsesniveau med henblik på at holde den successive aftaleindgåelse i et konstant flow.

Disse klausuler vil alt andet lige skulle fortolkes i overensstemmelse med loyalitetsklausulen og med den agile kontrakts formålsbestemmelse. Parternes vil derfor klart forpligtige parterne til at handle i overensstemmelse hermed. Det er klare proaktive tiltag, idet sandsynligheden for konflikter vedrørende ændringer, mangler, forsinkelse, priser, leveringstider, osv. vil blive minimeret, som følge af de relationelle investeringer.

10.3. Effektive reguleringsrammer

Den relationelle kontrakt kan gøre meget for at forebygge problemer, men det må også erkendes, at ikke alle problemer kan undgås. Den økonomiske teori forudsiger, at det er transaktionsomkostningsminimerende, såfremt parterne i en agil aftale kan implementere topartsregulering frem for trepartsregulering. I forhold til aftalens implementering af vidensdelingsrutiner, komplementaritet og relationsspecifikke investeringer vil det være en fuldstændig erhvervsmæssig fiasko, såfremt parterne ved første lejlighed søgte tvisten løst i retten. Dette ville være en enorm reaktiv løsning. Det bør her bemærkes, at der i agile aftaler er stor sandsynlighed for, at leverandøren kommer til at aflevere iterationer fyldt med mangler, som løbende dukker op ved ibrugtagning. Leverandøren vil endvidere også bære en høj risiko for forsinkelse, hvis tidsplanen er for optimistisk fastlagt.

I sådanne tilfælde er det vigtigt med en proaktiv bestemmelse om *loyal ansvarsdeling*, der søger at bevare fokus på den forretningsmæssige værdi, som relationen kan opnå ved samarbejde, frem for

²⁰ Fx, "Der er fuld åbenhed om projektets økonomi – både om timer, materialer og teknisk udstyr, mv. Alle parter skal medvirke til at optimere egen og partners forretning. Alle parter anerkender, at parterne har forskellige økonomiske formål med og afkast af projektet. Alle parter anerkender, at information skal være tilgængelig, fordi det skaber gennemsigtighed og dermed tillid og tiltro" (Ibid. 269).

trusler om sagsanlæg.²¹ Loyalitetsklausulen vil i denne sammenhæng have en gennemslagskraft, idet parterne i det mindste må forsøge at finde en optimal løsning.

En sådan loyal ansvarsdeling, betyder i praksis, at såfremt en part ifalder et erstatningsansvar vil han skulle betale erstatning efter de almindelige principper om erstatning inden for kontrakt. Men samtidigt er begge parter forpligtet til i fællesskab at finde den omkostningsminimerende løsning. Her vil bestemmelsen om økonomistyring have stor effekt, idet parternes fælles økonomi er åbne, således at de kan overvåge hinandens tabsbegrænsningsforsøg, og koordinere hinandens adfærd herefter. En part kan risikere at ifalde erstatningsansvar under i den relationelle kontrakt såvel som i en af resultatkontrakterne for iterationerne²².

Såfremt der opstår uenigheder herom, er det almindeligt i agile projekter, at aftalen indeholder en konfliktløsningsbestemmelse, som *ikke* starter med at involvere en retssag eller voldgift. Konflikten bør søges løst gennem de økonomiske incitamenter, som økonomistyringen, loyalitetsforpligtigelsen og samarbejdsorganisationen giver. Anvendelsen af *alternative tvistløsningsklausuler* (også forkortet ”ADR”), er fra et økonomisk perspektiv den rette løsning. Bestemmelsen kan opstille nogle procedurer for, hvordan tvister skal søges løst. Sådanne procedurer forpligte parterne til at gå igennem forskellige forhandlingsfaser. Første fase kan fx være at løse tvisten ved dialog mellem de projektledere, hvori tvisten er opstået, anden fase kan være inddragelse af styregruppen, tredje fase kan inddrage en mediator og endeligt kan sidste fase involvere voldgiftsretten eller domstolen.²³

Når aftalens konfliktløsningsbestemmelser udarbejdes i overensstemmelse med den økonomiske teori omkring effektive reguleringsrammer, vil aftalen få et mere proaktivt indhold, så relationen bevares, retssager undgås og økonomiske tab minimeres.

²¹ Fx, ”De enkelte parter er alene ansvarlige for egne fejl og forsømmelser, men alle parter forpligter sig til at finde den optimale løsning for at rette/neutralisere fejl” (Ibid. 272).

²² Ansvarsgrundlaget for den relationelle kontrakt er som udgangspunkt *culpaansvaret*, hvor parterne skal handle efter den standard, som defineres nærmere i kontrakten og efter loyalitetsbetragtningerne (jf. afsnit 10.1 ovenfor). I selve de vandfaldskontrakterne for hver iteration, vil leverandøren være underlagt et skærpet culpaansvar, dvs. *professionsansvaret*. Hermed er leverandøren forpligtet til at handle efter professionens målestok – altså efter den standard en ”bonus pater” leverandør ville have holdt. Hertil kan eventuelle løfter i kontrakten spille en rolle: Kunden må således acceptere *småfejl*, der ikke er forårsaget af culpøse forhold hos leverandøren. Såfremt leverandøren *garanterer* funktionalitet, vil dette blive bedømt som et *objektivt ansvar*, mens *vurderinger* vil være underlagt professionsansvaret (se Bryde Andersen & Lookoksky 2006: 326 ff., Bryde Andersen 2005, afsnit 22.6.b). Det almindelige erstatningsansvar inden for kontrakt må i henhold til iterationerne – når aftalen fastholdes – være erstatning op til den positive opfyldelsesinteresse, dvs. erstatning såfremt aftalen blev rigtigt opfyldt.

²³ En endnu mere detaljeret konfliktløsningsbestemmelse kan findes hos i Bilag 1, jf. Tvarnø (2011: 166). Denne bestemmelse er efter forfatterens mening en god tvistløsningsklausul, som med fordel kan anvendes i agile IT-projekter. Konfliktløsningsbestemmelsen er skrevet til byggebranchens partneringaftaler, men den kan modificeres til agile IT-aftaler.

10.3.1. Aftalens ophør – opsigelse og ophævelse

Det vil ikke altid være muligt at bevare parternes forståelse af de økonomiske incitamenter til at fortsætte IT-projektet, ligesom tilliden til samarbejdet kan være forsvundet. I disse tilfælde kan aftalen ophøre i form af enten opsigelse eller ophævelse²⁴. Dette vil være reaktive handlinger, da de proaktive muligheder for at bevare relationen (vidensdelingsrutinerne, komplementære ressourcer, effektive reguleringsrammer og relationsspecifikke investeringer) forglemmes eller ignoreres.

Rent juridisk er udgangspunktet, at en aftale er bindende, og skal overholdes. Parterne kan dog for det første have en mulighed for at træde ud af aftalen ved *opsigelse*. I det tilfælde at den agile aftale er uden tidsbegrænsning, vil parterne kunne træde ud af aftalen med et passende varsel²⁵. De fleste aftaler vil dog være tidsbegrænsede og opsigelse kræver derfor hjemmel i aftalen. Såfremt det er muligt at opsiges aftalen, bør det overvejes af økonomiske årsager, hvor langt varslet skal være, og om der skal gives godtgørelse for de relationsspecifikke investeringer. Den part der påtager sig investeringerne, vil løbe en stor risiko ved en opsigelsesadgang. Og for at fremme incitamenterne til relationsspecifikke investeringer bør opsigelsesvarslet være langt.

I det tilfælde aftalen kan *ophæves* som følge væsentlig misligholdelse, vil ophævelsen kun have virkning for fremtidige iterationer, dvs. ”ex nunc”, hvilket er obligationsrettens almindelige grundregel for værksleje og dermed også agile kontrakter (se herom Bryde Andersen & Lookofsky 2006: 208). Ofte vil væsentlig misligholdelse bevirke erstatningsansvar, såfremt dansk rets almindelige betingelser for inden for kontrakt er opfyldt. Såfremt dette er tilfældet kan den part, der ophæver aftalen, kræve erstatning op til den positive opfyldelsesinteresse (som om aftalen blev behørigt opfyldt) eller op til den negative kontraktinteresse (som om aftalen ikke blev indgået). (Se samme diskussion hos Edlund 2011: 592)

I forbindelse med den relationelle kontrakt er spørgsmålet, hvad en part kan kræve erstattet såfremt der ikke er aftalt nogle iterationer, dvs. priser, kravspecifikation og leveringstider. Det vil derfor af praktiske årsager ikke være muligt kræve positiv opfyldelsesinteresse, da ingen kender værdien af

²⁴ Endvidere foreligger der også den mulighed, at en part nægter at opfylde resten af aftalen (uberettiget annulation), hvilket alt andet lige må være erstatningspådragende i form af positiv opfyldelsesinteresse, dog med en almindelig obligationsretlig tabsbegrænsningspligt.

²⁵ Dette princip udtrykkes klart i DCFR III. – 1:109 (2), ”Where, in a case involving continuous or periodic performance of a contractual obligation, the terms of the contract do not say when the contractual relationship is to end or say that it will never end, it may be terminated by either party by giving a reasonable period of notice. In assessing whether a period of notice is reasonable, regard may be had to the interval between performances or counter-performances.”

rigtig opfyldelse. Hermed vil erstatningen angå den negative kontraktinteresse, som efter omstændighederne vil være omkostninger i forbindelse med kontraheringen, osv. Omvendt vil det være muligt at kræve erstatning af den positive opfyldelsesinteresse for de aftalte iterationer.

Som sagt vil ophør af det agile samarbejde være en reaktiv løsning. Parterne bør derfor ikke indgå en agil aftale, såfremt de ser det som en mulighed, at projektet ikke bliver en succes. Hvis de ser det som en reel mulighed for at skille sig af med sin kontraktpart grundet ophævelses- eller opsigelsesadgang, bør de fra begyndelsen anvende den traditionelle vandfaldskontrakt, hvor relationen alligevel holdes i en armlængde.

11. DE ITERATIVE KONTRAKTER

I dette afsnit vil det blive undersøgt, hvordan sammenspillet i agile kontrakts relationelle bestemmelser kan påvirke indholdet af de iterative kontrakter i en mere proaktiv retning.

De aftalte iterationer vil i overvejende grad have en reaktiv karakter grundet den traditionelle juridiske måde at skrive kontrakter på. Således er fokus primært på klassiske risikospørgsmål i form af misligholdelse, misligholdelsesbeføjelser og erstatning, såfremt det aftalte resultat ikke opfyldes. Da parterne i en agil kontrakt har indgået en aftale om de relationelle bestemmelser vil der dog være mulighed for at implementere en række proaktive bestemmelser i resultatkontrakterne for de enkelte iterationer.

I afsnit 11.1. udføres en retsdogmatisk analyse af det baggrundsretlige grundlag for udviklingsydelsen, som parternes ydelser underlægges. I afsnit 11.2. vil der blive foretaget en retsdogmatisk analyse af kundens pengeydelse, og herefter undersøgt, hvorvidt de relationelle bestemmelser kan påvirke aftalens indhold i en mere proaktiv retning. I afsnit 11.3. og 11.4. vil der blive foretaget en lignende analyse for henholdsvis leverandørens realydelse og parternes misligholdelses- og erstatningsbeføjelser.

11.1. Udviklingsaftalens baggrundsretlige regulering

Som nævnt ovenfor har dette afsnit til formål at identificere, hvilket baggrundsretligt grundlag udviklingsaftalen er underlagt. Udviklingsaftalens ydelse består ofte af en række blandede ydelser i form af enten køb, bestillingskøb og værksleje, således at retsgrundlaget er forskelligt.

11.1.1. Køb eller værksleje

I det tilfælde hvor it-leverandøren overdrager et formuegode mod et pengevederlag er der tale om et *køb*, således at transaktionen reguleres af KBL. Software (programmer, spil, osv.) betragtes også som et formuegode (Udsen 2014: 496). *Bestillingskøb* – dvs. genstande som først skal fremstilles – reguleres også af købeloven. Dette gælder dog kun, når ”den overvejende del af de for fremstillingen nødvendige materialer skal ydes af den, der har påtaget sig fremstillingen” (KBL § 2, stk. 1, 2. pkt.). Dette rejser et væsentligt spørgsmål om, hvilke ”materialer” der indgår i udviklingen af software. Udsen (2014: 541f) sonderer mellem ”standardprogrammel” og ”nye programkomponenter”. Der foreligger således et bestillingskøb, når et standardprogrammel (som jo er et formuegode) skal tilpasses gennem tilknytningen af nye programkomponenter. Købeloven finder derfor anvendelse, når standardprogrammet efter tilpasningen udgør den overvejende del af fremstillingen. Modsætningsvist vil købeloven ikke finde anvendelse, når den overvejende del udgør udviklingen af nye komponenter (KBL § 2 modsætningsvist).

Når leverandøren skal præstere et arbejdsresultat, finder reglerne om *værksleje* anvendelse. Værksleje er en aftale, hvor den ene part forpligter sig til mod vederlag at frembringe et arbejdsresultat for den anden part. I vurderingen af værksleje er det afgørende punkt selve tjenesteydelsen, hvorved leverandøren stiller sine medarbejdere til rådighed for kunden med henblik på at opnå et arbejdsresultat (Udsen 2014: 641, Karstoft 2013: 319). Værksleje reguleres af almindelige obligationsretlige grundsætninger.

11.1.2. Blandede kontrakter

Når aftalen indeholder et element af køb og værksleje, vil der opstå det problem om, hvorvidt aftalen skal opdeles i mindre dele således, at hver del udfyldes med afsæt i hvert sit retsgrundlag (dvs. en købsdel = købeloven og værksleje-/tjenesteyderdel = obligationsretlige grundsætninger), eller om kontrakten blot udfyldes med afsæt enten i købeloven eller i reglerne om værksleje. Problemstillingen har praktiske dimensioner for iudviklingsaftalen, idet købeloven (selvom den er en kodificeret udgave af obligationsretten) i visse tilfælde vil afvige fra almindelige obligationsretlige grundsætninger. Det obligationsretlige udgangspunkt er her, at kontraktens *væsentligste del* bestemmer retsgrundlaget. Den væsentligste del må ikke forveksles med den *prismæssigt største del* af aftalen, jf. princippet i U

2010.332 Ø²⁶. Væsentlighedskriteriet er i stedet den karakteristiske ydelse – den købte kompetencen om man vil - som er den væsentlige del af aftalen. Såfremt det ikke er muligt at klarlægge, hvilken del af aftalen som er væsentlig, bør parterne overveje om ikke de finder det mest hensigtsmæssigt at opdele aftalen i en købsdel og en tjenesteyderdel (sml. Karstoft 2013: 319 og DCFR II. 1:107(2): Mixed Contracts).

I udviklingsaftaler er det selve det IT-tekniske arbejde, som er den væsentligste ydelse – og altså ikke leverandørens køb af standardprogrammel og hardware. Som udgangspunkt skal udviklingsaftalen vil derfor vurderes ud fra værkslejereglerne.

11.2. Pengeydelsen

I dette afsnit vil det blive undersøgt om den baggrundsretlige løsning er tilfredsstillende for parterne i en agil kontrakt eller om parterne bør søge en mere hensigtsmæssig løsning. Prisen er et af de centrale emner i kontrakten, og i IACCM's undersøgelse ligger *pris* og *betaling* på henholdsvis 6.- og 9.-pladsen over de vigtigste punkter i kontrakten (se afsnit 2). Pengeydelsen bør derfor styres gennem proaktive klausuler, der giver incitamenter til at fortsætte et godt samarbejde.

11.2.1. Baggrundsretten om prisfastsættelsen

Den baggrundsretlige prisfastsættelse må formodes at være præget af stor juridisk uforudsigelighed. KBL § 5 fastslår, at køberen skal betale et skønsmæssigt rimeligt beløb, når prisen ikke er aftalt, ”for så vidt dette ikke anses for ubilligt”. KBL § 72 angiver (i forbrugerkøb), at den ”gængse pris” – altså markedsprisen - på aftaletidspunktet indgår i prisberegningen. I den almindelige obligationsret vurderes prisen på baggrund af (1) parternes ”hypotetiske aftale”, dvs. den aftale, som de ville have forhandlet sig frem til, (2) markedsprisen og (3) en rimelig pris (Bryde Andersen & Lookofsky 2009: 100f). Både CISG og Unidroit Principles anvender også markedsprisen²⁷. Det må derfor formodes, at markedsprisen først og fremmest lægges til grund for prisen i dansk ret. I forhold til udviklingsaftaler

²⁶ Dommen vedrører netop det spørgsmål om KBL skal finde anvendelse i en aftale, som har en ”købsdel” og en ”tjenesteyderdel”. Aftalen angik ”levering og installation” af nogle rullegittré i en butik for at sikre mod indbrud. Leveringen af rullegittré angik købsdelen. Installationen af rullegittré var en tjenesteydelse. Rent værdimæssigt var købsdelen højest. Da der nogle år senere blev begået indbrud i butikken, som følge af sælgers mangelfulde installation, gjorde kunden et erstatningskrav gældende mod sælger. Sælger argumenterede for, at der er tale om køb, og at reklamationsfristen på 2 år var udløbet. Domstolen udtalte, at aftalens *forudsætning* var leverandørens *viden* om, hvordan rullegittré skulle installeres. Derfor kunne KBL ikke finde anvendelse. I stedet skulle forældelsesloven – med en 3-årig reklamationsfrist – benyttes.

²⁷ Henholdsvis CISG art. 55 og Unidroit Principles art. 5.1.7(1)

kan det være svært – vis ikke umuligt - at bestemme markedsprisen helt nøjagtigt, hvor priserne svinger og hvor der er tale om specialiseret teknologi og –viden.

11.2.1.1. *Retspraksis (om skønsmæssig prisfastsættelse)*

I de særlige tilfælde hvor en aftale er indgået på baggrund af en skønsmæssig vurdering af prisen, og hvor prisen efterfølgende skal forhandles endeligt på plads, må leverandøren som udgangspunkt bære risikoen for, at prisen efterfølgende afviger væsentligt fra estimatet, jf. U 1985.334.H.

Dommen angik en konfektionsvirksomhed, K, som skulle have tilvirket et stykke standardprogrammel hos leverandøren, L, således at det var tilpasset K's særlige behov. Prisen for dette var skønsmæssigt fastsat til at ligge mellem 40.000 – 80.000 kr. Dog ville prisen blive fastsat endeligt efter kontraktens underskrift. L lod en underleverandør stå for tilvirkningen. De efterfølgende beregninger viste, at omkostningerne for tilvirkningen ville blive omkring 400.000 kr. K ville herefter erklære aftalen ugyldig. Ifølge højesteret var L *nærmest til at bære risikoen* for at aftalens prismæssige forudsætninger bristede. Det blev lagt til grund herfor, at B's behov var klare for L på kontraheringstidspunktet, og at L ikke havde foretaget nogen nærmere undersøgelser vedrørende opfyldelsen af K's behov. L havde dermed tilsidesat sin *loyale oplysningspligt*. K var berettiget til at hæve aftalen.

Som det fremgår af dommen, er der en tæt sammenhæng mellem leverandørens skønsmæssige fastsættelse af prisen og hans loyale oplysningspligt. Leverandøren må derfor forventes at have begrænsede muligheder for at sætte prisen op, når han har fastsat prisen skønsmæssigt. Det samme må gøre sig gældende, når prisen er knyttet til det anvendte tidsforbrug.

11.2.2. *Proaktiv aftalestyring*

Den baggrundsretlige løsning synes ikke at være egnet til en proaktiv agil kontrakt, idet den søger at klarlægge prisen gennem vage reaktive regler. Parterne bør i stedet benytte sig af deres aftalefrihed til at fastsætte en prisstruktur, der giver parterne økonomiske incitamentter til at fællesoptimere i overensstemmelse med kundens forretningsmæssige behov samt den relationelle kontrakts indhold. Par-

terne skal her have in mente, at kunden i det agile projekt køber leverandørens kompetencer og dermed ikke en færdigudviklet løsning. En hård fokus på lave priser vil fokusere på kvantitet og ikke kvalitet. Og omvendt - en for høj pris kan ødelægge kundens forretningsmæssige interesse i projektet. Som det blev nævnt ovenfor i afsnit 10.2, vil den relationelle aftale indeholde bestemmelser om økonomistyring og åbne regnskaber. Parterne vil derfor med rette kunne fastsætte prisen efter medgået tid (altså timeløn) og eventuelt med en maksimalpris eller en skønsmæssig prisfastsættelse, jf. dog leverandørens loyale oplysningspligt samt U.1985.334 H (se afsnittet ovenfor).

Parterne vil med fælles økonomistyring hele tiden kunne overvåge processen og økonomien, og således sikre sig, at iterationerne er finansieret samt at leverandøren når sine mål inden for de økonomiske rammer. Det kan endvidere aftales, at leverandøren skal sørge for at forbruget holdes inden for de estimerede rammer²⁸. For at give leverandøren incitament til at færdiggøre iterationen hurtigere og billigere end beregnet kan der aftales en bonusordning, således at parterne kan dele de sparede omkostninger mellem sig.

Det må alt i alt konkluderes, at den baggrundsretlige løsning er af primær reaktiv karakter, som søger at fastlægge prisen gennem statiske regler. Dette er ikke i parternes relationsbevarende interesse, hvor der søges fællesoptimering og win-win situationer. Parterne bør i stedet konstruere en prismodel, som kan kvalificeres af økonomisk teori gennem eksempelvis incitamenter (fælles økonomistyring og overvågning af ressourceforbrug), således at hver enkelt iteration ligger inden for budgettets rammer.

11.3. Realydelsen

I dette afsnit vil det blive undersøgt, hvorledes den baggrundsretlige regulering af leverandørens realydelse er tilfredsstillende fra et proaktivt perspektiv eller om parterne bør søge mod aftalestyring. Der vil først blive foretaget en retsdogmatisk analyse af parternes baggrundsretlige retsstilling, hvorefter det vil blive diskuteret om baggrundsrettens udgangspunkt skal fraviges ved aftale i en mere proaktiv retning. Den baggrundsretlige regulering af realydelsen har fokus på *opfyldelse, misligholdelse og misligholdelsesbeføjelser*. Misligholdelsesbeføjelserne diskuteres dog særskilt i afsnit 10.4 nedenfor.

²⁸ En bestemmelse kunne fx lyde, "leverandøren skal styre sit ressourceforbrug således, at leverancebeskrivelsen opfyldes, uden at maksimalprisen overskrides. Maksimalprisen må ikke overskrides uden kundens forudgående godkendelse. Opstår der risiko for, at maksimalprisen vil blive nået før projektets færdiggørelse, skal leverandøren omgående orientere kunden herom og foreslå relevante tiltag til imødegåelse af denne risiko. (Langemark et al. 2009: 174)

11.3.1. Baggrundsretten

Når den successive aftaleindgåelse fører frem til en udtømmende kravspecificering af en enkelt iteration, vil leverandøren - i et retsdogmatisk øjesmed - være underlagt en *resultatforpligtigelse*. En resultatforpligtigelsen bevirker, at leverandøren skal nå et aftalt *slutresultat*, hvorimod indsatsforpligtigelsen pålægger leverandøren skal *gøre sit bedste* inden for en bestemt eller ubestemt tidsperiode. Såfremt et ønsket resultat ikke opnås ved en indsatsforpligtigelsen, vil dette ikke bringe modparten i misligholdelse. Det modsatte er tilfældet ved resultatforpligtigelsen, hvor ikke-opfyldelse af det aftalte resultat bevirker misligholdelse (se nærmere diskussion herom Bryde Andersen og Lookofsky 2009: 43 ff.).

Selve resultatkontrakten adskiller sig derfor fra den relationelle kontrakt ved, at den successive aftaleforhandling må karakteriseres, som en indsatsforpligtigelse. Parterne skal derfor - med udgangspunkt i kundens behovsopgørelse - yde deres bedste for at finde på gode løsninger. Denne indsatsforpligtigelse må bestå i at gøre det bedste for at konkretisere ydelsen gennem et loyalt samarbejde, osv. Når disse behov kan formuleres i faktiske krav, vil leverandøren efterfølgende blive pålagt en resultatforpligtigelse.

Den samlede agile kontrakt vil derfor bestå af blandede forpligtigelser, hvori de små, enkelte iterationer kan ses som små resultatforpligtigelser, der pålægger leverandøren at opnå et bestemt resultat.

11.3.2. Den baggrundsretlige misligholdelsesvurdering

Der foreligger misligholdelse i form af *forsinkelse*, såfremt leverandøren ikke er afleverer til tiden, mens der foreligger en *mangel* hvis IT-systemet ikke lever op til den konkrete kravspecifikation i aftalegrundlaget.²⁹

11.3.2.1. Tidspunktet for misligholdelsesbedømmelsen

Det er kutyme i udviklingsaftaler, at leverandøren *afleverer* IT-systemet til kunden, når leverandøren mener, at udviklingsarbejdet er færdigt (sml. Karstoft 2013: 322). Dette gøres i form af såkaldt *overtagelsesprøve*, som er ”en afprøvning, hvor leverandøren efter kriterier aftalt med kunden beviser, at

²⁹ Som Karstoft (2013: 330) angiver, kan det i IT-udviklingsaftaler i visse situationer være vanskeligt at foretage en *klar sondring mellem mangler og forsinkelse*. I køb vil der foreligge en mangel, såfremt ”køberen må gå ud fra, at det, som er leveret, er ment at skulle tjene som fuldstændig opfyldelse af aftalen”, jf. KBL § 50, 1. pkt. Leverandøren er forsinket, når ”der ikke leveres i rette tid”, jf. princippet i KBL § 21. De samme principper er gældende for værksleje med det resultat, at leveringen er mangelfuld i de tilfælde, hvor leverandøren påstår at have præsteret det aftalte arbejdsresultat eller nægter at afhjælpe de af kunden identificerede mangler. Netop af denne årsag vil fejl i IT-systemer ofte i retsdogmatisk lys kategoriseres som mangler - og altså ikke forsinkelse. Forsinkelse vil således kun foreligge, såfremt leveringen *udebliver* eller sker *efter* den aftale leveringstid.

det leverede fungerer som lovet” (Bryde Andersen 2015: 292)³⁰. Det er bl.a. under afleveringsforretningen, at misligholdelsesvurderingen i almindelighed foretages samt beregningen for kundens reklamationsfrister sættes i gang.

11.3.2.2. Særligt om mangelsbedømmelsen

Selve mangelsbedømmelsen beror på aftalen – altså kravspecifikationen. Den målestok, som mangelsbedømmelsen foretages ud fra, er den almindelige mangelsdefinition i KBL § 76, stk. 1, nr. 1 – 4. Dermed vil kravspecifikationens detaljeringsgrad have en stor indflydelse på mangelsbedømmelsen³¹. Hvis kravene er uklare på grund af en lav detaljeringsgrad, vil dette bero på en abstrakt vurdering, jf. det almindelige obligationsretlige princip om en *almindelig god ydelse* med *almindelig god egnethed*, hvilket indebærer, at ydelsen skal have den normale standard og brugbarhed inden for den pågældende branche eller erhverv. Her må leverandørens rådgivningspligt og oplysningspligt også spille en rolle for at udrede eventuelle uklarheder (se nærmere herom i Bryde Andersen & Lookofsky 2009: 52 ff. og 550).

Herudover vil eventuelle *garantier/tilskrivninger* fra leverandøren omkring funktionelle eller kvalitative egenskaber indgå i mangelsbedømmelsen, jf. princippet i KBL § 42, stk. 2. Der vil også foreligge en mangel, dersom leverandøren ikke overholder sin almindelige *loyale vejledningspligt* i forbindelse med at sætte kunden ind i it-systemet. I forhold til overholdelse af *præceptiv lovgivning* vil kundespecifikke systemer er det op til kunden om it-systemet lever op til lovgivningen. For standard-systemer, der er udviklet til en branche, vil det være leverandøren, der forventes at overholde lovgivningen, jf. Udsen (2015: 551).

11.3.2.3. Reklamationsfrister ved misligholdelse

³⁰ Typisk sondre aftalen mellem tre former for afleveringsprøver: Når der indgår hardware og software, er det – helt lavpraktisk – nødvendigt at finde ud af om systemet er ”oppe at køre” (*installationsprøve*). Herefter vil IT-systemsets funktioner efterprøves, og dermed om kravspecifikationen er opfyldt (*overtagelsesprøve*). Slutteligt vil det ofte skulle testes, hvordan systemet præsterer over en nærmere fastlagt tidsperiode ved kundens ibrugtagning (*driftsprøve*) (Udsen 2015: 555).

³¹ Dette er i praksis en stor konciperingsmæssig udfordring. Som Udsen (2015: 543) skriver, kan en stor udviklingsaftale indeholde flere tusinde specifikationer. Kravspecifikationen vedrører typisk kategorierne: *funktionelle krav, svartider og driftseffektivitet, kompatibilitet, udbygningsmuligheder, dokumentation*. De funktionelle krav er det vigtigste, dog således at de andre kategorier er ofte en naturlig forlængelse af IT-systemets funktionelle krav, som specificeres hvis der er særlige behov ud over det sædvanlige.

Den almindelige obligationsretlige regel er, at kunden i tilfælde af mangler, skal give leverandøren besked *inden rimelig tid*. Såfremt dette ikke gøres, risikerer kundens indsigelsesret at falde bort som følge af passivitet. Kunden er således forpligtet til at reagere på en funden mangel.

I forbindelse med en *afleveringsprøve* bevirker dette, at kunden skal gøre leverandøren opmærksom på alle synlige mangler, der eventuelt skulle vise sig ved prøven, jf. princippet i KBL § 51³². I de tilfælde hvor der ikke afholdes en overtagelsesprøve skal kunden reklamere, når manglen bliver synlig. I forbindelse med skjulte mangler må reglen i KBL § 51, der pålægger køber en undersøgelsespligt i overensstemmelse med det ”ordentlig forretningsbrug kræver”, lempes i forhold til udviklingsaftaler, da kunden oftest ikke er it-sagkyndig og it-ydelsen ofte indeholder en række skjulte mangler, der først viser sig senere (Karstoft 2013: 344). Derfor vil kunden stadig kunne gøre indsigelser gældende over for mangler, der viser sig senere i forløbet. Kundens ret til at gøre mangler gældende over for leverandøren bortfalder under alle omstændigheder efter obligationsrettens almindelige forældelsesregler.

11.3.3. Diskussion - en mere proaktiv aftalestyring

Den juridiske misligholdelseslære synes at være evaluerende, bagudskuende og risikofordelende, hvilket passer dårligt til det agile formål om at fællesoptimere. En retsdogmatisk analyse alene synes derfor ikke at være tilstrækkelig. Aftalestyringen bør ske med en anden fremgangsmåde, som søger at forebygge mangler og forsinkelse i så vidt muligt omfang, idet dette alt andet lige er den mest omkostningsminimerende fremgangsmåde. Set i lyset af ICCAM's undersøgelse spiller misligholdelsesbedømmelsen en vigtig rolle for den forretningsmæssige samlede succes, idet *service levels & warranties* og *performance/undertakings/guarantees* ligger nr. 7 og 8 på listen over de vigtigste forhandlingstemaer.

Parterne kan med fordel udnytte de fordele udnytte den relationelle kontrakt for hver enkelt iteration, som redskab til at forebygge forsinkelse og mangler.

I forhold til at forebygge mangler, vil den agile metode indebærer løbende *afprøvning* af hver enkelt iteration. Såfremt iterationen ikke består prøven kan leverandøren gives en ret til en ny prøvning, såfremt dette kan ske inden for iterationens økonomiske rammer.

³² Som følge af krav til bevisbyrden vil kunden ofte kræve, at der føres logbog over de synlige mangler under overtagelsesprøven for at undgå en tvist om passivitet.

Endvidere kan kunden og leverandøren gives en ret til *audit*, således at hver part kan undersøge om arbejdet skrider frem i overensstemmelse med tidsplanen, metode og standarder, ligesom det kan sikres, at udviklingsarbejdet sker i tråd med de aftalte krav. I denne forbindelse kan en part eventuelt hyre en uvildig sagkyndig til at undersøge om iterationen lever op til de aftalte krav³³.

Som leverandøren påbegynder iterationen kan det aftales, at kunden skal have en *beslutningskompetent medarbejder i samme lokale som leverandøren*. Dette vil alt andet lige betyde, at mange mangler opdages tidligt. Desuden vil leverandøren altid kunne spørge om hjælp til at klarlægge eventuelle tvivlsspørgsmål.

Såfremt parterne i tvivl om, hvorvidt afleveringsprøve kan godkendes eller ej, vil dette skulle løses i overensstemmelse med den relationelle kontrakts *konfliktløsningsbestemmelser*, jf. afsnit 10.3.

For at forebygge *forsinkelse* er det op til parterne i fællesskab at udarbejde en tidsplan, som iterationen skal følge. I denne forbindelse må de relationelle bestemmelser om loyalitet, økonomistyring og kontraktstyring have en gennemslagskraft³⁴. Det er endvidere vigtigt, at parterne finder en fornuftig balance mellem pris og kvalitet. Såfremt tidsplanen viser sig at være urealistisk, kan parterne aftale en *udskydelsesret*, der giver ret til at forlænge tidsfristen med et fastlagt antal dage. Endvidere vil parterne kunne opbygge en erfaring fra tidligere iterationer, og kan således lære at lægge mere realistiske tidsplaner.

For at opsummere endnu engang, synes den traditionelle juridiske fremgangsmåde ikke at være tilstrækkelig i forhold til en iterativ kontrakter. Problemet ved den almindelige baggrundsretlige misligholdelsesvurdering er, at den udelukkende fokuserer på risikodelingen (hvilket i mange tilfælde er relevant), men dens regulering omkring forebyggelse samt værdiskabelse udebliver. På denne måde er obligationsretten heller ikke relationsbevarende, og passer i lav grad til et agilt projekt. Parterne kan med rette drage fordel af den relationelle kontrakt, således at den anvendes aktivt i det iterative udviklingsforløb.

11.4. Kundens misligholdelsesbeføjelser

³³ Se fx kontrakten, i03, pkt. 18 (Langemark 2009: 170 f.)

³⁴ Se fx i03, pkt. 13.1.1. (Langemark 2009: 167), "Under projektet skal leverandøren i samarbejde med kunden udarbejde en detaljeret plan for, hvordan samarbejdet skal foregå inden for rammerne af den overordnede tidsplan. Den detaljerede projektplanskal fokusere på afhængigheden af de forskellige aktiviteter i projektet".

Såfremt der foreligger misligholdelse er spørgsmålet, hvordan parterne skal forholde sig til dette. Dette afsnit har til formål at undersøge, hvordan den almindelige obligationsret sanktionerer misligholdelse, og det vil herefter blive diskuteret om der er behov for en mere proaktive løsning.

Indledningsvist skal det nævnes, at sanktionering fra et proaktivt perspektiv er tvivlsomt. På den ene side må det konstateres, at sanktioner som udgangspunkt er reaktive, fordi de ikke fører til fællesoptimering (win-lose situationen opstår). På den anden side indeholder truslen om sanktionering - paradoksalt nok – også et proaktivt element for så vidt den blotte trussel om sanktionering kan give incitament til at modvirke forsinkelse, mangler og illoyalt adfærd.

11.4.1. Baggrundsrettens misligholdelsesbeføjelser

Misligholdelse giver i første omgang kunden ret til at *tilbageholde* vederlaget, jf. den almindelige obligationsretlige samtidighedsgrundsætning.

Kundens primære beføjelse må i værksleje dog være *naturalopfyldelse* i form af retten til at pålægge leverandøren en *afhjælpningspligt*, jf. fx Vestre Landsrets dom af 17. marts 1986, hvor manglerne i et edb-system ikke var væsentlige, således at kunden ikke kunne hæve aftalen - i stedet blev leverandøren pålagt at en afhjælpningspligt. Ligeledes må det ud fra værdispildshensyn være udgangspunktet, at leverandøren har *afhjælpningsret* således, at denne kan afskære kunden fra at anvende andre beføjelser, jf. fx Karstoft (2013) og Bryde Andersen og Lookofsky (2009: 285). Afhjælpningsretten/-pligten kan ikke påberåbes, hvor parterne har aftalt, at aftalen kan ophæves som følge af en mangelfuld dellevering, jf. DACCIS-dommen, se afsnit 9.3.2.1³⁵.

Hævebeføjelsen kan tages i brug, såfremt misligholdelsen er væsentlig og naturalopfyldelse ikke kan ske inden for rimelig tid³⁶. Ophævelsen vil have retsvirkninger *ex nunc* – og ikke *ex tunc*, hvilket er udgangspunktet for ydelser som skal præsteres over tid, se Bryde Andersen & Lookofsky (2009: 208). I det tilfælde hvor leverandøren ikke er i stand til at afhjælpe ubetydelige og uvæsentlige mangler, vil kunden kunne kræve *forholdsmæssigt afslag i prisen* (Udsen 2015: 577). Beregningen af prisnedsæt-

³⁵ Højesteret lagde i sin afgørelse af tvisten aftalens forudsætninger til grund, idet delleverancen ”havde til formål ved afprøvningen af en forholdsvis begrænset mængde krav i en midtvejstest at give FMT mulighed for at bedømme, om der var en sådan fremdrift i projektet, at FMT kunne have tillid til, at Saab kunne præstere et tilfredsstillende resultat ved den endelige levering af IT-systemet”.

³⁶ I forhold til væsentlighedsvurderingen vil en væsentlig mangel skulle afgøres ud fra de forhold der er nævnt i afsnit 11.3.2.2. Ved forsinkelse er der tale om en væsentlig misligholdelse, såfremt forsinkelsen overskrider kundens rimelige tålegrænse. Den køberetlige bestemmelse i KBL § 21, stk. 3 om, at enhver forsinkelse er væsentlig, er ikke udgangspunktet i værksleje.

telsen sker ved hjælp af almindelige obligationsretlige beregningsprincipper, hvilket typisk er skønmæssig vurdering efter hvad de teoretisk udbedringer vil være (Bryde Andersen & Lookofsky 2009: 235). Det vil ikke være muligt at kræve forholdsmæssigt afslag i prisen, hvis manglen ikke giver værdiforringelser.

Erstatningsbeføjelsen kan gøres gældende, såfremt de almindelige betingelser for erstatning inden for kontrakt er opfyldt. I forhold til ansvarsgrundlaget vil leverandøren være erstatningspligtig, hvis denne ikke overholder en *garanti* (objektivt ansvar) eller har handlet i strid med sit *professionsansvar* (skærpet culpa)³⁷. Kunden kan få fuld erstatning for sit lidte økonomiske tab. Tabsopgørelsen beregnes efter situationen efter negativ kontraktinteresse eller positiv opfyldelsesinteresse i overensstemmelse med almindelige principper. Såfremt aftalen kan ophæves, kan kunden frit vælge, hvordan erstatningen skal udmåles. Selvom ophævelsen sker *ex nunc*, vil kunden stadig kunne for tidligere afholdt udgifter samt betalte vederlag.

11.4.2. Diskussion - proaktiv aftalestyring

Der er ingen tvivl om, at de baggrundsretlige misligholdelsesbeføjelser giver incitament til rigtig opfyldelse. Udgangspunktet om naturalopfyldelse som den primære misligholdelsesbeføjelse er da også fra et proaktivt perspektiv den rette løsning - relationen søges bevaret.

Det kan diskuteres, om hævebeføjelsen, forholdsmæssigt afslag og erstatning er relevant i forhold til et agilt projekt, som stræber efter værdiskabelse og fællesoptimering. I denne situation synes den relationelle kontrakt igen et spille en enorm vigtig rolle. I særdeleshed en tvistløsningsklausul, som pålægger kunden at samarbejde med leverandøren om at finde den mest hensigtsmæssige løsning på leverandørens misligholdelse.

De baggrundsretlige misligholdelsesbeføjelser – udover naturalopfyldelsen - bør derfor i et agilt projekt *kun* benyttes, hvis parterne ikke har grundlag for at fortsætte samarbejdet.

11. DELKONKLUSION

Denne delanalyse har haft til formål at undersøge, hvorledes juraen kan medvirke til at bevare relationen mellem kunden og leverandøren i hele det agile it-projekt, og dermed påvirke aftalen i en mere proaktiv retning.

³⁷ En måde, hvorpå kunden kan sikre sig, at misligholdelse er et objektivt ansvar er at få leverandøren til at garantere for at leverancerne opfylde alle kontraktens krav, se fx i03, pkt. 23.

Som det fremgår af analysen er det først og fremmest en konciperingsmæssig opgave. Den økonomiske teori forudsiger, at parterne kan skabe relationsrente ved at benytte vidensdelingsrutiner, komplementære ressourcer, relationsspecifikke investeringer og effektive reguleringsrammer. Disse økonomiske behov tilgodeses dog ikke gennem retsdogmatikken, der primært har en reaktiv karakter med fokus opfyldelse, misligholdelse og misligholdelsesbeføjelser (afsnit 10). Derfor bliver det nødvendigt med en interdisciplinær tilgang, således at aftalen konstrueres mere proaktivt.

Som det vises i afsnit 9 kan parterne med fordel koncipere en rammeaftale, der indeholder en række relationsbevarende bestemmelser. Hermed øges sandsynligheden for fællesoptimering, tvistforebyggelse og værdiskabelse. De relationelle bestemmelser vil endvidere finde anvendelse i de iterative kontrakter, hvor forsinkelse, misligholdelse og tvister kan forebygges mere effektivt.

På baggrund af ovenstående må det konkluderes, at dansk ret giver gode muligheder for at skrive en proaktiv agil kontrakt. Der er dog behov for at søge uden om den traditionelle reaktive retsdogmatik, således at den agile udviklingsaftale konstrueres på en mere relationsbevarende måde. Her spiller den erhvervsjuridiske metode og tværfaglige fremgangsmåde den afgørende rolle.

DEL IV: PÅ VEJ MOD EN PROAKTIV UDVIKLINGSAFTALE

Denne del har til formål at besvare dette speciales centrale problemstilling, dvs. *hvilken rolle kan paradigmet om proaktiv kontrahering spille i forhold til at optimere værdien af it-udviklingsaftaler?*

Besvarelsen tager udgangspunkt i de foregående afsnit. Det skal erindres fra afsnit 2, at det proaktive paradigme foreskriver, at kontrakterne skal varetage (1) virksomhedsperspektivet, (2) tværfagligt samarbejde, og (3) præventive og promoverende kontraktuelle tiltag. På denne baggrund vil det blive diskuteret, hvorvidt de økonomiske og juridiske videnskaber bidrage til at gøre aftalen mere proaktiv.

12. VIRKSOMHEDSPERSPEKTIVET

Som vist i den juridiske analyse opererer obligationsretten med mange forskellige kontrakttyper. Samtidigt opererer den ikke med nogle virksomhedsforudsætninger. Retsdogmatikken kan således ikke kvalificere valget af kontrakt, ligesom den ikke er i stand til at konstruere en proaktiv kontrakt. I modsætning til retsdogmatikken er den økonomiske teori ganske konkret omkring virksomhedsperspektivet med sit udgangspunkt om opportunistisme og begrænset rationalitet (jf. transaktionsomkostningsteorien). Kontraktens indhold skal således selekteres på baggrund af økonomisk teori, mens det er juraens opgave at give indholdet de ønskede retsvirkninger gennem aftalefortolkning og -udfyldning.

12.1. Opportunistisme

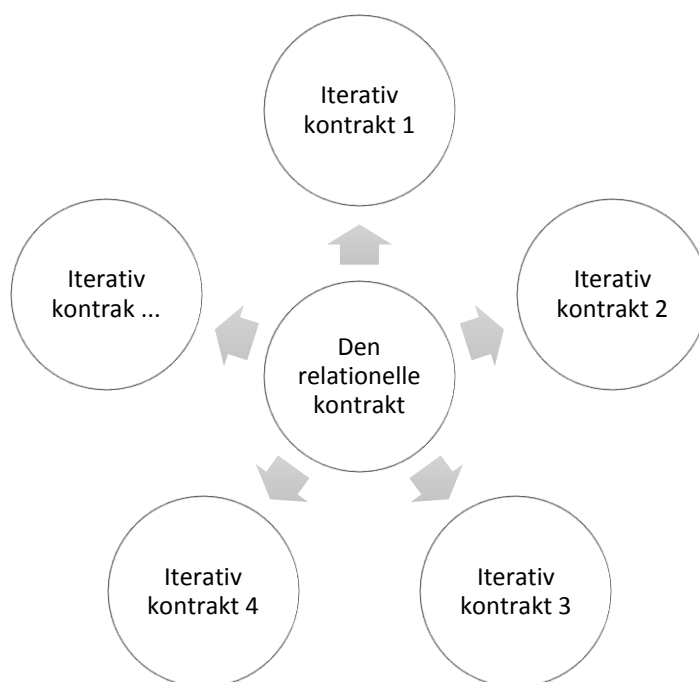
Virksomhedens opportunistiske adfærd betyder, at virksomheden er profitmaksimerende og søger konkurrencemæssige fordele. I visse kontraktrelationer har parterne mulighed for at opnå dette i form af relationsrente gennem partnerskabsdannelse. Hermed er der kimen for proaktiv kontraktstyring lagt, idet kontraktstyring kan bringes op på ledelsesniveau for at udnytte partnerskabets potentiale så meget som muligt (se afsnit 4). Som det konkluderes i del II, er det optimalt at vælge vandfaldskontrakten i armlængderelationer, mens den agile kontrakt synes særdeles velegnet i partnerskaber.

12.2. Begrænset rationalitet

I forhold til udviklingsaftalen forudsiger transaktionsomkostningsøkonomien (afsnit 4), at parterne bør vælge vandfaldskontrakten, hvor transaktionen er præget af høj forudsigelighed og sikkerhed ex post aftaleindgåelsen. På samme måde skal parterne anvende en mere fleksibel kontrakt, når transaktionen er karakteriseret af stor usikkerhed ex post aftaleindgåelsen. Den løbende aftaleindgåelse og

iterative fremgangsmåde er i fuld overensstemmelse med et transaktionsomkostningsminimerende synspunkt, da parterne har begrænset kognitiv forståelse af projektets fremtidige ændringsbehov. Det ville omvendt være i strid med transaktionsomkostningsteorien at anvende en vandfaldskontrakt, da ex post omkostninger ville stige markant (og konkurrencemæssige fordele smides væk). Dermed kan den økonomiske teori forudsige, at den agile model i langt de fleste tilfælde er mere proaktiv og varetager virksomhedsperspektivet i højere grad end vandfaldskontrakten.

Den retsdogmatiske og erhvervsjuridiske analyse om aftalestyring (afsnit 9 og 10) viser, at der ikke findes en almen agil kontrakt i obligationsretten. I stedet må parterne søge at konstruere deres egen gennem juridiske kontraheringsteknikker. Som det vises i afsnit 9 kan dette bedst lade sig gøre ved at indgå en rammeaftale, den relationelle kontrakt, der indeholder en række bestemmelser i overensstemmelse med den økonomiske teori. Denne ramme vil så skabe udgangspunktet for indgåelse af en række små iterative kontrakter, der indeholder de traditionelle kontraktbestemmelser, i særdeleshed kravspecifikation, pris og leveringstid. De iterative kontrakter er dog ikke reaktive i samme grad som en vandfaldskontrakt, idet de indgår i et sammenspil med den relationelle kontrakt. Dette fremgår af figuren nedenfor. Denne form for aftalekonstruktion er i overvejende grad kvalificeret af økonomisk teori, og kan af retsdogmatikken forsvares, som en juridisk bindende kontrakt.



13. TVÆRFAGLIGHED

Virksomhedsforudsætningerne ovenfor bevirker, at jo mere komplekst og strategisk vigtig udviklingsaftalen bliver, desto større bliver behovet for at anvende relationelle bestemmelser der inkluderer tværfaglighed mellem IT, økonomi og jura. Partnerskaber skal derfor implementere en høj grad af tværfagligt samarbejde i partnerskabet, mens det modsatte er tilfældet i armslængdekontrakter.

Dette taler (igen) til fordel for den agile kontrakt. I agile projekter kan projektet gå i gang med det samme uden lange prækontraktuelle forhandlinger om udtømmende vilkår - forhandlingerne kan i stedet finde sted løbende i projektet. Det er endvidere normalt, at kunden og leverandøren deler arbejdslokaler i hele projektet, ligesom parternes økonomi, ressourceforbrug, osv. er åbent for begge parter. Denne form for tværfaglighed nedsætter alt andet lige forhandlingsomkostningerne markant. I vandfaldskontrakten er det tværfaglige samarbejde primært reduceret til de prækontraktuelle forhandlinger, hvor parterne samarbejder om den udtømmende kravspecifikation, tidsplanen og prisen. Når kontrakten underskrives er det efterfølgende leverandørens ansvar at leve op til aftalens forpligtelser uden et stort behov for, at kunden bidrager. Selvom det strider imod forudsætningen om begrænset rationalitet og opportunisme, sker det i praksis, at parterne anvender vandfaldskontrakten i store, komplicerede projekter. Når dette er tilfældet, bør parterne anticipere fremtidige risici meget højt, og derfor vægte langvarige prækontraktuelle forhandlinger højt for at beskytte sig imod, at kontrakten konciperes på et uoplyst og ikke-tværfagligt grundlag. Dette må antages at sætte transaktionsomkostningerne op.

For at skabe et tværfagligt sammenspil i udviklingsaftalen mellem IT, økonomi og jura bør der ind sættes promoverende og præventive kontraktuelle tiltag i kontrakten, som beskrevet straks nedenfor i afsnit 14.

14. PROMMOVERENDE OG PRÆVENTIVE KONTRAKTUELLE TILTAG

De promoverende og præventive kontraktuelle tiltag består i at fremme værdiskabelse og minimere omkostninger, dvs. fællesoptimering. Som det fremgår ovenfor indebærer dette indgåelsen af et partnerskab i form af en agil kontrakt. Som det fremgår af Dyer & Sings analyseramme (afsnit 4) skal kontrakten indeholde bestemmelser som fremme effektive reguleringsrammer, vidensdelingsrutiner, komplementære ressourcer og relationsspecifikke investeringer.

14.1. Effektive reguleringsrammer

De effektive reguleringsrammer kan bestå af markedsregulering, trepartsregulering og topartsregulering afhængigt af transaktionen (afsnit 5). Dette kræver anvendelse af kontraktens safeguarding-, koordinerings- og ændringsfunktion (afsnit 6). Der kan her sondres mellem de effektive reguleringsrammer i den agile kontrakt og vandfaldskontrakten.

14.1.1. Armslængdekontrakten (vandfaldskontrakten)

Armslængdekontrakten er enten en klassisk kontrakt eller en neoklassisk kontrakt, som kræver enten markedsregulering eller trepartsregulering via en domstol eller voldgift i tilfælde af tvister. I det fleste tilfælde vil den kræve trepartsregulering. Kontrakten er derfor hovedsageligt af reaktiv karakter, fordi parterne skal sikre sig, at dommerens ex post aftaleindgåelsen kan håndhæve aftalen i tilfælde af misligholdelse eller ikke-opfyldelse. Der synes ikke at være økonomisk grundlag for særlige relationsbevarende bestemmelser, fordi det må antages, at der er mange andre udbydere på markedet, der kan opfylde kundens krav på samme markedsvilkår.

Den juridiske udfordring ligger hovedsageligt i at definere resultatforpligtigelsen gennem en udtømmende kravspecifikation samt fastlagt pris og tidsplan. For at minimere transaktionsomkostningerne – særligt forhandlingsomkostningerne - bør parterne vælge en standardkontrakt, der benytter vandfaldsmetoden.

Eventuelle fremtidige behovsændringer kan tilgodeses gennem let tilgængelige ændringsprocedurer for kunden i form af en omfattende ændringsret. Kunden bør overveje hæveadgang, såfremt leverandøren ikke når eventuelle delmål i overensstemmelse med tidsplanen for at sikre sig imod, at leverandøren ikke når det aftalte resultat inden for kontraktens fastsatte rammer. Dette giver kunden mulighed for at skifte leverandøren ud med en anden, ligesom kunden kan få sit økonomiske tab erstattet af den misligholdende leverandør i overensstemmelse med dansk rets almindelige principper eller i overensstemmelse med en aftalt konventionalbod.

14.1.2. Partnerskabskontrakten (agile kontrakter)

Partnerskabets effektive reguleringsramme er den relationelle kontrakt, der kræver topartsregulering og søger at undgå inddragelsen af retssystemet. Kontrakten er derfor proaktiv, fordi den søger selvregulering frem for domstolsregulering. For at opnå dette må kontrakten nødvendigvis indeholde en række relationsbevarende bestemmelser omkring vidensdeling, tværfaglighed og konfliktløsning.

Den omkostningsminimerende kontrakt er en skræddersyet kontrakt, der benytter en agil metode for at skabe relationsrente.

Den økonomiske teori forudsiger, at kontraktens koordinationsfunktionen har en tvistforebyggende effekt, idet der skabes tillid i partnerskabet. I afsnit 10 blev det diskuteret, hvordan dette kan søges opnået gennem indsættelsen af en loyalitetsklausul (afsnit 10.1.), en række humanspecifikke investeringer (afsnit 10.2.) samt en alternativ tvistløsningsklausul (afsnit 10.3.). Hermed er der i den agile kontrakt gjort meget for at bevare relationen gennem en række tiltag som gør partnerskabet toparts-regulerende.

14.2. Relationsspecifikke investeringer

I armslængdekontrakten foretages der få eller ingen relationsspecifikke investeringer. I partnerskabet er det modsatte tilfældet, idet leverandøren og/eller kunden bliver nødt til investere betydeligt i relationen for at få partnerskabet op at stå. I IT-udviklingsaftaler skal der hovedsagligt investeres i humanspecifikke aktiver grundet udviklingsaftalens videnstunge karakteristika, fx ved inddragelsen af eksterne fagkonsulenter, ekstra personale, efteruddannelse, workshops og teambuilding, kommunikationssystemer, osv. Det kan endvidere også blive nødvendigt med aktivspecifikke investeringer i diverse hardware- og softwarekomponenter, mødelokaler og kommunikationssystemer. Det bliver derfor et centralt emne, *hvem* af parterne der skal foretage disse investeringer, og *hvordan* investeringerne skal safeguardes.

Såfremt leverandøren skal foretage investeringerne vil han løbe en risiko for, at kunden handler taktisk og fremsætter troværdige trusler om opsigelse eller ophævelse af aftalen (se afsnit 10.3.1). Endvidere kan der i store projekter være en stor risiko for at det ikke kan gennemføres som først antaget grundet uforudsete problemer. Med denne viden in mente vil leverandøren vil næppe indvilge i at foretage de nødvendige investeringer, fordi investeringerne er en ”sunk cost”, og derfor ikke har nogen værdi uden for relationen.

Den økonomiske teori (afsnit 6) forudsiger, at dette problem kan imødekommes gennem et troværdigt commitment fra en af parterne. Den løsning som synes at stemme mest overens med den agile aftales formål, er at lade kunden og leverandøren dele omkostningerne til de relationsspecifikke investeringer. Herefter får begge parter incitament til at beskytte deres investeringer og forebygge taktisk adfærd. En anden mulighed kan være at begrænse leverandørens afgang til at træde ud af aftalen gennem en udskydelsesret ved forsinkelse, sætte en høj grænse for væsentlig misligholdelse, give et langt

opsigelsesvarsel. Hvis kunden ikke indvilger i et troværdigt commitment vil risikoen højst sandsynligt blive opvejet af en høj risikopræmie i prisen, hvormed det kan blive et dyrt projekt for kunden.

Som det fremgår af afsnit 6 kan koordinationsfunktionen også kunne safeguarde parternes relations-specifikke investeringer. Dette forudsætter dog åben vidensdeling, som eliminerer asymmetrisk information omkring kundens og leverandørens forhold. Parterne bør derfor søge tillid og åbenhed gennem kontraktuelle bestemmelser. Dette vil blive diskuteret i afsnittet straks nedenfor.

14.3. Komplementære ressourcer og vidensdelingsrutiner

I armslængdekontrakter vil fælles anvendelse af parternes komplementære ressourcer og vidensdelingsrutiner ikke blive inddraget, idet parterne ikke har en stor økonomisk interesse i at bevare en relation, som nemt kan udskiftes med en anden spiller på markedet. I partnerskabet er parterne interesserede i at bevare relationen for at skabe relationsrente. Her er det være optimalt at udnytte parternes komplementære ressourcer i fællesskab gennem vidensdelingsrutiner. Partnerskabet vil derfor udnytte kontraktens koordinationsfunktion.

Parterne kan således udnytte deres komplementære viden gennem fx et IT-kommunikationssystem, fælles arbejdslokaler en projektstyregruppe, fast mødefrekvens, åbne budgetter og fælles økonomistyring, procedure for udarbejdelsen af kravspecifikationen, der tilfredsstiller kundens behovsopgørelse, etablere tidlige advarselsprocedurer og konfliktløsningsbestemmelser, kundens eller leverandørens ret til at inddrage eksterne konsulenter, osv.

Som det fremgår af den retsdogmatiske analyse i afsnit 9, kan disse implementeres i den relationelle kontrakt. Den relationelle kontrakt må i denne sammenhæng ikke forveksles med en hensigtserklæring, som normalt ikke har retsvirkninger. I stedet skal dens indhold efterleves, og parterne skal investere i samarbejde og vidensdeling. Vidensdelingsrutinerne og anvendelsen skal ligeledes implementeres i de iterative kontrakter, således potentielle tvister om mangler, forsinkelse og budgetter hurtigst muligt kan opdages og søges løst. I afsnit 10.2 og 10.3 viste den retsdogmatiske analyse, at obligationsretten ikke stiller parterne i en særlig favorabel situation med henblik på tvistforebyggelse eller -løsning. Den relationelle kontrakt med anvendelse af komplementaritet og vidensdeling synes derfor at give de iterative kontrakter tiltrængt skub i en mere proaktiv retning.

15. KONKLUSION

Dette speciale har haft til formål at undersøge, hvordan det proaktive paradigme kan medvirke til at skabe værdi i IT-udviklingsaftaler. Undersøgelsen viser, at udviklingsaftalen kan og skal omdefineres fra at omhandle et taktisk/reaktivt juridisk dokument til at være et strategisk/proaktivt styringsværktøj. Dette vil styrke forholdet mellem kunde og IT-leverandør, og kan blive en vej til konkurrencemæssige fordele.

Dermed er det ikke nok, at aftalen indeholder en række traditionelle bestemmelser om opfyldelse, misligholdelse og misligholdelsesbeføjelser. Disse er naturligvis vigtige. Men de er ikke tilstrækkelige. Det proaktive paradigme foreskriver, at udviklingsaftalen også skal indeholde en række relationsbevarende bestemmelser, således at kunden og IT-leverandøren søger fælles værdiskabelse og ansvar frem for værdi- og risikodeling.

Transaktionsomkostningsøkonomien og principal-agentteorien peger på den agile kontrakt, som den mest optimale løsning. I forbindelse med komplicerede projekter, som er præget af høj usikkerhed og ex post ændringsbehov, er vandfaldskontrakterne ikke særlige anvendelige. Der er i stedet brug for agile kontrakter, som indkalkulere virksomhedernes forudsætninger om begrænset rationalitet, og samtidigt søger konkurrencemæssige fordele.

Den retsdogmatiske analyse viser, at obligationsretten ikke opererer med agile kontrakter. Derfor er der et behov for at søge andre og mere proaktive veje. Det foreslås i dette speciale, at den agile kontrakt kan opnås med en todelt aftalekonstruktion. Den ene del består af en relationel kontrakt, hvis indhold udformes i overensstemmelse med økonomisk teori. Den anden består af en række iterative småkontrakter, der indeholder information om kravspecifikation, misligholdelse og misligholdelsesbeføjelser såvel som den relationelle kontrakts rammebestemmelser. De iterative kontrakter er således ikke blot miniudgaver af en vandfaldskontrakt. De er i stedet tvistforebyggende og værdifremmende i partnerskabets interesse.

Denne undersøgelse kan således konkludere, at det proaktive paradigme er et godt redskab, som med fordel kan anvendes inden for IT-udviklingskontrakter, hvor der netop er et behov for at kombinere forretningsinteresser, IT-projektstyring og jura. En traditionel reaktiv kontrakt kan ikke rumme disse udfordringer.

16. PERSPEKTIVERING

Specialet har undersøgt IT-aftalen fra et overbliksskabende helikopterperspektiv. Dette har den fordel, at den mest strategiske aftalekonstruktion kan identificeres. Det har dog også den ulempe, at der

ikke gås i dybden med enkelte klausuler og deres muligheder for en optimal juridisk og økonomisk udformning. Det kunne fx være interessant at undersøge hvordan kundens og leverandørens muligheder/manglende muligheder for at træde ud af aftalen kan påvirke mulighederne for at indgå i et partnerskab. Eller det kunne det være interessant at undersøge, hvordan parterne kan optimere de relationelle bestemmelser, således at parterne kan forebygge konflikter omkring de enkelte iterationer.

Slutteligt skal det nævnes, at dette speciale bevidst har undgået at undersøge statens IT-udviklingsaftaler, K-kontrakterne, idet disse er omfattet af udbudsreglerne. Det kunne være interessant at undersøge om det proaktive paradigme kan fremme værdiskabelsen inden for dette særlige regelsæt. Det offentlige har ofte problemer med at holde indkøb af IT-systemer inden for budgettets rammer, og en øget fokus på værdiskabelse synes derfor at være af stor samfundsmæssig og etisk relevans.

LITTERATURLISTE

- Argyres, N & K. J. Mayer (2007): *Contract design as a firm capability: An integration of learning and transaction cost perspectives*. I: *Academy of Management Review*, årg. 32, nr. 4/2007 (s. 1060-1077).
- Bagley, C. E. (2013): *Managers and the legal environment*. Hamshire: Cengage Learning.
- Berger-Walliser, G. (2012): *The Past and Future of Proactive Law: An overview of the development of the Proactive Law Movement*. I: G. Berger-Walliser; K. Østergaard (red.): *Proactive Law in a Business Environment* (s. 13-31). København: Djøf / Jurist- og Økonomforbundet.
- Brown, L. M. (1950): *Preventive Law*.
- Bryde Andersen, M. (2005): *IT-retten*. (2. udg.). København: Gjellerup/Gad.
- Bryde Andersen, M. (2015): *Praktisk aftaleret*. (4. udg.). København: Gjellerup/Gad.
- Bryde Andersen, M. (2008): *Grundlæggende aftaleret*. København: Gjellerup/Gad.
- Bryde Andersen, M. & J. Lookofsky (2005): *Lærebog i obligationsret I*. (2. Udg.). København: Thomson Reuters.
- Dahl, B; T. Riis & P. Møgelvang-Hansen (2008): *Erhvervsjura* (10. Udg.). København: Handelshøjskolens Forlag.
- Dyer, J.H. & H. Singh (1998): *The Relational View: Cooperative Strategy and Sources of Interorganizational Competitive Advantages*. I: *Academy of Management Review*, årg. 23(4) (s. 660 – 679).
- Eckhard, B & Mellewigt, T. (2006): *Contractual Functions and Contractual Dynamics in Inter-Firm Relationships: What we know and hot to proceed*. I: *The Academy of Management*.
- Edlund, H. H (2011): *Erstatningsansvar ved kontraktforhandlinger (culpa in contrahendo)*. I: K.B. Mirchandani & Ståhl, K. (red.) *Förhandlingarna vid det 39:e nordiska juristmötet i Stockholm 18-19 augusti 2011*. Del 1.
- Friedman, L. M., Gordon, R. W., Pirie, S., & Whately, E. (1989): *Law, Lawyers, and Legal Practice in Silicon Valley: A Preliminary Report*”, 64 *Indiana Law Journal* 555.
- Haapio, H (2010a): *Business Success and Problem Prevention through Proactive Contracting*. I: P. Wahlgren (red.), *Scandinavian Studies in Law Volume 49: A proactive approach* (s. 150-189). Stockholm: Stockholm Institute for Scandinavian Law.

Haapio, H (2010b): *Introduction to Proactive Law: A Business Lawyer's Perspective*. I: P. Wahlgren (red.), *Scandinavian Studies in Law Volume 49: A proactive approach* (s. 21 - 34). Stockholm: Stockholm Institute for Scandinavian Law.

Henschel, R. F. (2012): *Iterative Contracts as Proactive Law Instruments*. I: G. Berger-Walliser; K. Østergaard (red.): *Proactive Law in a Business Environment* (s. 13-31). København: Djøf / Jurist- og Økonomiforbundet.

Henschel, R. F, K. Sorsa & T. Salmi-Tolonen (2011): *Proactive Contract Management*. I: K. Sorsa (red.): *Proactive Management and Proactive Business Law. A Handbook* (s. 144 – 157). Turku: Turku University of Applied Science.

IACCM (2014): *2013/2014 top terms*. Ridgefield, USA. International Association for Contract & Commercial Management.

Janssen, J. (2011): *Proactive Lawyering*. I: K. Sorsa (red.): *Proactive Management and Proactive Business Law. A Handbook* (s. 144 – 157). Turku: Turku University of Applied Science.

Karstoft, S. (2013): IT-kontrakter. I: P. B. Madsen (red.): *Formueretlige emner*. (7. udg., s. 311 – 344). København: Djøf / Jurist- og økonomiforbundet.

Knudsen, C. (1997): *Økonomisk Metodologi. Virksomhedsteori og industriøkonomi. Bd. 2.* (2. Udg.). København: Djøf / Jurist- og økonomiforbundet.

Kujala, J, S. Nystén-Haarala & J. Nuottila: (2015): *Flexible Contracting in Project Business*. I: *International Journal of Managing Projects in Business*, årg. 8, nr. 1 (s. 92-106).

Langemark, J, N. Dragsted & C. Sørensen (2009): *Iterative projektmodeller og kontrakter*. Frederiksberg: Dahls Advokatfirma

Lynge Andersen, L. & P. Bo Madsen (2006): *Aftaler og mellemænd*. (5. Udg.). København: Forlaget Thomson.

Mellewigt, T. & Hoetker, G. (2009): *Choice and performance of governance mechanisms: matching alliance governance to asset type*. I: *Strategic Management Journal*, nr. 30: 1025 – 1044.

Mellewigt, T, A. Madhok & A. Weibel (2007): *Trust and formal contracts in interorganizational relationships substitutes and complements*. I: *Managerial and decision economics*, årg.28, nr.5 (s. 833 – 847).

- Nuottila, J, J. Kujala & S. Nystén-haarala (2015): *Flexible Contracting in Software Project Business: What We Can Learn from Agile Methods in the Software Industry*. I: Soili, N. H; B. Thomas D; K. Jaakko (red.) (2015): *Flexibility in Contracting* (s. 29 – 54). Rovaniemi: Lapland Law Review, nr. 2/2015.
- Sandfeld, S. (2004): *IT-kontrakter*. I: Juridisk Institut (red.). *Julebog 2004* (s. 111 – 129). København: Djøf / Jurist- og økonomforbundet.
- Sorsa, K & T. Salmi-Tolonen (2011): *Proactive contracting and the legal framework* I: K. Sorsa (red.): *Proactive Management and Proactive Business Law. A Handbook* (s. 196 – 210). Turku: Turku University of Applied Science.
- Siedel, G. J & H. Haapio (2010): *Using Proactive Law for Competitive Advantage*. I: American Business Law Journal, årg. 47, nr. 4 (s. 641-686).
- Tvarnø, C. D. (2002): *Partnering: en aftaleretlig udfordring*. I: *Rettid*, 74.
- Tvarnø, C. D. (2011): *Konflikt-konflikten i private partneringaftaler*. I P. Deleuran (red.), *Konflikt-håndtering af sager om fast ejendom og byggeri: Mediation som mulighed*. (s. 15-38). Kapitel 1. København: Djøf / Jurist- og Økonomforbundet.
- Tvarnø, C. D., Ølykke, G. S., & Østergaard, K. (red.) (2013). *Vækst og værdiskabelse via nye former for innovationssamarbejder og partnerskaber*. Frederiksberg: Copenhagen Business School Press.
- Tvarnø, C.D. & Nielsen, R.: (2011) *Retskilder og Retsteorier*. (3. Udg.). København: Djøf / Jurist- og økonomforbundet.
- Udsen, H. (2015): *IT-ret*. (4.elektroniske udgave). København: Ex Tuto Publishing.
- Williamson, O.E. (1983): *Credible Commitments: Using Hostages to Support Exchange*. I: *The American Economic Review*, 73(4) (s. 519 – 540).
- Williamson, O. E. (1979): *Transaction-Cost Economics: The governance of contractual relations*. I: *Journal of Law and Economics*, årg. 22 (s. 233 – 261)
- Østergaard, K (2014): *Relevansen af interdisciplinær forskning og empiri i samfundsvidenskaben*. I: *Retfærd*, årg. 37, nr. 3/2014 (s. 3-24).

DOMSLISTE

Forsvarets Materieltjeneste mod Saab AB, Sag 309/2010, Højesterets dom af 25.april 2013.

Byernes Varme- og Sanitetsservice A/S mod Lundberg Data A/S, Sø- og handelsrettens dom af 21. juni 2007

Vestre Landsrets dom af 17. marts 1986. I: Edb-retlige afgørelser 2 (1986: 131).

U 2010.332 Ø, Christian Panbo A/S mod Falck Securitas, Østre Landsrets dom af

U 1985.334 H, Vanggaard mod Kontor-Automation A/S og Datacenter APS, Højesterets dom af 20. februar 1985

U 1974.557 SH. I: Karstoft (2013: 340): It-kontrakter. I: P. B. Madsen (red.): *Formueretlige emner*. (7. udg., s. 311 – 344). København: Djøf / Jurist- og økonomiforbundet.

BILAG 1

Nedenfor ses et eksempel på en tvistløsningsbestemmelse (Tvarnø 2011), som efter forfatterens mening er et godt eksempel på, hvordan en konfliktløsningsbestemmelse kan udformes. Eksemplet er taget fra en partnering aftale i byggebranchen, men den kan sagtens modificeres til at gælde i agile aftaler. Der skal dog naturligvis ikke henvises til ABR 89 eller AB 92 underpunkt C i en IT-kontrakt.

Uoverensstemmelser

Enhver uenighed om forståelsen af denne partneringaftale, dertil hørende supplerende aftaledokumenter og bilag skal søges afklaret som følgende;

A: Ved dialog mellem de personer, hvor uenigheden er opstået.

1. Niveau – hvor uoverensstemmelsen er opstået: 1 døgn
2. Niveau – Projektledelse: 1 døgn
3. Niveau – Styregruppen og direktør: 1 døgn

Uenigheden afklares ud fra betingelserne i partneringaftalens klausuler: Hermed skal uenigheder løses ud fra forpligtelse om

- Samarbejde
- Fælles mål og projektoptimering
- Tillid
- Åbenhed og
- Åbne regnskaber.

Parterne er klar over, at fælles mål og nytte leder til det optimale resultat for projektet.

B: Kan uenigheden ikke løses i dialogfasen, forpligter parterne sig til at søge uenigheden løst ved mediation forestået af xxx.xxx.

Mediator er forpligtet til at opstille et forum, hvor parterne ud fra parteringaftalens forpligtelse om

- Samarbejde
- Fælles mål og projektoptimering
- Tillid
- Åbenhed og
- Åbne regnskaber.

i fællesskab selv finder en løsning. Mediator skal ikke selv komme med forslag til løsning af uenigheden, men mediator skal fastholde, at fælles mål og nytte leder til det optimale resultat for projektet.

C: Efter fase A og B kan parterne indbringe uenigheden for voldgiftsinstituttet, jf. ABR 89 pkt. 9.0.1 eller AB 92 §§ 45 – 47. Parterne anmoder i denne situation Voldgiftsinstituttet om at vægte parteringaftalens ovenstående principper som aftalegrundlag for parterne og gør endvidere opmærksom på, at fælles mål og nytte leder til det optimale resultat for projektet.