

Brugen af reciprokke realoptioner samt gevinst- og hardshipklausuler i eneforhandlerkontrakter



Lærke Dyrvig Enevoldsen (101460)

Julie Juul Møller (101180)

Kandidatafhandling, cand.merc.(jur.)

15. maj 2020

120 sider og 272.946 anslag

Juridisk vejleder

Kim Østergaard

Professor MSO ved CBS Law

Copenhagen Business School

Økonomisk vejleder

Bent Petersen

Professor ved Department of International

Economics, Government and Business

Copenhagen Business School



Abstract

As a consequence of an exclusive distributor's competences and knowledge of the market, the constellation of an exclusive distribution contract is seen to be favourable, when a supplier desires to enter an unknown market, where the supplier is lacking essential knowledge pertaining to the justice system, consumer habits, business connections, etc. The relationship between a supplier and an exclusive distributor is not subject to *lex specialis* in Danish substantive law and the gap-filling rules do not seem to contribute to sufficient protection against the risk of hold-up and the termination dilemma, which might arise in a conventional exclusive distribution contract.

This thesis studies how the application of reciprocal real options as well as gain and hardship provisions can solve some of the issues that might occur in a conventional exclusive distribution contract. It is analysed how the application of these proactive provisions can create an incentive for contracting parties to participate in a strategic collaboration with the purpose of improving the allocation of earnings and risks between the contracting parties and create relational rent. The thesis uses the method of business and commercial law, which is bound to the legal study of dogmas and the use of economic theories and models.

It is concluded that the application of put and call options can enhance a strategic collaboration, because the real options increase the contracting parties' expected utility through a reallocation of the earnings and risks. Furthermore, it is concluded that the gain and hardship provisions can be used as an alternative to the reciprocal options in situations where the exclusive distributor might not conduct initial relation-specific investments. Considering the conventional exclusive distribution contract, the application of real options as well as gain and hardship provisions seems to create a greater extent of alignment of incentives and provides a breeding ground for the creation of relational rent. However, the use of proactive provisions is related to a variety of *ex ante* as well as *ex post* transaction costs, which the contracting parties should take into consideration when drafting the exclusive distribution contract.

Indholdsfortegnelse

Abstract	1
Kapitel 1 – <i>Introduktion</i>	5
1.1 INDLEDNING	5
1.2 PROBLEMFORMULERING	7
1.3 SYNSVINKEL	8
1.4 AFGRÆNSNING	8
1.5 TEORI OG METODE	10
1.5.1 Generelt	10
1.5.2 Erhvervsjuridisk metode	10
1.5.3 Juridisk teori og metode	11
1.5.3.1 Juridisk teori	11
1.5.3.2 Retsdogmatisk metode	12
1.5.3.3 Retskildelæren	12
1.5.4 Økonomisk teori og metode	13
1.5.4.1 Økonomisk metode	13
1.5.4.2 Økonomisk teori	14
1.6 OPBYGNING OG STRUKTUR	19
Kapitel 2 - <i>Modifikation og applikation af økonomisk teori på eneforhandlerforholdet</i>	20
2.1 KVALIFICERINGEN AF ENEFORHANDLERFORHOLDETS PARTER SOM PRINCIPAL OG AGENT	20
2.1.1 Parternes risikoprofiler	21
2.1.1.1 Eneforhandlerens risikoprofil	22
2.1.1.2 Leverandørens risikoprofil	22
2.1.1.3 Parternes forventede profit og nytte	22
2.2 KONTRAKTPARTERNES RATIONALITET	24
2.3 PARTERNES INCITAMENTS(U)FORENELIGHED	24
2.4 KONTRAHENTERNES INFORMATIONSDDELING	25
2.5 DELKONKLUSION	26
Kapitel 3 - <i>Det konventionelle eneforhandlerforhold</i>	27
3.1 ENEFORHANDLING	27
3.1.1 Eneforhandleren og forholdet til mellemmandsretten	27
3.1.2 Kontrahenterne i eneforhandlerforholdet	28
3.1.3 Kontrahenternes incitament for indgåelse af eneforhandleraftalen	29
3.1.3.1 Leverandørens incitament	29
3.1.3.2 Eneforhandlerens incitament	29
3.2 ENEFORHANDLERKONTRAKTEN	30
3.2.1 Eneforhandleraftalens juridiske indhold	30
3.2.2 Kontrahenternes forpligtelser	31
3.2.2.1 Eneforhandlerens forpligtelser	32
3.2.2.2 Leverandørens forpligtelser	34

3.3	BAGGRUNDSRETEN	35
3.3.1	Fortolkning og udfyldning af kontrakten	36
3.3.1.1	Fortolkning af eneforhandlerkontrakten	36
3.3.1.2	Udfyldning af eneforhandlerkontrakten	37
3.3.1.3	Nærmest til at bære risikoen	38
3.3.2	Parternes loyalitetsforpligtelse	39
3.3.3	Misligholdelse af kontrakten og parternes misligholdelsesbeføjelser	43
3.3.4	Generelt om kontraktens ophør	44
3.3.4.1	Opfyldelse af kontrakten	45
3.3.4.2	Opsigelse af kontrakten	45
3.3.4.3	Ophævelse af kontrakten	46
3.3.5	Godtgørelse for goodwill	48
3.4	TRANSAKTIONSOMKOSTNINGER I KONTRAKTKONCIPERING	52
3.5	PROBLEMSTILLINGER VED ET KONVENTIONELT ENE-FORHANDLERFORHOLD	55
3.5.1	Relationsspecifikke investeringer	55
3.5.1.1	Definition af aktiv- og relationsspecifikke investeringer	55
3.5.1.2	Mulige relationsspecifikke investeringer i eneforhandlerforholdet	56
3.5.1.3	Sammenfatning om relationsspecifikke investeringer	59
3.5.2	Termineringsdilemmaet	59
3.5.3	Hold-up-problematikken	61
3.5.4	Sammenfatning om den juridiske beskyttelse ved terminering	62
3.6	DELKONKLUSION	62
	Kapitel 4 - Realoptioner i eneforhandlerkontrakter	64
4.1	TEORIEN OM REALOPTIONER	64
4.1.1	Realoptioner	64
4.1.2	Realoptionsteoriens traditionelle forudsætninger	66
4.1.3	Modifikation og applikation af realoptionsteoriens traditionelle forudsætninger	67
4.1.4	Behovet for betydelige, initiale, relationsspecifikke investeringer	69
4.2	REALOPTIONERNES BETYDNING FOR GEVINSTMULIGHEDERNE I SAMARBEJDET	71
4.2.1	Kontrahenternes nyttefunktioner	71
4.2.2	Indarbejdelse og udnyttelse af put- og call-optioner i eneforhandlerforholdet	73
4.2.2.1	Forudsætninger til brug for hypotetisk scenarie	73
4.2.2.2	Leverandørens eget salg kontra konventionelt eneforhandlerforhold	76
4.2.2.3	Indarbejdelse og udnyttelse af put-option i eneforhandlerkontrakten	78
4.2.2.4	Indarbejdelse og udnyttelse af call-option i eneforhandlerkontrakten	79
4.2.2.5	Indarbejdelse og udnyttelse af både put- og call-optioner i eneforhandlerkontrakten	82
4.2.3	Put- og call-optionernes betydning for kontrahenternes forventede nytte	83
4.2.3.1	Kontrahenternes forventede nytte ved et konventionelt eneforhandlerforhold	85
4.2.3.2	Kontrahenternes forventede nytte ved brug af put- og call-optioner i eneforhandlerkontrakten	86
4.2.4	Vurdering af de reciprokke realoptioners betydning for kontrahenternes gevinstmuligheder i eneforhandlerforholdet	89
4.3	REALOPTIONERNES BETYDNING FOR RISIKOALLOKERINGEN I SAMARBEJDET	90

4.3.1	Leverandørens dilemma: Tradeoffet mellem fleksibilitet og dedikation	90
4.3.1.1	Realoptionernes tilførsel af fleksibilitet og dedikation	91
4.3.2	Eneforhandlerens risikoaversion: Put-optionens betydning for risikoallokeringen	93
4.3.2.1	Indarbejdelsen af put-optionen som led i at foretage en fornyet risikoallokering	94
4.3.2.2	Allokering af risikoen hos leverandøren	94
4.3.3	Vurdering af risikoallokeringen som følge af indarbejdelsen af reciprokke realoptioner	95
4.4	KRITIK AF BRUGEN AF RECIPROKKE REALOPTIONER	95
4.5	DELKONKLUSION	96
	Kapitel 5 - <i>Gevinst- og hardshipklausuler i eneforhandlerkontrakter</i>	98
5.1	OMSTÆNDIGHEDER, DER FREMBRYDER BRUGEN AF GEVINST- OG HARDSHIPKLAUSULER SOM ALTERNATIV TIL REALOPTIONER	98
5.2	BETINGELSER FOR GEVINST OG HARDSHIP	101
5.3	GEVINSTKLAUSULER	102
5.3.1	Definition af gevinstklausuler	103
5.3.2	Det økonomiske rationale bag gevinstklausuler	104
5.3.3	Indarbejdelse af gevinstklausuler i eneforhandlerkontrakten	106
5.4	HARDSHIPKLAUSULER	106
5.4.1	Hardshipklausulens indhold	108
5.4.2	Det økonomiske rationale bag hardship	108
5.5	FORHOLDET MELLEM GEVINST, HARDSHIP OG AFTL § 36	110
5.6	RECIPROK ANVENDELSE AF GEVINST- OG HARDSHIPKLAUSULER	112
5.7	HÅNDHÆVELSE AF GEVINST- OG HARDSHIPKLAUSULER	113
5.8	GEVINST- OG HARDSHIPKLAUSULER SOM PENDANT TIL CALL- OG PUT-OPTIONER	114
5.9	GEVINST- OG HARDSHIPKLAUSULERS BETYDNING FOR GEVINST- OG RISIKOALLOKERINGEN	117
5.10	DELKONKLUSION	117
	Kapitel 6 - <i>Konklusion</i>	119
	Litteraturliste	121
	Bilag 1	127

Kapitel 1

Introduktion

1.1 INDLEDNING

Eneforhandlerkonstellationen ses, som følge af eneforhandlerens specifikke kompetencer og kendskab til markedet, at være særlig fordelagtig, når en leverandør ønsker at afsætte produkter på et marked, hvortil denne mangler viden om bl.a. efterspørgsel og forbrugertraditioner.¹ Eneforhandlingen er karakteriseret ved, at leverandøren overdrager enesalgssretten til sine produkter inden for et nærmere afgrænset geografisk område eller inden for en nærmere bestemt kundekreds til en forhandler, der derefter handler i eget navn samt for egen regning og risiko.²

Et eneforhandlerforhold funderer grundlæggende på et længerevarende samarbejde mellem henholdsvis en leverandør og eneforhandler,³ hvorfor udøvelsen af strategisk kontrahering er særlig relevant at undersøge nærmere i relation til dette kontraktforhold. Dette skyldes navnlig, at strategisk kontrahering bygger på et princip om fordeling af gevinst og risiko med det formål at skabe *relationsrente*⁴, herunder ved at skabe en merværdi, begrænse byrdefulde forhold og forene kontrahenternes incitamenter.⁵ Ved udøvelsen af strategisk kontrahering i eneforhandlerforholdet anvendes kontrakten som et dynamisk og proaktivt styringsværktøj med det formål at skabe relationsrente.⁶

¹ Lando, Ole, m.fl. 2006. *Udenrigshandlens kontrakter*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag. 5. udgave. S. 262.

² Lando, Ole. 1965. *Agenten og eneforhandleren i vesteuropæisk ret*. København: Einar Harcks Forlag. S. 42.

³ Iversen, Bent. 2013. *Handelsagenten og eneforhandleren*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag. 5. udgave. S. 236.

⁴ Relationsrente defineres som "[...] a supernormal profit jointly generated in an exchange relationship that cannot be generated by either firm in isolation and can only be created through the joint idiosyncratic contributions of the specific alliance partners", jf. Dyer, Jeffrey H. og Singh, Harbir. 1998. The relational view: Cooperative strategy and sources of interorganizational competitive advantage. *Academy of Management Review* 23(4): 660-679. S. 662.

⁵ Østergaard, Kim og Petersen, Bent. 2020. The application of hardship and gain provisions in strategic contracting. *Journal of Strategic Contracting and Negotiation*: 1-16. S. 2.

⁶ Ibid., s. 1.

I juridisk forstand er eneforhandlerforholdet karakteriseret ved ikke at være underlagt særregulering (*lex specialis*),⁷ hvorfor retsforholdet mellem kontrahenterne er underlagt obligationsrettens almindelige grundsætninger.⁸ Inden for dansk kontraktret eksisterer der som udgangspunkt aftalefrihed, hvilket indebærer, at parterne – herunder som følge af *viljesdogmet* – som udgangspunkt retligt kan forpligtes, som de ønsker.⁹ Aftalefriheden skaber øget fleksibilitet og muligheder for parterne, men indebærer ligeledes en række udfordringer, der kan opstå under kontraktkonciperingen. Dette skyldes navnlig det forhold, at parterne må anses som værende begrænset rationelle, hvorfor der ikke kan udformes en komplet kontrakt.¹⁰

Det ses ofte, at kontraktgrundlaget for eneforhandlerforholdet er konciperet som en standardkontrakt, der bygger på konventionel kontrahering. Dette indebærer bl.a., at der gøres brug af reaktive bestemmelser. I sådanne konventionelle kontraktforhold synes parterne at være egenoptimerende, uagtet dette sker på bekostning af medkontrahenten. I og med at eneforhandlerforholdet undertiden er karakteriseret ved foretagelsen af relationsspecifikke investeringer, kan den konventionelle kontraktkoncipering skabe grobund for en hold-up-problematik samt et termineringsdilemma.

Spørgsmålet er, om kontrahenterne kan komme disse problematikker til livs ved i højere grad at benytte strategisk kontrahering, herunder om brugen af henholdsvis put- og call-optioner¹¹ samt om brugen af gevinst- og hardshipklausuler kan imødekomme ovenstående problematikker. Indeværende afhandling har til formål at undersøge disse forhold nærmere.

⁷ Iversen, 2013, s. 213.

⁸ Obligationsrettens almindelige grundsætninger antages at gælde for alle skyldforhold, idet grundsætningerne er baseret på grundlæggende hensynsafvejninger og argumentationsmønstre, jf. Andersen, Mads Bryde og Lookofsky, Joseph. 2015. *Lærebog i obligationsret – Bind I*. København: Karnov Group Denmark A/S. 4. udgave. S. 19.

⁹ Andersen, Lennart Lynge og Madsen, Palle Bo. 2017. *Aftaler og mellemænd*. København: Karnov Group Denmark A/S. 7. udgave. S. 19f.

¹⁰ Østergaard, Kim. 2016. *Strategisk kontrahering – efterfølgende omstændigheder*. I N. Jul Clausen, m.fl., *Ikke kun retsfilosofi: Festskrift til Sten Schaumburg-Müller*: 435-449. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag. 1. udgave. S. 440.

¹¹ Reciproke realoptioner defineres som "A real option is the right, but not the obligation, to undertake some business decisions, typically the option to undertake or abandon a capital investment. [...]. Call options confer the right to buy certain assets at a given price after a defined period, while put options confer the right to sell them.", jf. Petersen, Bent, Asmussen, Christian Geisler og Hilmerston, Mikael. 2019. Reciprocal Use of Real Options as a Mode of Entry. Conference paper – *American Marketing Association's Special Interest Group on Global Marketing*, Buenos Aires, Argentina, May 2019: 1-33. S. 32.

1.2 PROBLEMFORMULERING

Hovedformålet med denne afhandling er at belyse, hvorvidt brugen af proaktive bestemmelser, herunder ved gensidig brug af put- og call-optioner (også kaldet *reciproke realoptioner*) samt gevinst- og hardshipklausuler, kan løse de konventionelle problemstillinger, der kan påstå i et længerevarende samarbejdsforhold. Det vil i denne forbindelse blive behandlet, hvorvidt brugen af disse proaktive bestemmelser kan skabe incitament for kontraktparterne til at indgå i et strategisk samarbejde, der kan resultere i en forbedret gevinst- og risikoallokering samt skabelsen af relationsrente. Dette belyses med udgangspunkt i følgende problemformulering:

Hvorledes kan brugen af reciproke realoptioner samt brugen af gevinst- og hardshipklausuler i eneforhandlerforholdet skabe incitament til at indgå i et strategisk samarbejde med det formål at forbedre gevinst- og risikoallokeringen mellem kontrahenterne samt skabe relationsrente?

Det kan grundlæggende antages, at der foreligger et økonomisk dilemma i et konventionelt eneforhandlerforhold. Dilemmaet består i eneforhandlerens manglende incitament til at overopfylde kontraktens volumenkrav vedrørende minimumsomsætning, idet en overopfyldelse kan motivere leverandøren til at opsiges kontrakten for derved selv at påbegynde salg på det pågældende marked.¹² Eneforhandlerens manglende efterlevelse af kontraktens volumenkrav vedrørende minimumsomsætning kan ligeledes berettigede leverandørens ophævelse af kontrakten som følge af forhandlerens væsentlige misligholdelse. Dette betegnes undertiden også som eneforhandlerens termineringsdilemma. Som følge af eneforhandlerens foretagelse af relationsspecifikke investeringer, kan der foruden ovenstående opstå en risiko for, at leverandøren foretager hold-up ved en eventuel genforhandling af kontrakten. Forhandlerens dilemmaer medfører derfor en incitamentsstruktur, der er økonomisk inefficient, hvis formålet med eneforhandlerkontrakten er at skabe relationsrente.¹³

De økonomiske dilemmaer ses ikke umiddelbart løst i den juridiske begrebsramme, idet der i dansk ret ikke forefindes *lex specialis*, som regulerer eneforhandlerkontrakten med undtagelse af reglerne om benzinforhandlere¹⁴. Udgangspunktet er, at der foreligger aftalefrihed i

¹² Petersen, Bent, Pedersen, Torben and Benito, Gabriel R.G. 2006. The termination dilemma of foreign intermediaries: performance, anti-shirking measures and hold-up safeguards. *Advances in International Marketing* 16: 317-339. S. 319.

¹³ Østergaard, Kim. 2014(a). Relevansen af interdisciplinær forskning og empiri i samfundsvidenskaben. *Retfærd* 37(3): 3-24. S. 16.

¹⁴ Bekendtgørelse om lov om benzinforhandlerkontrakter (benzinforhandlerkontraktloven), LBK nr. 234 af 06/06/1985 med senere ændringer.

kontraktforholdet dog under den forudsætning, at kontrahenterne tilgodeser obligationsrettens almindelige del, købelovens¹⁵ regler i relation til købsaftalen samt aftalelovens (herefter "AFTL")¹⁶ regler, der finder anvendelse på alle forhandlerkontrakter.

Afhandlingens fokus er således at undersøge, hvorvidt det økonomiske problem vedrørende eneforhandlerens incitamentsstruktur kan søges løst under udøvelse af strategisk kontrahering.

1.3 SYNSVINKEL

Afhandlingen tager afsæt i en virksomhedssynsvinkel. Afhandlingen belyser imidlertid både leverandørens og eneforhandlerens betragtninger ved indgåelse af en eneforhandlerkontrakt, hvorfor der tages udgangspunkt i kontraktrelationen. Dette skyldes, at omdrejningspunktet for afhandlingen er at forbedre samarbejdet mellem kontraktparterne, herunder ved at risikominimere og øge gevinstmulighederne for kontrahenterne gennem udøvelse af strategisk kontrahering. Afhandlingen fokuserer på en reciprok anvendelse af realoptioner samt anvendelsen af gevinst- og hardshipklausuler, hvorfor det er nødvendigt at anskue indgåelsen af en eneforhandlerkontrakt fra leverandørens såvel som eneforhandlerens synsvinkel.

1.4 AFGRÆNSNING

Det er værd at bemærke, at eneforhandlerforholdet rummer talrige problemstillinger, og nedenstående tjener derfor som en afgrænsning fra forhold, som afhandlingen ikke vil behandle nærmere.

Afhandlingen behandler kontraktkonciperingen på baggrund af mulige forestående problemstillinger, som en konventionel eneforhandlerkontrakt kan give anledning til. Desuagtet at der delvist er tale om en ex ante-problemstilling, er det uden for afhandlingens udstrækning at behandle det strategiske fit og ressourcekomplementaritet, som begge er elementer, der medvirker til opnåelse af relationsrente,¹⁷ mellem eneforhandleren og leverandøren.

¹⁵ Bekendtgørelse af lov om køb (købeloven), LBK nr. 140 af 17/02/2014.

¹⁶ Bekendtgørelse af lov om aftaler og andre retshandler på formuerettens område (aftaleloven), LBK nr. 193 af 02/03/2016.

¹⁷ Dyer og Singh, 1998, s. 662 og 672.

Idet eneforhandleren handler for egen regning og risiko,¹⁸ er denne således ikke omfattet af mellemmandsbegrebet i juridisk forstand,¹⁹ hvorfor en dybdegående behandling af mellemmandsretten ikke foretages.

Eneforhandlerkontraktforholdet rummer adskillelige problemstillinger, herunder en række juridiske problemstillinger, der bl.a. relaterer sig til de konkurrenceretlige regler²⁰, markedsføringsreglerne²¹, produktansvarsreglerne²², det immaterialretlige område²³ m.v. Da afhandlingen imidlertid fokuserer på de obligationsretlige aspekter af kontraktforholdet, uddybes disse problemstillinger ikke nærmere.

Brugen af eneforhandlerkontrakter ses anvendt i store dele af verden, hvorfor internationale eneforhandleraftaler undertiden kan være underlagt flere jurisdiktioners regler. Det er dog uden for afhandlingens fokus at behandle anden ret end dansk materiel ret (kontraktens *lex causae*).

Afhandlingen fokuserer alene på forholdet mellem leverandøren og eneforhandleren (*inter partes*). Dette skyldes navnlig, at afhandlingen har til formål at analysere, hvordan realoptionerne samt gevinst- og hardshipklausulerne kan optimere samarbejdet mellem kontrahenterne, og eftersom eneforhandlerkontrakten kun berettiger og forpligter kontrahenterne (*kontraktens relativitet*), vil forholdet til tredjemand og dennes interesser ikke behandles nærmere.

Slutteligt er der ved brugen af realoptioner ikke taget højde for transaktionsomkostningerne forbundet med indarbejdelsen og udnyttelsen af realoptionerne, hvorfor beregningerne i kapitel 4 ikke afspejler disse omkostningers indvirkning på kontrahenternes incitamenter. Ligeledes er realoptionernes underliggende investeringer ikke værdiansat i beregningerne, da dette forudsætter nærmere kendskab til de konkrete investeringer foretaget i eneforhandlerforholdet.

¹⁸ Iversen, 2013, s. 217 og 222.

¹⁹ Anders og Madsen, 2017, s. 275.

²⁰ Herunder bekendtgørelse af konkurrenceloven (konkurrenceloven), LBK nr. 155 af 01/03/2018.

²¹ Herunder lov om markedsføring (markedsføringsloven), lov nr. 423 af 03/05/2017, med senere ændringer lov nr. 309 af 25/04/2018 og lov nr. 1309 af 06/12/2019.

²² Herunder bekendtgørelse af lov om produktansvar (produktansvarsloven), LBK nr. 261 af 20/03/2007, med senere ændringer lov nr. 523 af 06/06/2007.

²³ Herunder bekendtgørelse af varemærkeloven (varemærkeloven), LBK nr. 88 af 29/01/2019 og bekendtgørelse af patentloven (patentloven), LBK nr. 90 af 29/01/2019.

1.5 TEORI OG METODE

1.5.1 Generelt

Baggrunden for at løse specifikke problemstillinger er anvendelsen af en række konkrete og direkte anvendelige redskaber, også kaldet metodelæren. Det er en forudsætning for anvendelse af en konkret metode, at man har beskæftiget sig med de bagvedliggende begrundelser og argumenter, som kan fremføres ved brug af den bestemte metode. Som følge heraf er det nødvendigt at beskrive videnskabsteorien, som ligger bag den anvendte metode, idet der eksisterer en relativ kompleks relation mellem videnskabsteorien og metodelæren.²⁴

Videnskabsteorien er taksonomisk placeret på et metaniveau, idet videnskabsteorien grundlæggende er teorier om, hvad viden er, hvordan den udvikler sig samt hvordan den spiller sammen med praksis.²⁵ Metodelæren er modsætningsvist karakteriseret ved at være applikérbar på genstandsniveauet. Metodelæren vedrører således teorier, modeller og empirisk viden, som kan anvendes direkte på aspekter af den materielle problemstilling.²⁶

I de følgende afsnit beskrives henholdsvis valg af metode og bagvedliggende teorier, der lægges til grund for analysen af afhandlingens genstandsniveau.

1.5.2 Erhvervsjuridisk metode

Ved besvarelsen af problemformuleringen anvendes den erhvervsjuridiske metode. Den erhvervsjuridiske problemløsning kombinerer metoden fra den juridiske samt den økonomiske disciplin, hvorved fokus bliver at løse en integreret problemstilling, som rummer begge samfundsvidenskaber. Tværdisciplinens fokus er at løse integrerede problemstillinger ved brug af den juridiske retsdogmatik i sammenspil med økonomiske teorier og modeller.²⁷

Som metode anses den erhvervsjuridiske metode som problemorienteret og tager afsæt i virksomheden som problemejer, hvilket indebærer, at problemstillingerne betragtes ud fra en virksomhedssynsvinkel. Der fokuseres på økonomisk optimering og minimering af risikoen for

²⁴ Knudsen, Christian. 1994. *Økonomisk metodologi – Bind 1: Videnskabsteori & forklaringstyper*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag. 2. udgave. S. 21.

²⁵ Ibid., s. 20.

²⁶ Ibid., s. 20f.

²⁷ Østergaard, Kim. 2003. *Metode på cand.merc.jur. studiet i Julebog 2003*: 269-285. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag. S. 280f.

retskonflikter, hvor juraen anvendes som styringsinstrument, hvorfor den enkelte aktør på markedet og dennes forudsætninger ses at være centrale.²⁸ Dette er ligeledes udgangspunktet i kontraktøkonomien, hvor analyseniveauet er forholdet mellem markedets aktører.²⁹ Kontraktøkonomien kan derfor anskues som en del af den erhvervsjuridiske metode, såfremt synsvinklen inden for kontraktøkonomien er virksomhedens.³⁰ Da formålet med nærværende afhandling er at forbedre kontraktrelationen mellem eneforhandleren og leverandøren, anvendes virksomhedssynsvinklen imidlertid i en justeret form, idet der tages udgangspunkt i begge aktørers synsvinkel, hvorfor den erhvervsjuridiske metode i indeværende afhandling anvendes i en tillempet udgave.

1.5.3 Juridisk teori og metode

For at kvalificere samt behandle de juridiske problemstillinger, der kan opstå ved indgåelsen af en eneforhandlerkontrakt, anvendes den retsdogmatiske metode. Metoden er funderet i den realistiske retsteori (også kaldet *retsrealismen*), som bygger videre på retspositivismen.³¹

1.5.3.1 Juridisk teori

Den realistiske retsteori er i Danmark centreret om Alf Ross og hans værk ”*Om Ret og Retfærdighed*” fra 1953. For Ross var jura en retsvidenskab og ikke en positiv videnskab. Med retsrealismen forsøgte Ross imidlertid gennem sin prognoseteori at kvalificere juraen som en videnskab. Ross’ tanke var, at ved at prognosticere juridiske udsagn, således at udsagnene kunne observeres og verificeres af domstolene som sande eller falske, kunne der skabes gyldige videnskabelige påstande.³² De juridiske udsagn refererer ikke til begivenheder, som allerede er passeret, men til en opfattelse af hvad domstolene forventes at tillægge vægt i en hypotetisk sag, hvor det pågældende juridiske udsagn er relevant,³³ hvorfor dette i praksis kan være forbundet med en større eller mindre grad af usikkerhed.³⁴

²⁸ Østergaard, 2003, s. 280f.

²⁹ Ibid., s. 278.

³⁰ Ibid., s. 280.

³¹ Tvarnø, Christina D. og Nielsen, Ruth. 2017. *Retskilder og retsteorier*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag. 5. udgave. S. 367.

³² Ibid., s. 371.

³³ Tvarnø og Nielsen, 2017, s. 375.

³⁴ Østergaard, Kim, Lyngsie, Jacob og Mortensen, Bent Ole. 2016. *Rets- og kontraktøkonomi – En antologi*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag. 1. udgave. S. 179.

I sammenhæng med prognoseteorien opstillede Ross (1953) et gældbegreb, der kan defineres således, at det er muligt at formulere en juridisk påstand om gældende dansk ret i relation til en hvilken som helst retsregel, og efterfølgende afvente hvorvidt domstolene verificerer den pågældende påstand. I så fald vil der være tale om gældende ret, som Ross definerer som en normativ ideologi, der er virksom eller må tænkes virksom ifølge dommeren, idet den opfattes som forpligtende og dermed effektivt bør efterleves.³⁵

Ross' prognoseteori og gældbegreb udmunder sig konkret i den retsdogmatiske metode, som nærmere beskrevet nedenfor.

1.5.3.2 Retsdogmatisk metode

Den retsdogmatiske metode omfatter en subsumptionsproces, som indebærer, at retsfaktum udledes af faktum, og retsfølgen udledes, når den korrekte jus applikeres.³⁶ Retsfølgen er udtryk for gældende ret, også kaldet *de lege lata*, som er det konsensusresultat, der opnås ved brug af den retsdogmatiske metode, hvorunder de rette retskilder analyseres og fortolkes.³⁷

Det følger af den retsdogmatiske metode, at retskilderne anvendes i samspil med retsfaktum, hvorfor en præsentation af retskildelæren synes relevant for afhandlingens juridiske analyse.

1.5.3.3 Retkildelæren

Retskildelæren er læren om jus, dvs., at det er gennem retskildelæren, at jus findes, hvorved den efterfølgende retsfølge påvirkes. Retkildelæren omfatter retskilders prioritering, indhold samt forpligtende virkning.³⁸ Ross (1953) opdelte retskilderne i tre grupper; den fuldt objektiverede kildetype (*lovgivning*), de delvist objektiverede kildetyper (*sædvaner* og *præcedens*) og de ikke-objektiverede, "frie" kildetyper (*forholdets natur*). Retskilderne inddeles i de tre grupper afhængig af i hvilken grad, retskilderne forelægges for domstolen som

³⁵ Ross, Alf. 1953. *Om Ret og Retfærdighed: En indførelse i den analytiske retsfilosofi*. København: Nyt Nordisk Forlag. 1. udgave. S. 51ff.

³⁶ Tvarnø og Nielsen, 2017, s. 34f.

³⁷ Ibid., s. 30.

³⁸ Ibid., s. 34f.

færdigformulerede retsregler eller om retsreglerne kræver domstolens indblanding, førend en færdigformuleret retsregel foreligger.³⁹

I dansk ret sonderer man primært mellem fire hovedgrupper af retskilder; regulering, retspraksis, sædvaner og forholdets natur.⁴⁰ Der gælder ingen intern rangorden mellem retskilderne, hvilket indebærer, at én type retskilde ikke går forud for en anden. Inden for retskilden *regulering* gælder det dog, at der eksisterer et hierarki, hvorfor ranghøjere lovgivning har forrang for ranglavere lovgivning. Dette følger ligeledes af *lex superior*-princippet, hvorefter regler af lavere rang er ugyldige, hvis disse findes at stride mod regler af højere rang.⁴¹

Afhandlingen vil primært beskæftige sig med retsgrundsætninger og -principper, der udspringer af obligationsrettens almindelige del, idet der ikke foreligger nogen *lex specialis* på området for eneforhandleraftaler. Almindelige retsgrundsætninger og -principper er ofte uskrevne regler, der er udviklet i retspraksis og kodificeret i lovgivning. Almindelige retsgrundsætninger og -principper anvendes som udgangspunkt til at supplere og udfylde skrevne retskilder, og de kan derfor ikke kategoriseres som en specifik retskildetype, men anses som en betegnelse for fundamentale retsregler.⁴²

Foruden dette vil retspraksis anvendes som fortolkningsbidrag i afhandlingen. Det må imidlertid bemærkes, at der kan foreligge visse retskildemæssige udfordringer herved, idet der ikke eksisterer nogen retspraksis vedrørende brugen af realoptioner såvel som gevinst- og hardshipklausuler i eneforhandlerkontrakter.

1.5.4 Økonomisk teori og metode

1.5.4.1 Økonomisk metode

Den økonomiske analyse tager afsæt i den deduktive metode. Metoden implicerer, at allerede udarbejdede teorier anvendes til at belyse de økonomiske problemstillinger.⁴³ Den økonomiske

³⁹ Ross, 1953, s. 93.

⁴⁰ Tvarnø og Nielsen, 2017, s. 379.

⁴¹ Ibid., s. 56f.

⁴² Ibid., s. 185f.

⁴³ Knudsen, 1994, s. 58.

problemstilling søges således løst ved at anvende explanans⁴⁴ til at belyse explanandum⁴⁵. Den deduktive metode sikrer ikke, at de anvendte teorier er sande, men under forudsætning af, at antagelserne bag teorierne er sande, da vil den økonomiske analyses konklusion ligeledes anses for at være sand.⁴⁶

Det må bemærkes, at der ikke forefindes økonomisk litteratur, som behandler brugen af reciprokke realoptioner samt gevinst- og hardshipklausuler i et eneforhandlerforhold, hvorfor nærværende afhandling søger inspiration i litteratur og teorier relateret til særligt franchise og joint ventures, da disse kontraktforhold har flere karakteristika tilfælles med eneforhandlerforholdet.

1.5.4.2 Økonomisk teori

Til at belyse hvorvidt brugen af reciprokke realoptioner samt gevinst- og hardshipklausuler i et eneforhandlerforhold kan forbedre risiko- og gevinstallokeringen mellem kontrahenterne, tages der udgangspunkt i kontraktteorien, som er en del af den nyinstitutionelle økonomi, hvor der fokuseres på institutioners betydning for ressourceallokering. Karakteristisk for den nyinstitutionelle økonomi er, at jura opfattes som en institution, der kan have indflydelse på ressourceallokeringen.⁴⁷ Afhandlingens fokus er at anvende juridiske problemløsningsværktøjer, herunder reciprokke realoptioner samt gevinst- og hardshipklausuler, til at optimere samarbejdet i eneforhandlerforholdet.

Den økonomiske analyse tager bl.a. sit afsæt i principal-agent teorien (herefter "PA-teorien") og Williamsons transaktionsomkostningsteori, der begge har deres oprindelse i den nyinstitutionelle økonomi. Dette indebærer, at begge teorier traditionelt set anskuer virksomhedsøkonomiske problemstillinger ud fra bytteperspektivet, hvorfor den enkelte transaktion udgør analyseenheden.⁴⁸ Sammenfaldende for begge teorier er ligeledes analyseniveauet, idet begge teorier tager afsæt i virksomheden, der anskues som en fiktiv juridisk enhed.⁴⁹

⁴⁴ *Explanans* forstås som det (teorierne) man forklarer ved hjælp af, jf. Knudsen, 1994, s. 236.

⁴⁵ *Explanandum* forstås som den hændelse eller det empiriske fænomen, som ønskes forklaret, jf. Knudsen, 1994, s. 236.

⁴⁶ Knudsen, 1994, s. 58.

⁴⁷ Østergaard, 2003, s. 273.

⁴⁸ Knudsen, 1997, s. 24 og s. 164.

⁴⁹ *Ibid.*, s. 158 og 209.

I nærværende afhandling anvendes PA-teorien og transaktionsomkostningsteorien til at analysere det strategiske samarbejde i eneforhandlerforholdet samt opnåelsen af relationsrente, hvorfor *kontraktrelationen* udgør analyseenheden.⁵⁰ Dette skyldes navnlig, når strategisk kontrahering er i fokus, at kontraktrelationen ikke kun udgør én enkelt transaktion, men i højere grad en talrig række af transaktioner, der bygger på skabelsen af tillid og samarbejde over tid.

Med udgangspunkt i kontraktrelationen som analyseniveau, må PA-teorien og transaktionsomkostningsteorien anvendes i en modificeret og tillempet form.

1.5.4.2.1 PA-teorien

PA-teorien anvendes til at analysere samt finde løsninger på de problemstillinger, der opstår mellem en principal og agent. Problemstillingerne i PA-forholdet opstår enten som følge af, at principalen har overdraget rettigheder til at udføre handlinger i dennes navn og under dennes ansvar *eller* som følge af at principalen påtager sig en betydelig større risiko end agenten, og hvor agenten direkte gennem sine handlinger påvirker principalens risiko.⁵¹ Det er særligt førstnævnte del af PA-teorien, som synes relevant for afhandlingens problemformulering, idet leverandøren overdrager enesalgsretten til eneforhandleren. Det bemærkes imidlertid, at et eneforhandlerforhold ikke er karakteriseret ved, at eneforhandleren handler i leverandørens navn eller under dennes ansvar. Teorien synes dog at have sin eksistensberettigelse, idet PA-teoriens formål er at analysere en relation, hvori der bl.a. indgår differentierede risikoprofiler samt finde en løsning hvorpå, der kan udarbejdes en incitamentsforenelig kontrakt mellem parterne.

I relation til PA-teorien antages det traditionelt, at der eksisterer en *interessekonflikt* mellem parterne, at der opstår et *muligt overskud* samt, at der foreligger *asymmetrisk information* mellem parterne.⁵² Ligeledes forudsættes det, at parterne udviser en *opportunistisk adfærd*⁵³ samt at disse betragtes som værende *komplet rationelle* og derfor udformer *komplette*

⁵⁰ Dyer og Singh, 1998, s. 661.

⁵¹ Mikkelsen, Jesper F. 1994. *P-A teori og vidensoverførsel: skrevet i anledning af 10 års jubilæet for cand.merc.(jur.). studiet*. København: Handelshøjskolen i København, Institut for Erhvervs- og Samfundsforskning. S. 4.

⁵² Hendrikse, George. 2003. *Economics and Management of Organizations*. Berkshire: McGraw-Hill. S. 90f.

⁵³ Ibid., s. 19 og 94.

*kontrakter*⁵⁴. Disse antagelser skal imidlertid modificeres væsentligt, når der henses til, at nærværende afhandlings fokus er udøvelsen af strategisk kontrahering. I nedenstående analyse antages det således, at der, som følge af et længerevarende samarbejde og foretagelsen af relationsspecifikke investeringer, opstår et tilgængeligt overskud i form af en *potentiel relationsrente*. Foruden dette antages det, at der eksisterer en interessekonflikt mellem leverandøren og eneforhandleren, hvorved der forekommer en vis *incitamentsuforenelighed* i relation til eneforhandlerens indsats på markedet. Antagelsen vedrørende parternes asymmetriske information må ligeledes modificeres, således at der i højere grad eksisterer *symmetrisk information* i relation til markedsudsigterne samt forventelige gevinster og tab. Parternes *opportunistiske adfærd* ses fortsat at være til stede i relation til termineringsdilemmaet samt hold-up-problematikken i den konventionelle eneforhandling. Slutteligt vil antagelsen vedrørende parternes rationalitet og udformning af komplette kontrakter blive modificeret, idet parterne, som ligeledes antaget i transaktionsomkostningsteorien, i højere grad må anskues som *begrænset rationelle* og derfor udformer *inkomplette kontrakter*. Disse modificerede antagelser uddybes nærmere i kapitel 2.

1.5.4.2.2 Von Neumanns og Morgensterns forventede nytteteori

Som anført ovenfor indgår der differentierede risikoprofiler (også kaldet ”risikotolerance”) i PA-forholdet, hvor principalen traditionelt anses for at være *risikoneutral*, mens agenten anses for at være *risikoavers*.⁵⁵ Som følge af parternes differentierede risikoprofiler, vil deres respektive nyttefunktioner indgå som en del af afhandlingens teoriramme. Der tages udgangspunkt i Von Neumanns og Morgensterns forventede nytteteori (*expected utility theorem*) som analyseværktøj ved kontraktkonciperingen i eneforhandlerforholdet. Teoremet tilsiger, at der kan opstilles en nyttefunktion, som tager højde for partens forventede nytte ved en given beslutning eller handling. Parternes risikoaversion indvirker direkte på deres forventede nytte og nytten har ligeledes direkte indvirkning på parternes respektive valg. Leverandørens og eneforhandlerens nyttefunktioner indgår således i afhandlingen for at belyse deres valg i kontraktrelationen. Parternes nyttefunktioner behandles nærmere i afsnit 2.1.1.3.

1.5.4.2.3 Transaktionsomkostningsteorien

Endvidere anvendes transaktionsomkostningsteorien til at belyse de transaktionsomkostninger, der kan opstå ved forhandlingen, udformningen og håndhævelsen

⁵⁴ Hendrikse, 2003, s. 18ff. og 93.

⁵⁵ Ibid., s. 106f.

af en eneforhandlerkontrakt. Teorien synes særligt relevant, idet der ofte er betydelige omkostninger forbundet med indgåelse og opretholdelse af det strategiske samarbejde, hvorfor parterne er nødsaget til at indkalkulere en række transaktionsomkostninger ex ante såvel som ex post.

Teorien, som senere blev videreudviklet af Oliver Williamson, er oprindeligt funderet i Ronald Coases artikel *The Nature of the Firm* fra 1937, hvori Coase argumenterede for, at virksomheders etablering primært skyldtes, at transaktionsomkostningerne ved internalisering var lavere end ved transaktioner foretaget i markedet^{56, 57}

Antagelserne, der ligger til grund for transaktionsomkostningsteorien, er at økonomiske agenter er begrænset rationelle⁵⁸ samt handler opportunistisk. Sidstnævnte antagelse skal, som den identiske antagelse fra den traditionelle PA-teori, modificeres således, at den eksisterer, dog kun i relation til den konventionelle kontrahering og termineringsdilemmaet.

Williamson (1985) definerede tre variable dimensioner, der er afgørende for hvordan en given transaktion skal struktureres og organiseres med det formål at minimere transaktionsomkostningerne, hvoraf særligt graden af aktivspecifitet⁵⁹ synes relevant for nærværende afhandling. Graden af aktivspecifitet afhænger af aktivets værdi i transaktionen set i forhold til en alternativ anvendelse af aktivet.⁶⁰ Williamson anfører i forlængelse heraf, at indgåelsen af inkomplette kontrakter og foretagelse af aktivspecifikke investeringer kan lede til en *hold-up-problematik*. Dette indebærer grundlæggende, at den kontrahent, der ikke har foretaget de aktivspecifikke investeringer eller har udformet vage kontraktvilkår, stilles i en bedre forhandlingsposition, som udnyttes til at genforhandle kontrakten på gunstigere vilkår.⁶¹

⁵⁶ Coase formulerede sit argument således: "*The main reason why it is profitable to establish a firm would seem to be that there is a cost of using the price mechanism.*", jf. Coase, Ronald. 1937. *The Nature of the Firm*. *Economica* 4(16): 386-405. S. 390.

⁵⁷ Knudsen, 1997, s. 209.

⁵⁸ Williamson definerede agenternes begrænsede rationalitet som: "*a condition in which human agents are intendedly rational, but only limitedly so.*" jf. Williamson, Oliver E. 1985. *The Economic Institutions of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracting*. New York: Free Press. S. 21.

⁵⁹ Knudsen, 1997, s. 215f.

⁶⁰ Lippert-Rasmussen, Martin og Mols, Niels Peter. 1993. *Transaktionsomkostningsteori – En introduktion til Williamson*. Århus: Institut for Virksomhedsledelse på Aarhus Universitet. S. 14f.

⁶¹ Hendrikse, 2003, s. 209f.

Transaktionsomkostningsteorien anvendes til at belyse hold-up-problematikken som en mulig afledt effekt af aktivspecifikke investeringer. Endvidere anvendes teorien om transaktionsomkostninger til at analysere, hvorvidt kontrahenterne ved at afholde transaktionsomkostninger ex ante, herunder ved udformning af reciprokke realoptioner, kan minimere transaktionsomkostningerne ex post. I relation hertil analyseres det endvidere, hvorvidt kontrahenterne, ved at afholde transaktionsomkostninger ex post, herunder ved indarbejdelsen af gevinst- og hardshipklausuler, kan minimere transaktionsomkostningerne ex ante.

Der sondres i afhandlingen mellem flere former for transaktionsomkostninger. Ex ante er det særligt relevant at tage højde for kontaktkomkostninger, kontraktforhandlingsomkostninger samt kontraktkonciperingsomkostninger.⁶² Afhandlingen fokuserer imidlertid primært på de to sidstnævnte, herunder ved indarbejdelsen af put- og call-optioner, idet det forudsættes, at parterne er blevet introduceret for hinanden og ydermere er blevet enige om, at en eneforhandlerkontrakt er den mest nyttegivende forhandlerkontrakt i det pågældende tilfælde. Foruden disse omkostninger bør der ex post tages hensyn til bl.a. kontrolomkostninger, kontraktjusteringsmekanismer samt kommunikationsomkostninger. Særligt er kontraktjusteringsmekanismer og kommunikationsomkostninger relevante i forbindelse med udøvelse af strategisk kontrahering, da parterne, som følge af den begrænsede rationalitet, kan finde det nødvendigt ved kontraktforhandling ex post at indkalkulere uventede efterfølgende omstændigheder. Dette kan eksempelvis ske ved hjælp af hardship- og gevinstklausuler.⁶³

1.5.4.2.4 Spilteoretisk tilgang

Slutteligt anføres det, at der, foruden PA-teorien og transaktionsomkostningsteorien, anvendes en spilteoretisk tilgang ved vurdering af kontraktparternes indgåelse af en incitamentsforenelig eneforhandlerkontrakt. Der opstilles i kapitel 4 modeller, som skildrer hypotetiske situationer af adfærd, hvor leverandørens forventede profit afhænger af eneforhandlerens valg og omvendt. Der tages udgangspunkt i et sekventielt spil, hvorved der forstås, at den ene kontraktpart ser sin medkontrahent agere, før parten selv agerer.⁶⁴ Eneforhandlerforholdet forudsætter, at leverandøren indledningsvist træffer et valg om, hvorvidt denne selv ønsker at afsætte sine produkter på markedet, eller om leverandøren bør overdrage enesalgsretten til en forhandler.

⁶² Østergaard, 2016, s. 440.

⁶³ Ibid., s. 449.

⁶⁴ Cabral, Luís M.B. 2000. *Introduction to Industrial Organization*. Cambridge: Massachusetts Institute of Technology. 1. udgave. S. 55.

På baggrund af leverandørens valg kan eneforhandleren herefter vælge at indgå et samarbejde med leverandøren eller afstå.

1.6 OPBYGNING OG STRUKTUR

Afhandlingen består af 6 kapitler, hvoraf *kapitel 1* beskriver afhandlingens problemfelt samt de underliggende metoder og teorier, der anvendes til løsning af problemformuleringen.

Kapitel 2 modificerer og applikerer de generelle antagelser i PA-teorien således, at disse er kompatible på eneforhandlerforholdet.

Kapitel 3 behandler eneforhandlerforholdet i juridisk kontekst, herunder leverandørens såvel som eneforhandlerens kontraktuelle rettigheder og forpligtelser. Foruden dette behandles det juridiske beskyttelsesværn, der gør sig gældende i forbindelse med indgåelsen af en eneforhandlerkontrakt samt hvilke konventionelle problemstillinger, der kan opstå i denne forbindelse.

Kapitel 4 angår brugen af henholdsvis put- og call-optioner i eneforhandlerforholdet, hvor det diskuteres nærmere under hvilke forudsætninger, disse synes at skabe incitament til indgåelsen af et strategisk samarbejde. Det analyseres i denne forbindelse, hvilken betydning indarbejdelsen af realoptionerne i kontraktgrundlaget har for gevinst- og risikoallokeringen mellem parterne.

Kapitel 5 vedrører brugen af gevinst- og hardshipklausuler i eneforhandlerforholdet som en pendant til de reciproke realoptioner. Det undersøges under hvilke forudsætninger, klausulerne har sin eksistensberettigelse i eneforhandlerforholdet samt disses betydning for gevinst- og risikoallokeringen såvel som incitamentsforeneligheden mellem parterne. Slutteligt foretages der en sammenligning mellem brugen af klausulerne og realoptionerne med fokus på udøvelse af strategisk kontrahering og skabelse af relationsrente.

Kapitel 6 består af en konklusion, der besvarer afhandlingens problemformulering.

Kapitel 2

Modifikation og applikation af økonomisk teori på eneforhandlerforholdet

Med udgangspunkt i de i afsnit 1.5.4.2.1 nævnte antagelser, der traditionelt set gør sig gældende for PA-teorien, vil der i nærværende kapitel foretages en modificering heraf, således at teorien gøres applikérbar på eneforhandlerforholdet. Kapitlet har til formål at diskutere og analysere væsentlige forhold, der gør sig gældende i et eneforhandlerforhold, og som er nødvendige at klarlægge, forinden afhandlingens problemformulering søges løst.

2.1 KVALIFICERINGEN AF ENEFORHANDLERFORHOLDETS PARTER SOM PRINCIPAL OG AGENT

Ofte giver kvalificeringen af henholdsvis principal og agent ikke anledning til større diskussion, men i eneforhandlerforholdet synes kvalificeringen heraf ikke ligetil. Det er imidlertid nødvendigt for besvarelsen af afhandlingens problemformulering at diskutere hvem af leverandøren og eneforhandleren, der optræder som henholdsvis principal og agent. Det må i den forbindelse bemærkes, at kvalificeringen heraf kan variere afhængigt af det enkelte eneforhandlerforhold.

Såfremt leverandøren antages at være en større produktionsvirksomhed, der har indgået eneforhandleraftaler med forhandlere i forskellige geografiske områder, og den enkelte eneforhandler er en mindre lokal virksomhed, kan man argumentere for, at leverandøren må anses som principal, mens eneforhandleren må anses som agent. Dette skyldes, at leverandøren i dette tilfælde har diversificeret sin risiko på flere forhandlere, og såfremt samarbejdet med én forhandler brister, vil en del af leverandørens omsætning kunne opretholdes i kraft af de øvrige eneforhandlere. Dette udgangspunkt gør sig imidlertid ikke gældende for den mindre lokale eneforhandler, særligt i de situationer hvor eneforhandleren er afskåret fra at afsætte produkter fra andre leverandører. I dette tilfælde vil hele eneforhandlerens omsætning afhænge af leverandørens produkter, hvorfor denne må karakteriseres som værende risikoavers og dermed agent.

Omvendt kan man argumentere for, at leverandøren kan anses som agent og eneforhandleren som principal, såfremt leverandøren er en mindre produktionsvirksomhed, der indgår en aftale med en større distributionsforhandler om enesalgsretten til leverandørens produkter. Dette skyldes navnlig, at eneforhandleren, som en større distributionsforhandler, formentlig vil have en større produktportefølje, og omsætningen fra leverandørens produkter vil derfor ikke nødvendigvis være af afgørende betydning for eneforhandleren. Eneforhandleren vil i dette tilfælde ikke være betænkelig ved, at samarbejdet med leverandøren ophører, da konsekvenserne for denne er betydeligt mindre, end tilfældet er for leverandøren, hvorfor eneforhandleren derved kan anses for værende risikoneutral. Såfremt leverandøren udelukkende har indgået en samarbejdsaftale med en enkelt eneforhandler, vil leverandøren være meget afhængig af dette samarbejde. Leverandøren har i så tilfælde ikke fordelt sin risiko på flere geografiske markeder gennem eneforhandlere, hvorfor denne vil frygte, at samarbejdet med eneforhandleren brister. Leverandøren kan i denne situation anses for værende risikoavers.

Nærværende afhandling vil tage udgangspunkt i førstnævnte situation, eftersom det ofte ses, at leverandøren diversificerer sin forretning på flere eneforhandlere. Derudover vedrører salget af leverandørens produkter ofte yderst komplekse produkter, som medfører, at eneforhandleren må afsætte samtlige ressourcer til salg af leverandørens produkter, ligesom det kan være bestemt i kontrakten, at eneforhandleren skal afholde sig fra at afsætte øvrige produkter på markedet.

2.1.1 Parternes risikoprofiler

For at kunne ensrette interesser samt udforme incitamentsforenelige kontrakter er parternes *risikoprofiler* særligt relevante at tage hensyn til. Risikoprofilen er udtryk for parternes tilbøjelighed til at påtage sig en given risiko. Generelt kan parternes risikoprofiler variere som følge af mange faktorer, herunder diversifikation i markedet, størrelsen på forretningen, præstation og beslutningstagernes træk.⁶⁵ Som kort berørt ovenfor ses dette ligeledes at være tilfældet i eneforhandlerforholdet, hvorfor det kan lægges til grund, at henholdsvis leverandøren og eneforhandleren har differentierede risikoprofiler. I det følgende vil henholdsvis leverandørens og eneforhandlerens risikoprofiler behandles nærmere.

⁶⁵ Shavell, Steven. 1979. Risk sharing and incentives in the principal and agent relationship. *The Bell Journal of Economics* 10(1): 55-73. S. 66.

2.1.1.1 Eneforhandlerens risikoprofil

Som anført anses eneforhandleren som værende agent i PA-forholdet og på denne baggrund *risikoavers*. Eneforhandleren anses for at være risikoavers, idet dennes forretning samt profit delvist eller udelukkende er bestemt af dennes evne til at afsætte leverandørens produkter. Ligeledes er eneforhandlerens forretningsområde indskrænket enten geografisk eller kundemæssigt, hvorfor forretningen ses at være centreret om den tildelte enesalgsret. At eneforhandleren anses som værende risikoavers indebærer, at denne foretrækker et mindre risikofyldt valg frem for et mere risikofyldt valg, hvorfor eneforhandleren hellere vil realisere et mindre, men sikkert afkast end et variabelt afkast, der gennemsnitligt er større, men som er påvirket af eksogene forhold og er mere usikker.⁶⁶ Eneforhandlerens risikoaversion implicerer ligeledes, at denne foretrækker lav varians. Som følge af, at eneforhandlerens ”aflønning”, i form af profitten ved salget, er variabel og dermed usikker, har eneforhandleren en interesse i at blive kompenseret med en form for risikopræmie. Risikopræmien er defineret ved at være forskellen mellem værdien af at modtage en sikker indkomst og modtage samme gennemsnitlige indkomst, men hvor der er usikkerhed omkring dette.⁶⁷

2.1.1.2 Leverandørens risikoprofil

Omvendt ses leverandøren i nærværende PA-forhold for at være principal. Principalen er i PA-forholdet *risikoneutral*, hvilket skyldes, at denne ikke udelukkende er afhængig af udfald fra enkelte transaktioner, idet dennes profit er en korrelation af mange faktorer.⁶⁸ Leverandøren har ofte diversificeret sin forretning på flere eneforhandlere spredt ud over forskellige områder, hvorfor den enkelte eneforhandlers handlinger ikke nødvendigvis påvirker leverandørens profit betydeligt. Modsat eneforhandleren, har leverandøren muligheden og evnen til at sprede sin risiko over flere eneforhandlere og forretninger,⁶⁹ hvorfor en variabel indkomst ikke vil påvirke leverandøren på samme vis som eneforhandleren.

2.1.1.3 Parternes forventede profit og nytte

For at kunne vurdere parternes incitamenter til at indgå i eneforhandlerforholdet samt eventuelt udforme proaktive bestemmelser, må parternes respektive forventede profit og

⁶⁶ Milgrom, Paul og Roberts, John. 1992. *Economics Organization and Management*. Englewood Cliffs: Prentice Hall. S. 187.

⁶⁷ Hendrikse, 2003, s. 119.

⁶⁸ Milgrom og Roberts, 1992, s. 187.

⁶⁹ Hendrikse, 2003, s. 106.

nyttefunktioner tages i betragtning. Det forudsættes, at eneforhandlerforholdet ofte optræder på dynamiske markeder, hvilket indebærer, at kontrahenterne er nødsaget til at træffe beslutninger under usikkerhed, idet det ex ante er ukendt for kontrahenterne, hvorvidt eneforhandlertaalen er forbundet med fremtidig gevinst eller tab. Graden af usikkerhed har betydning for, hvilken form for proaktive bestemmelser der kan udformes, jf. afsnit 5.8.

Som følge af at eneforhandleren er risikoavers, ses dennes nyttefunktion at udgøre en konkav kurve.⁷⁰ En konkav nyttekurve indikerer, at eneforhandleren har en aftagende marginal nytte, hvilket indebærer, at eneforhandleren sætter mindre og mindre pris på en højere gevinst, jo større outputtet er i forvejen. Det centrale herved er således, at eneforhandleren ikke nødvendigvis vælger det udfald, som giver den største forventede profit, men det udfald, som giver den største forventede nytte. Omvendt ses leverandørens nyttefunktion at være lineær som følge af, at leverandøren er risikoneutral. Leverandørens forventede nytte ses derfor at øges konstant med en forøgelse af det forventede output (forventet gevinst/tab). Se nærmere herom i afsnit 4.2.1.

I afhandlingens kapitel 4 beregnes kontrahenternes forventede profit ($E(P)$) ud fra følgende formel:

$$E(P) = ssh_1 \cdot \pi_1 + ssh_2 \cdot \pi_2 + \dots + ssh_n \cdot \pi_n \quad (2.1)$$

Hvor $ssh_1, ssh_2, \dots, ssh_n$ beskriver sandsynligheden for den respektive profit i en given tilstand, der er givet for hvert muligt udfald ($\pi_1, \pi_2, \dots, \pi_n$). Der tages i denne forbindelse udgangspunkt i hypotetiske udfald. Med udgangspunkt i den opstillede funktion for parternes forventet profit, kan der foretages en sammenligning af alternative beslutninger, hvorefter det i samspil med parternes respektive nyttefunktioner kan vurderes hvilket udfald, der vil være det effiente for kontraktparterne.

Parternes forventede nytte er ifølge Von Neumanns og Morgensterns nytteteori en korrelation af de givne mulige udfald ved den pågældende beslutning eller handling multipliceret med de tilknyttede sandsynligheder for de respektive udfald. Den forventede nytte ($E(U)$) kan opstilles som følgende:⁷¹

⁷⁰ Dutta, Prajit K. 1999. *Strategies and games: theory and practice*. Cambridge: Massachusetts Institute of Technology. 1. udgave. S. 441.

⁷¹ Ibid., s. 437.

$$E(U) = ssh_1 \cdot u(x_1) + ssh_2 \cdot u(x_2) + \dots + ssh_n \cdot u(x_n) \quad (2.2)$$

Hvor $ssh_1, ssh_2, \dots, ssh_n$ er sandsynlighederne for de respektive udfald, der er givet ved $x_1, x_2, \dots, x_n$. På baggrund af den opstillede nyttefunktion kan parterne sammenligne den forventede nytte ved alternative valg for derved at træffe den efficiente beslutning ud fra deres respektive risikoprofiler.⁷²

2.2 KONTRAKTPARTERNES RATIONALITET

Nærværende afhandling antager helt grundlæggende, at leverandøren såvel som eneforhandleren er *begrænset rationelle*. Dette skyldes navnlig, at evnen til at handle komplet rationelt, og dermed koncipere komplette kontrakter, hvorved der ved kontraktkonciperingen kan tages forbehold for alle fremtidige begivenheder⁷³, synes at være en utopi. Komplet rationalitet eksisterer kun når problemerne, som forsøges løst, er enkle, og man relativt nemt kan foretage tilpasninger til fremtidige, uforudsete og ukendte situationer.⁷⁴ Kontraktparter kan som individer kun i begrænset omfang forudsige fremtidige begivenheder,⁷⁵ og kan således ikke inddrage samtlige relevante situationer under kontraktkonciperingen.⁷⁶ Det må dog anføres, at en inkomplet kontrakt kan bestå af delvist komplette elementer, idet der kan argumenteres for, at kontrahenterne kan tillægge visse vilkår i kontrakten særlig betydning, og derved anvende anseelige ressourcer på at udforme komplette vilkår. Dette vil imidlertid være forbundet med betydelige transaktionsomkostninger ex ante,⁷⁷ som dog ikke nødvendigvis anses som værende prohibitivt høje.

2.3 PARTERNES INCITAMENTS(U)FORENELIGHED

I PA-modellen eksisterer der en *interessekonflikt* mellem principalen og agenten. Dette implicerer, at principalen og agenten har modstridende interesser, der kolliderer, som følge af parternes opportunistiske adfærd.⁷⁸ Principalen såvel som agenten handler som udgangspunkt i egen interesse, som i det konventionelle eneforhandlerforhold særligt udspiller sig ved

⁷² Dutta, 1999, s. 441.

⁷³ Milgrom og Roberts, 1992, s. 129f.

⁷⁴ Hendrikse, 2003, s. 18f. og 93.

⁷⁵ Milgrom og Roberts, 1992, s. 129.

⁷⁶ Hendrikse, 2003, s. 19.

⁷⁷ Milgrom og Roberts, 1992, s. 129.

⁷⁸ Hendrikse, 2003, s. 91.

termineringsdilemmaet samt hold-up-problematikken, hvorfor der antages at foreligge en grundlæggende ”*incitamentsuforenelighed*” i det konventionelle eneforhandlerforhold. På trods af denne incitamentsuforenelighed, må der grundlæggende antages at foreligge et tilgængeligt overskud for principalen såvel som agenten, hvorfor det er mere fordelagtigt for parterne at indgå i kontraktrelationen end at udføre den konkrete opgave selvstændigt.⁷⁹ I henhold til afhandlingens fokus på strategisk kontrahering, kan dette tilgængelige overskud betegnes som en *potentiel relationsrente*. Med kontrahenternes bevidsthed om at der eksisterer en potentiel relationsrente ved udøvelsen af strategisk kontrahering, er leverandøren og eneforhandleren således villige til at indgå i samarbejdet og koncipere en incitamentsforenelig kontrakt ex ante. Parternes opportunistiske adfærd, der kan opstå i konventionel eneforhandling, søges således løst gennem udøvelsen af strategisk kontrahering, der skal resultere i en incitamentsforenelig kontrakt.

2.4 KONTRAHENTERNES INFORMATIONSDDELING

PA-teoriens traditionelle antagelse om *asymmetrisk information*⁸⁰ mellem kontrahenterne ses særligt i relation til eneforhandlerforholdets termineringsdilemma, hvor eneforhandleren har information om produktet og markedet, som gør, at denne handler således, at leverandøren ikke henledes til at terminere eneforhandlerkontrakten. Ved brugen af reciprokke realoptioner må det dog bemærkes, at der eksisterer en form for informationssymmetri vedrørende markedsudsigterne. Parterne antages således at være enige om sandsynligheden for et givent markedsudfald. Af denne årsag må PA-teoriens traditionelle antagelse om asymmetrisk information derfor modificeres ved udøvelsen af strategisk kontrahering. Den asymmetriske information vedrørende bl.a. markedet ses at skulle mindskes og over tid udviskes ved udøvelsen af strategisk kontrahering, hvilket navnlig skyldes, at parterne i udstrakt grad har incitament til at kommunikere, da dette medvirker til skabelsen af relationsrente.⁸¹ Foruden dette indebærer loyalitetsforpligtelsen i den juridiske begrebsramme, at parterne har en pligt til at samarbejde, jf. også afsnit 3.3.2, Parternes information må derfor i højere grad anskues som symmetrisk, herunder særligt når der henses til parternes forventelige gevinst og tab, hvilket også synes centralt for brugen af reciprokke realoptioner samt gevinst- og hardshipklausuler.

⁷⁹ Hendrikse, 2003, s. 91.

⁸⁰ *Asymmetrisk information* betegnes også som ”inkomplet information”, jf. Hendrikse, 2003, s. 114.

⁸¹ Dyer og Singh, 1998, s. 662 og 664.

2.5 DELKONKLUSION

På baggrund af ovenstående kan det konkluderes, at eneforhandleren betragtes som agent i eneforhandlerforholdet og dermed risikoavers, mens leverandøren betragtes som principal og risikoneutral. Som følge af kontrahenternes differentierede risikoprofiler ses eneforhandlerens nyttefunktion at være marginalt aftagende, mens leverandørens nyttefunktion er lineært stigende. Det antages, at kontrahenterne er begrænset rationelle, har et ønske om at opnå incitamentsforenelighed samt ønsker at foretage informationsdeling, hvorved der i højere grad opnås symmetrisk information. Ved vurderingen af parternes incitamenter til at indgå et strategisk samarbejde, må der tages hensyn til disses forventede profit og forventede nytte.

Kapitel 3

Det konventionelle eneforhandlerforhold

Nærværende kapitel vedrører eneforhandlerholdet, der traditionelt er kendetegnet ved et konventionelt længerevarende samarbejde mellem kontraktparterne.⁸² Der redegøres kort for eneforhandlerforholdets karaktertræk samt den baggrundsret, der regulerer eneforhandlerkontrakten. Kapitlet har til formål at fastlægge de problemstillinger et konventionelt eneforhandlerforhold kan give anledning til, hvorfor det er en forudsætning på forhånd at klarlægge kontrahenternes sædvanlige rettigheder og forpligtelser. Kapitlet anses derfor som afsæt til det udgangspunkt, der i kapitel 4 og 5 søges optimeret ved brug af reciprokke realoptioner, gevinst- og hardshipklausuler samt udøvelse af strategisk kontrahering.

3.1 ENEFORHANDLING

Førend det juridiske kontraktgrundlag og baggrundsretten, der finder anvendelse på eneforhandlerforholdet, præsenteres, skal eneforhandlerforholdets karakteristika indledningsvist fastlægges.

3.1.1 Eneforhandleren og forholdet til mellemmandsretten

Mellemmandsretten er grundlæggende karakteriseret ved, at en given kontrakt mellem kontrahenterne formidles af en befuldmægtiget, som har fået beføjelse af én af kontrahenterne til at handle med juridisk bindende virkning for denne. Denne beføjelse forudsætter således en fuldmagt fra den pågældende kontrahent til, at mellemmanden kan indgå retshandler med tredjemand i kontrahentens navn, hvorved kontrahenten bliver berettiget såvel som forpligtet over for tredjemanden. En mellemmand er derved kendetegnet ved at handle i fuldmagtsgiverens navn og for dennes regning.⁸³

Eneforhandleren anses i juridisk forstand ikke som en del af mellemmandsretten, selvom eneforhandleren ofte betegnes som ”agent”. Dette skyldes bl.a., at denne forhandler afslutter

⁸² Iversen, 2013, s. 236.

⁸³ Birkmose, Hanne Søndergaard m.fl. 2018. *Dansk privatret*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag. 20. udgave. S. 165f.

handler i eget navn, for egen regning og egen risiko.⁸⁴ Ved leverandørens levering af sin produktportefølje til eneforhandleren, erhverver forhandleren ejendomsretten til produkterne.⁸⁵ Der kan imidlertid undtagelsesvist foreligge kreditkonsignation mellem forhandleren og leverandøren. Endvidere er det centralt at statuere, at eneforhandlerens løn hverken består af en fast løn eller provision, men derimod forhandlerens egen fortjeneste ved salg af produkterne.⁸⁶ At eneforhandlerens aflønning er afhængig af egen indsats afspejler, at denne handler for egen risiko.

Eneforhandlerforholdet adskiller sig principielt fra mellemmandsretten ved at der ikke foreligger et fuldmagtsforhold mellem eneforhandleren og leverandøren, hvorfor eneforhandleren derved også anses som et selvstændigt pligtsubjekt over for aftagerne af leverandørens produkter.⁸⁷ Som følge heraf falder eneforhandleren uden for agentbegrebet i juridisk forstand.

3.1.2 Kontrahenterne i eneforhandlerforholdet

Et eneforhandlerforhold består, når en leverandør kontraktuelt forpligter sig til eksklusivt⁸⁸ at levere bestemte produkter til en forhandler med henblik på videresalg inden for et bestemt geografisk område eller til en bestemt kreds af kunder.⁸⁹ Eneforhandlerens opgave bliver således at udbrede kendskab på markedet til leverandørens vare(r) og/eller tjenesteydelse(r) og oparbejde et salgsapparat.⁹⁰ Ligeledes vil leverandørens eventuelle øvrige eneforhandlere ofte have en lignende eneret i de øvrige områder til køb af leverandørens produkter.⁹¹

Som præmiering for leverandørens tildeling af eneretten til forhandleren, er eneforhandleren forpligtet til at yde en vis indsats for at oparbejde et marked inden for det pågældende område.

⁸⁴ Lando, m.fl., 2006, s. 171.

⁸⁵ Iversen, 2013, s. 242.

⁸⁶ Lando, 1965, s. 42.

⁸⁷ Birkmose, m.fl., 2018, s. 178.

⁸⁸ Iversen har en anden definition, hvor termen "absolut eneret" suppleres af "fortrinsvis eneret", således at der ved eneforhandling også forstås situationer, hvor leverandøren "fortrinsvis" overlader eneretten til videreforhandling til eneforhandleren, jf. Iversen, 2013, s. 214.

⁸⁹ Lando, 1965, s. 42.

⁹⁰ Iversen, 2013, s. 227.

⁹¹ Lando, m.fl., 2006, s. 262.

Denne forpligtelse er ofte reguleret kontraktuelt i form af vilkår om markedsføring samt salgsresultater, jf. også afsnit 3.2.2.1.⁹²

3.1.3 Kontrahenternes incitament for indgåelse af eneforhandleraftalen

Der foreligger en række positive incitamenter for kontraktparterne til at indgå et eneforhandlerforhold. Disse positive incitamenter skal opvejes over for de konsekvenser, som eneforhandlerforholdet ligeledes kan have for parterne, herunder navnlig problemstillingerne vedrørende risikoen for termination samt hold-up, som behandles i afsnit 3.5.2 og 3.5.3.

3.1.3.1 Leverandørens incitament

Typisk anvender en leverandør en eneforhandler, når denne ønsker at eksportere sine produkter til geografiske områder eller kundesegmenter, som denne ikke har erfaring med eller kompetencer indenfor. Herved undgår leverandøren at skulle forholde sig til flere kontrahenter inden for det pågældende område og ligeledes undgår leverandøren de besværligheder, som manglende viden om importlandets retsregler og systemer, sprog samt forbrugertraditioner kan foranledige.⁹³

Som gengældelse for den gunstige position, eneforhandleren stilles i, betinger leverandøren ofte tildelingen af eneretten af, at eneforhandleren ikke afsætter konkurrerende produkter inden for området eller til kundekredsen, men dette er ikke en selvfølge.⁹⁴ Eneforhandleren retter derfor sin markedsføring samt salgsindsats mod leverandørens produkter.⁹⁵ I tider med opsving og fremgang inden for den produktportefølje, eneforhandleren besidder, stiller eneforhandleraftalen forhandleren i en gunstig position, medens en devaluering af leverandørens produkter, eksempelvis på det til eneforhandleren tildelte område, udsætter denne for stor risiko.

3.1.3.2 Eneforhandlerens incitament

Desuagtet at eneforhandleren handler for egen regning og risiko, må det anføres, at eneforhandleren trods dette kan have incitament til at påtage sig de forpligtelser, som

⁹² Lando, m.fl., 2006, s. 262.

⁹³ Ibid., s. 262.

⁹⁴ Lando, 1965, s. 42.

⁹⁵ Lando, m.fl., 2006, s. 262.

medfølger ved indgåelse af eneforhandleraftalen. Dette skyldes, at der ved at påtage sig en større risiko ofte også medfølger større gevinstmuligheder.

Som følge af at forhandleren er den eneste aftager samt videreforhandler af produkterne inden for dennes område, ses det, at hans udgifter til markedsføringsindsats samt kundekontakt ofte eksklusivt kommer eneforhandleren til gode.⁹⁶ Eneforhandlerens salgsfremmende tiltag har derfor ikke en uønsket afsmittende virkning på konkurrenters afsætning.

På samme måde kan eneforhandleren lettere forudse hvor mange varer, han skal indkøbe og ligeledes hvor mange ansatte, han skal kalkulere med. På baggrund af salgstal kan eneforhandleren i større grad end massedistributøren og den selektive distributør forudsige tendenser på markedet og deraf muligt salg, hvorfor eneforhandleren udsættes for en mindre grad af risiko.

3.2 ENEFORHANDLERKONTRAKTEN

Et eneforhandlerforhold udformes ofte til at instituere et længerevarende samarbejde mellem kontrahenterne⁹⁷ og er ofte knyttet til en fokusstrategi, hvorved eneforhandleraftalen får karakter af et partnerskab og dermed opstår muligheden for at udøve strategisk kontrahering. Eneforhandlerkontrakten har som udgangspunkt til formål at fastlægge kontrahenternes rettigheder og forpligtelser. Såfremt kontrakten ikke regulerer en given problemstilling, må denne løses med afsæt i baggrundsretten, hvorfor denne behandles i det efterfølgende afsnit. Hensigten er herefter at vurdere, hvorvidt eneforhandlerkontraktens juridiske grundlag foranlediger inefficiente økonomiske incitament.

3.2.1 Eneforhandleraftalens juridiske indhold

Det kan generelt anføres, at de forpligtelser og rettigheder, der forekommer i eneforhandlerkontakten, kan variere under hensyn til det konkrete kontraktforhold.⁹⁸ Det kan være svært at afgøre eneforhandlerkontraktens retlige tilhørsforhold, idet der ikke forefindes nogen *lex specialis*, der direkte og udtrykkeligt regulerer kontrakten, ligesom der ikke foreligger en fast retstradition.⁹⁹ Grundlæggende kan det anføres, at eneforhandlerkontrakten er opdelt i

⁹⁶ Lando, m.fl., 2006, s. 262.

⁹⁷ Iversen, 2013, s. 236.

⁹⁸ Ibid., s. 255.

⁹⁹ Ibid., s. 256.

to kontrakter; kontrahenternes forhandleraftale og købeftalen vedrørende eneforhandlerens køb af leverandørens produkter.¹⁰⁰ I et eneforhandlerforhold anses forhandleraftalens bestemmelser at udgøre en væsentlig bestanddel af kontrahenternes samlede kontraktgrundlag. Eneforhandlerkontrakten har således karaktertræk fra flere kontrakttyper, herunder køberetlige, arbejdsretlige, lejeretlige, kommissions- og konsignationslignende elementer, mv.¹⁰¹ Dette medfører, at en eneforhandlerkontrakt må anses som et sammensat kontraktforhold, hvilket kan foranledige en række juridiske problemstillinger, såfremt der efterfølgende opstår tvetydigheder i kontraktforholdet.¹⁰²

Det må imidlertid bemærkes, at kontrahenterne som udgangspunkt har aftalefrihed, hvilket indebærer, at de har mulighed for at fastsætte retsvirkningerne af deres aftale kontraktuelt. I så tilfælde vil reglerne fra de øvrige kontrakttyper, der eventuelt kan overføres til eneforhandlerkontrakten, blive overflødige og dermed kun have karakter af udfyldende deklaratoriske regler.¹⁰³

3.2.2 Kontrahenternes forpligtelser

Ved indgåelsen af en eneforhandlerkontrakt forefindes der sædvanligvis en række forpligtelser for henholdsvis leverandøren og eneforhandleren. En del af disse forpligtelser er mere hyppigt forekommende end andre. Det primære formål med eneforhandlerkontrakten er sædvanligvis af fremme afsætningen af leverandørens produkter i et nærmere specificeret område. Nedenfor vil de almindeligt forekommende bestemmelser behandles nærmere, men det må bemærkes, at kontrahenternes pligter ikke er begrænset hertil.¹⁰⁴

¹⁰⁰ Lando, m.fl., 2006, s. 263.

¹⁰¹ Iversen, 2013, s. 254f.

¹⁰² Ibid., s. 258.

¹⁰³ Ibid., s. 262.

¹⁰⁴ Se bl.a. standardkontrakt for eneforhandleraftaler fra Dansk Erhverv: https://www.danskerhverv.dk/varktøjer/distributoer/?fbclid=IwAR2EJ44MG3Bm3_2o3PjlrX0R1M1paBk9NIIf6a7ByqVhma7x6ASBy-9PKy8 (besøgt den 25/01/2020); standardkontrakt fra Virksomhedsguiden: https://virksomhedsguiden.dk/erhvervsfremme/content/artikler/salg_og_markedsfoering/forretningsaftaler/eneforhandleraftale/ (besøgt den 28/01/2020); og Svendsen, Michael H. 2003. *Eneforhandleraftaler*. København: Forlaget Thomson. S. 52ff.

3.2.2.1 Eneforhandlerens forpligtelser

Aftagepligt og omsætningspligt

Karakteristisk for eneforhandlerens virke er, at denne, som følge af kontraktens indgåelse, skal påbegynde en oparbejdelse af salgsapparatet.¹⁰⁵ Langt de fleste eneforhandlerkontrakter, herunder de almindeligt forekommende standardformularer, indeholder en bestemmelse om, at eneforhandleren har pligt til at aftage nærmere bestemte minimumskvoter af leverandørens produkter inden for en aftalt periode. Der foreligger således en aftagepligt. Omfanget af eneforhandlerens aftagepligt vil i sagens natur have betydning for, hvor byrdefuld pligten opleves af eneforhandleren. Ofte medfører aftagepligten ligeledes, at eneforhandlerens afhængighed af leverandøren forstærkes.¹⁰⁶

Aftagepligten er ofte forbundet med omsætningspligten, som eneforhandleren kan underlægges. Eneforhandleren pålægges hermed en pligt til at oparbejde en vis minimumomsætning årligt.¹⁰⁷ Det må dog anføres, at salgsmål ikke nødvendigvis kan anses for en bindende forpligtelse til minimumssalg, jf. bl.a. U 1999.1943 H, hvor leverandøren ophævede eneforhandleraftalen med forhandleren, som følge af manglende opfyldelse af forhandleraftalens afsætningsmål. Højesteret fandt ikke, at der var tale om en aftalt bindende forpligtelse og gav derfor forhandleren medhold i påstanden om uberettiget opsigelse samt erstatning.

Det må anføres, at eneforhandlerens aftagepligt er et centralt vilkår i eneforhandleraftalen og manglende overholdelse heraf kan medføre dertilhørende sanktionsmuligheder. Tilsidesættelse af eneforhandlerens aftagepligt synes ofte at indeholde en ret for leverandøren til at opsige eller ophæve kontrakten.¹⁰⁸

Konkurrerende produkter

Foruden aftagepligten forefindes der ofte en pligt for eneforhandleren til ikke at sælge konkurrerende produkter uden leverandørens udtrykkelige samtykke. Eneforhandleren kan ofte være forpligtet til at tilendebringe forretningsforhold med direkte konkurrerende leverandører.¹⁰⁹

¹⁰⁵ Iversen, 2013, s. 227.

¹⁰⁶ Ibid., s. 238f.

¹⁰⁷ Lando, 1965, s. 44.

¹⁰⁸ Iversen, 2013, s. 238.

¹⁰⁹ Ibid., s. 227.

Undertiden kan der dog ikke opstilles en generel formodningsregel om, at eneforhandlerens afsætning af andre leverandørers produkter er ensbetydende med, at denne har tilsidesat hensynet til leverandøren. Henset til leverandørens produktportefølje kan eneforhandleren være indrømmet en større eller mindre del heraf, og ligeledes kan leverandørens produktion svare til en betydelig eller ubetydelig del af eneforhandlerens omsætning.¹¹⁰ Stammer en stor del af eneforhandlerens omsætning fra leverandørens produkter, vil det være mere nærliggende at statuere misligholdelse som følge af, at eneforhandleren afsætter konkurrerende produkter og vice versa såfremt leverandørens andel af eneforhandlerens omsætning er ubetydelig.

Det må endvidere erindres, at aftagepligten medfører, at forhandleren i mange tilfælde må være nødsaget til at centralisere sine salgsbestræbelser om leverandørens produkter. Dette medfører således også, at eneforhandleren praktisk set er afskåret fra at forhandle andre leverandørers produkter. Aftalte serviceforpligtelser, eftersalgsservices eller forhandlerens investering i specialmaskiner vil være momenter i vurderingen, der taler for et konkurrenceforbud.¹¹¹ Det må dog formentlig stå klart, at såfremt der er tale om direkte konkurrerende produkter til leverandørens produkter, er eneforhandleren forpligtet til at afstå fra at afsætte disse.

Varetagelse leverandørens interesser

Generelt er eneforhandleren pålagt en pligt til at varetage leverandørens interesser. I hvilket omfang eneforhandleren tilrettelægger sin virksomhed i leverandørens interesse, vil imidlertid bero på det konkrete tilfælde.¹¹² Som udgangspunkt har eneforhandleren en pligt til at opretholde et lager bestående af leverandørens produkter, yde tilstrækkelig kundeservice og garantiydelse, beskæftige fagligt eller teknisk uddannet personale samt reklamere for varerne, herunder foretage kundeBesøg mv.¹¹³ Ligeledes skal eneforhandleren bevare leverandørens forretningshemmeligheder, herunder ved overholdelse af reglerne i lov om forretningshemmeligheder^{114, 115}

En af eneforhandlerens essentielle opgaver er at yde tilstrækkelig tilfredsstillende kundeservice over for aftagerne af leverandørens produkter. Dette er særligt relevant for de tekniske

¹¹⁰ Iversen, 2013, s. 240.

¹¹¹ Ibid., s. 241.

¹¹² Ibid., s. 237.

¹¹³ Ibid., s. 244.

¹¹⁴ Lov om forretningshemmeligheder (forretningshemmelighedsloven), lov nr. 309 af 25/04/2018.

¹¹⁵ Lando, 1965, s. 44.

brancher, hvor teknisk assistance, vedligeholdelse og garantireparation er nødvendigt.¹¹⁶ Endvidere kan eventuel før- og eftersalgsservice være en del af eneforhandleraftalen eller anses som værende en del af forpligtelsen til at varetage leverandørens interesser.

3.2.2.2 *Leverandørens forpligtelser*

Overdragelse af enesalgsretten og leveringspligt

Leverandørens primære forpligtelse er at overdrage enesalgsretten af leverandørens produkter til forhandleren. Denne pligt indebærer imidlertid ikke, at leverandøren er forpligtet til at levere sine produkter til forhandleren, men derimod blot at leverandøren har forpligtet sig til ikke at overføre salgsretten inden for eneforhandlerens område til andre forhandlere. Nærmere specificeret påhviler der ikke leverandøren en leveringsforpligtelse og dermed har leverandøren ikke en pligt til at gennemføre de ordrer, som forhandleren eventuelt måtte kræve, medmindre en sådan fremgår af forhandleraftalen mellem parterne.¹¹⁷ Det bør dog bemærkes, at gentagne og vilkårlige tilsidesættelser af leveringer til eneforhandleren kan berettige ophævelse af aftalen og eventuelt erstatning for eneforhandlerens tab, herunder i relation til mistet omsætning. Dette skyldes navnlig, at eneforhandleraftalen har karakter af et længerevarende anliggende, der implicerer, at parterne skal tage loyalt hensyn til hinanden.¹¹⁸

Overdragelse af enesalgsretten suppleres ofte kontraktuelt med bestemmelser om, at leverandøren skal tilbyde forhandleren eneretten til at sælge nye produkter fra leverandøren, der enten erstatter eller har tilknytning til de omkontraherede produkter.¹¹⁹

Afståelse fra at sælge inden for eneforhandlerens område

En kontrakt, der tildeler eneforhandleren en eksklusiv forhandlingsret, afskærer som udgangspunkt leverandøren fra selv at afsætte de omkontraherede produkter inden for eneforhandlerens aftalte område.¹²⁰ Parterne kan imidlertid aftale, at leverandøren kan sælge produkter fra sin produktportefølje sideløbende med eneforhandleren på dennes område.¹²¹

¹¹⁶ Iversen, 2013, s. 243.

¹¹⁷ Ibid., s. 245.

¹¹⁸ Ibid., s. 245.

¹¹⁹ Ibid., s. 247.

¹²⁰ Lando, 1965, s. 45.

¹²¹ Lando, m.fl., 2006, s. 263.

Varetagelse eneforhandlerens interesser

Tilsvarende eneforhandlerens pligt har leverandøren en pligt til at varetage eneforhandlerens interesser, jf. også afsnit 3.3.2 om loyalitetsforpligtelsen. Denne pligt kan bl.a. indebære, at leverandøren skal levere materialer, herunder vareprøver, manualer, mv., omkostningsfrit for eneforhandleren til støtte for dennes markedsføring af produkterne. Endvidere er leverandøren forpligtet til at videregive forespørgsler på produkterne til forhandleren og udøve teknisk support, ligesom leverandøren kan være forpligtet til at tilbyde uddannelse af kortere eller længere varighed, der gør det muligt at vejlede kunderne forsvarligt.¹²²

Endelig har leverandøren en pligt til at sikre, at eneforhandlerens salgsret respekteres af andre forhandlere, herunder ved at indsætte bestemmelser i kontrakter med andre forhandlere. Dette kan bl.a. gøres ved, i kontraktforhold med andre forhandlere, at indsætte en bestemmelse, der begrænser mulighederne for at sælge leverandørens produkter i et nærmere fastsat område.¹²³ Disse begrænsninger må imidlertid ikke være så restriktive, at eneforhandleren opnår en suveræn områdebeskyttelse.¹²⁴

3.3 BAGGRUNDSRETEN

Desuagtet at parterne har aftalefrihed, ses det undertiden, at parterne, enten bevidst eller ubevidst, undlader at aftale givne vilkår. I den situation, hvor parterne i eneforhandlertaalen ikke udtømmende har reguleret deres interne rettigheder og forpligtelser, vil aftalens naturalia negotii og den deklaratoriske baggrundsret blive anvendt til at fastlægge retstillingen mellem parterne.

Idet der ikke foreligger nogen *lex specialis* på området for eneforhandlertaaler, vil nedenstående tage udgangspunkt i obligationsrettens almindelige del¹²⁵. Nedenfor vil den relevante baggrundsret blive gennemgået og analyseret med henblik på at fastlægge, hvordan tvivlsspørgsmål i eneforhandlertaalen vil skulle løses.

¹²² Iversen, 2013, s. 246f.

¹²³ Ibid., s. 247.

¹²⁴ Dette skyldes særligt, at sådanne eksklusivitetsaftaler kan være i uoverensstemmelse med fællesskabsrettens konkurrenceregler. Se bl.a. Iversen, 2013, s. 234f.

¹²⁵ Andersen og Lookofsky definerer obligationsrettens almindelige del som omfattende "(...) *de regler, der antages at gælde i alle skyldforhold* (...)". Endvidere konstateres det, at reglernes "(...) *almindelige*" karakter udspringer af, at de har rod i basale hensynsafvejninger og argumentationsmønstre, og de gælder lige så langt disse betragtninger har relevans i det enkelte retsforhold." jf. Andersen og Lookofsky, 2015, s. 19.

3.3.1 Fortolkning og udfyldning af kontrakten

I kontraktforhold, herunder eneforhandlerforholdet, opstår der til tider uoverensstemmelser mellem kontrahenterne. Det er ikke ualmindeligt, at en kontrakt er udformet med et sprogbrug, der kan være vanskelig at forstå, hvorved der kan opstå uenigheder om indholdet i en del af kontraktbestemmelserne. Ifølge Østergaard og Holle kan disse uenigheder skyldes, at kontrakter som udgangspunkt er udformet af jurister og til jurister, hvilket sprogbruget bærer præg af i form af lange sætninger, lange ord, anvendelse af fagtermer, mv.¹²⁶

Såfremt parterne er uenige om indholdet af en given kontraktbestemmelse eller ikke har taget stilling til en given problemstilling, må parternes retsstilling vurderes ved hjælp af aftalefortolkning og -supplering.¹²⁷

3.3.1.1 Fortolkning af eneforhandlerkontrakten

Aftalefortolkning vedrører grundlæggende fastlæggelsen af indholdet i parternes aftale eller den tilstræbte betydning hermed. Aftalefortolkning baseres således på en konkret og individuel vurdering og ikke nødvendigvis på aftalens juridiske indhold.¹²⁸ Ved fortolkning af kontrakten kan forudgående omstændigheder, herunder forhandlingsprocessen, samt efterfølgende omstændigheder, herunder parternes adfærd ved aftalens opfyldelse og efterlevelse, tillægges betydning.¹²⁹

En aftale fortolkes som hovedregel med udgangspunkt i parternes fælles opfattelse af kontrakten (*den subjektive fortolkning*). Dette indebærer, at parternes opfattelse af kontrakten lægges til grund ved aftalens betydning, uden hensyntagen til kontraktens ordlyd.¹³⁰

Foruden parternes fælles vilje, tillægges kontraktens ordlyd også væsentlig betydning ved fortolkning af aftalen. Der er tale om en *objektiv fortolkning*, som er baseret på den sædvanlige måde nærmere bestemte begreber fortolkes på. Den sædvanlige måde, hvorpå begreber fortolkes på, kan afhænge af parternes eller branchens almindelige sprogbrug, den

¹²⁶ Østergaard, Kim og Holle, Marie-Louise. Under publicering. *Forskningssamarbejder i Juridiske Rammer for Forskeres Anvendelse af Sundhedsdata (JURFAST)*. S. 25f.

¹²⁷ Andersen og Madsen, 2017, s. 355f.

¹²⁸ Ibid., s. 352f.

¹²⁹ Ibid., s. 374 og 379.

¹³⁰ Ibid., s. 366f.

indholdsmæssige sammenhæng af kontraktens vilkår samt kontraktens struktur og systematik.¹³¹ Eneforhandlerforhold består ofte af længerevarende samarbejdsforhold, hvorfor man kan argumentere for, at parternes almindelige sprogbrug ofte vil tillægges væsentlig betydning ved aftalefortolkningen. Dette skyldes navnlig, at parterne igennem en længere periode kan have opbygget et særligt sprogbrug med en fælles forståelse af en række begreber, hvorfor dette vil blive tillagt betydning ved fortolkningen.

Det følger af sædvanlig retspraksis, at der i tvivlstilfælde skal tillægges en fortolkning, som er mindst byrdefuld for løftegiveren (*minimumsreglen*), jf. bl.a. U 1980.361/2 H. I den konkrete sag havde en forhandler fået eneretten til at sælge et af leverandøren fremstillet tapetdampfjerneranlæg i Danmark. Sideløbende fik eneforhandleren tilladelse til også at sælge anlæggene i Sverige. Leverandøren gjorde imidlertid gældende, at forhandlerens forpligtelse til at afsætte anlæggene alene angik salg i Danmark, men da der ikke var truffet nærmere aftale herom, fandt Højesteret, i overensstemmelse med almindelige fortolkningsprincipper, at tillægge aftalen den forståelse, som var mindst byrdefuld for eneforhandleren til grund. Leverandøren fik derfor ikke medhold i sin påstand.

Ved indgåelse af kontrakter, der primært er udformet af den ene kontraktpart, fortolkes der i tvivlstilfælde ofte til skade for koncipisten (*koncipistreglen*). Dette indebærer, at der fortolkes til skade for den part, som burde have udformet kontrakten således, at uklarheder ikke ville være opstået.¹³² Koncipistreglen hviler på en almindelig rimelighedsbetragtning, hvorved det tillægges betydning hvilken part, det vil være mest retfærdig at pålægge risikoen for en uklarhed. Man taler også i denne forbindelse om hvilken part, der er nærmest til at bære risikoen.¹³³ Se nærmere herom afsnit 3.3.1.3. Koncipistreglen anvendes dog typisk ikke i erhvervsforhold, jf. bl.a. U 2002.681 Ø, som eneforhandlerforholdet er karakteriseret ved.

3.3.1.2 Udfyldning af eneforhandlerkontrakten

Aftalesupplering vedrører fastlæggelse af retsvirkningerne i et kontraktforhold på baggrund af forhold, der ikke direkte kan udledes af kontrakten.¹³⁴ Aftalesuppleringen tager udgangspunkt i kontraktens *lex causae*, hvorved de relevante retskilder, herunder lovregler, sædvaner og

¹³¹ Andersen og Madsen, 2017, s. 367f.

¹³² Ibid., s. 382ff.

¹³³ Ibid., s. 384f.

¹³⁴ Ibid., s. 433.

kutymen, anvendes til at fastlægge retsstillingen mellem parterne.¹³⁵ I eneforhandlerforhold kan supplerings (såvel som fortolkning) af aftalen imidlertid kompliceres, idet der er tale om en sammensat kontrakt, hvorved det vanskeliggøres at henhøre kontrakten til en given kontrakttype. I et sådant tilfælde må man ud fra en helhedsbedømmelse af kontraktforholdet vurdere, hvilken kontrakttype den pågældende kontrakt væsentligt falder ind under.¹³⁶ Foruden aftalesupplerings efter retsregler og -kilder, kan der ligeledes foretages en individuel udfyldning af aftalen. En sådan udfyldning vil ofte være baseret på det hensigtsmæssige, retfærdige samt parternes fælles vilje.¹³⁷

En af de primære *udfyldende retskilder* er sædvaner eller kutymen. Disse sædvaner eller kutymen kan eksempelvis være relateret til den pågældende kontrakttype, branchen som kontrahenterne opererer i eller aftalens genstand.¹³⁸ Eftersom eneforhandlerforholdet ofte er et længerevarende kontraktforhold, kan kontrahenterne have dannet grundlag for egne sædvaner og kutymen inter partes, som kan få afgørende betydning ved aftalesupplerings.

Aftalesupplerings kan også ske med udgangspunkt i retspraksis.¹³⁹ Det må dog bemærkes, at der under hensyn til problemformuleringen ikke foreligger nogen kendt retspraksis, der berører eneforhandlerforholdet og brugen af reciproke realoptioner eller gevinst- og hardshipklausuler, hvorfor det i relation til problemformuleringen er vanskeligt at forudsige, hvordan retsstillingen mellem kontrahenterne vil falde ud.

3.3.1.3 Nærmest til at bære risikoen

Det må anerkendes, at det ikke er usædvanligt, at der opstår situationer i kontraktforholdet, som man ikke havde forudset, hvilket må anses som et resultat af den omstændighed, at der eksisterer inkomplette kontrakter.¹⁴⁰ Dette må særligt anses for at være udslagsgivende, når der er tale om længerevarende kontraktforhold. Det vil derfor være relevant at behandle, hvem

¹³⁵ Andersen og Madsen, 2017, s. 433.

¹³⁶ Ibid., s. 360.

¹³⁷ Lando, m.fl., 2006, s. 131.

¹³⁸ Andersen og Madsen, 2017, s. 435ff.

¹³⁹ Ibid., s. 442.

¹⁴⁰ Østergaard, Kim. 2014(b). Nærmest til at bære risikoen i kontraktretten i et retsøkonomisk perspektiv. I E. Eide, H. Lando, & E. Stavang (Eds.), *Rettsøkonomi i nordiske dommer*: 137-160. Oslo: Universitetet i Oslo. Skriftserie/Institut for Privatrekt, Universitetet i Oslo, No. 197. S. 140.

af kontrahenterne i et eneforhandlerforhold, der vil være at anse som nærmest til at bære risikoen.

Det er diskutabelt, hvorvidt retsfiguren *nærmest til at bære risikoen* er at anse som en obligationsretlig grundsætning.¹⁴¹ Spørgsmålet om, hvem af parterne i et aftaleforhold der er nærmest til at bære risikoen, kan opstå som følge af parternes aftalefrihed, da de har mulighed for at allokere differentierede typer af risici i kontrakten. Ofte bliver det relevant i de tilfælde, hvor parterne ikke har aftalt noget, og man ikke umiddelbart ved hjælp af aftalefortolkning eller -udfyldning kan udlede hvem af kontrahenterne, der skal bære risikoen for, at vilkår bliver mere byrdefulde end først antaget.¹⁴²

Det fremgår ikke entydigt af retspraksis hvem af kontrahenterne, der er nærmest til at bære risikoen.¹⁴³ Vurderingen må derfor foretages ud fra en in concreto-vurdering af kontrahenternes retsposition.¹⁴⁴ Man skelner i denne forbindelse mellem forskellige kontraktforhold og -typer. I kontraktforhold mellem erhvervsdrivende kan det imidlertid være vanskeligt at udlede hvem af parterne, der må være nærmest til at bære risikoen. I så tilfælde kan der bl.a. tages hensyn til den efterfølgende omstændigheds karakter for at kvalificere hvem af parterne, der er nærmest til at bære risikoen.¹⁴⁵ Der må dog antages at foreligge en usikkerhed i relation til domstolenes vurdering, hvorfor kontrahenterne i eneforhandlerforholdet bør overveje, om situationen kan undgås ved indarbejdelse af reciprokke realoptioner eller gevinst- og hardshipklausuler ex ante.

3.3.2 Parternes loyalitetsforpligtelse

Som en længerevarende samarbejdsaftale, bygger eneforhandleraftalen på en stor grad af tillid og loyalitet parterne imellem, hvorfor loyalitetsgrundsætningen¹⁴⁶ må anses at være særlig fremtrædende i eneforhandlerkontrakten.

¹⁴¹ Madsen, Christian Frank og Østergaard, Kim. 2017. Nærmest til at bære risikoen i kontraktretten – en overset obligationsretlig grundsætning?. *Juristen* 2: 35-43. S. 36.

¹⁴² Østergaard, 2014(b), s. 137.

¹⁴³ Ibid., s. 140.

¹⁴⁴ Madsen og Østergaard, 2017, s. 36.

¹⁴⁵ Østergaard, 2014(b), s. 146.

¹⁴⁶ Grundsætningen benævnes også som "loyalitetsforpligtelse".

Loyalitetsgrundsætningen er en obligationsretlig grundsætning, der finder anvendelse på alle kontraktforhold.¹⁴⁷ Loyalitetsforpligtelsen indebærer, at parterne er underlagt en forpligtelse til at udvise hensyn over for og varetage hinandens interesser.¹⁴⁸ Dette gælder uanset, at aftaler mellem erhvervsdrivende ofte er indgået med et mål om profitmaksimering.¹⁴⁹ Grundsætningen er ofte nedskrevet i kontraktgrundlaget, men der gælder, i overensstemmelse med dansk rets almindelige aftaleretlige regler, intet skriftlighedskrav førend pligten kan håndhæves, hvorfor den må følge af eneforhandleraftalens *naturalia negotii*.¹⁵⁰

Forpligtelsen bygger på hensyn, der har deres oprindelse i overvejelser om rimelighed, moral og god tro.¹⁵¹ Grundsætningen må anses som en dynamisk obligationsretlig grundsætning.¹⁵² Som følge af forpligtelsens vage indhold, må det anføres, at loyalitetsforpligtelsen rummer en række delforpligtelser, som synes mere konkrete og kvalificerbare.¹⁵³ Delforpligtelserne rubriceres under forskellige dele af kontraktforholdets faser afhængig af hvor i kontraktens livscyklus, man befinder sig: *den prækontraktuelle fase, kontraktens løbetid og ophørsfasen*.¹⁵⁴ Med afsæt i eneforhandlerforholdet gennemgås de mest relevante delforpligtelser nedenfor.

Tavshedspligten

Tavshedspligten indebærer leverandørens og eneforhandlerens gensidige forpligtelse til at hemmeligholde forretningshemmeligheder samt ikke at videregive oplysninger, information og knowhow, som reelle og potentielle konkurrenter eller tredjemand vil have et ønske om at komme i besiddelse af. Oplysninger vedrørende leverandørens produkter og forretning udveksles allerede i den prækontraktuelle fase og tavshedspligten skal, som en del af loyalitetsforpligtelsen, derfor allerede iagttages fra dette tidspunkt af.¹⁵⁵ Selvom

¹⁴⁷ Madsen, Christian Frank og Østergaard, Kim. 2019. Loyalitetsgrundsætningen i dansk ret: Indhold og retsvirkninger ved tilsidesættelse. *Erhvervsjuridisk Tidsskrift*. ET.2019.116: 1-11. S.1.

¹⁴⁸ Munkholm, Natalie Videbæk. 2016. *Loyalitet i arbejdsretlige relationer*. København: Jurist- og økonomforbundets Forlag. 1. udgave. S. 115.

¹⁴⁹ Madsen og Østergaard, 2019, s. 1.

¹⁵⁰ Munkholm, 2016, s. 115.

¹⁵¹ Ibid., s. 115.

¹⁵² Madsen og Østergaard, 2019, s. 1.

¹⁵³ Ibid., s. 1.

¹⁵⁴ Ibid., s. 1.

¹⁵⁵ Ibid., s. 5.

loyalitetsforpligtelsen antages at ophøre ved kontraktens ophør, antages tavshedspligten at udstrække sig til også at gælde efter kontraktens ophør.¹⁵⁶

Underretningspligten

Underretningspligten vedrører kontrahenternes forpligtelse til at underrette hinanden om væsentlige forhold, der har en betydning for indgåelse af selve aftalen samt underrette om forhold, der kan have betydning for kontraktens opfyldelse.¹⁵⁷ I relation til eneforhandleraftalen kan det anføres, at leverandøren har pligt til at underrette eneforhandleren om eksempelvis egenskaber ved dennes produkter, mens eneforhandleren kan have en pligt til at underrette leverandøren om markedet, egne kompetencer og evner af betydning for dennes salgspotentiale. Ligeledes vil underretningspligten have betydning under kontraktens løbetid, hvor særligt eneforhandleren vil have en pligt til at underrette forhandleren om nye markedsforhold, svigtende salg samt generelt at foretage en rapportering til leverandøren.

Samarbejdsforpligtelsen

Samarbejdsforpligtelsen synes at være helt central for eneforhandleraftalen, særligt når der henses til udøvelsen af strategisk kontrahering. Det må anføres, at samarbejdsforpligtelsens udstrækning er afhængig af hvilken kontrakttype, der er tale om.¹⁵⁸ I U 2007.1918 H, som vedrørte en eneforhandleraftale, udtalte Højesteret, at parterne i eneforhandleraftalen har:

”(...) pligt til at optræde loyalt over for hinanden og loyalt at samarbejde om det fælles mål, som er at fremme salget af leverandørens produkter. (...). En eneforhandler må foretage salgsbestræbelser i form af opstilling af salgsmateriale, udvælgelse og analyse af mulige emner til køb og servicering samt gensidig udveksling af oplysninger og ideer med leverandøren.”

Forpligtelsen er formentlig større ved eneforhandleraftalen, idet parterne i højere grad synes at have mere sammenfaldende interesser end f.eks. i en almindelig købekontrakt mellem to erhvervsdrivende.

¹⁵⁶ Madsen og Østergaard, 2019, s. 18.

¹⁵⁷ Ibid., s. 4 og 8.

¹⁵⁸ Ibid., s. 6.

Loyalitetsforpligtelsen som beskyttelsesværn

Overtræder eneforhandleren eller leverandøren loyalitetsforpligtelsen, kan dette udgøre misligholdelse og dermed udløse misligholdelsesbeføjelser. Ved en særlig væsentlig misligholdelse vil den forurettede part kunne benytte hævebeføjelsen og ligeledes, såfremt der er grundlag herfor, kræve erstatning, jf. bl.a. U 2008.1911 H og SH 2018.V-7-15.¹⁵⁹ Se nærmere herom i afsnit 3.3.3.

Det må dog bemærkes, at loyalitetsforpligtelsen ikke er endegyldig, idet forpligtelsens indhold begrænses af parternes egne nytte- og profitmaksimerende adfærd, hvorfor forpligtelsen ikke nødvendigvis optimerer samarbejdet mellem parterne. Loyalitetsforpligtelsen er således ikke et juridisk værktøj, som skaber strategisk kontrahering, hvorfor forpligtelsens indhold og udstrækning vil være den samme inden for den konventionelle kontrahering. Parterne vil ikke, med hjemmel i loyalitetsgrundsætningen, være nødsaget til at prioritere det strategiske samarbejde med fokus på parternes fælles optimering.

Petersen og Østergaard (2018) anfører, at strategisk kontrahering er karakteriseret ved:¹⁶⁰

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

Henset til at formålet med strategisk kontrahering er at skabe relationsrente, fælles konkurrencefordele og incitamentsforenelighed mellem parterne, vil loyalitetsforpligtelsen skulle udstrækkes i en sådan grad, som ikke med hjemmel i indholdet heraf, vil kunne foretages. Dette skyldes navnlig, at parterne, selvom disse er underlagt en loyalitetsforpligtelse, vil være berettiget til at varetage egne og opportunistiske interesser.

Det kan anføres, at de delforpligtelser, som eneforhandleraftalen underkastes i medfør af loyalitetsforpligtelsen, vil skulle suppleres af en gensidig kommunikationsforpligtelse, der skal fordre, at parterne udveksler information, der ikke kun er nødvendig for modparten i relation

¹⁵⁹ Andersen og Madsen, 2017, s. 424.

¹⁶⁰ Petersen, Bent og Østergaard, Kim. 2018. Reconciling formal contracts and relational governance through Strategic Contracting. *Journal of Business and Industrial Marketing* 33(3): 265-276. S. 267.

til dennes transaktion, men også gavnlige for samarbejdsforholdet samt nødvendig for skabelsen af relationsrente¹⁶¹. En sådan kommunikationsforpligtelse vil således skulle supplere den loyale oplysningspligt samt samarbejdsforpligtelsen. Dette skyldes navnlig, at udveksling af strategisk information parterne imellem kan øge muligheden for skabe relationsrente.¹⁶²

På baggrund af ovenstående må det således konstateres, at den ulovfæstede loyalitetsforpligtelse, som en del af den obligationsretlige baggrundsret, ikke vil være et tilstrækkelig beskyttelsesværn mod opportunistisk adfærd og fremskyndelse af strategisk kontrahering, hvorfor problemstillingen vedrørende opnåelse af parternes fælles strategiske samarbejde skal søges løst i den interne regulering i eneforhandlerkontrakten.

3.3.3 Misligholdelse af kontrakten og parternes misligholdelsesbeføjelser

I tilfælde af at én af kontrahenterne ikke opfylder sin del af aftalen eller tilsidesætter bestemmelser i kontrakten, foreligger der som udgangspunkt en misligholdelse, der kan danne grundlag for én eller flere af parternes misligholdelsesbeføjelser.¹⁶³ Indholdet af parternes misligholdelsesbeføjelser beror på kontraktforholdet, misligholdelsens karakter samt de konkrete omstændigheder ved misligholdelsen.¹⁶⁴ Statueringen af hvorvidt der foreligger misligholdelse beror på en konkret vurdering, der tager udgangspunkt i kontraktbestemmelserne og en fortolkning heraf, samt en abstrakt vurdering, som beror på kontraktens *naturalia negotii* og en udfyldning heraf.¹⁶⁵

I tilfælde af misligholdelse af kontrakten, kan kontrahenterne til enhver tid påberåbe sig obligationsrettens almindelige misligholdelsesbeføjelser, uagtet om parterne i kontrakten har fastlagt dette. Årsagen hertil er, at obligationsrettens almindelige misligholdelsesbeføjelser gælder for alle kontrakttyper og følger derfor af aftalens *naturalia negotii*. Disse misligholdelsesbeføjelser består i naturalopfyldelse, adgangen til at ophæve kontrakten samt økonomisk kompensation. Denne økonomiske kompensation kan tildeles i form af et forholdsmæssigt afslag eller erstatning efter den positive opfyldelsesinteresse eller den negative kontraktinteresse.¹⁶⁶ Foruden de almindelige misligholdelsesbeføjelser kan kontrahenterne

¹⁶¹ Dyer og Singh, 1998, s. 662.

¹⁶² Østergaard, 2016, s. 440.

¹⁶³ Andersen og Lookofsky, 2015, s. 190.

¹⁶⁴ Ibid., s. 177.

¹⁶⁵ Ibid., s. 53.

¹⁶⁶ Ibid., s. 179.

have aftalt yderligere beføjelser, herunder afhjælpning og omlevering, ligesom der for visse kontrakttyper gælder en *lex specialis*, der kan give yderligere adgang til en række misligholdelsesbeføjelser.¹⁶⁷

Retten til *naturalopfyldelse* udspringer af dansk obligationsrets udgangspunkt om, at en aftale er bindende, og parterne dermed har krav på opfyldelse af kontrakten. Ved naturalopfyldelse bliver den forurettede part stillet som om, aftalen var opfyldt efter kontraktens ordlyd.¹⁶⁸

Adgangen til at *ophæve kontrakten* er den mest vidtgående misligholdelsesbeføjelse og kan derfor kun gøres gældende, såfremt der foreligger lovhjemmel, det følger af aftalegrundlaget¹⁶⁹ eller der foreligger en anden kvalificerende omstændighed, herunder væsentlig misligholdelse.¹⁷⁰ Se yderligere herom i afsnit 3.3.4.3.

I tilfælde af at der foreligger mangler ved en realydelse, kan der blive tale om et *forholdsmæssigt afslag* i vederlaget. Beføjelsen kan imidlertid kun gøres gældende, såfremt der er sket en egentlig værdiforringelse af realydelsen, og dermed en ændring af det udgangspunktet, der blev lagt til grund for aftalen.¹⁷¹ Slutteligt kan den forurettede part kræve *erstatning*, såfremt de almindelige erstatningsbetingelser er opfyldt. Den forurettede kontrahent kan enten kræve erstatning efter den positive opfyldelsesinteresse eller den negative kontraktsinteresse.¹⁷²

3.3.4 Generelt om kontraktens ophør

Som følge af parternes aftalefrihed, kan de i kontrakten inkludere bestemmelser vedrørende aftalens ophør, herunder regler om opsigelsesvarsel og konsekvenser ved misligholdelse af kontrakten. Såfremt parterne ikke har medtaget bestemmelser herom i kontrakten, vil den forurettede parts misligholdelsesbeføjelser ved en eventuel misligholdelse af kontrakten skulle vurderes med udgangspunkt i obligationsrettens almindelige del. Nedenfor behandles mulighederne for kontraktens ophør nærmere.

¹⁶⁷ Madsen og Østergaard, 2019, s. 3.

¹⁶⁸ Andersen og Lookofsky, 2015, s. 203.

¹⁶⁹ Muligheden for ophævelse som følge af lovhjemmel eller aftale herom behandles ikke nærmere.

¹⁷⁰ Andersen og Lookofsky, 2015, s. 216.

¹⁷¹ Ibid., s. 240.

¹⁷² Ibid., s. 259 og 276.

3.3.4.1 *Opfyldelse af kontrakten*

Almindeligvis vil et kontraktforhold ophøre ved korrekt opfyldelse eller ved opfyldelse med surrogater for den i henhold til aftalen rigtige opfyldelse.¹⁷³ Ved *korrekt opfyldelse* forstås, at real- og pengeydelse leveres i rette tid, på rette sted og i rette stand^{174, 175}. At eneforhandlerkontrakten ophører ved opfyldelse, indebærer typisk, at kontraktens udløbstid er indtruffen og at parterne har præsteret, hvad de har forpligtet sig til. Et sådant ophør giver sjældent anledning til yderligere problemer parterne imellem, idet både leverandøren er berettiget til at søge en ny eneforhandler, mens eneforhandleren tilsvarende er berettiget til at søge nye næringsveje.

3.3.4.2 *Opsigelse af kontrakten*

Ophører kontrakten som følge af opsigelse, kan kontraktforholdets afslutning ikke nødvendigvis kategorisk berammes som enten fyldestgjort eller ikke-fyldestgjort. Opsigelse er en mulighed, kontraktparterne har i et længerevarende kontraktforhold for at komme ud af aftalen – enten før tid eller såfremt parterne ikke har aftalt maksimal løbetid for aftalen.

Det ses ofte, at eneforhandlerkontrakter indeholder bestemmelser om opsigelsesvarsel. Dette skyldes navnlig, at parterne ellers kan undgå at ifalde ansvar og eventuel leveringspligt, såfremt kontraktforholdet bringes til ophør uden varsel.¹⁷⁶ Udgangspunktet, som følger af retspraksis, er, at begge parter har krav på et rimeligt opsigelsesvarsel.

I U 2000.567/2 H havde der bestået et eneforhandlerforhold i 8 år, da leverandøren opsagde samarbejdet med et varsel på 3 måneder. Der forelå ikke en skriftlig aftale, der regulerede samarbejdsforholdet. Højesteret udtalte i denne forbindelse, at det fastsatte opsigelsesvarsel ikke var rimeligt, men derimod burde være fastsat til 6 måneder. U 2000.1543 H vedrørte et eneforhandlerforhold, der havde bestået i 17 år. Mellem parterne var der ikke indgået en skriftlig forhandleraftale. Leverandøren opsagde samarbejdet med et opsigelsesvarsel på 3 måneder. Eneforhandleren gjorde gældende, at opsigelsesvarslet skulle have været 2 år, men Højesteret fandt, at der ikke kunne tilkomme forhandleren et længere opsigelsesvarsel end 6

¹⁷³ Von Eyben, Bo, m.fl. 2014. *Lærebog i obligationsret – Bind II*. København: Karnov Group Denmark A/S. 4. udgave. S. 133f.

¹⁷⁴ Ved ”rette stand” forstås både, at real- eller pengeydelsen leveres, som den kan fordres i henhold til den i kontrakten beskrevne mængde og kvalitet samt uden retlige mangler.

¹⁷⁵ Andersen og Lookofsky, 2015, s. 47.

¹⁷⁶ Lando, m.fl., 2006, s. 46.

måneder. I U 2004.148 H havde der bestået et eneforhandlerforhold i 40 år, da leverandøren opsigde samarbejdet med 2 dages varsel. Østre Landsret såvel som Højesteret fandt, at opsigelsesvarslet ikke var rimeligt. Højesteret udtalte, at når der henses til længerevarende eneforhandlerforhold, som det foreliggende, har eneforhandleren krav på et opsigelsesvarsel på 6 måneder. I den konkrete sag forelå der ikke særlige omstændigheder, som gav anledning til at fravige dette udgangspunkt.

Såfremt eneforhandlerkontrakten ikke indeholder bestemmelser vedrørende opsigelsesvarslet, kan det således udledes af retspraksis, at et rimeligt opsigelsesvarsel som udgangspunkt vil udgøre 6 måneder, jf. ovennævnte domme. Det bemærkes i denne forbindelse, under hensyntagen til varigheden af de omhandlede eneforhandlerkontrakter, at opsigelsesvarslet sædvanligvis ikke kan anses at være berettiget til at udgøre mere end 6 måneder. Det kan dog ikke afvises, at opsigelsesvarslet kan udgøre mindre end 6 måneder, hvis der er tale om et eneforhandlerforhold af kortere varighed.

3.3.4.3 Ophævelse af kontrakten

Foruden bestemmelser om opsigelsesretten, kan eneforhandlerkontrakten regulere mulighederne for at ophæve kontrakten. Det ses ofte at parterne i kontrakten angiver visse forpligtelser som væsentlige, der vil berettige ophævelse, såfremt modparten tilsidesætter disse.¹⁷⁷ Hvis parterne ikke har medtaget bestemmelser om ophævelsesadgangen i kontrakten, eller kontrakten ikke regulerer en given problemstilling, vil kriteriet om væsentlig misligholdelse fortsat være en realitet i retsanvendelsen.¹⁷⁸

Det kan generelt udledes af retspraksis under hvilke betingelser, der kan statueres væsentlig misligholdelse i et eneforhandlerforhold. I SHT 1945.73 havde leverandøren og forhandleren indgået en eneforhandleraftale om salg af generatorer, herunder også salg af reservedele til generatorerne. Eneforhandleren begyndte imidlertid at fremstille og forhandle egne reservedele, hvilket blev anset for at stride imod eneforhandlerkontrakten, og leverandøren havde som følge heraf, ret til at bringe aftalen til ophør med øjeblikkelig virkning. I U 2009.199 H havde der bestået et forhandlerforhold vedrørende salg af biler i 23 år. Leverandøren ophævede aftalen med øjeblikkelig virkning som følge af, at forhandleren havde gennemført garantireparationer uden at indkøbe reservedele fra leverandøren. Højesteret udtalte, at

¹⁷⁷ Svendsen, 2003, s. 43f.

¹⁷⁸ Iversen, 2013, s. 265.

forhandleren havde misligholdt aftalen, men at denne ikke kunne karakteriseres som væsentligt, hvorfor leverandøren havde foretaget en uberettiget ophævelse af forhandleraftalen.

I U 1972.221 H havde en leverandør overdraget en forhandler eneretten til at producere og sælge damefrakker uden for Danmark, udført efter eneforhandlerens design. Leverandøren indledte imidlertid forhandlinger med andre udenlandske forhandlere uden at underrette eneforhandleren eller orientere de øvrige forhandlere om, at eneretten var overdraget til eneforhandleren. Højesteret fandt på denne baggrund, at leverandøren havde udvist en sådan adfærd, der berettigede eneforhandleren til at ophæve aftalen. I SHT 1957.207 havde eneforhandleren ret til at forhandle tappemaskiner til mælk, og eneforhandleren var forpligtet til alene at repræsentere leverandørens produkter. Forhandleren havde imidlertid taget kontakt til en anden leverandør med henblik på videresalg af en skyllemaskine, men idet eneforhandleren havde oplyst over for leverandøren af tappemaskiner, at han havde haft kontakt til en køber af en skyllemaskine, blev eneforhandleren ikke anset for at have misligholdt aftalen væsentligt, hvorfor leverandøren ikke var berettiget til at ophæve aftalen. I U 1998.221 H havde leverandøren misligholdt aftalen væsentligt, idet leverandøren i opsigelsesperioden havde gennemført markedsundersøgelser i eneforhandlerens område med henblik på salg. Udslagsgivende i denne sag var formentlig, at leverandøren ikke havde orienteret eneforhandleren herom, og derfor ikke havde overholdt sin loyalitetsforpligtelse.

Idet eneforhandlerkontrakter sædvanligvis beror på længerevarende samarbejdsforhold, kan man argumentere for, at parternes loyalitetsforpligtelse må anses som væsentlig for opretholdelse af kontraktforholdet. Et brud på kontrahenternes loyalitetsforpligtelse kan således formentlig karakteriseres som en væsentlig misligholdelse, der berettiger ophævelse, da det efterfølgende kan være vanskeligt eller umuligt at opretholde samarbejdet, jf. også U 2005.2408 H og U 2007.1918 H. Se nærmere om parternes loyalitetsforpligtelse i afsnit 3.3.2. Hvorvidt misligholdelsen er af så grov karakter, at den berettiger ophævelse, må baseres på objektive kriterier.

3.3.5 Godtgørelse for goodwill

Af særlig relevans for eneforhandleren i relation til ophør af eneforhandleraftalen er spørgsmålet om adgangen til at kræve godtgørelse, f.eks. for oparbejdet goodwill¹⁷⁹.¹⁸⁰ Der gælder ingen lovregulerede regler for eneforhandlerens krav på godtgørelse, som tilfældet eksempelvis er for handelsagenten i handelsagentlovens (HAL) §§ 25-28. Handelsagentforholdet er, modsat eneforhandlerforholdet, en del af mellemmandsretten, men på trods heraf kan det diskuteres, hvorvidt der kan drages en parallel mellem reglerne om godtgørelse i handelsagentloven til eneforhandlerforholdet. Man kan argumentere for, at eneforhandleren, på samme måde som handelsagenten, opbygger en kundekreds til leverandørens produkter samt foretager relationsspecifikke investeringer, hvorfor det kan anføres, at eneforhandleren ligeledes kan være berettiget til godtgørelse som følge af en eventuel ophævelse fra leverandørens side.

Handelsagenten er berettiget til særskilt godtgørelse for oparbejdet goodwill ved handelsagentforholdets ophør, hvis handelsagenten har anskaffet agenturgiveren nye kunder, betydeligt udvidet handlen med eksisterende kunder eller hvis betaling af godtgørelse synes rimeligt under hensyn til omstændighederne, herunder handelsagentens tab af provision, jf. HAL § 25, stk. 1, nr. 1 og 2.

Reglerne om handelsagentens krav på godtgørelse eksisterer som følge af de investeringer, handelsagenten foretager sig, når denne arbejder for agenturgiveren og ligeledes for den afsmittende effekt handelsagentens arbejde har på agenturgiverens omsætning. Eneforhandleren ses at foretage lignende investeringer som handelsagenten, da eneforhandlerforholdet ligeledes ofte beror på eneforhandlerens kompetencer og indsats, herunder når der henses til markedskendskabet og oparbejdelsen af kundekreds. På trods af manglende lovregulering vedrørende godtgørelse til eneforhandleren, har parterne i et eneforhandlerforhold dog typisk ikke indgået en aftale om goodwill-spørgsmålet.¹⁸¹ Det er således diskutabelt, hvorvidt eneforhandleren er berettiget til godtgørelse for oparbejdet goodwill ved leverandørens opsigelse.

¹⁷⁹ Godtgørelsen for oparbejdet goodwill er kendetegnet ved, at den skal sikre den fratrådte agent en kompensation for oparbejdelse af kundekredsen og forretningsforbindelser samt dennes dedikation til samarbejdet, jf. Iversen, 2013, s. 181.

¹⁸⁰ Svendsen, Michael H. 1994. Goodwill-erstatning i eneforhandlingsforhold. *Ugeskrift for Retsvæsen*. U.1994B.252. S. 1.

¹⁸¹ Ibid., s. 1.

Indledningsvist må det anføres, at det ikke er almindeligt antaget, at retsstillingen på området for eneforhandlere kan basere sig på en analogislutning fra reglerne om handelsagenterne.¹⁸² Dette beror bl.a. på den principielle forskel på rubriceringen af henholdsvis handelsagenten, som mellemmand, og eneforhandleren, som selvstændigt pligtsubjekt. Det anføres alligevel i litteraturen med hjemmel i retspraksis, at der under visse betingelser kan tilkendes eneforhandleren godtgørelse.

SHT 1960.12 vedrørte en eneforhandleraftale, som blev opsagt efter 5 år. Heri blev eneforhandleren både tilkendt erstatning for manglende opsigelsesvarsel og godtgørelse for kundetab under ét. Retten fastsatte erstatningen skønsmæssigt til 10.000 kr. og bemærkede, at eneforhandleren ved leverandørens adfærd havde lidt et kundetab, som måtte formodes at komme leverandøren og dennes nye forhandler til gode.

I en senere sag fra 1976, hvor eneforhandleraftalen efter 20 år blev opsagt, udtalte Sø- og Handelsretten, at en goodwill-godtgørelse, som eneforhandleren ikke var berettiget til, var betinget af, at den tidligere eneforhandler havde medvirket til, at den nye forhandler kunne blive i stand til at overtage de nye kunder, jf. U 1976.947 SH. Eneforhandleren blev ligeledes ikke tilkendt en goodwill-godtgørelse i U 1980.42 H. Højesteret udtalte i denne sag, at eneforhandleren i en lang årrække selv havde prisfastsat leverandørens produkter og havde således selv haft mulighed for at opnå dækning for sine omkostninger ved oparbejdelse af goodwill i form af kundekartoteket. Dette argument synes dog ikke at være holdbart, idet der i modsat fald vil være tale om en konkurrencebegrænsende aftale indgået i strid med konkurrenceretten. Ligeledes udtalte Højesteret, at kundekredsen var begrænset og velkendt. Sammenholdt med HAL § 25, stk. 1, nr. 1, modsætningsvis, kan det anføres, at dette ligeledes vil være udgangspunkt for et handelsagentforhold, såfremt der er tale om en begrænset kundekreds.¹⁸³

I U 1988.264 SH og U 1991.803 SH blev eneforhandleren omvendt tilkendt en goodwill-godtgørelse. Sidstnævnte sag vedrørte en eneforhandleraftale, der havde bestået i 16 år. Eneforhandleren havde indarbejdet leverandørens varemærke på det danske marked gennem salg af dennes produkter. Leverandørens produkter var ved sagens anlæg udgået, men eneforhandleren blev, trods dette, tilkendt godtgørelse for goodwill som følge af, at den goodwill, der var blevet oparbejdet, var kommet leverandøren til gode.

¹⁸² Svendsen, 1994, s. 1.

¹⁸³ Ibid., s. 2.

Det kan således anføres, at der ikke er et generelt krav om goodwill-godtgørelse til den eneforhandler, der har oparbejdet en kundekreds.

Karakteristisk for rettens tilkendelse af goodwill-godtgørelse til eneforhandleren er ifølge Svendsen (1994), at følgende betingelser er til stede:¹⁸⁴

”(1) Leverandøren skal have bragt samarbejdet til ophør uden at dette kan henføres til misligholdelse fra eneforhandlerens side, eller eneforhandleren skal have bragt samarbejdet til ophør på grund af misligholdelse fra leverandørens side.

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

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

Det bemærkes, at ovenstående opstillede betingelser, i store træk, ligner de betingelser, som følger af HAL § 25. Disse vil dog under alle omstændigheder, modsat HAL § 25, som er præceptiv, kun finde anvendelse, såfremt parterne ikke har aftalt andet vedrørende godtgørelse.

Modsat Svendsen argumenterer Wegener (1994) for, at man ikke vil kunne opstille sådanne betingelser for tilkendelse af godtgørelse for goodwill.¹⁸⁵ Både i SHT 1960.12, U 1976.947 SH, U 1988.264 SH og U 1991.803 SH opsiges eneforhandleren uden at dette er sket med fornødent opsigelsesvarsel. På denne baggrund anfører Wegener, at leverandøren er i misligholdelse og det deraf vil være naturligt at tilkende en form for erstatning.¹⁸⁶

Wegener anfører desuden, at dommene alle savner retlig begrundelse. Wegener anfægter den karakteristik af begrebet ”goodwill”, som henholdsvis domstolene og Svendsen har anlagt. Han bemærker, at begrebet ”goodwill” omfatter et forskelligt indhold under sagen U 1988.264 SH,

¹⁸⁴ Svendsen, 1994, s. 2.

¹⁸⁵ Wegener, Morten. 1994. ”Goodwill-erstatning” til eneforhandlere. *Ugeskrift for Retsvæsen*. U.1994B.350. S. 1.

¹⁸⁶ Ibid., s. 2.

hvor ”goodwill” refererer til afsætning af de *samme* produkter med *samme* mærke og derfor til den samme kundekreds, og sagen U 1991.803 SH, hvor der kun var en mærkemæssig identitet, men man derimod savnede produktmæssig identitet. Wegener anfægter således Svendsens manglende differentiering mellem sagernes anvendelse af goodwill-begrebet.¹⁸⁷ Slutteligt anfører Wegener et yderst interessant argument for den fortsatte analyse:¹⁸⁸

”Hertil kan føjes, at det i almindelighed må antages, at forhandlere som selvstændige erhvervsdrivende selv kan kalkulere deres risici, og at det ved aftalens indgåelse står dem frit for at betinge sig betaling for mulige »fordele«, lang tids uopsigelighed eller slet og ret at undlade kontrahering.”

I kontrast til de problemstillinger, som ofte opstår mellem leverandøren og eneforhandleren ved termination, kan man argumentere for, at kontraktparterne, herunder specielt eneforhandleren, selv kan indregne risici og betinge kontrakten af en ekstra betaling, selvom det ofte ses, at parterne undlader dette. Hvorfor dette efterhånden ikke synes at være en kutyme ved indgåelse af sådanne eneforhandleraftaler kan muligvis skyldes parternes differentierede økonomiske incitamenter. Det kan synes usandsynligt, at leverandøren vil indrømme indarbejdelsen af en godtgørelsesbestemmelse uden selv at blive økonomisk kompenseret på anden vis. Det må desuden anføres, at eneforhandleren i omvendt fald blot kan afholde sig fra at kontrahere, hvis dennes specifikke og fastlåste vilkår ikke kan opnås, hvilket ikke forekommer som værende i overensstemmelse med ønsket om strategisk kontrahering.

Ligeledes kan man argumentere for, at eneforhandlerkontrakten grundlæggende pålægger eneforhandleren en opgave om at øge afsætningen af leverandørens produkter. Til gengæld herfor tildeles eneforhandleren en eksklusiv ret og status på markedet, hvorfor en indrømmelse af goodwill-godtgørelse i nogle sammenhænge kan synes dubiøs.

Af senere retspraksis må U 2009.199 H og U 2013.736 H fremhæves. I førstnævnte dom blev forhandleren ikke tilkendt godtgørelse for goodwill med den begrundelse, at forhandleren havde et opsigelsesvarsel på op til to år. Dette er grundlæggende et udtryk for, at forhandleren, ved det lange opsigelsesvarsel, har mulighed for at indrette samt diversificere sin forretningsmodel. U 2013.736 H vedrørte en mundtlig aftale om samarbejde vedrørende salg af springvand og pumpesystemer til haveanlæg, som Højesteret anså for at være en eneforhandleraftale. Under

¹⁸⁷ Wegener, 1994, s. 1.

¹⁸⁸ Ibid., s. 2.

henvisning til Sø- og Handelsrettens afgørelse, tilkendte Højesteret ikke eneforhandleren godtgørelse for goodwill. I sagen fremkom Højesteret med en udtalelse, som må anses at være udgangspunktet i dansk ret, nemlig at der skal foreligge ”særlige omstændigheder”, førend en tilkendelse af godtgørelse for goodwill kan være berettiget.

Udelukkende et fåtal af domme kan derfor tages til indtægt for at tilkende eneforhandleren goodwill-godtgørelse, herunder U 1988.264 SH og U 2000.1581/2 H. Tilkendelserne synes dog også at være begrundet i, at der forelå ”ganske særlige omstændigheder”, herunder at eneforhandleren i de pågældende tilfælde havde foretaget store investeringer i køb af forhandlerrettigheder og investeret i markedsføringsaktiviteter. Eneforhandlerne havde i de pågældende sager forledt sig på et fremtidigt samarbejde og leverandøren fratog dem på denne måde muligheden for at få dækket afholdte omkostninger, hvorfor der var tale om sunkne investeringer. Endvidere kan man argumentere for, at domstolene har været tilbøjelige til ikke kun at tilkende en eneforhandler godtgørelse for goodwill i form af en oparbejdet kundekreds, men ligeledes godtgørelse for foretagne investeringer, der har sin primære værdi i samarbejdsrelationen og derfor ikke kan anvendes ved ophør (fuldstændigt irreversible investeringer).

Afslutningsvist må det anføres, at retstillingen på området ikke forekommer fuldstændig klar. Det kan dog konstateres, at goodwill-godtgørelsens hjemmel er retspraksis og det kan endnu ikke siges at udgøre en konkret sædvane inden for eneforhandlerretten. Det må i denne forbindelse konstateres, at der skal foreligge særlige omstændigheder, førhen godtgørelse for goodwill tilkendes. Hvorvidt sådanne særlige omstændigheder foreligger, beror på domstolenes skøn, hvorfor kontrahenterne, herunder særligt eneforhandleren, må indregne en risiko for, at domstolene kommer frem til et andet resultat end forventet. Spørgsmålet er, hvorvidt kontrahenterne kan kompensere for denne risiko ved at indarbejde reciprokke realoptioner eller gevinst- og hardshipklausuler under kontraktudformningen, der i så fald kan anvendes som en kompensation for goodwill-godtgørelsen.

3.4 TRANSAKTIONSOMKOSTNINGER I KONTRAKTKONCIPERING

Når der henses til det forhold, at parterne i et kontraktforhold må anses for at være begrænset rationelle, medfører dette ligeledes, at kontrahenterne udformer inkomplette kontrakter.¹⁸⁹ Der foreligger derfor en risiko for, at der opstår efterfølgende omstændigheder, som kontrahenterne

¹⁸⁹ Østergaard, 2016, s. 440.

ikke har taget forbehold for i kontrakten, hvorved en sådan problemstilling må løses med udgangspunkt i baggrundsretten. Spørgsmålet er herefter, hvorvidt parterne, med denne viden, kan koncipere kontraktvilkår, herunder når der henses til eneforhandlerkontaktens karakteristika, der juridisk og økonomisk synes mere rationelle med udgangspunkt i transaktionsomkostningsteorien.

Ved kontraktindgåelsen foreligger der en række transaktionsomkostninger ex ante såvel som ex post. Det er derfor essentielt for kontrahenterne at vurdere, hvorvidt parterne bør investere i yderligere transaktionsomkostninger ved kontraktkonciperingen med det formål at supplere baggrundsretten. Det er almindeligvis antaget, at transaktionsomkostningerne ex ante omfatter kontakt-, kontraktforhandlings- og kontraktudfærdigelsesomkostninger, mens omkostningerne ex post normalt udelukkende består af kontrolomkostninger. Som anført i afsnit 1.5.4.2.3 suppleres kontrolomkostningerne imidlertid af omkostninger til kontraktjustering samt kommunikation.¹⁹⁰ Kontraktjusteringsomkostningerne opstår som led i anvendelsen af eksempelvis en hardship- eller gevinstklausul. Som nævnt i afsnit 3.3.2 har kontrahenterne i et samarbejdsforhold en loyalitetsforpligtelse, der bl.a. indebærer en underretnings- og samarbejdsforpligtelse. Kommunikationspligten kan dog ikke umiddelbart udledes af loyalitetsforpligtelsen, hvorfor parterne bør indføre en sådan pligt i kontraktgrundlaget, herunder til vidensudveksling, idet dette medvirker til skabelsen af relationsrente. Dette vil naturligvis medføre transaktionsomkostninger.

Idet parternes kontraktkoncipering resulterer i en inkomplet kontrakt, må kontrahenterne indregne en risiko for, at domstolene ved en potentiel retssag kommer frem til et andet resultat end forventet. Parterne kan imidlertid forsøge at mindske denne risiko ved i forbindelse med kontraktkonciperingen at indlede kontrakten med en præambel, der redegør for parternes fælles vilje, da domstolene i så tilfælde kan tage udgangspunkt heri ved aftalefortolkningen og -udfyldningen.¹⁹¹ Ved udformningen af en præambel vil der dog forekomme transaktionsomkostninger ex ante, men det må antages, at disse er af begrænset karakter, når der henses til den betydning, præambelen kan få som styringsmekanisme ved domstolenes fortolkning og udfyldning. Dette må, ceteris paribus, anses at være i begge kontrahenternes interesse.

¹⁹⁰ Østergaard, 2016, s. 440.

¹⁹¹ Lando, m.fl., 2006, s. 114f.

Det kan i visse tilfælde være i parternes interesse ikke at udforme specifikke vilkår i kontrakten, såfremt baggrundsretten regulerer resultatet i overensstemmelse med parternes ønske.¹⁹² Set ud fra et retsøkonomisk synspunkt skyldes dette, at det kan være ønskværdigt for parterne, at domstolene fortolker og udfylder deres aftale, for derved at undgå store transaktionsomkostninger ved kontraktkonciperingen.¹⁹³ Imidlertid kan en fuldstændig overladelse af fortolkning og udfyldning til domstolene i visse tilfælde være problematisk, selvom baggrundsrettens regulering synes at være klar. Dette skyldes navnlig, at domstolene baserer deres vurdering på et skøn, hvorfor resultatet kan afvige fra baggrundsrettens sædvanlige regulering, hvilket eksempelvis var tilfældet i U 2000.656 H. Den konkrete sag vedrørte Det Kongelige Teaters opsætning af en ballet, hvor kunstneren Sebastian skulle forestå komponeringen af musikken dertil. Sebastian modtog et honorar på 100.000 kr. ved kontraktens underskrift og skulle herefter modtage et variabelt honorar for hver opførelse af balletten. Balletten blev imidlertid aldrig opsat, og Sebastian modtog ingen kompensation herfor. Sebastian påstod Det Kongelige Teater tilpligtet til at opfylde aftalen (*naturalopfyldelse*), subsidiært erstatning for manglende opførelse af balletten. Højesteret tog imidlertid ingen af disse påstande til følge med den begrundelse, at Det Kongelige Teater ikke havde udvist en illoyal adfærd over for Sebastian, selvom der ikke var tale om en force majeure situation. Højesteret baserede deres resultat på en direkte aftalesupplering uden anvendelse af obligationsrettens almindelige del eller *lex specialis*. Der kan dog stilles spørgsmålstejn ved, hvorvidt resultatet ville have været anderledes, såfremt der var taget udgangspunkt i baggrundsretten, herunder parternes loyalitetsforpligtelse. Når der henses til sagens nærmere omstændigheder, er der flere forhold som taler for, at Det Kongelige Teater i den konkrete sag handlede illoyalt, hvilket havde medført, at der var handlet ansvarspådragende, der dermed havde givet adgang til at kræve erstatning, jf. også afsnit 3.3.3. Dommen statuerer således et eksempel på en obligationsretlig anomali og illustrer, hvorledes en manglende konkretisering af parternes rettigheder og pligter kan være årsag til uklarheder i forhold til domstolenes resultat, når der opstår en situation, som ikke er nærmere reguleret i kontrakten.

På baggrund af ovenstående må det således konstateres, at der foreligger en vis usikkerhed ved at lade konkrete problemstillinger være udeladt fra kontrakten. Når der henses til afhandlingens problemformulering, må det imidlertid bemærkes, at der ikke foreligger nogen kendt retspraksis, som behandler spørgsmålet om brugen af reciprokke realoptioner såvel som gevinst- og hardshipklausuler i eneforhandlerforhold. Såfremt kontrahenterne i

¹⁹² Andersen og Madsen, 2017, s. 433.

¹⁹³ Shavell, Steven. 2006. In the Writing and the Interpretation of Contracts. *The Journal of Law, Economics, & Organization* 22(2): 289-314. S. 289.

eneforhandlerforholdet ønsker at indsætte sådanne realoptioner eller klausuler i kontrakten, må dette forventes at være forbundet med betydelige transaktionsomkostninger, idet der ikke er tale om vilkår, som er sædvanlige. Der foreligger imidlertid også en usikkerhed om parternes retsstilling i tilfælde af misligholdelse, særligt når der henses til godtgørelsesbetragtningen, der er nærmere behandlet i afsnit 3.3.5. Kontrahenterne i eneforhandlerforholdet bør således foretage en afvejning af risikoen ved ikke at regulere et forhold i kontrakten over for de transaktionsomkostninger, som vil være forbundet med konciperingen af reciprokke realoptioner. Kontrahenterne kan endvidere overveje, hvorvidt man som alternativ hertil bør benytte åbne eller halvåbne klausuler i stedet, som eksempelvis en hardship- eller en gevinstklausul. Dette vil blive nærmere behandlet i kapitel 5.

3.5 PROBLEMSTILLINGER VED ET KONVENTIONELT ENEFORHANDLERFORHOLD

Den fundamentale ide inden for transaktionsomkostningsteorien er, at parternes incitamenter ændrer sig, når kontrakten først er indgået. Parterne kan i større grad have incitament til at forfølge egne interesser, som følge af deres opportunistiske adfærd. I et konventionelt eneforhandlerforhold kan dette give anledning til en række problemstillinger, herunder særligt når der henses til eneforhandlerens relationsspecifikke investeringer.

3.5.1 Relationsspecifikke investeringer

Det anføres, at investeringen i relationsspecifikke aktiver er én af de faktorer, som er medvirkende til at skabe relationsrente.¹⁹⁴ Investeringerne i samarbejdet er centrale, idet parterne kan opnå konkurrencefordele, som ikke på samme måde skabes uden for relationen. I det følgende skal de mulige forestående relationsspecifikke investeringer i eneforhandlerforholdet diskuteres. Det bemærkes, at en *relationsspecifik investering* undertiden også kan betegnes som en *aktivespecifik investering*.

3.5.1.1 Definition af aktiv- og relationsspecifikke investeringer

Aktivespecifitet defineres undertiden som:¹⁹⁵

“The degree to which a resource is committed to a specific task and thus cannot be redeployed to alternative uses without a substantial reduction in its value.”

¹⁹⁴ Dyer og Singh, 1998, s. 662.

¹⁹⁵ Hendrikse, 2003, s. 451.

At en investering kan karakteriseres som *aktivespecifik* betyder således, at investeringen ikke vil kunne opnå den samme værdi, såfremt den anvendes til et andet formål eller i en anden situation end den, som investeringen er foretaget med henblik på. I nogle situationer taler man om, at investeringen har en væsentligt lavere værdi i en alternativ anvendelse og i andre situationer taler man om, at investeringen slet ingen værdi har i en alternativ anvendelse. Er der tale om en investering, der sker som led i et samarbejdsforhold, kan man undertiden betegne disse aktivespecifikke investeringer som *relationsspecifikke investeringer*.

I sin transaktionsomkostningsteori definerer Williamson (1979) 3 typer af aktivespecificitet, henholdsvis lokations-specificitet, fysisk aktivespecificitet og human-aktivespecificitet.¹⁹⁶ Under hvilken kategori en investering indplaceres er i teorien underordnet, idet det relevante for, hvorvidt muligheden for hold-up er til stede, er, om investeringen i sin helhed kan betragtes som aktivespecifik.

3.5.1.2 Mulige relationsspecifikke investeringer i eneforhandlerforholdet

I relation til eneforhandlerforholdet kan det tænkes, at der opstår et behov for, at parterne, herunder særligt eneforhandleren, foretager en række relationsspecifikke investeringer. Det kan desuden anskues således, at eneforhandleren, over tid, har investeret i ressourcer, som i udgangspunktet ikke har været relationsspecifikke, men er blevet dette. Det må bemærkes, at nedenstående former for relationsspecifikke investeringer ikke udgør en udtømmende opstilling.

Kundekartotek

Indledningsvist må det anføres, at eneforhandleren, gennem sit virke som repræsentant for leverandøren, oparbejder et forhold til sine kunder, herunder at eneforhandleren udformer mere konkrete kundekartoteker eller opnår særlige forretningsforbindelser. Indsatsen for oparbejdelse af kundekredsen (goodwill) er udgangspunktet i sagerne omtalt i afsnit 3.3.5, hvorfor netop denne form for investering synes relevant at diskutere som en relationsspecifik investering. Investeringerne i opbyggelse af kundekartotek kan være et udtryk for en relationsspecifik investering, der oparbejdes over tid, idet eneforhandlerens kontakt til kunder og forretningsforbindelser ofte er specifikt knyttet til leverandørens produkter, hvorfor disse ikke synes at være anvendelige i andre sammenhænge. I så tilfælde mister eneforhandleren

¹⁹⁶ Williamson, Oliver E. 1979. Transaction-Cost Economics: The Governance of Contractual Relations. *Journal of Law and Economics* 22(2): 233-261. S. 242.

sine kunder og forretningsforbindelser ved leverandørens terminering af kontrakten. Oparbejdelse af kundekartotek og forretningsforbindelser kan således ses som værende en human-aktivespecifik investering. Omvendt kan eneforhandleren i visse tilfælde søge nye handelsveje og stadig afsætte relevant og substituerbare og/eller komplementærbare produkter til samme kunder. I disse tilfælde kan eneforhandlerens relationer til kunder og forretningsforbindelser fortsat være fordelagtige og profitable, selvom eneforhandlerens engagement med leverandøren termineres.

På baggrund af ovenstående konstateres det således, at investeringer i kundekartotek og forretningsforbindelser ofte er relationsspecifikke investeringer for eneforhandleren. Denne form for investering synes at være særlig fremtrædende i eneforhandlerforholdet, idet afsætningen ofte vedrører komplekse produkter, hvortil specifikke kunder og forretningsforbindelser anses for at være af afgørende betydning.

Salgsmateriale og markedsføring

Det ses, at leverandøren, i kontrakten med eneforhandleren, forpligter denne til at bruge en vis procentdel af sin omsætning på produkterne til markedsføring af leverandørens produkter i området.¹⁹⁷ Denne investering er givetvis indkalkuleret i eneforhandlerens profit, men udgør således en sunken irreversibel investering, der kan karakteriseres som relationsspecifik. Dette skyldes, at eneforhandleren ikke opnår fordele af denne markedsføring af leverandørens produkter, såfremt der skulle blive tale om et ophør af kontrakten. Ligeledes vil salgsmateriale, der specifikt er målrettet leverandørens produkter, være ubrugeligt for en opsagt eneforhandler. Dette var bl.a. omdrejningspunktet i U 1980.42 H, hvor eneforhandleren ønskede erstatning for salgsmateriale, herunder kataloger, papirmateriale mv. med leverandørens mærke på samt for det varelager, som eneforhandleren havde opbygget. Sø- og Handelsretten udtalte, at materialet:

"(...) må anses for et rimeligt led i markedsføringen af produkterne, og da det ikke kan lægges sagsøgte [eneforhandleren] til last, at et betydeligt materiale ikke var brugt ved samhandlens ophør, og at investeringer således var spildt, bør sagsøgeren [leverandøren] bære en del af tabet herved. (...) Da det - også i sagsøgerens interesse måtte anses for påkrævet for handlens uforstyrrede fortsættelse indtil eneforhandlingens ophør, at sagsøgte opretholdt et vist lager af sagsøgerens

¹⁹⁷ Se bl.a. standardkontrakt for eneforhandleraftaler fra Dansk Erhverv: https://www.danskerhverv.dk/varktøjer/distributoer/?fbclid=IwAR2EJ44MG3Bm3_2o3PjlrX0R1M1paBk9NIlf6a7B_yqVhma7x6ASBy-9PKy8 (besøgt den 15/02/2020).

produkter, og da sagsøgte efter det foreliggende har bestræbt sig på i afslutningsperioden at afvikle lageret i videst muligt omfang, findes sagsøgeren endvidere, når man ikke ønsker at overtage lageret, at være pligtig at erstatte sagsøgte hans tab som følge af, at salg af restlageret af indkøbsværdi ca. 100.000 kr. ved ophøret af forhandlingsretten er blevet væsentlig vanskeligere eller umulig, i hvert fald uden betydeligt tab.”

Af rettens bemærkninger fremgår det, at investeringen i salgsmateriale kunne anses som ”spildt” og at dette ikke skulle komme eneforhandleren til skade. På denne baggrund må det anføres, at investeringer i leverandørspecifikt salgsmateriale samt markedsføring er en relationsspecifik investering. Det kan imidlertid diskuteres, hvorvidt der foreligger en bagatelgrænse i relation til godtgørelse for salgsmaterialet.

Materiel

For at aftagningen og afsætningen af leverandørens produkter vil være mulig, vil nogle eneforhandlere være nødsaget til at investere i maskiner eller andet materiel, der har en vis sammenhæng med leverandørens produkt(er), herunder f.eks. for at kunne afsætte produktet (montre, automater mv.). Dette ses ofte at være tilfældet, når eneforhandleren afsætter yderst komplekse produkter. I tilfælde af at eneforhandleren yder en eftersalgs-, garanti- eller reparationservice kan man ligeledes overveje, om der eksisterer et behov for eneforhandleren til at investere i materiel, der er relationsspecifikt i forhold til leverandørens produkt. Disse former for investeringer synes at kunne foreligge i større og mindre udstrækning.

Uсолgte produkter ved opsigelse (lagerbeholdning)

Ved opsigelse af eneforhandleraftalen har eneforhandleren ofte en periode til at afhænde de af leverandøren erhvervede produkter. Hvis eneforhandleren efter periodens ophør er i besiddelse af usolgte leverandørprodukter og eneforhandleren ikke er berettiget til at afsætte disse til andre, står det klart, at der herved har været tale om en relationsspecifik investering, da produkterne i så fald ingen værdi for eneforhandleren har i en anden relation. Spørgsmålet er desuden, om leverandøren er forpligtet til at kompensere eneforhandleren for denne investering eller om eneforhandleren er berettiget til at kræve, at leverandøren køber de usolgte produkter tilbage. I U 1980.42 H var det rettens konklusion, at leverandøren skulle erstatte eneforhandlerens tab ved restlageret, som var opretholdt i leverandørens favør, når leverandøren ikke ønskede at overtage lageret.

Specialiserede medarbejdere

Slutteligt må det anføres, at eneforhandleren, som eksklusiv forhandler af leverandørens produkter, kan være underlagt en forpligtelse til at uddanne sine medarbejdere eller specialisere sig gennem leverandørspecifikke kurser. Der kan være tale om salgskurser, der er direkte målrettet til kendskab og salg af leverandørens produkter. Denne form for investering anses at være af væsentlig betydning i leverandør-forhandler-forholdet.¹⁹⁸ I tilfælde af at eneforhandleren har investeret i at specialisere sig selv eller medarbejdere i leverandørens produkter, salg af disse eller anden form for uddannelse relateret til leverandørens produkter, vil der ligeledes være tale om relationsspecifikke investeringer.

3.5.1.3 Sammenfatning om relationsspecifikke investeringer

Det ses på baggrund af ovenstående, at en del af eneforhandlerens relationsspecifikke investeringer, der foretages som led i samarbejdet, oparbejdes over tid. Eneforhandlerens relationsspecifikke investeringer er således ikke udelukkende karakteriseret ved initiale relationsspecifikke investeringer. I det konventionelle eneforhandlerforhold kan dette medføre en række udfordringer, særligt under hensyntagen til termineringsdilemmaet samt hold-up-problematikken. Når investeringerne oparbejdes over tid, kan det være vanskeligt for kontrahenterne at værdiansætte ex ante kontraktindgåelsen, og der foreligger, som følge heraf, en risiko for, at der senere kan opstå uenigheder om værdisætningen af eneforhandlerens relationsspecifikke investeringer.

3.5.2 Termineringsdilemmaet

En problematik, der ofte ses ved konventionel kontrahering i eneforhandlerforhold, er eneforhandlerens termineringsdilemma. Ved *termineringsdilemma* forstås, at eneforhandleren ledes til at yde en medium indsats for netop at undgå, at leverandøren opsiger denne efter en rum tid, efter udløb af en eventuel uopsigelsesperiode eller at eneforhandlertaften ikke bliver forlænget ved udløb.¹⁹⁹ I det klassiske PA-forhold antages det, at agenten altid vil yde den lavest mulige indsats og dermed høste højest mulig payoff, hvilket navnlig ses, når der er tale om et ikke-gentaget spil. Dette er imidlertid ikke en mulighed for eneforhandleren, idet en lav indsats bevirker risiko for opsigelse fra leverandørens side med henblik på udpegning af en ny eneforhandler. Modsat vil en høj indsats fra eneforhandlerens side få det pågældende

¹⁹⁸ Weiss, Allen M. Og Kurland, Nancy. 1999. Holding Distribution Channel Relationships Together: The Role of Transaction-Specific Assets and Length of Prior Relationship. *Organization Science* volume 8(6): 612-623. S. 613f.

¹⁹⁹ Petersen, m.fl., 2006, s. 324.

marked til at fremstå lukrativt, hvilket kan skabe incitament for leverandøren til selv at etablere en salgskanal på eneforhandlerens område og dermed opsige engagementet med eneforhandleren.²⁰⁰ Herved forstås, at leverandøren internaliserer afsætningen i sin virksomhed. Eneforhandleren er, som følge af termineringdilemmaet, i forhold til at bevare samarbejdet, bedst stillet ved at yde en medium indsats. Man taler undertiden om, at eneforhandleren ”*shirker*”²⁰¹ eller udviser moral hazard. I PA-teorien agerer agenten opportunistisk og udnytter derfor den asymmetriske information til egen fordel, men på bekostning af og med tab for principalen. Agentens skulkende adfærd forklares ved, at dennes nytte ofte er større ved andre aktiviteter end dem, som principalen ønsker, agenten foretager.²⁰² I dette tilfælde skjuler eneforhandleren information om markedet og muligheden for at skabe merprofit for leverandøren, således at denne opnår et mindre salg end egentlig berettiget. Det står derfor klart, at eneforhandlerens og leverandørens incitamenter i et konventionelt eneforhandlerforhold kan være uforenelige.

Den asymmetriske information mellem eneforhandleren og leverandøren vil endvidere bevirke, at leverandøren ikke er i stand til at afgøre, om et ringere salg sker som følge af et svigtende marked (eksogene faktorer) eller som følge af eneforhandlerens svigtende indsats (endogene faktorer).²⁰³

Termineringsdilemmaet bevirker særligt, at eneforhandleren ikke har incitament til at udnytte den potentielle gevinst, der foreligger, hvis denne yder en højere indsats. Eneforhandleren har således ikke incitament til at overopfylde kontraktens volumenkrav vedrørende minimumomsætning. Dilemmaet skaber derfor incitamentsuforenelighed mellem eneforhandleren og leverandøren. Begge parter risikerer at gå glip af den mulige foreliggende gevinst. Eneforhandlerens shirking er et incitamentsforenelighedsproblem inden for konventionel kontrahering. Oprindeligt forebygges shirking gennem overvågning, output-baseret aflønning og med korte opsigelsesvarsler.²⁰⁴ Den konventionelle tilgang til agentens shirking synes dog at være kompliceret og uforholdsmæssig byrdefuld i et eneforhandlerforhold, og denne tilgang synes desuden ikke at være optimal ved udøvelsen af strategisk kontrahering, der i højere grad bygger på tillid.

²⁰⁰ Petersen, m.fl., 2006, s. 324.

²⁰¹ Shirking/skulkning forekommer, ifølge PA-teorien, fordi, agenten og principalen har forskellige incitamenter og fordi, agentens nytte ved at yde ekstra indsats er mindre end det payoff, han opnår.

²⁰² Petersen, m.fl., 2006, s. 319.

²⁰³ Ibid., s. 320.

²⁰⁴ Ibid., s. 320.

3.5.3 Hold-up-problematikken

Et parallelt problem, der kan opstå i eneforhandlerforhold, er hold-up-problematikken. *Hold-up* anvendes som udtryk for en opportunistisk adfærd, hvor en part udnytter og profiterer sig ved at tilegne sig fordele og bedre betingelser end oprindeligt fastlagt ved samarbejdets begyndelse. Dette sker på bekostning af medkontrahenten, som udnyttes, fordi denne nu står i en mindre forhandlingsdygtig situation.

Hold-up-problemet opstår som følge af leverandørens ex post kontraktindgåelse opportunistiske adfærd, og som er muligt, når der udformes inkomplette kontrakter samt når eneforhandleren har foretaget investeringer, der i en eller anden grad kan karakteriseres som relationsspecifikke. Leverandøren kan i sådanne tilfælde udnytte vage bestemmelser samt eneforhandlerens dårligere forhandlingssituation til at tilegne sig bedre kontraktvilkår. Dette sker f.eks. ved trussel om opsigelse, såfremt eneforhandleren ikke indordner sig. De relationsspecifikke investeringer foretages som led i at skabe dedikation i samarbejdet, som er centralt for udøvelse af strategisk kontrahering,²⁰⁵ men såfremt investeringerne alene afholdes af den ene kontraktpart, skaber dette grobund for en dårligere forhandlingssituation for denne. Det anføres på denne baggrund, at strategisk kontrahering udelukkende kan opnås ved gensidig dedikation og engagement.²⁰⁶

Som anført i afsnit 3.5.1.2 kan eneforhandleren foretage en række relationspecifikke investeringer, hvorved der bliver tale om sunkne, irreversible investeringer. En investering i relationsspecifikke aktiviteter ex post kontraktindgåelse øger eneforhandlerens afhængighed af leverandøren i samarbejdet, idet investeringen ingen eller lille værdi har i en anden relation. Eneforhandlerens ensidige investering skaber således en risiko for hold-up. Leverandøren kan terminere aftalen og investeringen vil, såfremt denne ikke er afskrevet eller har givet afkast fra sig, være spildt. Risikoen for hold-up kan afskrække eneforhandleren fra at foretage relationsspecifikke investeringer og dermed realisere det fulde udbytte af samarbejdet eller helt at indgå et samarbejde med leverandøren.²⁰⁷

Som beskyttelsesværn mod truslen for hold-up anføres der en række løsninger, der kan skabe dedikation i samarbejdet. Petersen og Østergaard (2018) anfører, at leverandøren selv kan

²⁰⁵ Petersen og Østergaard, 2018, s. 270.

²⁰⁶ Ibid., s. 270.

²⁰⁷ Obadia, Claude, Bello, Daniel C., og Gilliland, David, I. 2015. Effects of exporters' incentives on foreign distributors' role performance. *Journal of International Business Studies* 46(4): 960-983. S. 962.

foretage de relationsspecifikke investeringer, hvorved leverandøren påtager sig en del af risikoen og derved viser engagement i samarbejdet.²⁰⁸ Ligeledes kan bestemmelser om en lang kontraktperiode, aftale om lang opsigelsesfrist eller en form for kompensation (godtgørelse for goodwill) ved opsigelse udgøre beskyttelsesværn mod hold-up-truslen. Derudover er det omdiskuteret, om realoptioner kan udgøre beskyttelsesværn mod hold-up ved den ene parts dedikation gennem relationsspecifikke investeringer.²⁰⁹ Dette vil i relation til eneforhandlerforholdet blive behandlet nærmere i kapitel 4.

3.5.4 Sammenfatning om den juridiske beskyttelse ved terminering

På baggrund af ovenstående analyse af de juridiske og økonomiske problemstillinger som konventionel kontrahering i eneforhandlerkontrakter kan give anledning til, må det konstateres, at konventionel kontrahering i eneforhandlerforhold særligt giver anledning til en række risici og udfordringer for eneforhandleren. At risikoen i højere grad overvælttes på eneforhandleren og at denne ved terminering ikke med sikkerhed kompenseres herfor, giver anledning til, at der opstår incitamentsuforenelighed i samarbejdet og dette kan potentielt forhindre kontrahenterne i at udøve strategisk kontrahering. I tilfælde af at parterne ønsker at udøve strategisk kontrahering og øjne mulighed for at skabe relationsrente, vil det foreliggende juridiske grundlag, som primært er funderet i baggrundsretten, ikke være gavnligt herfor. Dette skyldes bl.a., at det juridiske grundlag ikke i tilstrækkelig grad beskytter eneforhandleren, herunder de investeringer denne foretager, mod hold-up. Ligeledes beskytter baggrundsretten ikke eneforhandleren i tilstrækkelig grad, såfremt leverandøren vælger at terminere samarbejdet. Som følge af parternes opportunistiske adfærd og fokus på egenoptimering, vil grundlaget for parternes udøvelse af strategisk kontrahering kræve en ændring af kontraktgrundlaget, herunder eneforhandleraftalens indhold og udstrækning, således at denne i højere grad udgør et proaktivt styringsværktøj.²¹⁰

3.6 DELKONKLUSION

På baggrund af ovenstående analyse må det konkluderes, at leverandøren ofte har en interesse i at uddelegere enesalgsretten til en forhandler, når leverandøren ønsker at eksportere sine produkter til områder og kundesegmenter, som denne ikke har erfaring med. Eneforhandleren kan gennem enesalgsretten opnå en eksklusiv ret og status på markedet, der kan danne

²⁰⁸ Petersen og Østergaard, 2018, s. 270.

²⁰⁹ Petersen, m.fl., 2019, s. 2.

²¹⁰ Østergaard og Holle, under publicering, s. 9.

grundlag for større profit, hvorfor denne ligeledes kan have et incitament til at indgå i samarbejdsforholdet. Eneforhandlerkontrakten kan grundlæggende anses for at være opdelt i to kontrakter, henholdsvis en forhandleraftale og en købeaftale, hvorfor eneforhandlerkontrakten anses for at have karaktertræk fra flere kontrakttyper. Der forefindes ikke nogen *lex specialis*, der regulerer eneforhandlerforholdet, hvorfor obligationsrettens almindelige del må regulere kontrahenternes rettigheder og forpligtelser. Det må dog konkluderes, at det juridiske beskyttelsesværn ikke i tilstrækkelig grad beskytter særligt eneforhandleren mod de problematikker, der kan opstå i et konventionelt eneforhandlerforhold.

Som følge af baggrundsrettens manglende beskyttelse af eneforhandleren, må det konkluderes, at eneforhandleren ved indgåelsen af en eneforhandlerkontrakt pålægges en betydelig risiko, herunder som følge af dennes foretagelse af en række relationsspecifikke investeringer i samarbejdet. Den manglende beskyttelse af eneforhandleren afstedkommer en række incitamentsproblemer i kontraktforholdet, eftersom eneforhandleren ikke vil handle i overensstemmelse med leverandørens interesser, som følge af risikoen for hold-up samt termineringsdilemmaet. Dette medfører, at det fulde gevinstpotentiale samt muligheden for skabelse af relationsrente ikke realiseres. Det må således konkluderes, at der er rum for forbedring af det klassiske eneforhandlerforhold gennem strategisk kontrahering.

På baggrund af ovenstående skal det, i de forestående kapitler, analyseres, hvorvidt anvendelse af reciprokke realoptioner samt gevinst- og hardshipklausuler kan afhjælpe dele af disse problematikker samt skabe grundlag for strategisk kontrahering og skabelsen af relationsrente. Dette sker gennem et fokus på en forbedring af gevinst- og risikoallokeringen mellem kontrahenterne.

Kapitel 4

Reoptioner i eneforhandlerkontrakter

Med udgangspunkt i de i kapitel 3 anførte problemstillinger, der kan opstå i et konventionelt eneforhandlerforhold, behandler dette kapitel, hvorvidt brugen af proaktive bestemmelser i form af reciprokke reoptioner kan eliminere disse. Indledningsvist redegøres der for antagelserne for brugen af reoptioner, hvorefter det analyseres, hvorvidt indarbejdelse af reoptioner i kontraktgrundlaget kan forbedre kontrahenternes gevinst- og risikoallokering samt skabe relationsrente. Slutteligt vurderes det i hvilke tilfælde reoptioner i eneforhandlerforhold er fordelagtige, samt hvorvidt reoptionerne kan løse de nævnte problemstillinger.

4.1 TEORIEN OM REALOPTIONER

Det er en forudsætning for vurderingen af reoptionernes påvirkning af kontrahenterne i et eneforhandlerforhold at fastlægge antagelserne bag brugen af reoptioner samt optionernes karakteristika. Det bemærkes i denne forbindelse, at antagelserne for reoptionerne gøres kompatible, således at de er anvendelige på eneforhandlerforholdet.

4.1.1 Reoptioner

Det kan generelt anføres, at indgåelse af længerevarende samarbejdsforhold er forbundet med en vis usikkerhed hos kontrahenterne. Dette skyldes, at parterne er begrænset rationelle, hvorfor det ikke er muligt at udforme komplette kontrakter.²¹¹ For at kompensere for denne begrænsning, anføres det som en mulighed, at parterne indarbejder reoptioner i kontraktgrundlaget.²¹² Formålet med reoptionerne er grundlæggende, at give kontrahenterne en mulighed for at udtræde af samarbejdet på en fair måde ved at kontrahenterne initialt aftaler, hvordan prisen for overtagelse eller overdragelse af de underlæggende aktiver skal fastsættes, samt inden for hvilken løbetid overtagelsen eller overdragelsen kan ske.

Reoptionerne giver grundlæggende kontrahenterne en ret til henholdsvis at investere i (købsret) eller afhænde (salgsret) nærmere specificerede aktiver i en given periode (optionens

²¹¹ Hendrikse, 2003, s. 19 og 94.

²¹² Adner, Ron og Levinthal, Daniel A. 2004. What Is Not Real Option: Considering Boundaries for the Application of Real Options to Business Strategy. *The Academy of Management Review* 29(1): 74-85. S. 74.

løbetid).²¹³ Kontrahenterne får således mulighed for at foretage en investering eller afhænde nærmere bestemte aktiver i fremtiden til en på forhånd fastlagt pris.²¹⁴ Retten til at købe et reelt aktiv under nærmere bestemte forudsætninger betegnes som en *call-option*, mens retten til at sælge et reelt aktiv under samme forudsætninger betegnes som en *put-option*.²¹⁵ Det er centralt, at realoptionerne har en økonomisk værdi for begge parter, for at optionerne kan og vil eksistere.²¹⁶ Retten til at udnytte sin call- eller put-option kan sælges på samme måde som det underliggende aktiv, der ligger til grund for optionen.²¹⁷ Det er værd at bemærke, at optionerne alene giver kontrahenterne en ret til at købe eller sælge et givent aktiv og ikke skal ses som en forpligtelse.²¹⁸ Det forhold, at udnyttelsen af realoptionerne kun udgør en rettighed og ikke en forpligtelse, medfører en øget fleksibilitet i samarbejdet, idet parterne herved kan eliminere negative pengestrømme ved at udnytte optionerne, selvom dette åbenbart vil medføre et tab.²¹⁹ Denne fleksibilitet er medvirkende til at minimere kontrahenternes risici forbundet med indgåelse af kontrakten og dermed øge incitamentet til netop at indgå kontrakten.

Ofte vil kontrahenternes beslutningstagning foregå under usikkerhed, særligt relateret til det forhold, at markedet, som disse opererer på, er dynamisk og kontinuerligt udvikler sig som følge af eksogene faktorer. Det er derfor ofte uforudsigeligt at fastlægge, hvordan det pågældende marked vil se ud i fremtiden. Indarbejdelsen af realoptioner i kontraktgrundlaget kan minimere risiciene forbundet med kontrahenternes usikkerhed om det fremtidige marked. Det må imidlertid bemærkes, at indarbejdelsen af realoptionerne forudsætter at kontrahenterne som minimum kan forudsige sandsynligheden for et givent markedsudfald. Det er derfor nødvendigt, at parterne har en grad af komplet rationalitet i relation til markedsudfaldene. Foruden dette må det bemærkes, at put- og call-optionerne er nødsaget til at være af mere komplet karakter for at være anvendelig som styringsværktøj i kontrakten. Indarbejdelsen af realoptionerne kan således give anledning til en række udfordringer ved kontraktkonciperingen, ligesom dette kan

²¹³ Buckley, P. J., Casson, M. og Gulamhussen, M. A. 2005. *Internationalisation – Real Options, Knowledge Management and the Uppsala Approach*. I Rugman, Alan M. og Li, Jing, *Real Options and International Investment*: 3-35. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited. S. 4f.

²¹⁴ Adner og Levinthal, 2004, s. 75.

²¹⁵ Petersen, m.fl., 2019, s. 5f.

²¹⁶ Ibid., s. 1.

²¹⁷ Buckley, m.fl., 2005, s. 5.

²¹⁸ Kogut, Bruce. 1991. Joint Ventures and the Option to Expand and Acquire. *Management Science* 37(1): 19-33. S. 19.

²¹⁹ Adner og Levinthal, 2004, s. 78.

være forbundet med betydelige transaktionsomkostninger,²²⁰ som kontrahenterne ikke har mulighed for at få tilbage, uanset om realoptionen anvendes på et senere tidspunkt eller ikke.

4.1.2 Realoptionsteoriens traditionelle forudsætninger

Tidligere realoptionsstudier har beskæftiget sig med, hvorvidt realoptioner kunne anvendes som en indgang til nye og ukendte markeder (såkaldte "entry-mode-modeller"). Studierne har hovedsageligt haft joint ventures som fokus. Disse studier har traditionelt betinget deres undersøgelser af fire forudsætninger,²²¹ som behandles nærmere nedenfor.

For det første har det traditionelt været en forudsætning, at det marked, som kontrahenterne ønsker at træde ind på og dets attraktivitet, er *ukendt for kontrahenterne*. Det bør således ikke være muligt at fastlægge hvilke dele af markedet, der er særligt attraktive eller hvorvidt betydelige omkostninger vil være forbundet med en eventuel indtræden på markedet ex ante. Hvorvidt markedet er attraktivt eller ej vil blive afsløret med tiden, uagtet om kontrahenterne udsætter foretagelsen af deres betydelige, irreversible investeringer.²²² For det andet forudsættes det traditionelt, at kontrahenterne har *asymmetrisk information i relation til fremtidig værdi af forholdet*, idet den indtrædende part antages at have mere information end den allerede etablerede part.²²³ For det tredje koncentrerer studierne sig primært om *brugen af call-optioner*, hvorfor der, modsat det fokus, der er anlagt i nærliggende afhandling, ikke er tale om brug af reciprokke realoptioner. Som det fjerde og sidste forudsættes det – i relation til den tredje forudsætning – at det er *den indtrædende part, der besidder call-optionen*, hvorfor det er denne part, som vil optjene enhver værdi, der opstår ved udnyttelsen heraf.²²⁴

Disse traditionelle forudsætninger giver dog anledning til nærmere diskussion, når der henses til eneforhandlerforholdets karakteristika.

²²⁰ Petersen, Bent, Benito, Gabriel R.G. og Welch, Lawrence S. Unpublished, working paper 2020. Foreign Operation Mode Flexibility: Tradeoffs and Managerial Responses. S. 5.

²²¹ Petersen, m.fl., 2019, s. 6.

²²² Ibid., s. 6.

²²³ Ibid., s. 6f.

²²⁴ Ibid., s. 6.

4.1.3 Modifikation og applikation af realoptionsteoriens traditionelle forudsætninger

De traditionelle forudsætninger bag realoptionsteorien må modificeres og suppleres for at kunne applikeres på eneforhandlerforholdet.

Ad 1) Ukendt for begge kontrahenter

Det må indledningsvist anføres, at den traditionelle antagelse om, at det relevante marked og dets attraktivitet er ukendt for begge kontrahenter, ikke synes at gøre sig gældende på eneforhandlerforholdet. Dette skyldes, at eneforhandleren ses allerede at være etableret på markedet, hvorfor denne som minimum må have et vist kendskab hertil. Det kan endvidere ikke afvises, at leverandøren kan have et kendskab til det relevante marked. På trods af at det relevante marked ikke synes ukendt for begge kontrahenter, foreligger der imidlertid fortsat en usikkerhed om fremtidsudsigterne på markedet, der gør sig gældende for leverandøren såvel som eneforhandleren. Det må imidlertid antages, at kontrahenterne har et sådant markedskendskab, at de som minimum kan opnå viden og enighed om sandsynligheden for et givent markedsudfald, ligesom kontrahenternes markedskendskab synes at udvides over tid.

Ad 2) Asymmetrisk information

I modsætning til de traditionelle forudsætninger, kan man i relation til eneforhandlerforholdet argumentere for, at der foreligger *informationssymmetri* med hensyn til den fremtidige værdi af eneforhandlerforholdet. Det må formentlig kunne afvises, at leverandøren, *som den indtrædende part*, har mere information vedrørende værdien af samarbejdet, som tidligere studier anfører. En asymmetrisk værdiansættelse af call-optionen vil kun kunne forekomme, hvis eneforhandleren, *som den etablerede part*, negligerer muligheden for såkaldte ”uventede gevinster” og derfor ignorerer eller underestimerer risikoen ved, at leverandøren udnytter call-optionen og inkasserer gevinsten ved selv at overtage salget produkterne. Det synes dog usandsynligt, at leverandøren skulle have mere information vedrørende markedet, salgsmulighederne herpå og dermed værdien af eneforhandlerens forretning end eneforhandleren, som allerede er etableret på markedet og derfor må antages at have mere markedskendskab.

Det må dog bemærkes, at der antageligt kan foreligge asymmetrisk information i relation til leverandørens produkter og det relevante marked, hvorpå produkterne skal afsættes af eneforhandleren. Leverandøren kan besidde information om sine produkter, som eneforhandleren ikke er bekendt med, og omvendt kan eneforhandleren besidde information om

det relevante marked, som leverandøren ikke er bekendt med. Disse scenarier tager imidlertid afsæt i et nulsumspil, hvor parterne ikke nødvendigvis er interesserede i at samarbejde, men udviser opportunistisk adfærd og dermed har interesse i at optimere sin egen værdi på bekostning af den anden part. Ved indgåelsen af et længerevarende samarbejde er det imidlertid sandsynligt, at kontrahenterne har en egentlig interesse i at samarbejde og skabe relationsrente, og det forudsættes derfor under udøvelse af strategisk kontrahering, at kontrahenterne i eneforhandlerforholdet som minimum opnår enighed om de forventelige gevinster og tab.

På baggrund af ovenstående må den traditionelle antagelse om kontrahenternes informationsasymmetri derfor modificeres således, at kontrahenterne i højere grad antages at have informationssymmetri med hensyn til værdien af eneforhandlerforholdet.

Ad 3) og 4) Ensidig tildeling af call-option

Under den antagelse at leverandøren og eneforhandleren har forskellige risikoprofiler, som behandlet i afsnit 2.1.1, må der, modsat de traditionelle studier, fokuseres på en reciprok anvendelse af realoptioner og ikke blot en tildeling af en call-option til leverandøren. I lighed med Petersens, Asmussens og Hilmerissons (2019) argumentation²²⁵ må det, under antagelse af, at kontrahenterne i eneforhandlerforholdet som udgangspunkt har symmetrisk information vedrørende markedsudfaldene, være vanskeligt at forestille sig, at leverandøren uden videre vil lade eneforhandleren opnå en uventet høj profit, som følge af at markedet viser sig at være bedre end forventet. Ligeledes må det formodes, at eneforhandleren ikke uden videre vil acceptere, at leverandøren udnytter en call-option uden, at eneforhandleren bliver godtgjort for sine relationsspecifikke investeringer samt kompenseres for mistet fremtidig profit, som følge af kontraktophøret. Man kan argumentere for, at brugen af reciprokke realoptioner kan antages at tilvejebringe en win-win situation for begge kontrahenter.²²⁶ Dette skyldes, at eneforhandleren anses som værende risikoavers og dermed tillægger en større nytte til et sikkert, men mindre afkast, hvorfor en put-option, frem for en call-option, vil give denne den højeste nytte (når optionen udnyttes). Omvendt anses leverandøren at være risikoneutral og dermed tillægger et større, men mere usikkert afkast en højere nytte, hvorfor en call-option, frem for en put-option, vil give leverandøren den største nytte (når denne udnyttes).²²⁷ Dette er

²²⁵ Petersen, m.fl., 2019, s. 7f.

²²⁶ Ibid., s. 4f.

²²⁷ Ibid., s. 8.

således udtryk for, at brugen af reciprokke realoptioner i eneforhandlerforholdet ikke vil udgøre et nulsumsspil.

4.1.4 Behovet for betydelige, initiale, relationsspecifikke investeringer

Tidligere studier af realoptionsteorien har fokuseret på, at realoptioner kan anvendes som et risikomineringsværktøj, når der skal træffes investeringsbeslutninger, der indebærer høj usikkerhed og som har en stor grad af irreversibilitet. Adner og Levinthal (2004), hvis fokus er en ensidig tildeling af en call-option, argumenterer bl.a. for, at brugen af realoptioner kan anvendes til at udsætte større investeringsbeslutninger til et senere tidspunkt, hvor usikkerheden vedrørende den pågældende investering synes at være afklaret.²²⁸ De anfører, at den ene kontraktpart initialt bør investerer i en call-option, der giver denne en rettighed til på et senere tidspunkt at investere i et underliggende aktiv til en på forhånd fastsat pris. Denne part får herved mulighed for, i optionens løbetid, at indsamle yderligere information vedrørende det underliggende aktiv og dets værdi samt afvente signaler fra markedet og på denne baggrund, når optionens udløbsdato er nået, være i stand til at beslutte, om optionen skal udnyttes eller ej.²²⁹ Såfremt optionen, ved dens udløb, ikke udnyttes, vil omkostningerne forbundet med indarbejdelsen af optionen i kontraktgrundlaget gå tabt. Adner og Levinthal (2004) argumenterer således for, at investering i realoptioner er udtryk for en sekventiel, irreversibel investering, der foretages under usikkerhed med henblik på at minimere risikoen ved senere investeringsbeslutninger.²³⁰

Modsat Adner og Levinthal (2004) fokuserer Petersen, Asmussen og Hilmerston (2019) på en reciprok brug af realoptioner. Med udgangspunkt i en reciprok brug af realoptionerne argumenterer de for, at sunkne, relationsspecifikke investeringer ikke kan udskydes til et senere tidspunkt. Forfatterne anfører, at dette bl.a. skyldes, at mange samarbejdsforhold kræver, at parterne foretager betydelige relationsspecifikke investeringer initialt, hvorfor der ikke kan foretages trinvis investeringer, efterhånden som samarbejdsforholdet udvikler sig. De anfører desuden, at en reciprok put-option til en allerede indført call-option ikke vil være relevant, såfremt den risikoaverse part blot kan udskyde sin investering indtil, markedet har signaleret, hvorvidt det vil være profitabelt for den etablerede/risikoaverse part at foretage den irreversible investering. I så tilfælde vil den risikoaverse part afvente med at foretage investeringen af frygt for, at markedet svigter. Der er som følge heraf behov for, at den

²²⁸ Adner og Levinthal, 2004, s. 75.

²²⁹ Ibid., s. 75.

²³⁰ Ibid., s. 75.

risikoaverse part foretager den irreversible investering upfront, desuagtet at dette er forbundet med en stor risiko.²³¹

Idet nærværende afhandling vedrører en reciprok brug af realoptioner, tages der i nedenstående beregninger udgangspunkt i, at eneforhandleren ikke kan udskyde sine investeringsbeslutninger. Det ses ofte, at eneforhandleren er nødsaget til at foretage relationsspecifikke investeringer initialt for at kunne afsætte leverandørens produkter. Omvendt ses en del af eneforhandlerens relationsspecifikke investeringer også at blive oparbejdet over tid. Det antages dog, at kontrahenterne er bevidste herom ex ante og derfor må tage højde herfor ved kontraktkonciperingen. Foretages investeringerne ikke upfront eller kan disse ikke værdiansættes initialt, vil en put-option være irrelevant, hvorved formålet med en reciprok anvendelse forsvinder. Der tages derfor i det følgende udgangspunkt i, at realoptioner har sin eksistensberettigelse, når der er tale om (1) betydelige investeringer, (2) der foretages upfront eller kan værdiansættes initialt, og (3) og de skal have karakter af at være relationspecifikke eller irreversible.²³²

Indledningsvist må det anføres, at investeringerne, der foretages under eneforhandlertaaler, kan være af betydelig karakter, særligt når der henses til, at eneforhandlerkontrakter ofte vedrører produkter af høj kompleksitet.²³³ Det vil imidlertid afhænge af den konkrete eneforhandlertaale, hvorvidt der vil være tale om en betydelig investering.

Ligeledes anføres det, at investeringerne, som foretages i samarbejdsforholdet, skal foretages upfront eller kunne værdiansættes initialt. Det står klart, at såfremt der er tale om investering i f.eks. materiel eller uddannelse af personale, der skal foretages initialt ved aftalens indgåelse, kan det være fordelagtigt at benytte realoptionerne. Anderledes forholder det sig bl.a. i relation til eneforhandlerens investering i oparbejdelsen af kundekredsen samt forretningsforbindelser og dermed goodwill for leverandøren (human-aktivspecifik investering). Denne investering sker trinvist, hvorfor det kan være vanskeligt at værdiansætte initialt. En værdisætning af kundekredsen og forretningsforbindelser (den oparbejdede goodwill) vil, hvis man sammenholder med handelsagentlovens regler herom²³⁴, ofte ske ud fra eneforhandlerens omsætning i de fortløbende år. På denne baggrund kan det således anføres, at delbetingelsen

²³¹ Petersen, m.fl., 2019, s. 6f.

²³² Ibid., s. 6.

²³³ Eneforhandlertaaler af kompleks karakter kan f.eks. være forhandling af droner, avanceret overvågningsudstyr eller fly.

²³⁴ Handelsagentlovens § 26.

om, at investeringerne, som ligger til grund for realoptionerne, skal foretages upfront eller kunne værdiansættes initialt, kan være vanskelig at opfylde i eneforhandlerforholdet.

Slutteligt vil det være en forudsætning for anvendelse af realoptionerne i kontraktforholdet, at investeringerne er irreversible og relationsspecifikke. Det vil afhænge af det konkrete eneforhandlerforhold, hvilke former for relationsspecifikke investeringer der foretages. Det er sandsynligt, at der kan bestå et eneforhandlerforhold, hvor eneforhandleren kan have investeret i en række ressourcer, der ikke i sig selv synes relationsspecifikke. Ofte vil disse investeringer imidlertid udvikle sig til at blive dette på et senere tidspunkt. Men det må bemærkes, at der kan foreligge situationer, hvor investeringerne faktisk har en anden anvendelsesmulighed uden for det konkrete eneforhandlerforhold, hvorfor disse ikke alligevel kan betragtes som relationsspecifikke eller idiosynkratiske.

På baggrund af ovenstående kan det konstateres, at antagelsen om, at der skal foretages betydelige, relationsspecifikke investeringer upfront eller som kan værdiansættes initialt førend reciproke realoptioner er relevante i kontraktforholdet, vil være diskuterbar i eneforhandleraftaler, da det vil afhænge af de konkrete investeringer og eneforhandlerforholdets karakter. Det synes særligt at være betingelsen om, at investeringerne skal foretages upfront eller værdiansættes initialt, der vil være diskutabel, idet store ressourcer ofte anvendes af eneforhandleren til at oparbejde en kundekreds over tid og som kan være vanskelige at værdiansætte initialt.

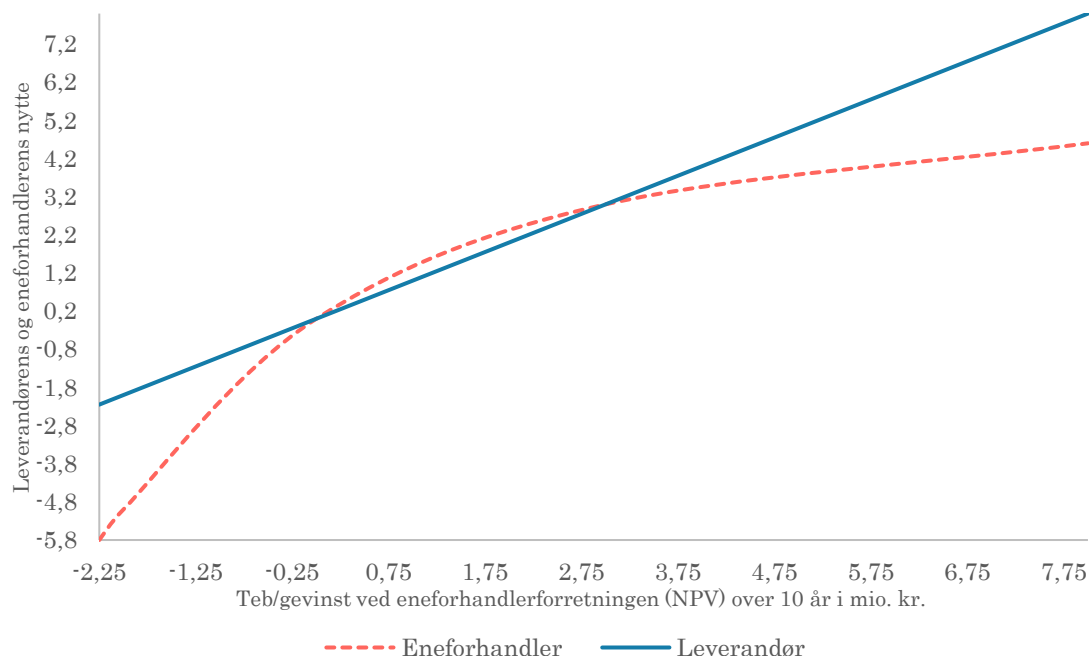
4.2 REALOPTIONERNES BETYDNING FOR GEVINSTMULIGHEDERNE I SAMARBEJDET

I indeværende afsnit vil realoptionernes betydning for kontrahenternes gevinstmuligheder i eneforhandlerforholdet analyseres nærmere. Der tages i denne forbindelse udgangspunkt i kontrahenternes forventede profit ved udnyttelse af realoptionerne samt deres nyttefunktioner.

4.2.1 Kontrahenternes nyttefunktioner

Som nævnt i afsnit 2.1.1.3, og illustreret nedenfor i Figur 1, anses eneforhandlerens nyttefunktion at udgøre en konkav kurve, som følge af dennes risikoaversion. Omvendt ses leverandørens nyttefunktion grafisk at være lineær som følge af, at denne er risikoneutral. Når der henses til kontrahenternes differentierede risikoprofiler, er kontrahenternes nyttefunktioner et udtryk for deres nytte på et givent marked, hvor der eksisterer usikkerhed.

Det må i denne forbindelse bemærkes, at indarbejdelsen af reciprokke realoptioner ikke har betydning for kontrahenternes nyttefunktioner, hvorfor Figur 1 ikke påvirkes heraf:



Figur 1: Eneforhandlerens og leverandørens forventede nytte som følge af differentierede risikoprofiler²³⁵

Figur 1's vertikale akse illustrerer henholdsvis leverandørens og eneforhandlerens nytte, mens den horisontale akse illustrerer det forventede tab eller gevinst forbundet med eneforhandlerforretningen²³⁶ på det usikre marked. Eneforhandlerforretningens forventede tab eller gevinst er opgjort i nutidsværdi (NPV), der vil være udgangspunktet i nedenstående beregninger. Foruden dette vil de følgende afsnit tage afsæt i det tab eller den gevinst, som kontrahenterne forventer, at eneforhandlerforretningen kan generere over en tidsperiode på 10 år. Det må dog bemærkes, at samarbejdsforholdet ikke nødvendigvis ophører ved udløbet af denne tidsperiode, men det antages, at henholdsvis leverandøren og eneforhandleren ikke er i stand til at forudse sandsynligheden for et givent markedsudfald længere ud i fremtiden, hvorfor der, for simplificeringens skyld, tages udgangspunkt heri i nedenstående beregninger.

Eneforhandlerens nytte anses for at være aftagende jo større gevinst eneforhandlerforretningen genererer, mens eneforhandlerens nytte falder betydeligt, såfremt eneforhandlerforretningen genererer et tab (*faldende marginalnytte*). Dette skyldes navnlig, at eneforhandleren ikke har

²³⁵ Med inspiration fra Petersen, m.fl., 2019, s. 21.

²³⁶ Senere også benævnt "eneforhandlerforholdet".

mulighed for at sprede sin risiko, ligesom dennes relationsspecifikke investeringer udsætter denne for risiko. Omvendt ses leverandørens nytte ikke at opleve et tilsvarende betydeligt fald, som eneforhandlerens, når eneforhandlerforretningen genererer et tab (*lineært stigende nyttefunktion*). Dette skyldes, at leverandøren har mulighed for at diversificere sin forretning, og derfor anses som værende risikoneutral. I forlængelse heraf må det anføres, at leverandørens nytte anses at være større end eneforhandlerens, såfremt eneforhandlerforretningen genererer en gevinst på over 3 mio. kr.

Som følge af parternes differentierede risikoprofiler og hertil knyttede nyttefunktioner, kan det således anføres, at markedsudfaldet (og dermed eneforhandlerforretningens tab/gevinst), vil have indflydelse på hvem af kontrahenterne, der opnår den største nytte. Dette indikerer, at en reciprok anvendelse af put- og call-optionerne kan være fordelagtig i eneforhandlerforholdet, idet disse giver mulighed for at reallokere henholdsvis tab og gevinst ved eneforhandlerforretningen.

4.2.2 Indarbejdelse og udnyttelse af put- og call-optioner i eneforhandlerforholdet

I det følgende vil der blive opstillet et hypotetisk scenarie, der illustrerer kontrahenternes mulige gevinst ved brugen af realoptioner i eneforhandlerforholdet. Der anvendes i denne forbindelse en sekventiel tilgang ved indgåelsen af eneforhandlerkontrakten samt indarbejdelsen af put- og call-optionerne. Indledningsvist redegøres der for forudsætningerne for den anvendte tilgang.²³⁷ Herefter analyseres og vurderes betydningen af put- og call-optionernes indarbejdelse for kontrahenternes forventede profit, hvorefter der slutteligt foretages en analyse og vurdering af realoptionernes indvirkning på kontrahenternes nyttefunktioner.

4.2.2.1 Forudsætninger til brug for hypotetisk scenarie

Indgåelsen af en eneforhandlerkontrakt kan opstilles som et sekventielt spil, hvorfor det følgende scenarie vil tage udgangspunkt heri. Nærmere specificeret har leverandøren indledningsvist, mulighed for at forestå salget af sine produkter selv eller indgå et samarbejdsforhold med en eneforhandler. Herefter kan eneforhandleren vælge at afstå fra at

²³⁷ For en overskuelig gennemgang af forudsætningerne bag scenariet henvises der til Bilag 1.

samarbejde med leverandøren eller indgå et kontraktforhold med denne. Såfremt eneforhandleren ikke ønsker at indgå i samarbejdsforholdet, vil dennes profit være 0²³⁸.

Det antages, at eneforhandleren, som den etablerede part på markedet, på forhånd har et vist kendskab til markedet og dets kunder, hvorfor eneforhandlerens omkostninger ved at afsætte leverandørens varer på markedet vil være lavere end hvis leverandøren selv skulle etableres på markedet og forestå salget. For overskuelighedens skyld fastsættes eneforhandlerens omkostninger til etablering og opnåelse af et lokalt kendskab til markedet i indeværende tilfælde til 0, mens leverandørens omkostninger hertil fastsættes til 2 mio. kr. Leverandørens omkostninger består i dennes indtræden på markedet, herunder opbygning af viden om det pågældende marked, eventuelt kendskab til sprog og retssystem, uddannelse af medarbejdere, opbygning af kundekreds, leje af butikslokaler, opsætning af kontorer, el.lign.

Foruden leverandørens omkostninger til etablering og opnåelse af et lokalt kendskab til markedet, antages det, at salget af leverandørens produkt(er) forudsætter betydelige initiale relationsspecifikke investeringer, jf. også afsnit 3.5.1.2. I tilfælde af at parterne ikke indgår samarbejdet, skal leverandøren selv foretage disse investeringer og indgå eneforhandleraftalen, skal eneforhandleren foretage disse investeringer. Hvilke og hvor mange initiale investeringer, der skal foretages, vil bero på det konkrete forhold. Ligeledes vil værdien af investeringerne afhænge af tidspunktet for udnyttelse af realoptionerne, idet visse af de relationsspecifikke investeringer kan afskrives over tid. Som følge heraf vil investeringerne (værdien af investeringerne) ikke indgå i de følgende beregninger af kontrahenternes forventede profit, men det må bemærkes, at sådanne investeringer eksisterer.

Endvidere antages det, at markedet, hvorpå leverandørens produkter skal sælges, kan have tre udfald – dårligt marked, middel marked eller godt marked. Det kan ikke på forhånd fastlægges, hvilket markedsudfald der vil opstå, men det antages, at parterne er enige om, at der er lige stor sandsynlighed for hvert markedsinterval. De tre udfald kan opstilles som følgende:

²³⁸ Der tages udgangspunkt i, at eneforhandleren ikke har mulighed for at indgå et samarbejdsforhold med en anden leverandør. Eneforhandlerens *second best option* er derfor ikke at indgå noget samarbejdsforholdet, der vil resultere i en profit på 0.

Markedsudfald	Sandsynlighed	Tab/gevinst
Udfald 1 (dårligt)	1/3	Tab på 0 til -2 mio. kr.
Udfald 2 (middel)	1/3	Gevinst på 0 til 3 mio. kr.
Udfald 3 (godt)	1/3	Gevinst på 3 til 8 mio. kr.

Tabel 1: Sandsynligheden for hvert markedsudfald med tilhørende tab/gevinst

På trods af at hvert markedsudfald er givet ved et interval, tages der i nedenstående beregninger af kontrahenternes forventede profit, for simplificeringens skyld, udgangspunkt i, at hvert markedsudfald udgør et fast tab/en fast gevinst:

Udfald 1 (dårligt)	Udfald 2 (middel)	Udfald 3 (godt)
-2 mio. kr.	3 mio. kr.	8 mio. kr.

Tabel 2: Det faste tab/gevinst ved hvert markedsudfald

Afhængig af markedet kan omfanget af eneforhandlerens køb af produkter variere, men som beskrevet i afsnit 3.2.2.1 ses det ofte, at eneforhandlerkontrakten indeholder en bestemmelse, der vedrører minimumsomsætning. Det lægges derfor til grund, at eneforhandlerkontrakten i indværende tilfælde har en bestemmelse, der forudsætter, at eneforhandleren som minimum skal bruge 0,25 mio. kr. på køb af leverandørens produkter. Såfremt markedet imidlertid viser sig at være middel eller godt, vil eneforhandleren dog købe yderligere produkter svarende til $\frac{1}{4}$ af eneforhandlerens gevinst ved markedsudfaldet. Det antages derfor, at eneforhandlerens køb af leverandørens produkter vil være som følgende:

$$Udfald\ 1_{d\bar{a}rligt} = 0,25\ mio.\ kr.$$

$$Udfald\ 2_{middel} = 0,75\ mio.\ kr.$$

$$Udfald\ 3_{godt} = 2,00\ mio.\ kr.$$

Ved brug af realoptioner antages det, at leverandøren erhverver en call-option, mens eneforhandleren erhverver en put-option. Ved eneforhandlerens udnyttelse af put-optionen forudsættes det, at leverandøren tilbagekøber produkterne fra eneforhandleren. Som følge heraf vil eneforhandleren ikke opleve et tab og leverandøren vil ikke opleve en gevinst i relation til produkterne. Ved leverandørens udnyttelse af call-optionen forudsættes det, at leverandøren overtager hele eneforhandlerforretningen, herunder de produkter, som eneforhandleren allerede har erhvervet af leverandøren, medarbejdere med markedskendskab og kundekartotek, hvorfor leverandøren ikke skal afholde omkostningerne forbundet med etablering og opnåelse af markedskendskab.

Slutteligt må det anføres, at der eksisterer transaktionsomkostninger ved indarbejdelsen af realoptioner i kontraktgrundlaget, og afhængig af realoptionernes kompleksitet, kan transaktionsomkostningerne variere i det enkelte eneforhandlerforhold. Kontrahenterne må således i det enkelte kontraktforhold overveje, hvorvidt transaktionsomkostningerne ved indarbejdelsen af realoptionerne vil overstige gevinsten ved indarbejdelsen af disse. For simplificeringens skyld fastsættes transaktionsomkostningerne imidlertid til 0 i det følgende scenarie.

4.2.2.2 *Leverandørens eget salg kontra konventionelt eneforhandlerforhold*

I tilfælde af at parterne i kontraktforholdet ikke indarbejder en put- eller call-option, er der tale om et klassisk konventionelt eneforhandlerforhold. På baggrund af ovenstående antagelser og med henvisning til afsnit 2.1.1.3, kan det lægges til grund, at leverandørens forventede profit ($E(P)$), såfremt denne **selv forestår salget af produkterne**, kan opstilles som følgende:

$$E(P)_{\text{leverandør}}^{\text{eget salg}} = \left(\frac{1}{3} \cdot -2 + \frac{1}{3} \cdot 3 + \frac{1}{3} \cdot 8 \right) - 2,0 = 1,0 \text{ mio. kr.} \quad (4.1)$$

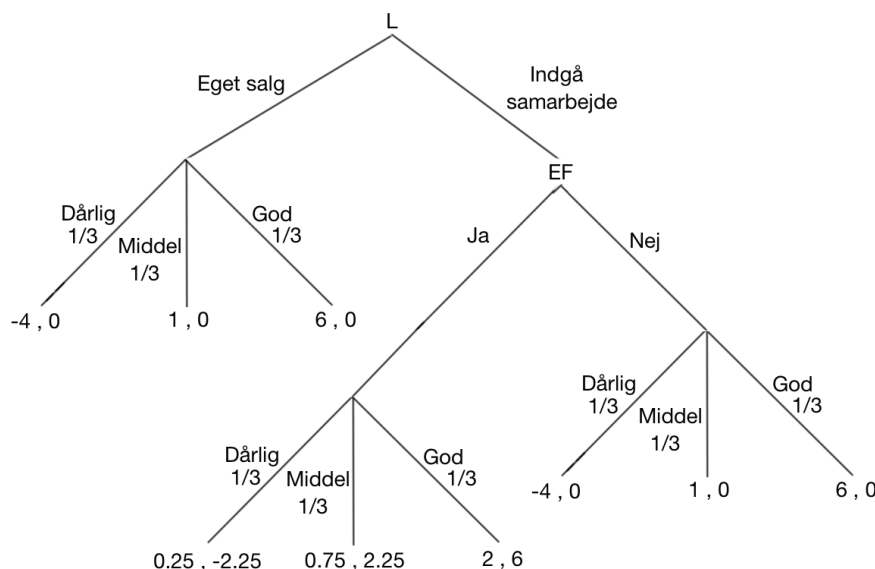
Med udgangspunkt heri må det lægges til grund, at leverandøren som minimum skal have en forventet profit på 1,0 mio. kr. for at ville indgå et samarbejdsforhold med en eneforhandler. Dette kaldes også *deltagelsesbegrænsningen*. Idet eneforhandlerforholdet er karakteriseret ved, at eneforhandleren handler for egen regning og risiko, vil leverandøren ikke få andel i eneforhandlerens tab såvel som gevinst, jf. også afsnit 3.1.1. Leverandørens fortjeneste består således udelukkende i eneforhandlerens køb af leverandørens produkter, såfremt parterne indgår i samarbejdet.

Hvis parterne indgår i et **konventionelt eneforhandlerforhold**, kan henholdsvis leverandørens og eneforhandlerens forventede profit opstilles som følgende:

$$E(P)_{\text{leverandør}}^{\text{konventionelt}} = \frac{1}{3} \cdot 0,25 + \frac{1}{3} \cdot 0,75 + \frac{1}{3} \cdot 2,0 = 1,0 \text{ mio. kr.} \quad (4.2)$$

$$E(P)_{\text{eneforhandler}}^{\text{konventionelt}} = \frac{1}{3} \cdot (-2 - 0,25) + \frac{1}{3} \cdot (3 - 0,75) + \frac{1}{3} \cdot (8 - 2) = 2,0 \text{ mio. kr.} \quad (4.3)$$

På baggrund af ovenstående kan følgende sekventielle spiltræ illustrere indgåelsen af et konventionelt eneforhandlerforhold, når der henses til de foregående forudsætninger, der ligger til grund for det opstillede scenarie:



Figur 2: Sekventielt spil ved indgåelsen af en konventionel eneforhandlerkontrakt

Ovenfor er det illustreret, at der foreligger tre markedsudfald, uagtet om leverandøren selv afsætter produkterne på markedet eller om eneforhandleren får enesalgsretten til produkterne. Såfremt leverandøren selv forestår salget af produkterne, vil den forventede profit være 1,0 mio. kr., når der henses til omkostningerne forbundet med det lokale kendskab til markedet. Dette er ligeledes tilfældet, såfremt leverandøren ønsker at indgå et samarbejdsforhold med eneforhandleren, men denne afviser. Såfremt eneforhandleren ønsker at indgå samarbejdsforholdet med leverandøren, vil eneforhandlerens forventede profit være 2,0 mio. kr.

Det ses, at leverandørens forventede profit ved henholdsvis eget salg og et konventionelt eneforhandlerforhold er ens, hvorfor leverandøren er indifferent mellem de to afsætningsmuligheder. Det antages imidlertid, at leverandøren vælger at indgå i samarbejdet med eneforhandleren. Ligeledes er eneforhandleren villig til at indgå i samarbejdet, idet den forventede profit er højere end ved ikke at indgå i samarbejdet, da profitten herved er 0.

Det må imidlertid tages i betragtning, at eneforhandleren selv bærer risikoen for tab og gevinst, og det må derfor lægges til grund at på trods af, at eneforhandlerens forventede profit er positiv ved indgåelsen af et konventionelt eneforhandlerforhold, foreligger der en risiko for, at eneforhandleren opnår et tab ved markedsudfald 1 (dårligt marked). Som følge af

eneforhandlerens risikoaversion vil denne formentlig være påpasselig med at indgå en eneforhandlerkontrakt uden nogen form for kompensation i tilfælde af, at markedet ender i udfald 1. Når der henses hertil må det således vurderes, hvorvidt en put-option kan anses for en risikopræmie, der yder tilstrækkelig kompensation for eneforhandleren, som øger incitamentet til at indgå kontrakten.

4.2.2.3 Indarbejdelse og udnyttelse af put-option i eneforhandlerkontrakten

Ved indarbejdelsen af en put-option i kontrakten får eneforhandleren mulighed for (delvist) at sælge de relationsspecifikke investeringer, og afstå fra at sælge leverandørens produkter, såfremt det viser sig, at markedsudfaldet er dårligt (udfald 1). Herved overtager leverandøren risikoen for, at markedsudfaldet er dårligt. Ved indarbejdelsen af en put-option i kontrakten vil henholdsvis leverandørens og eneforhandlerens forventede profit være følgende:

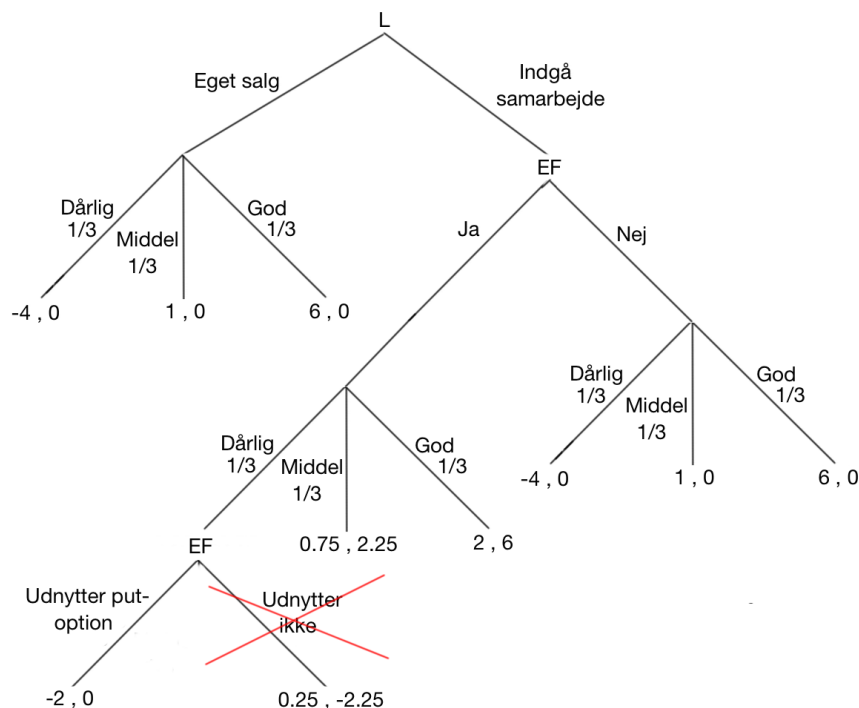
$$E(P)_{\text{leverandør}}^{\text{put}} = \frac{1}{3} \cdot -2 + \frac{1}{3} \cdot 0,75 + \frac{1}{3} \cdot 2,0 = 0,25 \text{ mio. kr.} \quad (4.4)$$

$$E(P)_{\text{eneforhandler}}^{\text{put}} = \frac{1}{3} \cdot 0 + \frac{1}{3} \cdot (3 - 0,75) + \frac{1}{3} \cdot (8 - 2,0) = 2,75 \text{ mio. kr.} \quad (4.5)$$

I tilfælde af at eneforhandleren får en put-option, ses det, at eneforhandlerens forventede profit er højere end ved det konventionelle eneforhandlerforhold, idet leverandøren overtager risikoen for at markedet ender i udfald 1. Såfremt markedsudfaldet viser sig at være dårligt, vil eneforhandleren altid udnytte put-optionen. Det er derfor ikke realistisk, at eneforhandleren vælger ikke at udnytte put-optionen i markedsudfald 1, hvilket er illustreret i nedenstående figur med et rødt kryds. Som risikoavers eneforhandler vil denne være villig til at indgå eneforhandlerkontrakten, såfremt der indarbejdes en put-option. Put-optionen kan i denne forbindelse derfor anses som en form for risikopræmie, der kompenserer eneforhandleren for den øgede risiko ved indgåelsen af eneforhandlerkontrakten.

Når der henses til leverandørens forventede profit ved indarbejdelsen af en put-option i eneforhandlerkontrakten, ses det, at leverandørens forventede profit er væsentlig lavere i forhold til et konventionelt eneforhandlerforhold, eller hvis leverandøren valgte at afsætte produkterne på markedet selv. Dette skyldes, at leverandøren overtager risikoen for, at markedet går dårligt, men har ikke mulighed for at udnytte markedet, såfremt det viser sig at være godt, idet leverandøren herved udelukkende får en profit svarende til det salg af

produkter, som leverandøren har til eneforhandleren. Leverandøren er på denne baggrund ikke villig til at indgå eneforhandlerkontrakten, såfremt der udelukkende indarbejdes en put-option.



Figur 3: Sekventielt spil ved indgåelsen af en eneforhandlerkontakt med indarbejdet put-option

4.2.2.4 Indarbejdelse og udnyttelse af call-option i eneforhandlerkontrakten

Ved indarbejdelsen af en call-option i eneforhandlerkontrakten får leverandøren mulighed for overtage eneforhandlerforretningen, hvilket giver leverandøren mulighed for at afsætte produkterne på markedet selv. Som compensation herfor skal leverandøren imidlertid godtgøre eneforhandlerens relationsspecifikke investeringer. Foruden dette vil leverandøren være nødsaget til at kompensere eneforhandleren for en del af det gevinsttab, som eneforhandleren oplever ved, at leverandøren udnytter call-optionen. Denne compensation (K) kan beregnes ud fra følgende formel:

$$K = \frac{\left(\frac{R \cdot X}{t}\right)}{12} \cdot Y \quad (4.6)$$

Hvor R er eneforhandlerforholdets gevinst i det pågældende markedsudfald, og X er kontrahenternes aftalte procentdel af gevinsten, som leverandøren ved udnyttelse af call-optionen er forpligtet til at kompensere eneforhandleren med. Dette divideres med t , der er antallet af år, som eneforhandlerforholdet antages at løbe. For at finde compensationen pr.

måned, divideres der herefter med 12. Slutteligt multipliceres dette med Y , der er udtryk for antallet af måneder, som leverandøren er forpligtet til at kompensere eneforhandleren.

I indeværende scenarie tages der udgangspunkt i, at leverandøren skal kompensere eneforhandleren med 23% af eneforhandlerforholdets resultat i 6 måneder, hvilket der tages højde for i de følgende beregninger. Eftersom der tages udgangspunkt i, at eneforhandlerforholdet løber i 10 år, divideres compensationen med 10, for at finde eneforhandlerens compensation pr. år, hvorefter dette divideres med 12 for at finde compensationen pr. måned. Slutteligt multipliceres med 6 for at finde eneforhandlerens samlede compensation svarende til 23% af eneforhandlerforholdets resultat i 6 måneder. Leverandøren ønsker at udnytte call-optionen, såfremt markedsudfaldet viser sig at være godt (udfald 3), da leverandøren herved opnår en større gevinst ved at overtage eneforhandlerforretningen og selv afsætte produkterne på markedet. Compensationen til eneforhandleren er derfor som følgende:

$$K = \frac{8 \cdot 0,23}{\frac{10}{12}} \cdot 6 = 92.000 \text{ kr.} \quad (4.7)$$

I denne situation kan leverandøren udnytte, at eneforhandleren har introduceret og etableret leverandørens produkter på det pågældende marked, idet leverandøren derved kan spare omkostningerne forbundet med kendskab til det lokale marked ved at overtage eneforhandlerforretningen efter eneforhandleren. Ved indarbejdelsen af en call-option i eneforhandlerkontrakten vil henholdsvis leverandørens og eneforhandlerens forventede profit være følgende:

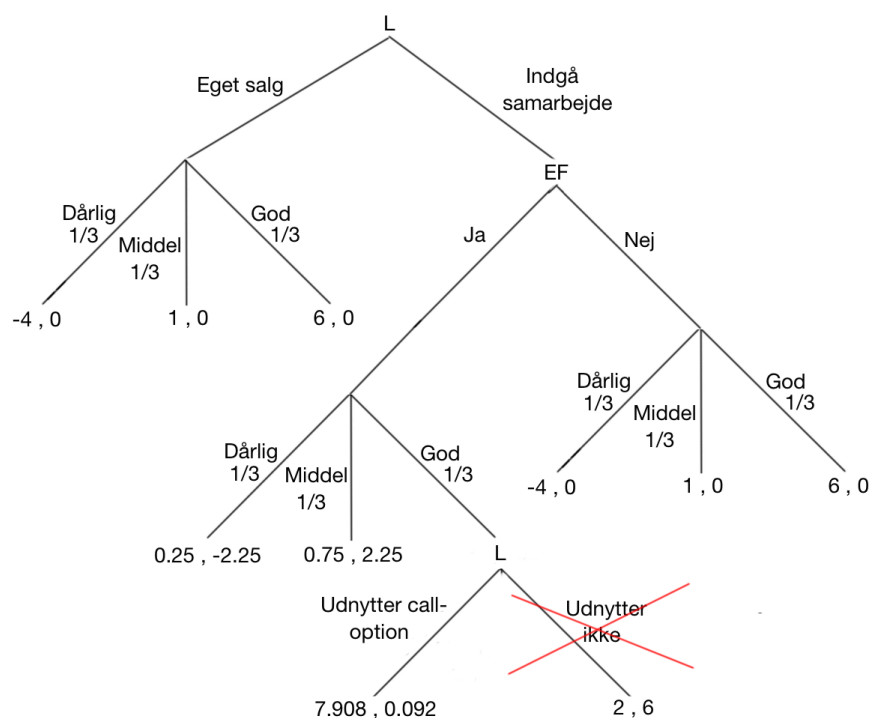
$$E(P)_{leverandør}^{call} = \frac{1}{3} \cdot 0,25 + \frac{1}{3} \cdot 0,75 + \frac{1}{3} \cdot \left(8 - \left(\frac{(8 \cdot 0,23)}{\frac{10}{12}} \cdot 6 \right) \right) = 2,97 \text{ mio. kr.} \quad (4.8)$$

$$E(P)_{eneforhandler}^{call} = \frac{1}{3} \cdot (-2 - 0,25) + \frac{1}{3} \cdot (3 - 0,75) + \frac{1}{3} \cdot \left(\frac{(8 \cdot 0,23)}{\frac{10}{12}} \cdot 6 \right) = 0,03 \text{ mio. kr.} \quad (4.9)$$

I relation til leverandørens forventede profit ved indarbejdelsen af en call-option i eneforhandlerkontrakten, kan det anføres, at leverandørens profit er væsentligt højere, end ved et konventionelt eneforhandlerforhold samt hvis leverandøren selv skulle afsætte produkterne

på markedet. Såfremt leverandøren får mulighed for at udnytte call-optionen, hvis markedet ender i udfald 3, vil leverandøren altid vælge at udnytte denne mulighed. Det er således ikke realistisk, at leverandøren vælger ikke at udnytte call-optionen, hvilket er illustreret i nedenstående figur med et rødt kryds. Leverandøren vil på denne baggrund være villig til at indgå eneforhandlerkontrakten, såfremt der indarbejdes en call-option.

Eneforhandlerens forventede profit er derimod væsentlig lavere i modsætning til dennes forventede profit ved det konventionelle eneforhandlerforhold. Dette skyldes, at eneforhandleren i denne situation fortsat bærer risikoen for at markedet ender i udfald 1, og der derved genereres et tab, mens leverandøren får mulighed for at overtage gevinsten, såfremt markedet viser sig at være i udfald 3. Det må på denne baggrund konkluderes, at eneforhandleren ikke vil være villig til at indgå eneforhandlerkontrakten, såfremt der indarbejdes en call-option, som giver leverandøren mulighed for at købe eneforhandlerforretningen, og eneforhandleren, som compensation herfor, kun får en del af eneforhandlerforretningens gevinst i 6 måneder samt godtgøres for sine investeringer.



Figur 4: Sekventielt spil ved indgåelsen af en eneforhandlerkontrakt med indarbejdet call-option

På baggrund af ovenstående analyse skal der i følgende ses på hvordan henholdsvis leverandørens og eneforhandlerens forventede profit påvirkes ved en reciprok anvendelse af put- og call-optionerne.

4.2.2.5 Indarbejdelse og udnyttelse af både put- og call-optioner i eneforhandlerkontrakten

Som anført medfører indarbejdelsen af en put-option i kontrakten, at leverandøren påtager sig eneforhandlerens risiko, såfremt markedsudfaldet viser sig at være dårligt, idet eneforhandleren i så tilfælde vil udnytte sin put-option. Viser markedsudfaldet sig derimod at være godt, vil leverandøren udnytte sin call-option og derved selv afsætte produkterne på det pågældende marked. Såfremt markedsudfaldet viser sig at være middel, vil eneforhandleren ikke have incitament til at udnytte sit put-option, idet der ikke opleves et tab. Ligeledes vil leverandøren ikke have incitament til at udnytte sin call-option, da markedet ikke synes at generere en stor gevinstmulighed. Som følge heraf ønsker begge parter at blive i samarbejdet, hvorfor eneforhandlerforholdet vil bestå. Indarbejdelsen af put- og call-optioner omfordeler således det potentielle tab og gevinst. Leverandørens såvel som eneforhandlerens forventede profit ved indarbejdelsen af reciprokke realoptioner kan opstilles som følgende:

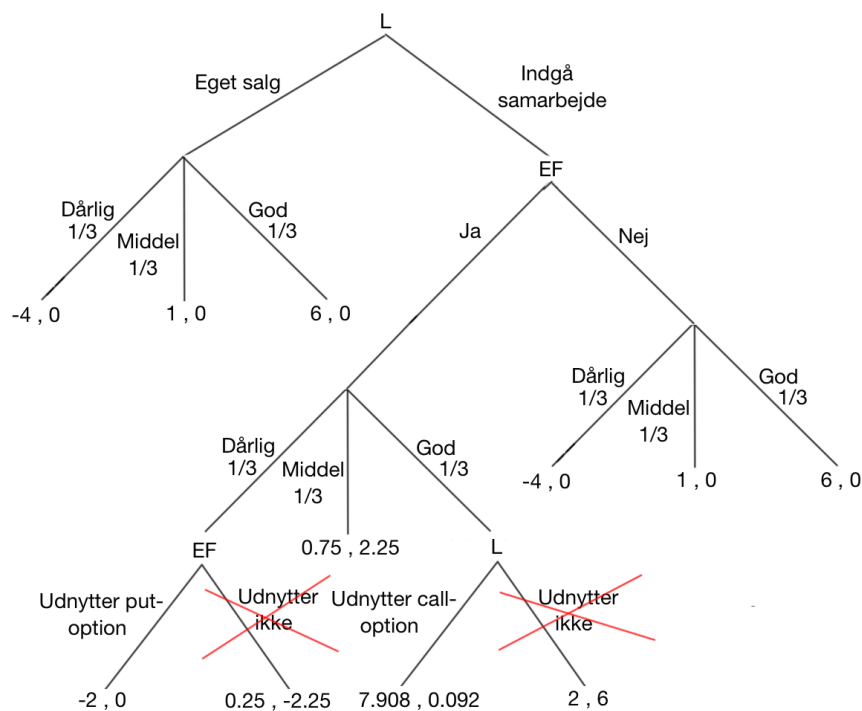
$$E(P)_{\text{leverandør}}^{\text{reciprok}} = \frac{1}{3} \cdot -2 + \frac{1}{3} \cdot 0,75 + \frac{1}{3} \cdot \left(8 - \frac{\left(\frac{8 \cdot 0,23}{10} \right)}{12} \cdot 6 \right) = 2,22 \text{ mio. kr.} \quad (4.10)$$

$$E(P)_{\text{eneforhandler}}^{\text{reciprok}} = \frac{1}{3} \cdot 0 + \frac{1}{3} \cdot (3 - 0,75) + \frac{1}{3} \cdot \left(\frac{\left(\frac{8 \cdot 0,23}{10} \right)}{12} \cdot 6 \right) = 0,78 \text{ mio. kr.} \quad (4.11)$$

Det ses ovenfor, at leverandørens forventede profit er væsentligt højere end hvis der var tale om et konventionelt eneforhandlerforhold, eller leverandøren valgte selv at afsætte produkterne på markedet. Eftersom leverandøren anses for at være risikoneutral, er leverandøren villig til at påtage sig risikoen for, at markedsudfaldet viser sig at være dårligt. Brugen af reciprokke realoptioner må således anses for at være en fordel for leverandøren, idet denne får mulighed for at få en del af gevinsten modsat ved konventionel eneforhandling, hvor gevinsten tilfalder eneforhandleren, såfremt markedsudfaldet viser sig at være godt. Det må på denne baggrund konstateres, at leverandøren vil være villig til at indgå eneforhandlerkontrakten, såfremt der indarbejdes en reciprok brug af put- og call-optionerne.

Omvendt ses eneforhandlerens forventede profit at være lavere ved indarbejdelsen af reciprokke realoptioner, end tilfældet er ved det konventionelle eneforhandlerforhold. Det må imidlertid tages i betragtning, at eneforhandleren er risikoavers, hvorfor denne vil være tilbageholdende med at påtage sig en risiko for tab. Dette skyldes navnlig, at markedsudfald 1 kan medføre

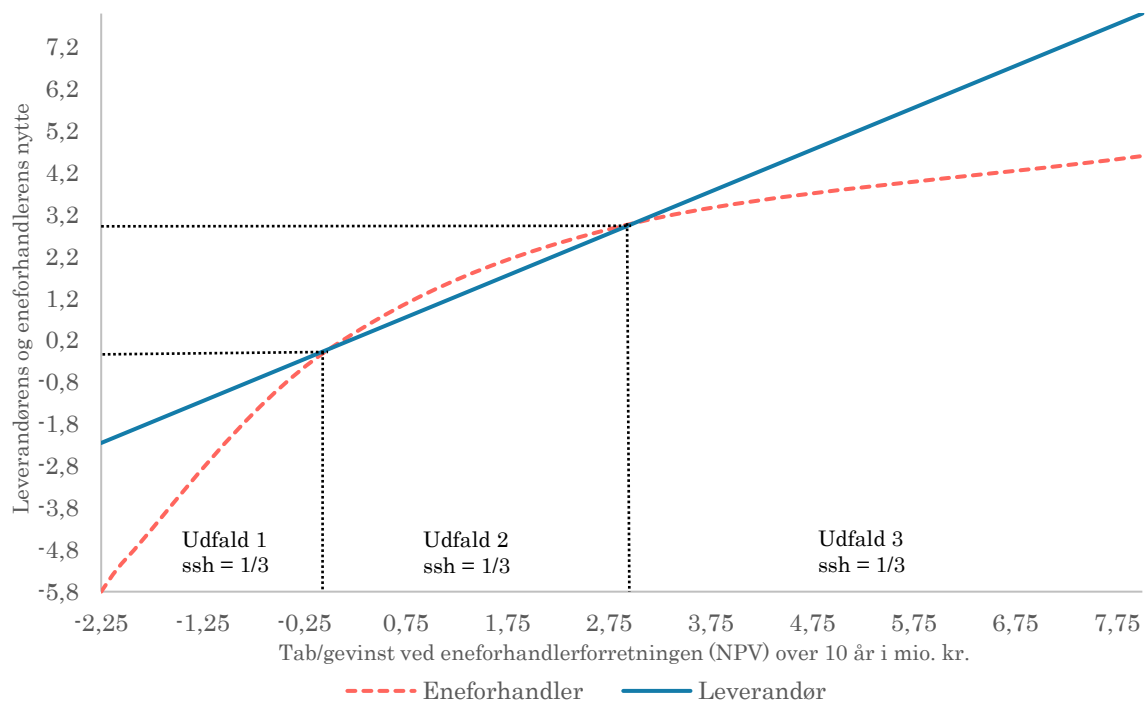
nødlidende forhold for eneforhandleren eller i værste fald dennes konkurs, idet eneforhandleren ikke har mulighed for at sprede sin risiko, da denne ofte forpligter sig til udelukkende at afsætte leverandørens produkter, jf. også afsnit 3.2.2.1. Ved at indsætte reciproke realoptioner kan leverandøren og eneforhandleren omfordele risikoen, hvilket kan anses for at være en fordel for eneforhandleren, da denne herved undgår risikoen for tab.



Figur 5: Sekventielt spil ved indgåelsen af en eneforhandlerkontrakt med indarbejdet put- og call-optioner

4.2.3 Put- og call-optionernes betydning for kontrahenternes forventede nytte

Som følge af kontrahenternes differentierede risikoprofiler, vil leverandøren og eneforhandleren have forskellige nyttetab og -gevinster ved de givne markedsudfald, jf. Tabel 1 i afsnit 4.2.2.1. Kontrahenternes nyttefunktioner kan ud fra de angivne markedsintervaller illustreres som nedenfor:



Figur 6: Eneforhandlerens og leverandørens forventede nytte givet de tre markedsudfald²³⁹

Som illustreret ovenfor ses det, at leverandøren såvel som eneformhandleren har en forventet nytte på 0, når eneformhandlerforholdets forventede indtjening er 0 mio. kr. Ligeledes anses leverandøren og eneformhandleren begge at have en forventet nytte på 3, når eneformhandlerforholdet genererer en gevinst på 3 mio. kr. Leverandørens og eneformhandlerens forventede nytte ses imidlertid også at differentiere afhængig af markedsudfaldet. Ved markedsudfald 1 ses det, at eneformhandlerens forventede nytte er væsentlig lavere end leverandørens forventede nytte. Som nævnt i afsnit 2.1.1.2 skyldes dette navnlig, at leverandøren har mulighed for at diversificere sin risiko, mens eneformhandleren, som følge af sine relationsspecifikke investeringer, vil lide et betydeligt tab, der vil føles særlig indgribende. I dette tilfælde vil det således være optimalt for kontrahenterne, såfremt leverandøren påtager sig risikoen for markedsudfald 1, hvilket er tilfældet, hvis eneformhandleren udnytter sin put-option.

I markedsudfald 2 ses leverandørens og eneformhandlerens forventede nytte ikke at differentiere væsentligt, hvorfor kontrahenterne bør bevare eneformhandlerforholdet. Eneformhandleren har i dette markedsudfald ikke incitament til at udnytte sin put-option, idet der ikke opleves et tab, og ligeledes vil leverandøren ikke have incitament til at udnytte sin call-option, da der ikke

²³⁹ Med inspiration fra Petersen, m.fl., 2019, s. 21.

genereres en ekstraordinær gevinstmulighed. Det må således lægges til grund, at begge kontrahenter har en interesse i at forblive i samarbejdet, såfremt markedet viser sig at være i udfald 2.

Det viser sig imidlertid i markedsudfald 3, hvor eneforhandlerforholdet antages at være en yderst favorabel forretning, at leverandøren har en væsentlig højere forventet nytte end eneforhandleren. Ved et konventionelt eneforhandlerforhold, vil eneforhandleren opnå hele gevinsten, som der genereres på trods af, at leverandørens nytte ved markedsudfald 3 er højere end eneforhandlerens. Såfremt leverandøren har muligheden for at udnytte en call-option, kan denne overtage markedet og selv afsætte produkterne. Det kan i disse tilfælde anføres, at der foretages en forbedring af gevinstallokeringen, idet den øgede gevinstmulighed overdrages til den kontrahent, som opnår den højeste nytte herved.

Det vil i det følgende blive analyseret, hvordan realoptionerne påvirker henholdsvis leverandørens og eneforhandlerens nytte. Der ses derfor indledningsvist på kontrahenternes forventede nytte ved et konventionelt eneforhandlerforhold, hvorefter kontrahenternes forventede nytte ved indarbejdelsen og udnyttelsen af henholdsvis put- og call-optionerne vil blive beregnet.

4.2.3.1 Kontrahenternes forventede nytte ved et konventionelt eneforhandlerforhold

Eneforhandleren vil ved et konventionelt eneforhandlerforhold bære det tab eller den gevinst, som eneforhandlerforholdet genererer fratrukket de omkostninger, som eneforhandleren har haft ved køb af leverandørens produkter. Med udgangspunkt i markedsudfaldene fra afsnit 4.2.3, medfører udfald 1 et tab for eneforhandleren på -2,25 mio. kr. (-2 mio. kr. adderet med -0,25 mio. kr. for køb af leverandørens produkter), hvilket giver et nyttetab på -5,8 nytteenheder. Ved markedsudfald 2 opnår eneforhandleren en gevinst på 2,25 mio. kr. (3 mio. kr. subtraheret med 0,75 mio. kr.) og en nyttegevinst på 2,5 nytteenheder, mens eneforhandleren i markedsudfald 3 opnår en gevinst på 6,0 mio. kr. (8 mio. kr. subtraheret med 2,0 mio. kr.) og en tilsvarende nyttegevinst på 4,05 nytteenheder. Det bemærkes, at eneforhandlerens såvel som leverandørens nytteenheder til de tilsvarende markedsudfald er aflæst med udgangspunkt i figur 6.

Som nævnt får leverandøren hverken del i eneforhandlerens tab eller gevinst, som genereres ved eneforhandlerforholdet, hvorfor leverandørens nytte udelukkende afhænger af eneforhandlerens køb af leverandørens produkter. I markedsudfald 1 vil eneforhandleren købe

leverandørens produkter for 0,25 mio. kr., som giver leverandøren en nytte på 0,25 nytteenheder. I markedsudfald 2 køber eneforhandleren produkter for 0,75 mio. kr., hvilket giver leverandøren en nytte på 0,75 nytteenheder. I markedsudfald 3 køber eneforhandleren produkter for 2,0 mio. kr., hvilket giver leverandøren en nytte på 2,0 nytteenheder.

Leverandørens såvel som eneforhandlerens nytte ved hvert markedsudfald er således, som angivet nedenfor:

Nytte	Markedsudfald 1	Markedsudfald 2	Markedsudfald 3
Eneforhandleren	-5,8	2,5	4,05
Leverandøren	0,25	0,75	2,0

Tabel 3: Kontrahenternes nytte ved de respektive markedsudfald

Når der henses til ovenstående, kan eneforhandlerens såvel som leverandørens forventede nytte ($E(U)$), med udgangspunkt i Von Neumanns og Morgensterns nyttefunktion, opstilles som følgende, såfremt der er tale om et konventionelt eneforhandlerforhold:

$$E(U)_{\text{eneforhandler}}^{\text{konventionel}} = \frac{1}{3} \cdot -5,8 + \frac{1}{3} \cdot 2,5 + \frac{1}{3} \cdot 4,05 = 0,25 \quad (4.12)$$

$$E(U)_{\text{leverandør}}^{\text{konventionel}} = \frac{1}{3} \cdot 0,25 + \frac{1}{3} \cdot 0,75 + \frac{1}{3} \cdot 2,0 = 1,0 \quad (4.13)$$

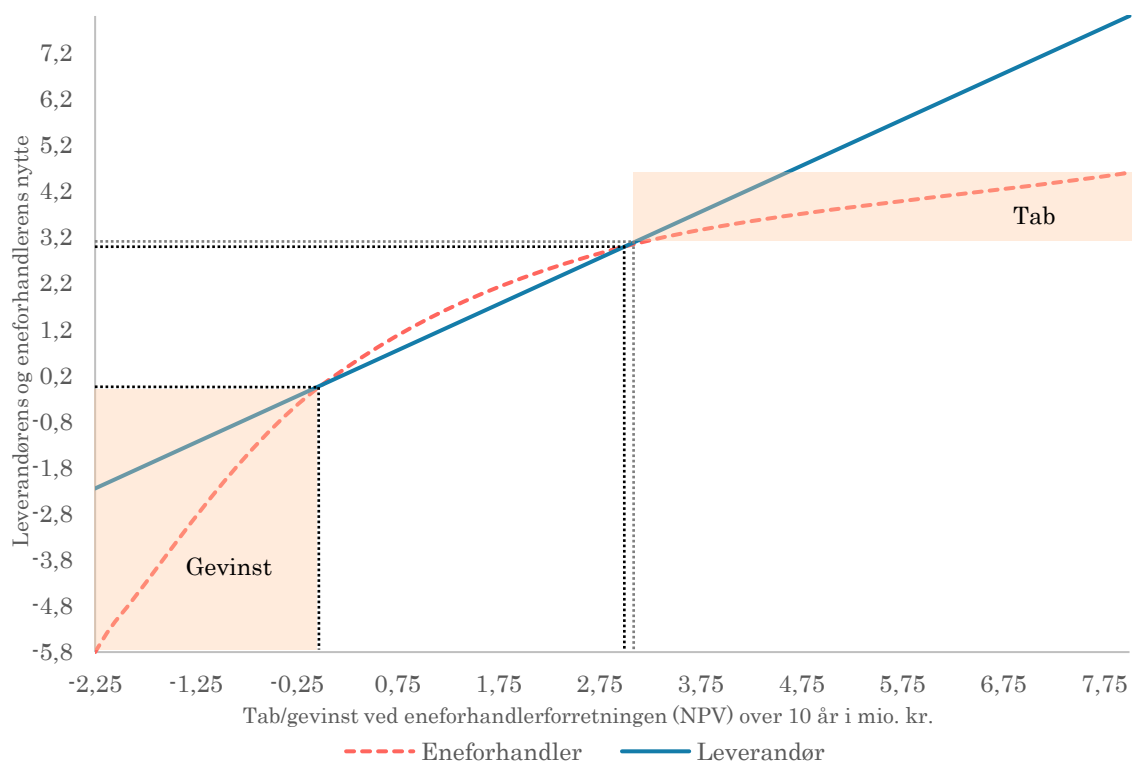
I et konventionelt eneforhandlerforhold vil eneforhandlerens forventede nytte således være 0,25 nytteenheder, mens leverandørens forventede nytte vil være 1,0 nytteenheder.

4.2.3.2 Kontrahenternes forventede nytte ved brug af put- og call-optioner i eneforhandlerkontrakten

4.2.3.2.1 Eneforhandleren

Ved indarbejdelsen af put-optionen sker der en reallokering af risikoen, hvorved eneforhandleren vil opleve en nyttegevinst svarende til 5,8 nytteenheder. Hvis markedet derimod viser sig at være godt (udfald 3), vil leverandøren udnytte sin call-option. Eneforhandleren vil i så tilfælde ikke opnå den fulde gevinst forbundet med markedsudfald 3, men kun få nytten relateret til den compensation, som leverandøren er nødsaget til at betale, ved udnyttelse af call-optionen (svarende til 92.000 kr., jf. afsnit 4.2.2.4). Eneforhandleren vil derfor opleve et nytтетab forbundet med den indtjening, som overstiger 3,092 mio. kr. Da

eneforhandlerens nytte ved en indtjening på 3,092 mio. kr. er 3,05 nytteenheder, og eneforhandlerens nytte ved en indtjening på 8 mio. kr. er 4,6 nytteenheder, vil denne opleve et nyttetab på 1,55 nytteenheder. Effekten af de reciprokke realoptioner for eneforhandleren er illustreret nedenfor:



Figur 7: Effekten af reciprokke realoptioner på eneforhandleren²⁴⁰

Eneforhandlerens forventede nytte ved indarbejdelsen af både put- og call-optioner kan på denne baggrund beregnes som følgende:

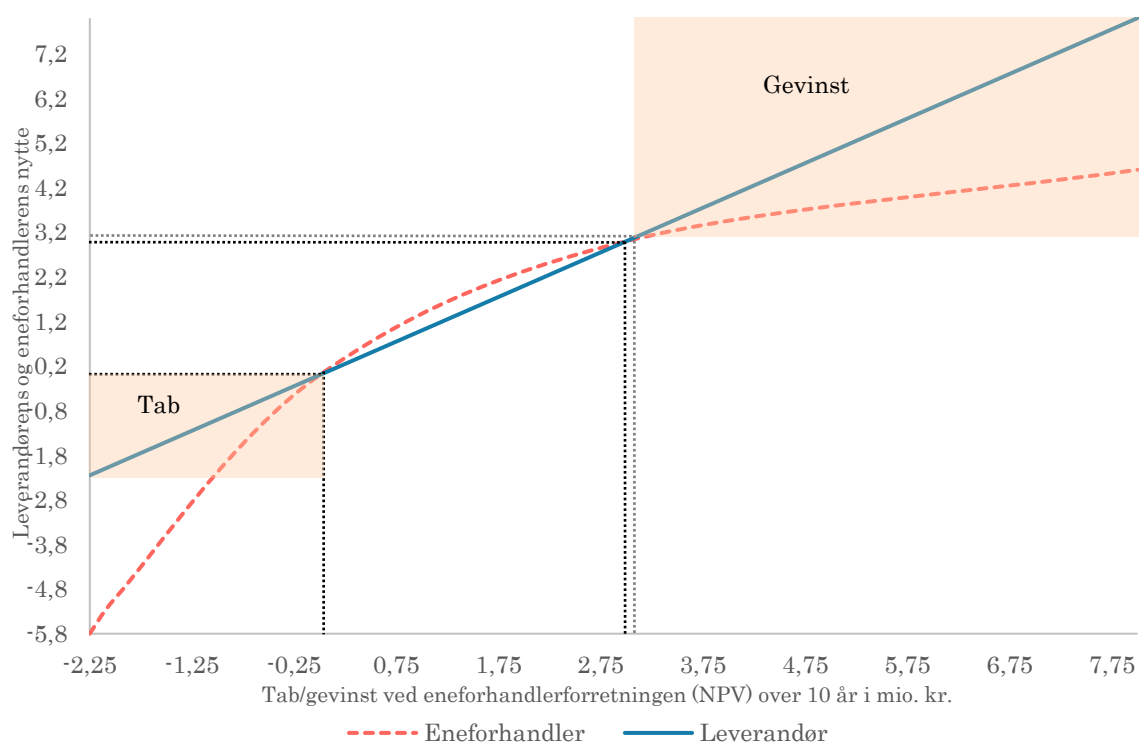
$$E(U)_{eneforhandler}^{reciprok} = \frac{1}{3} \cdot 0 + \frac{1}{3} \cdot 2,5 + \frac{1}{3} \cdot 3,05 = 1,85 \quad (4.14)$$

Eneforhandleren oplever således en øget nytte ved indarbejdelsen og udnyttelsen af reciprokke realoptioner på 1,6 nytteenheder, idet eneforhandlerens forventede nytte ved et konventionelt eneforhandlerforhold er 0,25 nytteenheder, mens den ved brug af reciprokke realoptioner er 1,85 nytteenheder.

²⁴⁰ Figurens sorte stiplede linjer er udtryk for skæringspunkterne 0,0 og 3,3, der adskiller de antagne markedsudfald fra hinanden. Figurens grå stiplede linje er udtryk for leverandørens kompensation til eneforhandleren, såfremt denne udnytter sin call-option. Med inspiration fra Petersen, m.fl., 2019, s. 22.

4.2.3.2.2 Leverandøren

Ved eneforhandlerens udnyttelse af put-optionen i markedsudfald 1 allokeres risikoen for tab hos leverandøren, hvorved leverandøren vil opleve et nyttetab svarende til -2 nytteenheder. Hvis markedet viser sig at være godt (udfald 3), vil leverandøren udnytte sin call-option, hvorved denne vil opleve en øget gevinst, da gevinstmuligheden allokeres fra eneforhandleren til leverandøren. Det må dog bemærkes, at leverandøren ved udnyttelse af call-optionen skal kompensere eneforhandleren med 23% af eneforhandlerforholdets resultat i 6 måneder, svarende til 92.000 kr., jf. afsnit 4.2.2.4. Leverandøren vil således kun opnå nyttegevinsten forbundet med den indtjening, som overstiger 3,092 mio. kr. (3 mio. kr. adderet med 92.000 kr. for eneforhandlerens compensation). Leverandørens øgede gevinstmulighed på 4,908 mio. kr. (8 mio. kr. subtraheret med 3,092 mio. kr.), vil medføre en nyttegevinst på 4,908 nytteenheder. Dette er illustreret nedenfor:



Figur 8: Effekten af reciproke realoptioner på leverandøren²⁴¹

Effekten af henholdsvis put- og call-optionen vil således medføre, at leverandøren opnår en forventet nytte på følgende:

²⁴¹ Med inspiration fra Petersen, m.fl., 2019, s. 23.

$$E(U)_{leverandør}^{reciprok} = \frac{1}{3} \cdot -2 + \frac{1}{3} \cdot 0,75 + \frac{1}{3} \cdot 4,908 = 1,22 \quad (4.15)$$

Ved indarbejdelsen af reciprokke realoptioner i eneforhandlerkontrakten, vil leverandøren opnå en øget nytte på 0,22 nytteenheder. Dette skyldes, at leverandørens forventede nytte ved et konventionelt eneforhandlerforhold er 1,0 nytteenheder, mens den ved brug af reciprokke realoptioner er 1,22 nytteenheder.

4.2.4 Vurdering af de reciprokke realoptioners betydning for kontrahenternes gevinstmuligheder i eneforhandlerforholdet

På baggrund af ovenstående analyse konkluderes det, at indarbejdelsen og udnyttelsen af reciprokke realoptioner i eneforhandlerkontrakten medfører en effektiv allokering af gevinstmulighederne forbundet med eneforhandlerforholdet. Både leverandøren og eneforhandleren opnår en øget nytte ved tilføjelsen af de reciprokke realoptioner. Som følge heraf vil kontrahenterne således have et incitament til at indarbejde disse ved kontraktkonciperingen.

Når kontrahenternes nytte sammenholdes med deres forventede profit, kan det anføres, at leverandørens forventede profit ligeledes øges ved indarbejdelsen af realoptionerne. Leverandøren opnår således både en øget nytte samt en øget forventet profit, hvorfor særligt leverandøren vil have et incitament til at indarbejde realoptionerne i kontraktgrundlaget. Eneforhandlerens forventede profit ses derimod at være lavere ved indarbejdelsen af de reciprokke realoptioner end tilfældet er ved et konventionelt eneforhandlerforhold. Som følge af dennes risikoaversion, må det dog bemærkes, at realoptionernes reallokering af risici er incitament nok for eneforhandleren til at indarbejde put- og call-optioner i kontraktgrundlaget, hvilket indikeres ved eneforhandlerens øgede nytte. Som nævnt i afsnit 2.1.1.1 skyldes dette, at eneforhandleren foretrækker et lavere, men sikkert afkast, frem for et gennemsnitligt højere, men variabelt afkast.

På baggrund af ovenstående må det således konkluderes, at indarbejdelsen af reciprokke realoptioner i eneforhandlerkontrakten medfører en forbedring af gevinstallokeringen.

4.3 REALPTIONERNES BETYDNING FOR RISIKOALLOKERINGEN I SAMARBEJDET

Foruden realoptionernes betydning for kontrahenternes gevinstmuligheder, har realoptionerne også betydning for parternes risikoallokering. I indeværende afsnit vil realoptionernes betydning for kontrahenternes risikoallokering i eneforhandlerforholdet derfor blive analyseret nærmere. Der fokuseres i denne forbindelse særligt på leverandørens fleksibilitet og eneforhandlerens dedikation, hvorfor der i det følgende, i modsætning til ovenstående, tages hensyn til endogene faktorer, der kan have betydning for eneforhandlerforretningen.

4.3.1 Leverandørens dilemma: Tradeoffet mellem fleksibilitet og dedikation

I samarbejdsforhold, der kan karakteriseres som et principal-agent-forhold, herunder eneforhandlerforhold, ses det ofte, at principalen har en interesse i at to forskellige forhold opfyldes, desuagtet at disse er modstridende.

Indledningsvist må det anføres, at leverandøren har et ønske om, at eneforhandlerkontrakten giver denne så stor grad af fleksibilitet som muligt i tilfælde af, at eneforhandlerforretningen viser sig at være profitabel eller såfremt eneforhandleren viser sig at være uegnet til at sælge leverandørens produkter. Leverandøren har således en interesse i at have et kort opsigelsesvarsel og ingen eller en kort uopsigelsesperiode (*fleksibilitet*). Dette skyldes, at leverandøren, i tilfælde af at eneforhandlermarkedet viser sig at være særligt lukrativt, vil kunne internalisere eneforhandlerforretningen og dermed søge hele gevinsten selv, uden at skulle afvente.²⁴² Omvendt vil leverandøren også have en interesse i at opsiges samarbejdet med eneforhandleren, såfremt denne ikke synes at have de rette kompetencer. Set fra leverandørens side øger disse faktorer fleksibiliteten i samarbejdet, hvilket må anses som den positive effekt ved fleksibilitet (*mode flexibility upside*).²⁴³

Foruden ovenstående har leverandøren en interesse i, at eneforhandleren yder en høj indsats og viser engagement i samarbejdet således, at profitten for leverandøren, i form af afsætning til eneforhandleren og herefter på markedet, stiger (*dedikation*). Eneforhandlerens incitament til at udvise dedikation i et konventionelt eneforhandlerforhold må derimod anses for at være lav, idet eneforhandleren står overfor et hold-up-problem og en troværdig trussel om at blive opsagt. Incitamentet til at investere relationsspecifikt og yde en høj indsats vil således ikke være

²⁴² Petersen, m.fl., unpublished, working paper 2020, s. 13.

²⁴³ Ibid., s. 4f.

tilstede, såfremt eneforhandleren ikke beskyttes økonomisk. Som følge heraf har eneforhandleren således en interesse i at have et langt opsigelsesvarsel samt at kontrakten har en lang løbetid. Dette anses som værende den negative effekt ved fleksibilitet (*mode flexibility downside*).²⁴⁴

På denne baggrund står det klart, at leverandøren i det konventionelle eneforhandlerforhold står i et tradeoff mellem fleksibilitet og dedikation. I det følgende skal der foretages en analyse af, hvorvidt henholdsvis call- og put-optioner vil have en indvirkning på dette tradeoff.

4.3.1.1 Realoptionernes tilførsel af fleksibilitet og dedikation

Ved brug af realoptionerne antages det indledningsvist, at den eneste måde at terminere samarbejdet på er ved at udnytte sin tildelte option.²⁴⁵ Som følge af at realoptionerne har karakter af at være et styringsværktøj, vil deres ændring i niveauet af fleksibilitet og dedikation kun have virkning i den løbetid, som optionerne har. Udløber optionerne, og er disse på det pågældende tidspunkt ikke udnyttet, vil ændringerne ophøre og samarbejdet vil igen bære præg af at den konventionelle fleksibilitet og dedikation.

Ved et konventionelt eneforhandlerforhold antages det, at niveauet af fleksibilitet og dedikation ligger på et middel niveau, idet parterne, jf. afsnit 3.3.4.2, ofte vil have et opsigelsesvarsel på 6 måneder, hvorfor der synes at være en grad af fleksibilitet tilstede, mens eneforhandleren har en dedikation set i forhold til termineringsdilemmaet, der bevirker, at denne yder en medium indsats.

4.3.1.1.1 Call-optionens tilførsel af fleksibilitet og dedikation

Det må stå klart, at leverandøren, ved indførslen af call-optionen i eneforhandleraftalen, sikres retten til at kunne indtræde på markedet gennem en internalisering af eneforhandlerforretningen, herunder dennes aktiver, og søge mulige gevinster, såfremt markedet viser sig at være lukrativt. Call-optionen bevirker således, at leverandøren opnår en øget fleksibilitet, idet denne herved ikke behøver at afvente kontraktens oprindeligt aftalte udløb.

²⁴⁴ Petersen, m.fl., unpublished, working paper 2020, s. 5.

²⁴⁵ Det bemærkes, at der er tale om et hypotetisk scenarie, der har til formål at illustrere kontrahenternes økonomiske risikoallokering, hvorfor der i analysen ikke er taget højde for parternes juridiske hæveadgang, herunder såfremt én af parterne væsentligt misligholder kontrakten.

Eneforhandlerens dedikation ændres imidlertid ikke nødvendigvis ved indarbejdelsen af call-optionen. Desuagtet at eneforhandleren bliver kompenseret ved udnyttelsen af call-optionen, vil denne ikke have incitament til at hæve niveauet af dedikation, idet eneforhandleren derved risikerer, at leverandøren opdager, at markedet er mere lukrativt og derfor udnytter call-optionen som opsigelse. Samtidig vil denne ikke have incitament til at sænke niveauet, da dette blot går ud over eneforhandlerens egen profit.

På denne baggrund må det konkluderes, at indarbejdelsen af call-optionen øger fleksibiliteten for leverandøren, mens dedikationen for eneforhandleren som udgangspunkt forbliver uændret.

4.3.1.1.2 Put-optionens tilførsel af fleksibilitet og dedikation

Ved indarbejdelsen af put-optionen sikrer eneforhandleren sig retten til at udtræde af samarbejdet og få kompenseret sine investeringer, når markedet viser sig at være tabsgivende eller mindre profitabelt end forventet. Put-optionen bevirker således, at eneforhandlerens niveau af dedikation i samarbejdet stiger, idet risikoen for hold-up udelukkes og risikoen for et dårligt markedsudfald overføres til leverandøren. Under den antagelse, at det udelukkende er eneforhandleren, der kan terminere samarbejdet, jf. afsnit 4.3.1.1, er risikoen for, at leverandøren opdager, at markedet er profitabelt og overtager dette, ikke eksisterende. Det må således anføres, at indarbejdelsen af put-optionen øger dedikationen i samarbejdet.

Man kan endvidere argumentere for, at der ved indarbejdelsen af put-optionen sker en negativ ændring i fleksibiliteten. Dette skyldes, at leverandøren ikke har mulighed for at opsiges kontrakten og søge eventuelle gevinster på markedet selv, hvorfor denne vil opleve en mindre grad af fleksibilitet end ved det konventionelle eneforhandlerforhold. Desuagtet at leverandøren mister sin fleksibilitet i samarbejdet, vil forholdet stadig være medvirkende til at skabe værdi, idet eneforhandlerens højere dedikation vil udmunde i større profit for leverandøren, såfremt markedet findes at være lukrativt.

På denne baggrund må det konkluderes, at indarbejdelsen af put-optionen øger dedikationen hos eneforhandleren, mens fleksibiliteten for leverandøren falder.

4.3.1.1.3 Reciprokke realoptioners tilførsel af fleksibilitet og dedikation

Det må stå klart, at der ved en reciprok anvendelse af realoptionerne er mulighed for at øge både fleksibilitet og dedikation. Dette skyldes, at leverandøren, som følge af retten til call-optionen, har mulighed for at bestemme, hvorvidt han vil udnytte call-optionen til at overtage markedet selv. Herved skal leverandøren blot godtgøre eneforhandleren for dennes relationsspecifikke investeringer samt kompensere for en del af den mulige gevinst. Endvidere bevirker put-optionen, at eneforhandlerens risiko overføres på leverandøren, og som følge af eliminerings af risikoen for hold-up stiger eneforhandlerens niveau af dedikation. Desuagtet at leverandøren overtager det meste af risikoen, ses dette at være en rimelig allokering som følge af parternes differentierede risikoprofiler. Dette skal yderligere behandles nedenfor i afsnit 4.3.2.

Som følge af at reciprokke realoptioner øger både fleksibiliteten og dedikationen, ses det, at der ikke skal foretages en afvejning mellem disse. Det er dog værd at bemærke, at selvom leverandøren opnår større fleksibilitet gennem call-optionen, når markedet viser sig at være lukrativt, mindskes leverandørens mulighed for fleksibilitet ligeledes, når markedet viser sig at være mindre profitabelt end forventet som følge af eneforhandlerens put-option.

Det må på baggrund af ovenstående konstateres, at en reciprok indarbejdelse af call- og put-optioner vil bevirke, at både niveauet af fleksibilitet og dedikation stiger. Det vil på denne baggrund være fordelagtigt for leverandøren at indarbejde optionerne.

4.3.2 Eneforhandlerens risikoaversion: Put-optionens betydning for risikoallokeringen

Eneforhandleren vil ved indgåelsen af en konventionel eneforhandleraftale stå over for en række konventionelle problemstillinger, jf. også afsnit 3.5, som påfører denne en grad af usikkerhed. Problematikkerne bevirker, at eneforhandlerens incitament til at investere relationsspecifikt, samt at indgå i et strategisk samarbejde, mindskes. Ligeledes vil eneforhandleren være begrænset i forhold til sin profitskabende adfærd på markedet som følge af, at denne, i tilfælde af, at markedet viser sig meget gunstigt, udsættes for en risiko for termination. Risikoallokeringen har derfor en særlig betydning for eneforhandleren, idet denne netop ses at være risikoavers.

Spørgsmålet er herefter, om indarbejdelsen af call- og put-optioner kan forbedre risikoallokeringen, og dermed øge eneforhandlerens incitament til at indgå i samarbejdet.

4.3.2.1 Indarbejdelsen af put-optionen som led i at foretage en fornyet risikoallokering

Det ses inden for den klassiske PA-teori, at agenten, fordi denne er risikoavers og da denne netop påtager sig en risiko for usikkerhed i indkomsten, tildeles en risikopræmie, som kompenserer agenten for denne usikkerhed. Jo mere risikoavers agenten er, desto større skal risikopræmien ligeledes være.²⁴⁶

Man kan i denne forbindelse argumentere for, at call- og put-optionerne fungerer som en slags 'risikopræmie' for eneforhandleren. Det må påpeges, at eneforhandleren, der handler for egen regning og risiko, har en usikker indkomst ved at agere på markedet. Ved indarbejdelsen og udnyttelsen af put-optionen overføres risikoen for, at markedet svigter til leverandøren. På denne måde kan put-optionen anses at udgøre en form for risikopræmie for eneforhandleren. Såfremt markedet omvendt viser sig at være profitabelt, og leverandøren, som følge heraf, vælger at udnytte sin call-option for dermed at søge den uventede gevinst, er leverandøren forpligtet til at godtgøre for de relationsspecifikke investeringer og tildele eneforhandleren en kompensation for en del af den uventede gevinst, som overføres til leverandøren. Denne kompensation samt godtgørelse for de relationsspecifikke investeringer kan ligeledes anses at udgøre en form for risikopræmie for eneforhandleren.

4.3.2.2 Allokering af risikoen hos leverandøren

Det må bemærkes, at det kan være ufordelagtigt for leverandøren, såfremt eneforhandleren fuldstændig kompenseres for sin risiko ved indarbejdelsen af put-optionen.²⁴⁷ At risikoen overføres fuldstændig til leverandøren indebærer, at eneforhandlerens incitament til at udøve en høj indsats, udbrede kendskab til leverandørens produkter samt skabe profit på markedet mindskes, hvorfor målet om at opnå incitamentsforenelighed kan være i fare, såfremt hele risikoen allokeres hos leverandøren. På denne baggrund kan det være fordelagtigt for leverandøren, at der udarbejdes en put-option, som lader noget af risikoen påhvile eneforhandleren. Kontrahenterne kan overveje, om eneforhandleren, når denne udnytter sin put-option, kun bør godtgøres for en vis procentdel af de underliggende aktivers værdi, mens det omvendt må stå klart, at eneforhandleren, ved leverandørens udnyttelse af call-optionen, bør være berettiget til en fuldstændig godtgørelse for sine investeringer. På denne måde sikres

²⁴⁶ Hendrikse, 2003, s. 121.

²⁴⁷ Petersen, m.fl., unpublished, working paper 2020, s. 16f.

det, at eneforhandleren fortsat yder en vis indsats for at skabe værdi i samarbejdet, hvorved der skabes incitamentsforenelighed.

4.3.3 Vurdering af risikoallokeringen som følge af indarbejdelsen af reciprokke realoptioner

På baggrund af ovenstående analyse må det konkluderes, at indarbejdelsen og anvendelsen af reciprokke realoptioner skaber grobund for en forbedret risikoallokering mellem parterne i eneforhandlerforholdet, idet risikoen i højere grad allokeres hos leverandøren. Dette skyldes navnlig, at call-optionen fordrer fleksibilitet i samarbejdet for leverandøren således, at denne selv kan søge mulige gevinster på markedet. Når der henses til put-optionen, indebærer anvendelsen af en sådan, at der skabes dedikation for eneforhandleren og incitament for denne til at yde en høj indsats, men samtidig sikres eneforhandleren mod truslen om hold-up, en tabsgivende forretning samt terminering uden kompensation. Put-optionen sikrer, at risikoen primært allokeres hos leverandøren, som anses for mest egnet til at bære denne.

4.4 KRITIK AF BRUGEN AF RECIPROKKE REALOPTIONER

Selvom det ovenfor er bevist, at brugen af reciprokke realoptioner skaber incitament for kontrahenterne til at indgå et samarbejdsforhold og forbedrer kontrahenternes gevinst- og risikoallokering, kan det imidlertid fortsat diskuteres, hvorvidt brugen af put- og call-optioner løser problemstillingen vedrørende eneforhandlerens incitament til at overopfylde kontraktens volumenkrav vedrørende minimumomsætning og dermed eneforhandlerens termineringsdilemma, jf. også afsnit 3.5.2. Dette skyldes, at leverandøren kan udnytte sin call-option og opsige eneforhandlerkontrakten, såfremt markedet viser sig at være lukrativt, og herefter selv påbegynde salg af produkterne. Man kan således argumentere for, at eneforhandleren, på trods af indarbejdelsen af put- og call-optionerne, ikke har interesse i, at yde mere end hvad der er aftalt i kontrakten af frygt for at leverandørens terminering.

Foruden dette kan der foreligge situationer, hvor leverandøren ikke ønsker at overtage eneforhandlerens relationsspecifikke investeringer, som følge af f.eks. vanskeligheder med udenlandske retsregler, forpligtelser samt viden om markedet. I så tilfælde vil det være besværligt og uattraktivt for leverandøren at overtage eneforhandlerens forretning og position på markedet, hvorved sådanne realoptioner ikke synes at være fordelagtige.

Endvidere må det anføres, at der kan være betydelige transaktionsomkostninger forbundet med indarbejdelsen af realoptionerne i kontraktgrundlaget.²⁴⁸ Dette skyldes navnlig, at optionerne skal være af komplet karakter, herunder som følge af at der i dansk ret ikke forefindes nogen regulering af realoptionerne i relation til eneforhandlerforhold, hvorfor brugen af disse vil afhænge af bestemmelserne i eneforhandlerkontrakten.

Slutteligt kan selve værdiansættelsen af realoptionerne være forbundet med betydelige vanskeligheder. Dette skyldes navnlig, at værdiansættelsen skal afspejle det underliggende aktivs værdi på tidspunktet for udnyttelsen af realoptionen, hvilket i praksis kan være udfordrende, som følge af kontrahenterne begrænsede rationalitet. Værdiansættelsen er forbundet med en vis usikkerhed, idet der på kontraktindgåelsestidspunktet skal foretages en tilbagediskontering af det underliggende aktivs fremtidige værdi samt tages højde for eventuelle værdiforringelser og afskrivninger. Ligeledes vil parterne under kontraktkonciperingen have modstridende interesser, idet eneforhandleren ønsker at værdiansætte aktiverne højt for dermed at opnå den størst mulige godtgørelse for de relationsspecifikke investeringer, mens leverandøren ønsker at værdiansætte aktiverne lavt for at undgå betaling af en høj pris for disse investeringer. Foruden dette anses en del af eneforhandlerens relationsspecifikke investeringer at oparbejdes over tid, hvorfor det vil være forbundet med anseelige udfordringer at værdiansætte disse initialt. Værdiansættelsen af realoptionerne vil ligeledes være forbundet med betydelige transaktionsomkostninger.

4.5 DELKONKLUSION

Det kan på baggrund af ovenstående analyse konkluderes, at brugen af reciprokke realoptioner kan forbedre kontrahenternes gevinst- og risikoallokering i et eneforhandlerforhold. Dette skyldes, at en reciprok brug af put- og call-optionerne allokerer den mulige gevinst ved eneforhandlerforretningen hos leverandøren, som opnår den højeste nytte herved. Ligeledes allokeres risikoen hos leverandøren, som er bedst egnet til at bære denne, som følge af muligheden for at diversificere sin forretning. Der genereres således en øget nytte hos leverandøren såvel som eneforhandleren ved brug af reciprokke realoptioner, hvorved der er grobund for skabelsen af relationsrente i det strategiske samarbejde.

Det ses endvidere, at de reciprokke realoptioner øger fleksibiliteten og dedikationen i samarbejdet, idet risikoen for hold-up mindskes og eneforhandleren sikres en kompensation ved

²⁴⁸ Petersen, m.fl., unpublished, working paper 2020, s. 5.

terminering af kontrakten. Leverandøren oplever en øget fleksibilitet ved brug af call-optionen, idet denne herved undgår at skulle afvente kontraktens oprindelige udløb. Omvendt øges eneforhandlerens dedikation i samarbejdet, idet denne foranlediges til at yde en højere indsats, eftersom eneforhandleren ved brug af put-optionen godtgøres for sine relationsspecifikke investeringer, ligesom call-optionen sikrer eneforhandleren en kompensation foruden godtgørelsen af de disse investeringer. Realoptionerne sikrer således, at der skabes incitamentsforenelighed mellem parterne, hvilket fordrer udøvelsen af strategisk kontrahering. Målet med eneforhandleraftalen ændres således fra at være egenoptimering og udbytte på medkontrahentens bekostning til at være fælles værdiskabelse og forbedring af samarbejdsforholdet.

På trods af ovenstående må det dog konkluderes, at der foreligger en række udfordringer ved brugen af reciprokke realoptioner, herunder i relation til eneforhandlerens incitament til at overopfylde kontraktens volumenkrav vedrørende minimumomsætning (eneforhandlerens termineringsdilemma), leverandørens ønske om ikke at overtage eneforhandlerens relationsspecifikke investeringer, værdiansættelsen af realoptionerne samt de betydelige transaktionsomkostninger forbundet hermed.

Kapitel 5

Gevinst- og hardshipklausuler i eneforhandlerkontrakter

Når der ex post kontraktindgåelse sker uforudsete omstændigheder, der væsentligt forrykker balancen i kontraktforholdet mellem kontrahenterne, er særligt gevinst- og hardshipklausuler omdiskuteret i den juridiske litteratur.²⁴⁹ Som alternativ til brugen af reciprokke realoptioner, skal anvendelsen af gevinst- og hardshipklausuler i relation til eneforhandlerkontrakter diskuteres nærmere, herunder hvorvidt brugen af disse kan løse hold-up-problematikken og termineringsdilemmaet. Det vil i denne forbindelse blive vurderet, hvordan brugen af gevinst- og hardshipklausuler påvirker kontrahenternes gevinst- og risikoallokering samt skabelsen af relationsrente. Slutteligt foretages der en komparativ analyse af anvendelsen af henholdsvis reciprokke realoptioner samt gevinst- og hardshipklausuler.

5.1 OMSTÆNDIGHEDER, DER FREMBRYDER BRUGEN AF GEVINST- OG HARDSHIPKLAUSULER SOM ALTERNATIV TIL REALOPTIONER

Gevinst- og hardshipklausuler kan samlet anføres som værende klausuler, der genetablerer balancen i kontraktforholdet efter uventede omstændigheder, der ex post kontraktindgåelse har forrykket den oprindelige ligevægt mellem kontrahenterne. Formålet med disse klausuler er at værne om det strategiske samarbejde og reallokere den økonomiske risiko, når uventede efterfølgende omstændigheder forekommer. Det mere præcise indhold af sådanne klausuler samt betingelserne for anvendelsen af disse behandles i afsnit 5.2.

Man kan argumentere for, at gevinst- og hardshipklausuler kan anses som værende et alternativ til anvendelse af reciprokke realoptioner, idet begge kan anvendes som et strategisk værktøj med det formål at skabe incitamentsforenelighed mellem kontrahenterne. Modsat gevinst- og hardshipklausuler, frembryder brugen af reciprokke realoptioner, som behandlet i kapitel 4, dog en række udfordringer i relation til indførelsen i kontraktgrundlaget samt de gevinster og/eller tab, optionerne regulerer. Navnlig frembryder realoptioner udfordringer i

²⁴⁹ Se hertil f.eks. Andersen og Lookofsky, 2015, s. 194 ff. og 206 ff.; Østergaard, 2016, s. 435ff; samt Østergaard og Petersen, 2020, 1ff.

relation til (1) parternes begrænsede rationalitet, (2) transaktionsomkostningerne ved indarbejdelse samt (3) de aktiver, optionerne regulerer.

Indledningsvist må det anføres, at kontrahenterne, som følge af deres begrænsede rationalitet, ikke kan forudsige alle fremtidige begivenheder samt omfavne forestående problemer. Ved brug af reciprokke realoptioner kan dette give anledning til udfordringer, idet indførelsen af realoptioner i kontraktgrundlaget kræver, at parterne er i stand til at kvalificere hvilke relationsspecifikke investeringer, optionerne skal vedrøre og ligeledes på sin vis være i stand til at værdiansætte disse eller opstille en metode til, hvordan værdien på et senere tidspunkt vil skulle fastsættes.

I nogle eneforhandlerforhold vil det være af mere kompleks karakter at definere hvilke aktiver, der skal ligge til grund for optionerne og ligeledes vil værdisætningen, f.eks. ved investering i kundekartoteket (goodwill), være kompliceret. Som anført i afsnit 4.1.4 vil der endvidere ikke altid være tale om initiale investeringer, hvorfor det i disse tilfælde vil være vanskeligt for parterne på forhånd at definere disse. Som følge heraf, vil parternes begrænsede rationalitet og den deraf manglende evne til at koncipere komplette kontrakter, bevirke, at reciprokke realoptioner kan være udfordrende at indarbejde i kontraktgrundlaget. Set ud fra et transaktionsomkostningssynspunkt, må det endvidere anføres som værende økonomisk rationelt at anvende en kontrakt, der er inkomplet, hvorved man kan argumentere for, at anvendelse af hardship- og gevinstklausuler i højere grad kan synes at afspejle parternes begrænsede rationalitet.

Dernæst må det stå klart, at der ved indarbejdelsen af realoptioner kan forekomme større eller mindre transaktionsomkostninger, som følge af den nærmere specificering sådanne optioner kræver, herunder kontraktforhandlingsomkostninger og kontraktudfærdigelses-omkostninger. Indarbejdelsen af optionerne kræver, at parterne er enige om hvilke investeringer, der skal foretages samt værdiansættelsen heraf. Modsat gælder det ved hardship- og gevinstklausuler, at disse ofte er af mindre specifik karakter og derfor ofte kan inkorporeres mere ubesværet, når blot der tages hensyn til en mulig forestående gevinst og/eller tab.

Slutteligt må det anerkendes, at der ikke altid vil eksistere et behov for initiale relationsspecifikke investeringer i eneforhandlerforholdet, idet der som anført ofte vil blive foretaget relationsspecifikke investeringer over tid i eneforhandlerforholdet. I disse tilfælde synes realoptionerne ikke umiddelbart anvendelige, da eneforhandlerens trinvis investeringer vil være vanskelige at værdiansætte ex ante kontraktindgåelsen. Desuagtet at der ikke er

investeret relationsspecifikt upfront, kan der stadig forekomme situationer, hvor kontrahenter i et strategisk samarbejde oplever begivenheder, som væsentligt forrykker balancen i forholdet og efterlader én af parterne med en stor gevinst eller et tab. I disse tilfælde kan man argumentere for, at gevinst- og hardshipklausuler vil have deres berettigelse.

I forlængelse heraf anfører Petersen og Østergaard (2020) tre kumulative forudsætninger for, hvornår gevinst- og hardshipklausuler synes at give mening i økonomisk henseende,²⁵⁰ som supplerer ovenstående betragtninger. Det anføres, at gevinst- og hardshipklausuler kan anvendes, når (1) parterne ikke finder det optimalt at specificere alle mulige hændelser ex ante kontraktindgåelse, (2) parterne har interesse i at opretholde det strategiske samarbejde og (3) når parterne har udelukket formation af et joint venture.²⁵¹ Ligeledes kan det anføres, at graden af usikkerhed på markedet, kan bevirke at klausulerne synes mere optimale.

Som følge af parternes begrænsede rationalitet vil det være særlig omkostningsfuldt at koncipere komplette kontrakter, hvorfor første forudsætning for anvendelsen af gevinst- og hardshipklausuler må anses for at være opfyldt, særligt når der henses til, at realoptionerne kan være dyre at koncipere. Ligeledes må det i relation til den anden forudsætning antages, at kontrahenterne i eneforhandlerforholdet har en interesse i at opretholde det kontraktuelle samarbejde, herunder når der henses til eneforhandlerens foretagelse af relationsspecifikke investeringer i form af bl.a. oparbejdelse af kundekartotek og viden om markedet. I relation til den tredje og sidste forudsætning må det anføres, at det, henset til afhandlingens afgrænsning samt sigte, ikke er muligt at afdække, hvorvidt parterne i eneforhandlerforholdet har udelukket formationen af et joint venture som alternativ til kontraktrelationen. Det må imidlertid lægges til grund, at kontrahenterne forinden kontraktindgåelsen har overvejet øvrige kontraktsamarbejder, men har vurderet, at eneforhandlerforholdet er det økonomisk efficiente.

På baggrund af ovenstående må det anføres, at der foreligger et økonomisk rationale ved anvendelsen af gevinst- og hardshipklausuler i eneforhandlerforholdet, og at disse er særligt anvendelige (1) når parterne er begrænset rationelle og derfor konciperer inkomplette kontrakter, (2) når der forekommer høje transaktionsomkostninger ved indarbejdelse af specifikke klausuler, (3) når der ikke foretages initiale relationsspecifikke investeringer, men disse foretages trinvist samt (4) når kontrahenterne har en interesse i at opretholde det

²⁵⁰ Østergaard og Petersen, 2020, s. 10.

²⁵¹ Ibid., s. 10f.

strategiske samarbejde. I det følgende skal det derfor analyseres og diskuteres under hvilke betingelser, disse klausuler finder anvendelse.

5.2 BETINGELSER FOR GEVINST OG HARDSHIP

Der gælder en række betingelser for anvendelsen af henholdsvis gevinst- og hardshipklausuler. I relation til hardshipklausuler opstilles der tre kumulative betingelser, der undertiden kan udledes af *lex mercatoria*, herunder bl.a. af UNIDROIT International Commercial Contracts²⁵² og Principles of European Contract Law (PECL)²⁵³. Det må i denne forbindelse bemærkes, at betingelserne for gevinst ikke kan udledes af *lex mercatoria*, men det må lægges til grund, at der for gevinstklausuler kan foretages en analog anvendelse af de to første betingelser, som gælder for hardshipklausuler.

For det første anføres det som betingelse for anvendelse af gevinst- og hardshipklausuler, at der skal være tale om en efterfølgende omstændighed, der ikke er kendt af kontrahenterne på kontraktindgåelsestidspunktet.²⁵⁴ Betingelsen synes særligt at frembyde, at parterne ikke på kontraktindgåelsestidspunktet har kendskab til den forestående usikre begivenhed, der giver anledning til enten gevinst eller tab. Havde parterne dette, eller kendte de risikoen herfor, ville dette formentlig betyde, at de konkret havde taget stilling hertil i kontrakten eller havde afstået fra samarbejdet, som følge af begivenhedens afskrækkende effekt på den forurettede part.

For det andet må den efterfølgende omstændighed antages at skulle forrykke balancen i kontrakten mellem kontrahenterne.²⁵⁵ Det er en betingelse for anvendelse af gevinst- og hardshipklausuler, at den efterfølgende begivenhed har en væsentlig effekt og indvirkning på minimum én af kontraktparterne – enten som følge af dennes mulighed for opfyldelse eller ved, at selve indkomsten ved kontraktforholdet minimeres markant. Dette hænger sammen med princippet om kontraktens bindende virkning, hvorfor risikoen for en lille ændring i indkomsten eller muligheden for opfyldelse forringes, må påhvile parterne selv. Dette synes ligeledes, at skulle gøre sig gældende, når der er tale om uforudsete gevinster.

²⁵² UNIDROIT 2010 – UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, Art. 6.2.2 og 6.2.3.

²⁵³ Lando, Ole, m.fl. Principles of European Contract Law, Art. 6:111.

²⁵⁴ Østergaard, 2016, s. 444.

²⁵⁵ Ibid., s. 444.

For det tredje skal den efterfølgende omstændighed være af eksogen (udefrakommende) karakter, som synes at være uafværgelig og uden for den belemrede parts kontrol. Betingelsen finder udelukkende anvendelse ved hardshipklausuler. Det er særligt denne betingelse, som giver anledning til diskussion, idet visse former for endogene faktorer kan siges at påvirke parternes risiko for tab. Ved udøvelsen af strategisk kontrahering kan der især være tale om human-aktivespecifikke investeringer, herunder f.eks. relevant uddannelse af personale eller kontakt til forretningsforbindelser, som kan have en afgørende indvirkning på det fremtidige salg eller leverandørens produktion af produkter af ringere kvalitet, der derved har en indvirkning på begge parterets fremtidige profit. Man kan således argumentere for, at der ved brug af hardshipklausuler ligeledes bør inkorporeres endogene faktorer, som kan resultere i hardship.

Såfremt ovenstående betingelser er opfyldt, vil en gevinst- såvel som hardshipklausul kunne anvendes i eneforhandlerforholdet.

5.3 GEVINSTKLAUSULER

En gevinstklausul har grundlæggende til formål at realisere efterfølgende forretningsmuligheder, herunder økonomiske muligheder, der ikke var kendte på kontraktindgåelsestidspunktet, og som der derfor ikke er taget stilling til i eksplicitte kontraktbestemmelser.²⁵⁶

Det må i denne forbindelse bemærkes, at potentielle gevinstmuligheder, der opstår efter kontraktindgåelsestidspunktet, er begrænset behandlet i den juridiske litteratur og retspraksis. U 2003.23 H (Tintin-dommen) er et eksempel hvorpå, kontrahenterne på kontraktindgåelsestidspunktet ikke havde taget højde for den efterfølgende økonomiske gevinstmulighed. I den konkrete sag havde en oversætter og et forlag indgået en mundtlig aftale om oversættelse af en række Tintin-album. Oversætteren blev honoreret med 10 kr. pr. oversat side, hvilket var en sædvanlig betalingsform i branchen på tidspunktet for kontraktindgåelsen. Det viste sig efterfølgende, at Tintin-tegneserierne havde stor kommerciel succes i Danmark, hvorfor der blev optrykt flere end forventet, uden oversætteren blev honoreret herfor. Oversætteren anlagde sag med påstand om, at forlaget skulle betale et ekstra vederlag svarende til 500.001 kr. med henvisning til AFTL § 36. Landsretten tog imidlertid ikke oversætterens påstand til følge med henvisning til, at den indgåede aftale mellem oversætteren og forlaget var

²⁵⁶ Østergaard, 2016, s. 437f.

sædvanlig på aftaletidspunktet, ligesom aftalevilkårene ikke afveg betydeligt fra nugældende praksis på området. Højesteret stadfæstede Landsrettens dom og anførte i denne forbindelse følgende:

”Den omsætning, som Tintin-værkerne havde skabt i 1975 ved aftaleforholdets bekræftelse og senere, kunne ikke påregnes i 1960 ved dets indledning. Højesteret lægger imidlertid til grund, at Jørgen Sonnergaard [oversætteren] i hvert fald senest i 1975 var på det rene med, at aftaleforholdet indebar en disponering over en sådan gevinstmulighed.”

Højesteret tilkendegav således, at der forelå efterfølgende gevinstmuligheder, som ikke var kendt på tidspunktet for aftalens indgåelse. Dette kunne imidlertid ikke føre til en tilsidesættelse af aftalen med henvisning til AFTL § 36.

Gevinstklausuler kan anvendes som led i strategisk kontrahering, idet parterne ved indarbejdelsen af gevinstklausulen i kontraktgrundlaget indirekte erkender, at der på kontraktindgåelsestidspunktet foreligger imperfekt information i relation til fremtidige muligheder for opnåelse af relationsrente. Ved brug af gevinstklausuler sikres muligheden for dynamisk efficiens, idet kontrahenterne efter kontraktindgåelsen reelt får mulighed for at revurdere fordelingen af et eventuelt tab eller en eventuel gevinst.²⁵⁷

5.3.1 Definition af gevinstklausuler

Det må bemærkes, at der ikke forefindes en egentlig definition af gevinstklausuler. Østergaard og Petersen (2020) anfører imidlertid at det kan være fordelagtigt at skelne mellem henholdsvis *egentlige* og *uegentlige* gevinstklausuler.²⁵⁸

En *egentlig* gevinstklausul kan anses som en gensidig forpligtelse til at genforhandle nærmere bestemte dele af den eksisterende kontrakt eller supplere denne med yderligere bestanddele, såfremt der opstår en ukendt forretningsmulighed efter kontraktens indgåelse (*ex post*).²⁵⁹ En *egentlig* gevinstklausul bør udformes så den rummer en gensidig forpligtelse for kontrahenterne til at udveksle strategisk information i kontraktens løbetid med det formål at opnå en øget relationsrente. Det må i denne forbindelse bemærkes, at der er tale om strategisk information,

²⁵⁷ Østergaard, 2016, s. 448.

²⁵⁸ Østergaard og Petersen, 2020, s. 6.

²⁵⁹ Østergaard, 2016, s. 449.

som kontrahenterne ikke var i stand til at artikulere på tidspunktet for kontraktens underskrift.²⁶⁰ En *uegentlig* gevinstklausul kan anses som en klausul, hvor kontrahenterne på tidspunktet for kontraktkonciperingen er bevidste om, at der kan opstå en gevinstmulighed *ex post* kontraktindgåelsen. I så tilfælde modtager realdebitor ofte en forhåndsgaranti *ex ante*, der kan bestå af en fast royaltyrente, en progressiv royaltyrente eller en forringende royaltyrente, som afhænger af omsætningen eller antallet af solgte produkter.²⁶¹

Et eksempel på anvendelsen af en uegentlig gevinstklausul er illustreret i U 2012.3007 H (Pandora-dommen). I sagen indgik Pandora og Lise Aagaard en aftale om, at Lise Aagaard skulle være behjælpelig med igangsætning af en produktion af glasperler. Det fremgik af aftalen, at Pandora skulle betale en royalty til Lise Aagaard svarende til 12,5% af Pandoras *”samlede nettoomsætning af glasperler, uanset om de var designet af Lise Aagaard eller andre”*. Pandora gjorde bl.a. gældende, at aftalevilkåret om betaling af royalty skulle tilsidesættes i medfør af AFTL § 36. Højesteret tog ikke påstanden til følge med henvisning til følgende:

”Royaltyaftalen er indgået mellem erhvervsdrivende og er et resultat af parternes overvejelser om forretningsmæssige risici og økonomiske forhold. Herefter, og da der ikke foreligger senere indtrufne omstændigheder, som gør royaltybestemmelsen urimelig, finder Højesteret, at der ikke i medfør af aftalelovens § 36 er grundlag for at tilsidesætte aftalens pkt. 3.1, hverken helt eller delvis.” [vores understregning]

Idet der var tale om kontraktkoncipering mellem professionelle parter, var Højesteret tilbageholdende med at anvende AFTL § 36 som hjemmel for en kontrahent til at foretage en efterfølgende skærpelse eller lempelse af aftalevilkårene (*ex post*). Såfremt kontrahenterne ønsker at indkalkulere muligheden for realisering af potentielle efterfølgende økonomiske gevinstmuligheder, der ikke var kendte på kontraktindgåelsestidspunktet, bør kontrahenterne derfor nøje overveje, hvordan en sådan gevinstklausul udformes.

5.3.2 Det økonomiske rationale bag gevinstklausuler

Når en leverandør og eneforhandler indgår en kontrakt om ensalgsretten til leverandørens produkter, kan det være vanskeligt for kontrahenterne at forudsige sandsynligheden for, hvorvidt der efterfølgende indtræder omstændigheder, der væsentligt kan forrykke balancen mellem parterne. Dette kan være i form af et urimeligt stort tab for eneforhandleren såvel som

²⁶⁰ Østergaard og Petersen, 2020, s. 2.

²⁶¹ Ibid., s. 6.

en ekstraordinær gevinstmulighed. Som beskrevet i kapitel 4 vil indarbejdelsen af reciprokke realoptioner medføre, at eneforhandleren vil udnytte sin put-option, såfremt markedsudfaldet er dårligt (udfald 1), og omvendt vil leverandøren udnytte sin call-option, såfremt markedsudfaldet viser sig at være godt (udfald 3). Brugen af reciprokke realoptioner løser således ikke umiddelbart problemstillingen vedrørende eneforhandlerens incitament til at overopfylde kontraktens volumenkrav vedrørende minimumsomsætning, idet der herved foreligger en risiko for, at leverandøren terminerer kontrakten og udnytter sin call-option.

Spørgsmålet er, hvorvidt indarbejdelsen af en gevinstklausul i kontraktgrundlaget kan imødekomme denne problemstilling. Det må bemærkes, at der sædvanligvis foreligger et økonomisk rationale i at anvende en gevinstklausul i kontraktforhold, der bygger på strategisk kontrahering. Dette skyldes grundlæggende, at kontrahenterne har et ønske om at maksimere det økonomiske udbytte af begivenheder, der var ukendte på tidspunktet for parternes kontraktkonciperings.²⁶² Modsat brugen af reciprokke realoptioner, der ved deres udnyttelse resulterer i terminering af kontrakten, giver indarbejdelsen og eventuel udnyttelse af en gevinstklausul muligheden for at bevare det strategiske samarbejde og herved øge relationsrenten, såfremt der opstår efterfølgende uventede omstændigheder.

I og med at eneforhandleren handler for egen regning og risiko, vil det være eneforhandleren, der opnår gevinstmuligheden, i tilfælde af, at der opstår uventede omstændigheder, som skaber nye forretningsmuligheder, herunder økonomiske muligheder. Leverandøren kan kun få del i denne gevinst, såfremt denne terminerer kontrakten. Såfremt kontrahenterne ved kontraktkonciperingen indarbejder en gevinstklausul, kan man imidlertid argumentere for, at man kan øge leverandørens incitament til at forblive i samarbejdet, også i det tilfælde hvor der opstår en ekstraordinær gevinstmulighed. Dette skyldes navnlig, at hvis kontrahenterne har taget stilling til sådanne situationer i kontrakten, vil parterne være forpligtet til at forsøge at genforhandle kontrakten, der giver mulighed for at fordele den øgede gevinst mellem kontrahenterne. Endvidere kan man argumentere for, at eneforhandlerens incitament til at overopfylde kontraktens volumenkrav vedrørende minimumsomsætning øges, idet risikoen for leverandørens terminering af kontrakten mindskes, som følge af muligheden for fordeling af den ekstraordinære gevinst. Det bør imidlertid overvejes, hvordan en egentlig gevinstklausul skal inkorporeres i kontraktgrundlaget, og herunder hvilke transaktionsomkostninger der vil være forbundet hermed.

²⁶² Østergaard, 2016, s. 449.

5.3.3 Indarbejdelse af gevinstklausuler i eneforhandlerkontrakten

Ved indarbejdelse af en egentlig gevinstklausul i eneforhandlerkontrakten, er det essentielt, at klausulen gøres så klar og entydig som muligt, uagtet der er tale om en bestemmelse, som ikke eksplicit kan formuleres, idet kontrahenterne ikke kender de nøjagtige detaljer, der kan forekomme ved den potentielle gevinst.²⁶³ Det er ved indarbejdelsen og udfærdigelsen af gevinstklausulen værd at overveje, hvorvidt der på forhånd bør indsættes en fordelingsnøgle for den økonomiske merværdi, som skabes på grundlag af gevinstklausulen. Dette skal have til formål at sikre incitamentsforenelighed mellem kontrahenterne.²⁶⁴

I relation til udnyttelsen af gevinstklausulen kan eneforhandleren og leverandøren eksempelvis forsøge at fastsætte indtjeningsgrænser i kontraktgrundlaget, således at parterne er forpligtet til at genforhandle kontrakten, hvis eneforhandlerens indtjening overstiger et nærmere fastsat beløb. Det må imidlertid bemærkes, at der kan være betydelige transaktionsomkostninger forbundet herved. Det vil endvidere kræve et vist markedskendskab og kontrahenterne bør overveje hvilke mekanismer, der kan få betydning for markedsudfaldet. Dette kan være en udfordrende og vanskelig proces, særligt under hensyntagen til parternes begrænsede rationalitet. Det bør derfor vurderes, om transaktionsomkostningerne forbundet med fastlæggelsen af indtjeningsgrænserne overstiger parternes nytte ved indarbejdelsen af gevinstklausulen i kontraktgrundlaget. Foruden fastlæggelsen af hvornår parterne i eneforhandlerforholdet kan udnytte gevinstklausulen, bør disse, som bemærket ovenfor, overveje at indarbejde en fordelingsnøgle for den økonomiske merværdi. Her kan parternes magtbalance imidlertid få betydning for udfaldet.

5.4 HARDSHIPKLAUSULER

Hardship defineres som efterfølgende (ex post) omstændigheder, der bevirker, at det for én af kontraktparterne bliver mere belastende at opfylde kontrakten eller at ligevægten, som fastsat i kontakten, grundlæggende ændrer sig.²⁶⁵ Hardship er således efterfølgende omstændigheder, som bevirker, at real- eller pengedebitor finder det væsentligt mere bebyrdende at levere real- eller pengeydelsen eller at disse omstændigheder bevirker, at balancen mellem kontraktparterne, som oprindeligt bestemt og fastlagt ved kontraktens indgåelse, forrykkes fundamentalt.

²⁶³ Østergaard og Petersen, 2020, s. 9.

²⁶⁴ Østergaard, 2016, s. 449.

²⁶⁵ Østergaard og Petersen, 2020, s. 2.

Østergaard (2016) definerer en *hardshipklausul* som:²⁶⁶

”(...) en kontraktbestemmelse, hvorefter kontrahenterne er forpligtet til at genforhandle dele af kontraktens indhold, idet opfyldelse heraf er blevet mere byrdefuld som følge af en efterfølgende eksogen omstændighed, som kontrahenterne ikke på kontraktindgåelsestidspunktet kunne forudsige som følge af begrænset rationalitet eller skulle afholde uforholdsmæssigt mange transaktionsomkostninger til at kunne fastlægge indholdet heraf.”

Det må dog erindres, at *hardship* også vedrører situationer hvor balancen i kontrakten er forrykket væsentligt, og der ud fra et ”urimelighedssynspunkt” må foretages en genforhandling, hvorfor ovenstående definition må modificeres ud fra dette synspunkt. *Hardshipklausulen* anses på denne baggrund som værende en proaktiv bestemmelse, der etablerer en mulighed for at genskabe balancen i kontrakten allerede på kontraktindgåelsestidspunktet.

På baggrund af ovenstående definition må det anføres, at implikationerne af *hardship* i strategisk kontrahering er, at kontrakten forsøges opretholdt, men at *hardship* indebærer en reallokering af den økonomiske risiko i kontrakten – både *ex nunc* (fra nu af) og *ex tunc* (fra da af).²⁶⁷ *Hardship* er således et juridisk redskab, som typisk anvendes i en proaktiv kontrakt, hvor parterne ønsker et langsigtet samarbejde, hvorved muligheden for genskabelse af balancen er central.

Hardship kan anses som værende en modifikation af princippet om aftalers forbindende virkning (*pacta sunt servanda*), jf. AFTL § 1, 1. pkt.²⁶⁸ Dette skyldes, at parterne almindeligvis ved kontraktindgåelse forlader sig på at overholde det aftalte og hvad end af begivenheder, der berører modparten, er som udgangspunkt ikke af relevans for opfyldelsen – set fra kreditors side af. Det retsdogmatiske udgangspunkt er, at brugen af *hardship* forudsætter et tilvalg fra leverandørens og eneforhandlerens side, idet muligheden for denne genforhandling ikke forefindes som en del af baggrundsretten.²⁶⁹ Udgangspunktet i dansk ret om aftalers bindende virkning modificeres således, når parterne aftaler dette. Kontrahenterne skal på denne baggrund være bevidste om muligheden samt fordelene ved *hardshipklausulen* *ex ante*

²⁶⁶ Østergaard, 2016, s. 441.

²⁶⁷ Ibid., s. 442 samt Østergaard og Petersen, 2020, s. 5.

²⁶⁸ Ibid., s. 3.

²⁶⁹ Østergaard, 2016, s. 441.

kontraktindgåelsen, idet retsinstanser formentlig ikke vil anvende hardship, som en udfyldende retsregel. Hardshipklausuler, og brugen heraf, er omtalt i den juridiske litteratur, mens der i den trykte retspraksis ikke forefindes eksempler, der beskriver hverken anvendelsen eller fortolkningen af disse klausuler.²⁷⁰

Det kan anføres, at loyalitetsforpligtelsen, som en del af baggrundsretten og som alternativ til hardshipklausulen, vil have samme retsvirkning som hardshipklausulen. Dette må formentlig forkastes under anførelse af, at loyalitetsforpligtelsen næppe kan udstrækkes til at omfatte en pligt til at genforhandle det tab, eller for den sags skyld, gevinst, som nu er opstået i relationen som følge af (u)held hos den ene part – også selvom der er tale om et strategisk samarbejde, hvor et af hovedformålene er loyalt samarbejde. Man kan på denne baggrund ikke erklære, at hardship- og gevinstklausuler er en medfødt del af loyalitetsforpligtelsen, men omvendt kan man muligvis anføre, at hardship- og gevinstklausuler, hvis sådanne er aftalt, er en udstrækning af loyalitetsforpligtelsen.

5.4.1 Hardshipklausulens indhold

Det er ikke ualmindeligt at vedtage en hardshipklausul i længerevarende strategiske og kommercielle samarbejder. Indholdet af disse spænder dog vidt, idet parterne både kan have specificeret, hvornår der er tale om hardship – selve retsfaktum – men ligeledes kan have aftalt, hvilken retsvirkning denne hardship skal have, når den indtræder – selve retsfølgen.²⁷¹ Henset til det i afsnit 2.2 diskuteret udgangspunkt om leverandørens og eneforhandlerens begrænsede rationalitet, vil det dog være tvivlsomt, om de vil kunne fastlægge retsfaktum samt retsfølgen i relation til hardshipklausulen.

Det må dog bemærkes, at retsinstanser normalt ikke vil korrigere aftalen efter princippet om hardship, medmindre parterne specifikt har aftalt dette og som følge heraf anbefales det, at hardshipklausulen specificeres så meget som muligt for at undgå tvivl og uenigheder, når hardship-lignende begivenheder indtræder.

5.4.2 Det økonomiske rationale bag hardship

Kontrahenterne kender ikke sandsynligheden for, hvorvidt der forekommer en begivenhed, der vil forrykke balancen i forholdet ex ante. Sammenholder man hardship med force majeure, kan

²⁷⁰ Østergaard, 2016, s. 441.

²⁷¹ Andersen og Lookofsky, 2015, s. 197f.

man argumentere for, at det ofte vil være realdebitor, der vil stå i en situation, hvor denne rammes af uforudsete omstændigheder, der medfører et tab, at kontraktens opfyldelse besværliggøres væsentligt eller at balancen forrykkes på en sådan måde, der synes urimelig.²⁷² Realkreditor har derimod ofte ikke noget økonomisk incitament til at påtage sig en risiko for, at hardship bliver en realitet. Spørgsmålet er derfor, hvilket incitament realkreditor har for at påtage sig en økonomisk risiko, som, ceteris paribus, vil være større for realkreditor end realdebitor, ved indførelsen af en hardshipklausul.

Ligesom med anden økonomisk teori, herunder PA-teorien, vil parterne som regel aftale en risikopræmie, der fungerer som økonomisk compensation, og tildeles den part, der påtager sig en økonomisk risiko. I en købekontrakt, hvor sælger (realdebitor) ønsker en hardshipklausul indarbejdet, vil køber (realkreditor) ofte kompenseres i form af en risikopræmie. Denne udmønter sig ofte i en prisreduktion på salgsgenstanden(e). Såfremt realdebitor selv foreslår risikopræmien i bytte for indførelsen af hardshipklausulen, vil en sådan byttehandel ofte kunne afværge, at realdebitors ønske om indarbejdelsen af hardshipklausulen vil kunne opfattes som en negativ signalering.²⁷³ Ovenstående kan være tilfældet, når leverandøren oplever hardship

Ligeledes må det bemærkes, at der foreligger et økonomisk rationale i at anvende en hardshipklausul, når der er tale om strategisk kontrahering. Parterne har i strategisk kontrahering et ønske om at opnå merværdi i samarbejdet og skabe relationsrente. Men rammer en uforudset begivenhed en kontraktpart, vil denne, såfremt denne finder håndteringen heraf urimelig, have en større tilbøjelighed til at terminere samarbejdet og dermed vil skabelsen af relationsrenten være i fare. På denne måde kan man argumentere for, at parterne vil have et incitament til at dele risiko for tab, såvel som gevinst, jf. også afsnit 5.3.2 om gevinstklausuler, imellem sig.²⁷⁴

Hardshipklausulen er ligeledes en måde at skabe incitamentsforenelighed på. Hvis genforhandling synes at være en pligt ved et uforudset opstået tab hos den ene part og dette tab skal fordeles, så vil parterne i højere grad have incitament til at dele strategisk information og, såfremt endogene faktorer tages i betragtning, have incitament til ikke at udvise en adfærd, der kan skade medkontrahenten, idet tabet herved vil skulle bæres af begge parter.

²⁷² Østergaard, 2016, s. 442.

²⁷³ Ibid., s. 442.

²⁷⁴ Ibid., s. 443.

Hardshipklausulen sikrer i højere grad, at parternes interesser ensrettes og at parterne derved yder deres bedste indsats.

Set i forhold til eneforhandleraftalen vil det ofte være eneforhandleren, der står som den bebyrdede part, idet eneforhandleren ofte bærer en risiko for, at det tildelte marked svigter. Dette ses særligt, når eneforhandleren ligeledes er forpligtet til udelukkende at afsætte leverandørens produkter og foretage relationsspecifikke investeringer. Den hardship, som eneforhandleren oplever, vil typisk være relateret til et ugunstigt marked, hvorfor det vil være vanskeligt for leverandøren at afhjælpe dette. Hardshipklausulen kan dog i stedet indebære en pligt for parterne til at genforhandle den af leverandøren fastsatte pris på produkterne til eneforhandleren. Såfremt det lykkedes parterne at opnå enighed om en lavere pris for leverandørens produkter, vil eneforhandleren kunne opnå en større profit ved videresalget af det enkelte produkt. Derudover kan parterne aftale, at den allerede aftalte minimumsaftagning fra eneforhandlerens side, jf. afsnit 3.2.2.1, skal bortfalde i en given periode. Herved sikrer man en form for financial relief for eneforhandleren. Ligeledes kan parterne aftale en økonomisk kompensation betalt direkte fra leverandøren til eneforhandleren, som følge af den opståede hardship. Mulighederne synes relevante, når der er tale om strategisk kontrahering.

Det erindres endvidere, at hardship ofte rammer realdebitor, hvorfor også leverandøren vil kunne blive ramt af uventede omstændigheder, der f.eks. påvirker dennes produktion og dermed muligheden for at levere til eneforhandleren. Alt afhængig af kontraktforholdets karakter, kan det derfor være nærliggende for begge kontrahenter i eneforhandlerforholdet at have et ønske om indarbejdelsen af en hardshipklausul.

På baggrund af ovenstående må det således konstateres, at hardshipklausuler er anvendelige i eneforhandlerkontrakter, når der henses til, at aftalen både kan have karakter af at være en traditionel købekontrakt, men ligeledes også et strategisk samarbejde, hvor det strategiske fit skaber grobund for relationsrente.

5.5 FORHOLDET MELLEM GEVINST, HARDSHIP OG AFTL § 36

Har parterne ikke inkorporeret en klausul om gevinst eller hardship i deres kontraktgrundlag, falder regulering af en uventet omstændighed, der forrykker balancen i kontraktforholdet, tilbage på baggrundsrettens regulering. I dansk ret forefindes der, som anført ovenfor, ingen regulering af gevinst eller hardship. Derimod falder sådanne situationer ind i AFTL § 36's reguleringsrum. Bestemmelsen regulerer urimelige aftaler eller vilkår, hvorved der både tages

hensyn til forholdene ved aftalens indgåelse, aftalens indhold og senere indtrufne omstændigheder, jf. AFTL § 36, stk. 1 og 2. Bestemmelsen giver domstolene en ret til at udøve en form for urimelighedsrensning. En konsistent og ensartet anvendelse af AFTL § 36 synes dog ikke at være gældende hos domstolene, hvorfor konkrete momenter, herunder aftaleparternes status samt deres evne til og fokus på at foregribe de uventede omstændigheder, spiller en central rolle.²⁷⁵ Det må bemærkes, at AFTL § 36 undertiden ofte ses anvendt i forbrugerforhold, idet der heri ofte eksisterer en magtubalance mellem parterne, som ikke synes at være til stede på samme måde i erhvervsforhold, som er afhandlingens fokus.

Det afgørende kriterium for AFTL § 36's anvendelse er, hvorvidt aftalen kan karakteriseres som urimelig.²⁷⁶ Vurderingen heraf beror på et skøn, hvor særligt AFTL § 36, stk. 2 samt supplerende hensyn kan inddrages ved fastlæggelsen af, om en aftale er urimelig. Inddragelse af supplerende hensyn kan bl.a. være hensyn til hvorvidt, der er anvendt grove eller aggressive forretningsmetoder, chikane og retsmisbrug eller byrdefulde vilkår. Endvidere kan der tages hensyn til, om aftalen er proportional samt om kontrahenterne har inddraget en kalkuleret risiko i kontraktkonciperingen.²⁷⁷

Når der henses til eneforhandlerforholdet, anses eneforhandlerkontrakten for at være indgået mellem to professionelle, der handler inden for deres erhverv. Ved vurderingen af hvorvidt en aftale kan tilsidesættes med hjemmel i AFTL § 36, er det derfor nærliggende at inddrage det supplerende hensyn vedrørende kalkuleret risiko.²⁷⁸ Det må antages, at kontrahenterne i et eneforhandlerforhold har mulighed for ved kontraktkonciperingen at inddrage en kalkuleret risiko. Nærmere specificeret antages parterne for bevidst at kunne påtage en risiko, med det formål, at der heri kunne ligge en gevinstchance.²⁷⁹ Det bemærkes i denne forbindelse, at når der i kontraktforholdet indgår en kalkuleret risiko, som tilfældet sædvanligvis er ved eneforhandlerforholdet, foreligger der en tendens til *ikke* at anvende AFTL § 36. Dette skyldes navnlig, at AFTL § 36 ikke har til formål at anvendes til efterfølgende at foretage urimelighedsbetragtninger, der modificerer den almindelige fordeling af risiko for tab og

²⁷⁵ Andersen og Lookofsky, 2015, s. 198.

²⁷⁶ Andersen, Lennart Lyng. 2018. *Aftalelovens § 36 – fra kontraktfrihed til urimelighedskontrol*. København: Ex Tuto. 1. udgave. S. 221f.

²⁷⁷ Ibid., s. 222f og 233ff.

²⁷⁸ Ibid., s. 251.

²⁷⁹ Ibid., s. 251.

chancen for gevinst, som kontrahenterne foretog ved kontraktindgåelsen,²⁸⁰ jf. bl.a. U 2003.23 H (Tintin) og U 2012.3007 H (Pandora), som er nærmere gennemgået i afsnit 5.3 og 5.3.1.

Ved en gennemgang af retspraksis i relation til AFTL § 36 vedrørende kalkuleret risiko, er det således vigtigt at bemærke, at når der er tale om kontraktkoncipering mellem erhvervsdrivende, herunder indgåelsen af en eneforhandlerkontrakt, foreligger der en tendens til, at kontrahenterne bør inddrage risikoen for tab og/eller muligheden for gevinst i parternes overvejelser og beslutningsgrundlag.²⁸¹ En måde, hvorpå kontrahenterne kan inddrage dette, er bl.a. ved indarbejdelsen af en hardship- og/eller gevinstklausul, der giver parterne mulighed for genforhandling af den indgåede kontrakt.

5.6 RECIPROK ANVENDELSE AF GEVINST- OG HARDSHIPKLAUSULER

I det følgende skal det diskuteres, hvorvidt gevinst- og hardshipklausuler nødvendigvis fordrer en reciprok anvendelse. Indledningsvist må det bemærkes, at der ikke findes et økonomisk rationale bag at udelukke en ensidig anvendelse af gevinst- og hardshipklausuler. Hermed forstås, at der intet er til hinder for, at enten leverandøren eller eneforhandleren foretager en ensidig tildeling af sådanne klausuler til fordel for medkontrahenten – ofte til fordel for den risikoaverse part^{282,283} Som anført i afsnit 5.4.2, vil en ensidig tildeling af en hardshipklausul til den ene part formentlig udmønte sig i et modkrav om en risikopræmie hos den anden part, hvorfor en ensidig tildeling af en hardshipklausul vil kræve andre ofre. På samme måde vil det synes usandsynligt, at den ene part ensidigt indrømmer at dele en mulig gevinst med medkontrahenten uden, at dette gengældes. Man kan i denne forbindelse argumentere for, at gevinstklausulen kan anvendes som en slags ”risikopræmie” for modparten, idet muligheden for henholdsvis tab og gevinst på denne måde udligner hinanden.

På denne baggrund må det anføres, at man formentlig i større grad ser symmetri i anvendelsen, hvorfor der i det følgende tages udgangspunkt i en reciprok anvendelse af gevinst- og hardshipklausulerne.

²⁸⁰ Andersen og Madsen, 2017, s. 210.

²⁸¹ Andersen, 2018, s. 259.

²⁸² Hermed forstås, at såfremt der er tale om en hardshipklausul, vil medkontrahenten således kunne få dækket en del af sit tab hos den tildelende part, og såfremt der er tale om en gevinstklausul, vil den tildelende part være villig til at dele gevinsten.

²⁸³ Østergaard og Petersen, 2020, s. 11.

5.7 HÅNDHÆVELSE AF GEVINST- OG HARSHIPKLAUSULER

Blot det faktum, at parterne har valgt at indføre klausuler vedrørende genforhandling af et tab og en gevinst, kan ikke sidestilles med det faktum, at parterne rent faktisk håndhæver klausuler i overensstemmelse med deres meningsindhold, når der opstår uventede efterfølgende omstændigheder. Dette kan skyldes flere forhold.

Indledningsvis må det bemærkes, at sådanne klausuler kan have forskelligt indhold og være udformet på meget forskellig vis. På den ene side kan klausulerne være vagt formulerede og måske indeholde en pligt for parterne til at forsøge at genforhandle kontraktens vilkår, såfremt der opstår et tab og/eller en gevinst. På den anden side kan klausulerne også være mere præcist formulerede og måske endda indeholde en fordelingsnøgle eller på anden vis forpligte parterne til at opnå et givent resultat. Er klausulerne vagt formulerede, og indebærer disse kun en pligt til at forsøge genforhandling, vil den part, som ikke har oplevet et tab eller den part, som netop har realiseret en uventet gevinst, kunne trække sig fra forhandlingen med hjemmel i klausulen og med påstand om mislykket genforhandling.

Samtidig må det bemærkes, at parterne, som følge af deres begrænsede rationalitet, og den deraf afledte evne til kun at kunne koncipere inkomplette kontrakter, ikke nødvendigvis er i stand til at udforme klausuler, der indeholder en forpligtelse til at foretage en specifik genforhandling og/eller opnå et bestemt resultat. På denne baggrund synes det særligt relevant, at parterne, desuagtet tilstedeværelsen af deres begrænsede rationalitet, specificerer indholdet af deres klausuler så meget som muligt, for derved at undgå, at den berørte eller begunstigede part trækker sig fra en sådan genforhandling.

Dernæst må det diskuteres, hvorvidt domstolene håndhæver hardship- og gevinstklausulerne, såfremt én af parterne ikke ønsker at foretage genforhandlingen eller påstår klausulerne tilsidesat med henvisning til AFTL § 36. Udøvelsen af strategisk kontrahering må skærpe den loyalitetsforpligtelse, parterne har over for hinanden, hvorfor anvendelsen af gevinst- og hardshipklausuler samt genforhandlingspligten som indeholdt deri, må skulle håndhæves i de fleste jurisdiktioner i tilfælde af, at én af parterne afviser at genforhandle kontrakten. Det er vanskeligt og næsten umuligt at forestille sig det rationale, der vil få en domstol til at afvise en sådan forpligtelse til at genforhandle. Genforhandlingspligten skal, når denne er en del af kontraktgrundlaget, derfor betragtes som gældende lov i de fleste jurisdiktioner.²⁸⁴

²⁸⁴ Østergaard og Petersen, 2020, s. 14.

5.8 GEVINST- OG HARDSHIPKLAUSULER SOM PENDANT TIL CALL- OG PUT-OPTIONER

Placeringen og behandlingen af hardship- og gevinstklausulerne i et selvstændigt kapitel indikerer bl.a. disses alternative anvendelse til call- og put-optionerne, som behandlet i kapitel 4. Man kan dog argumentere for, at hardship- og gevinstklausulerne kan anskues som en pendant til henholdsvis put- og call-optionerne. Herved forstås, at gevinstklausulen kan sammenlignes med call-optionen og hardshipklausulen kan sammenlignes med put-optionen.

Sammenligningen mellem call-optionen og gevinstklausulen skyldes navnlig, at call-optionen regulerer den situation, hvor der opstår en gevinst ved samarbejdet i eneforhandlerforholdet, der gør, at leverandøren har et ønske om at terminere samarbejdet og søge gevinsten selv. Gevinstklausulen regulerer ligeledes den situation, hvor der opstår en uventet gevinst, men i modsætning til call-optionen, har gevinstklausulen til formål, at den uforudsete gevinst fordeles parterne imellem.

På lige vis kan der foretages en sammenligning af put-optionen og hardshipklausulen, idet eneforhandleren, ved indførelsen af put-optionen i kontrakten, overfører risikoen for en ugunstig markedssituation på leverandøren. Hardshipklausulen regulerer ligeledes det forhold, hvor der opstår en ugunstig markedssituation, hvorved klausulens formål er at reallokere et uforudset tab mellem parterne.

Desuagtet at man kan anskue gevinst- og hardshipklausulerne som panderter til henholdsvis call- og put-optionerne, forekommer der også forskelle, som bevirker, at brugen af gevinst- og hardshipklausuler skal diskuteres som et brugbart alternativt, når der henses til formålet med strategisk kontrahering.

Som bemærket i afsnit 5.1, fordrer brugen af gevinst- og hardshipklausuler, modsat call- og put-optionerne, ikke, at der er foretaget initiale relationsspecifikke investeringer, hvorfor klausulerne synes mere anvendelige i sådanne tilfælde. Det må imidlertid anerkendes, at gevinst- og hardshipklausuler er særligt relevante, når kontrahenterne har et ønske om at fortsætte samarbejdet, hvilket ofte vil være tilfældet, når der er investeret relationspecifikt – enten initialt eller over tid. I modsætning til de reciprokke realoptioner ses gevinst- og hardshipklausulerne således at kunne anvendes i eneforhandlerforhold, hvor eneforhandleren oparbejder relationsspecifikke investeringer over tid.

Ligeledes, og særligt relevant i forhold til formålet med strategisk kontrahering, må det bemærkes, at hvor udnyttelsen af henholdsvis call- eller put-optionerne bevirker et ophør af kontrahenternes samarbejde, vil indarbejdelsen og brugen af gevinst- og hardshipklausuler ikke nødvendigvis bevirke et ophør af samarbejdet, men derimod blot en fordeling af en efterfølgende gevinst og/eller et tab. Ved indarbejdelsen af gevinst- og hardshipklausuler er formålet, at samarbejdet skal fortsætte i den erkendelse af, at parterne er forpligtede til at hjælpe hinanden, når der opstår et uforudset tab og ligeledes begunstige hinanden, når der opstår en uforudset gevinst. På denne baggrund kan man argumentere for, at brugen af gevinst- og hardshipklausuler i større grad opfylder formålet med parternes samarbejde, når målet hermed er strategisk kontrahering og skabelse af relationsrente.

Det må anføres, at gevinst- og hardshipklausulerne kan være et bedre middel til at sikre det strategiske samarbejde i eneforhandleraftalen og dets beståen, idet det må antages, at kontrahenterne ved opretholdelse af samarbejdet vil kunne skabe relationsrente. Dette synes umiddelbart ikke muligt, såfremt samarbejdet ophører ved udnyttelsen af realoptionerne. Det kan imidlertid ikke udelukkes, at også udnyttelsen af rettighederne tildelt ved gevinst- og hardshipklausulerne vil foranledige samarbejdets endelige ophør som følge af utilfredshed og en endelig konklusion af, hvorvidt gevinst- og hardshipklausulerne vil være et bedre alternativ end realoptionerne, vil afhænge af opbygningen af gevinst- og hardshipklausulerne henholdsvis call- og put-optionerne.

Derudover sikrer klausulerne, såfremt kontrahenterne i medfør af disse er forpligtet til at dele en uforudset gevinst og/eller tab imellem sig, at parterne i højere grad engagerer sig og investerer i samarbejdet, idet et tab eller en gevinst hos den ene kontrahent vil have direkte indflydelse på medkontrahentens profit. Man kan således argumentere for, at gevinstklausulens indarbejdelse kan løse problemstillingen vedrørende eneforhandlerens incitament til at overopfylde eneforhandlerkontraktens volumenkrav vedrørende minimumsomsætning, idet eneforhandlerens frygt for leverandørens terminering af kontrakten mindskes, såfremt leverandøren får mulighed for at tage del i den opnåede gevinst. Hardship- og gevinstklausulerne vil fortsat medføre en forpligtelse til at kommunikere om fordelingen af gevinster og tab, som bl.a. sikrer det strategiske samarbejde.

Omvendt må det anføres at de problematikker, som foreligger ved konventionel eneforhandling, herunder termineringsdilemmaet samt hold-up-problematikken, ikke nødvendigvis løses ved indarbejdelsen af gevinst- og hardshipklausulerne. I relation til hold-up-problematikken vil eneforhandleren fortsat have foretaget relationsspecifikke investeringer, og som følge af

kontrahenternes inkomplette kontrakt, vil dette være forbundet med usikkerhed. Ved brug af gevinst- og hardshipklausuler er leverandøren ikke forpligtet til at kompensere eneforhandleren for disse investeringer. Ligeledes gælder det i relation til termineringsdilemmaet, at selvom parterne er forpligtet til at foretage en genforhandling ved en eventuel gevinst eller et tab, kan leverandøren fortsat være fristet til at terminere samarbejdet og søge gevinsten på markedet selv ved forekomsten af en uforudset gevinst eller søge en ny eneforhandler ved forekomsten af et uforudset tab. På den anden side kan man dog argumentere for, at risikoen for, at leverandøren terminerer kontrakten, såfremt der opstår en uforudset gevinst, minimeres, hvis leverandøren tildeles rettigheden til fordelingen af en gevinst gennem gevinstklausulen. Som følge heraf kan man ligeledes argumentere for, at eneforhandlerens incitament til at overopfylde kontraktens volumenkrav vedrørende minimumomsætning øges, hvilket skaber incitamentsforenelighed mellem leverandøren og eneforhandleren.

Valget mellem kontraktstyringsmekanismerne synes ikke enkelt, idet dette afhænger af eneforhandleraftalens parter samt klausulernes henholdsvis realoptionernes indhold (retsfaktum) og retsvirkning. Det må generelt set anføres som værende en afvejning mellem at eliminere termineringsdilemmaet samt risikoen for hold-up, men med det resultat at samarbejdet ophører, overfor muligheden for opretholdelse af samarbejdet gennem genforhandling og fordeling af gevinst og tab, men hvor ikke alle problematikker fra det konventionelle eneforhandlerforhold synes løst. Anses førstnævnte for at være vigtigst, vil realoptionerne være at foretrække, mens sidstnævnte repræsenterer brugen af hardship- og gevinstklausuler.

Foruden dette kan graden af usikkerhed på markedet ligeledes anses for at have betydning for valg af kontraktstyringsmekanisme. Man kan argumentere for, at på markeder med en moderat grad af usikkerhed²⁸⁵ kan reciprokke realoptioner synes at være særlig anvendelige. Dette skyldes, at brugen af realoptionerne forudsætter, at kontrahenterne er bevidste om, at det pågældende marked kan have forskellige udfald, og kan nå til enighed om sandsynligheden for disse udfald, jf. også afsnit 4.2.2.1. Omvendt kan gevinst- og hardshipklausuler synes at være særlig brugbare på markeder, hvor graden af usikkerhed er ekstrem²⁸⁶, da anvendelsen af klausulerne ikke er betinget af, at kontrahenterne kan forudsige konkrete scenarier om det pågældende marked.

²⁸⁵ Courtney, Hugh G., Kirkland, Jane og Viguerie, Patrick. 1997. Strategy under uncertainty. *Harvard Business Review* 75(6): 67-79. S. 69.

²⁸⁶ Ibid., s. 70.

Ligeledes må det bemærkes, at der ved indarbejdelse af realoptionerne skal afholdes flere transaktionsomkostninger ex ante ved selve kontraktkonciperingen, mens indarbejdelsen af gevinst- og hardshipklausulerne i mindre grad vil medføre transaktionsomkostninger ex ante, men derimod vil forudsætte afholdelsen af transaktionsomkostninger ex post i forbindelse med selve genforhandlingen.

5.9 GEVINST- OG HARDSHIPKLAUSULERS BETYDNING FOR GEVINST- OG RISIKOALLOKERINGEN

Det ligger i selve naturen af gevinst- og hardshipklausulerne, at disse fordrer en reallokering af en mulig gevinst og/eller tab. Spørgsmålet er imidlertid om klausulerne medfører en forbedring af gevinst- og risikoallokeringen for kontrahenterne.

I lighed med call- og put-optionerne kan man argumentere for, at den risikoaverse eneforhandler bør tildeles rettigheden til at få reallokeret sit tab gennem hardshipklausulen, idet eneforhandlerens faldende marginale nytte bevirker større nytte ved en sådan klausul end gevinstklausulen. Med udgangspunkt i logikken bag kalkulationerne foretaget i kapitel 4, vil en reallokering af en del af risikoen fra eneforhandleren til leverandøren medføre en øget nytte, da eneforhandleren herved sikres mod et stort tab, der er fordelagtigt for eneforhandleren som følge af dennes risikoaversion. Samtidig kan der argumenteres for, at den risikoneutrale leverandør bør tildeles rettigheden til fordelingen af en gevinst gennem gevinstklausulen. Dette skyldes navnlig, at leverandørens nytte er lineært stigende, hvorfor leverandøren vil opleve en øget nytte, som overstiger eneforhandlerens nyttetab ved reallokeringen af gevinstmulighederne.

På baggrund af ovenstående kan det konkluderes, at en reciprok brug af gevinst- og hardshipklausulerne, herunder når disse sammenholdes med reciprokke realoptioner, vil medføre en forbedring af kontrahenternes nytte ved at foretage en fornyet gevinst- og risikoallokering mellem parterne.

5.10 DELKONKLUSION

Det kan på baggrund af ovenstående konkluderes, at gevinst- og hardshipklausulerne kan anvendes i eneforhandlerforholdet som et alternativ til put- og call-optionerne. Dette skyldes, at både hardshipklausulen og put-optionen fordrer en fornyet fordeling af økonomisk risiko, mens gevinstklausulen og call-optionen fordrer en fornyet fordeling af en mulig gevinst.

Omvendt adskiller realoptionerne og klausulerne sig også væsentligt fra hinanden, idet gevinst- og hardshipklausulerne ikke nødvendigvis bevirker et ophør af samarbejdet. Dette anses at være i overensstemmelse med formålet ved strategisk kontrahering, idet samarbejdets beståen kan resultere i skabelsen af relationsrente.

Det ses, ligesom ved indarbejdelsen af put- og call-optionerne, at brugen af hardship- og gevinstklausuler kan forbedre både gevinst- og risikoallokeringen mellem kontrahenterne i eneforhandlerforholdet. Leverandøren såvel som eneforhandleren oplever en øget nytte ved reallokeringen, idet risikoen for et uventet tab i højere grad allokeres ved leverandøren, og samtidig får leverandøren gennem gevinstklausulen mulighed for at tage del i en uforudset gevinst. Som følge af parternes differentierede risikoprofiler medfører indarbejdelsen af gevinst- og hardshipklausuler i kontraktgrundlaget således en forbedring af gevinst- og risikoallokeringen.

Klausulerne anses for særligt anvendelige i de tilfælde, hvor markedet er forbundet med ekstrem usikkerhed for kontrahenterne, samt i de tilfælde hvor eneforhandlerforholdet ikke forudsætter eneforhandlerens foretagelse af initiale relationsspecifikke investeringer. Det må imidlertid anerkendes, at brugen af gevinst- og hardshipklausuler ikke nødvendigvis frembyder en løsning på de konventionelle problematikker, der kan opstå i eneforhandlerforholdet, herunder risikoen for hold-up samt termineringsdilemmaet, selvom eneforhandlerens incitament til at overopfylde kontraktens volumenkrav vedrørende minimumsomsætning ses at kunne øges ved brug af gevinst- og hardshipklausuler.

Slutteligt må det konkluderes, at brugen af gevinst- og hardshipklausuler kan give anledning til udfordringer i relation til retshåndhævelsen, da disse typer af klausuler ikke er reguleret i dansk ret, hvorfor domstolene udelukkende vil tage klausulernes konkrete indhold i betragtning ved vurdering af kontrahenternes genforhandlingspligt. Som følge heraf vil der være et behov for konkrete og specificerede klausuler.

Kapitel 6

Konklusion

Det er i nærværende afhandling behandlet, hvorledes parterne i et eneforhandlerforhold ved indarbejdelsen af reciprokke realoptioner samt gevinst- og hardshipklausuler kan skabe incitament til et indgå i et strategisk samarbejde med det formål at forbedre risiko- og gevinсталlokeringen mellem kontrahenterne samt skabe relationsrente.

I det konventionelle eneforhandlerforhold eksisterer der en række økonomiske problematikker, som ikke ses løst i den juridiske baggrundsret. Disse problematikker består særligt i risikoen for hold-up, som vedrører leverandørens udnyttelse af eneforhandlerens position i samarbejdet, som følge af dennes foretagelse af relationsspecifikke investeringer. Ligeledes ses eneforhandlerens termineringsdilemma at udgøre en relevant økonomisk problematik, idet eneforhandleren henledes til at yde en medium indsats, som følge af frygten for leverandørens terminering af kontrakten. Eneforhandlerforholdet er ikke særskilt reguleret i dansk ret (fravær af *lex specialis*), og obligationsrettens almindelige del synes ikke at udgøre et tilstrækkeligt juridisk beskyttelsesværn, når der henses til de nævnte problematikker. Kvalificeringen af kontrahenternes retsstilling må således søges løst i den interne aftale mellem parterne, der er baseret på kontrahenternes aftalefrihed.

De konventionelle problemstillinger, der kan opstå i eneforhandlerforholdet, skaber en incitamentsuforenelighed mellem kontrahenterne, der ligeledes er kendt fra PA-teorien, og som kan medføre eneforhandlerens afholdelse fra at foretage relationsspecifikke investeringer samt indgåelse af eneforhandlerkontrakten. Det juridiske beskyttelsesværn synes således ikke at fordre udøvelsen af strategisk kontrahering og skabelsen af relationsrente.

Det kan konkluderes, at indarbejdelsen af reciprokke realoptioner medfører en fornyet og forbedret gevinst- og risikoallokering i eneforhandlerforholdet. Call-optionen allokerer i højere grad muligheden for gevinst hos leverandøren, der opnår en højere forventet profit og nytte herved. Ligeledes allokerer put-optionen risikoen for tab hos leverandøren, der, som følge af dennes klassifikation som risikoneutral, er mere egnet til at bære denne, når der henses til eneforhandlerens risikoaversion og dennes nytte herved. Det konkluderes endvidere, at

indarbejdelsen af de reciprokke realoptioner skaber øget fleksibilitet og dedikation i samarbejdet.

Brugen af reciprokke realoptioner forudsætter imidlertid, at der foretages relationsspecifikke investeringer upfront eller disse kan værdiansættes initialt, hvilket kan være forbundet med anseelige vanskeligheder. Som følge af parternes begrænsede rationalitet, vil kontrahenterne være udfordret ved udformningen af realoptionerne, hvorfor indarbejdelsen af disse vil være forbundet med betydelige transaktionsomkostninger.

Som alternativ til put- og call-optionerne kan kontrahenterne i stedet indarbejde gevinst- og hardshipklausuler. Disse forudsætter ikke foretagelsen af initiale relationsspecifikke investeringer og anses i øvrigt for at være forbundet med færre transaktionsomkostninger ex ante, da klausulerne ikke kræver samme komplette karakter som realoptionerne. Omvendt vil gevinst- og hardshipklausulerne være forbundet med flere transaktionsomkostninger ex post som følge af pligten til genforhandling. Gevinst- og hardshipklausulerne ses, på samme måde som de reciprokke realoptioner, at forbedre gevinst- og risikoallokeringen mellem leverandøren og eneforhandleren. Foruden dette forener gevinst- og hardshipklausulerne kontrahenternes incitamenter, herunder når der henses til eneforhandlerens interesse i at overopfylde kontraktens volumenkrav vedrørende minimumsomsætning. På trods heraf kan der fortsat eksistere et termineringsdilemma samt en risiko for hold-up, hvorfor gevinst- og hardshipklausulerne ikke nødvendigvis løser det konventionelle eneforhandlerforholds problemstillinger.

Det må sammenfattende konkluderes, at de reciprokke realoptioner såvel som gevinst- og hardshipklausuler kan skabe incitament for kontrahenterne i et eneforhandlerforhold til at indgå et strategisk samarbejde og herved skabe relationsrente, idet begge former for proaktive bestemmelser forbedrer risiko- og gevinstallokeringen parterne imellem. Når der henses til det konkrete eneforhandlerforholds karakteristika, må parterne dog, ved anvendelsen af de reciprokke realoptioner samt gevinst- og hardshipklausuler, opveje hvilke kontraktstyringsmekanismer disse finder mest hensigtsmæssige i skabelsen af relationsrente, herunder særligt i relation til de forestående økonomiske problemstillinger og transaktionsomkostningerne forbundet med indarbejdelsen.

Litteraturliste

Artikler

- Adner, Ron og Levinthal, Daniel A. 2004. What Is Not Real Option: Considering Boundaries for the Application of Real Options to Business Strategy. *The Academy of Management Review* 29(1): 74-85.
- Coase, Ronald. 1937. The Nature of the Firm. *Economica* 4(16): 386-405.
- Courtney, Hugh G., Kirkland, Jane og Viguerie, Patrick. 1997. Strategy under uncertainty. *Harvard Business Review* 75(6): 67-79.
- Dyer, Jeffrey H. og Singh, Harbir. 1998. The relational view: Cooperative strategy and sources of interorganizational competitive advantage. *Academy of Management Review* 23(4): 660-679.
- Kogut, Bruce. 1991. Joint Ventures and the Option to Expand and Acquire. *Management Science* 37(1): 19-33.
- Madsen, Christian Frank og Østergaard, Kim. 2017. Nærmest til at bære risikoen i kontraktretten – en overset obligationsretlig grundsætning?. *Juristen* 2: 35-43.
- Madsen, Christian Frank og Østergaard, Kim. 2019. Loyalitetsgrundsætningen i dansk ret: Indhold og retsvirkninger ved tilsidesættelse. *Erhvervsjuridisk Tidsskrift*. ET.2019.116: 1-11.
- Obadia, Claude, Bello, Daniel C., og Gilliland, David, I. 2015. Effects of exporters' incentives on foreign distributors' role performance. *Journal of International Business Studies* 46(4): 960-983.
- Petersen, Bent og Østergaard, Kim. 2018. Reconciling formal contracts and relational governance through Strategic Contracting. *Journal of Business and Industrial Marketing* 33(3): 265-276.
- Petersen, Bent, Asmussen, Christian Geisler og Hilmerisson, Mikael. 2019. Reciprocal Use of Real Options as a Mode of Entry. Conference paper – *American Marketing Association's Special Interest Group on Global Marketing*, Buenos Aires, Argentina, May 2019: 1-33.
- Petersen, Bent, Benito, Gabriel R.G. og Welch, Lawrence S. Unpublished, working paper 2020. Foreign Operation Mode Flexibility: Tradeoffs and Managerial Responses.
- Petersen, Bent, Pedersen, Torben and Benito, Gabriel R.G. 2006. The termination dilemma of foreign intermediaries: performance, anti-shirking measures and hold-up safeguards. *Advances in International Marketing* 16: 317-339.

- Shavell, Steven. 1979. Risk sharing and incentives in the principal and agent relationship. *The Bell Journal of Economics* 10(1): 55-73.
- Shavell, Steven. 2006. In the Writing and the Interpretation of Contracts. *The Journal of Law, Economics, & Organization* 22(2): 289-314.
- Svendsen, Michael H. 1994. Goodwill-erstatning i eneforhandlingsforhold. *Ugeskrift for Retsvæsen*. U.1994B.252.
- Wegener, Morten. 1994. "Goodwill-erstatning" til eneforhandlere. *Ugeskrift for Retsvæsen*. U.1994B.350.
- Weiss, Allen M. Og Kurland, Nancy. 1999. Holding Distribution Channel Relationships Together: The Role of Transaction-Specific Assets and Length of Prior Relationship. *Organization Science* volume 8(6): 612-623.
- Williamson, Oliver E. 1979. Transaction-Cost Economics: The Governance of Contractual Relations. *Journal of Law and Economics* 22(2): 233-261.
- Østergaard, Kim og Holle, Marie-Louise. Under publicering. *Forskningssamarbejder i Juridiske Rammer for Forskeres Anvendelse af Sundhedsdata (JURFAST)*.
- Østergaard, Kim og Petersen, Bent. 2020. The application of hardship and gain provisions in strategic contracting. *Journal of Strategic Contracting and Negotiation*: 1-16.
- Østergaard, Kim. 2014(a). Relevansen af interdisciplinær forskning og empiri i samfundsvidenskaben. *Retfærd* 37(3): 3-24.

Bøger

- Andersen, Lennart Lynge og Madsen, Palle Bo. 2017. *Aftaler og mellemænd*. København: Karnov Group Denmark A/S. 7. udgave.
- Andersen, Lennart Lynge. 2018. *Aftalelovens § 36 – fra kontraktfrihed til urimelighedskontrol*. København: Ex Tuto. 1. udgave.
- Andersen, Mads Bryde og Lookofsky, Joseph. 2015. *Lærebog i obligationsret – Bind I*. København: Karnov Group Denmark A/S. 4. udgave.
- Birkmose, Hanne Søndergaard m.fl. 2018. *Dansk privatret*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag. 20. udgave.
- Buckley, P. J., Casson, M. og Gulamhussen, M. A. 2005. *Internationalisation – Real Options, Knowledge Management and the Uppsala Approach*. I Rugman, Alan M. og Li, Jing, *Real Options and International Investment*: 3-35. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited.

- Cabral, Luís M.B. 2000. *Introduction to Industrial Organization*. Cambridge: Massachusetts Institute of Technology. 1. udgave.
- Dutta, Prajit K. 1999. *Strategies and games: theory and practice*. Cambridge: Massachusetts Institute of Technology. 1. udgave.
- Hendrikse, George. 2003. *Economics and Management of Organizations*. Berkshire: McGraw-Hill.
- Iversen, Bent. 2013. *Handelsagenten og eneforhandleren*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag. 5. udgave.
- Knudsen, Christian. 1994. *Økonomisk metodologi – Bind 1: Videnskabsteori & forklaringstyper*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag. 2. udgave.
- Lando, Ole, m.fl. 2006. *Udenrigshandlens kontrakter*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag. 5. udgave.
- Lando, Ole. 1965. *Agenten og eneforhandleren i vesteuropæisk ret*. København: Einar Harcks Forlag.
- Lippert-Rasmussen, Martin og Mols, Niels Peter. 1993. *Transaktionsomkostningsteori – En introduktion til Williamson*. Århus: Institut for Virksomhedsledelse på Aarhus Universitet.
- Mikkelsen, Jesper F. 1994. *P-A teori og vidensoverførsel: skrevet i anledning af 10 års jubilæet for cand.merc.(jur.) studiet*. København: Handelshøjskolen i København, Institut for Erhvervs- og Samfundsforskning.
- Milgrom, Paul og Roberts, John. 1992. *Economics Organization and Management*. Englewood Cliffs: Prentice Hall.
- Munkholm, Natalie Videbæk. 2016. *Loyalitet i arbejdsretlige relationer*. København: Jurist- og økonomforbundets Forlag. 1. udgave.
- Ross, Alf. 1953. *Om Ret og Retfærdighed: En indførelse i den analytiske retsfilosofi*. København: Nyt Nordisk Forlag. 1. udgave.
- Svendsen, Michael H. 2003. *Eneforhandlertaaler*. København: Forlaget Thomson.
- Tvarnø, Christina D. og Nielsen, Ruth. 2017. *Retskilder og retsteorier*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag. 5. udgave.
- Von Eyben, Bo, m.fl. 2014. *Lærebog i obligationsret – Bind II*. København: Karnov Group Denmark A/S. 4. udgave.
- Williamson, Oliver E. 1985. *The Economic Institutions of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracting*. New York: Free Press.

- Østergaard, Kim, Lyngsie, Jacob og Mortensen, Bent Ole. 2016. *Rets- og kontraktøkonomi – En antologi*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag. 1. udgave.
- Østergaard, Kim. 2003. *Metode på cand.merc.jur. studiet i Julebog 2003*: 269-285. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- Østergaard, Kim. 2016. *Strategisk kontrahering – efterfølgende omstændigheder*. I N. Jul Clausen, m.fl., *Ikke kun retsfilosofi: Festskrift til Sten Schaumburg-Müller*: 435-449. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag. 1. udgave.
- Østergaard, Kim. 2014(b). Nærmest til at bære risikoen i kontraktretten i et retsøkonomisk perspektiv. I E. Eide, H. Lando, & E. Stavang (Eds.), *Rettsøkonomi i nordiske dommer*: 137-160. Oslo: Universitetet i Oslo. Skriftserie/Institutt for Privatrett, Universitetet i Oslo, No. 197.

Regulering

- Bekendtgørelse af konkurrenceloven (konkurrenceloven), LBK nr. 155 af 01/03/2018.
- Bekendtgørelse af lov om aftaler og andre retshandler på formuerettens område (aftaleloven), LBK nr. 193 af 02/03/2016.
- Bekendtgørelse af lov om køb (købeloven), LBK nr. 140 af 17/02/2014.
- Bekendtgørelse af lov om produktansvar (produktansvarsloven), LBK nr. 261 af 20/03/2007, med senere ændringer lov nr. 523 af 06/06/2007.
- Bekendtgørelse af varemærkeloven (varemærkeloven), LBK nr. 88 af 29/01/2019 og bekendtgørelse af patentloven (patentloven), LBK nr. 90 af 29/01/2019.
- Bekendtgørelse om lov om benzinforhandlerkontrakter (benzinforhandlerkontraktloven), LBK nr. 234 af 06/06/1985 med senere ændringer.
- Lando, Ole, m.fl. Principles of European Contract Law.
- Lov om forretningshemmeligheder (forretningshemmelighedsloven), lov nr. 309 af 25/04/2018.
- Lov om markedsføring (markedsføringsloven), lov nr. 423 af 03/05/2017, med senere ændringer lov nr. 309 af 25/04/2018 og lov nr. 1309 af 06/12/2019.
- UNIDROIT 2010 – UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts.

Domme

- SHT 1945.73 (*parter ukendt*)
- SHT 1957.207 (*parter ukendt*)

- SHT 1960.12 (*parter ukendt*)
- U 1972.221 H, *Firma Celton Konfektion* mod *H. Klein A/S, Tiger Konfektionsfabrikker*.
- U 1976.947 SH, *Dødsboet efter grosserer Peder Sørensen* mod *Elan-Schaltelemente Kurt Maecker G.m.b.H.*
- U 1980.42 H, *Permacel* mod *Ringtape A/S*.
- U 1980.361/2 H, *Langelands Plast- & Maskinfabrik ApS* mod *N.a.d.a.s. A/S*.
- U 1988.264 SH, *Freixenet, S.A., Spanien* mod *Molt Wengels Vinimport A/S*.
- U 1991.803 SH, *Svend V. Jakobsens Værktøjsmaskiner A/S* mod *Donewell A/S*.
- U 1998.221 H, *Øernes Maskin Export A/S* og *Omex A/S* mod *Kverneland Taarup A/S*.
- U 1999.1943 H, *Nordex Food A/S* mod *Charlton Foods (UK) Ltd.*
- U 2000.567/2 H, *Chateau de Cognac S.A.* mod *Taster Wine A/S*.
- U 2000.656 H, *Det Kongelige Teater og Kapel* mod *Knud Christensen og Edition Wilhelm Hansen A/S*.
- U 2000.1543 H, *Ingeniør- og Handelsfirma Claus Reinhold Andersen ved Claus Reinhold Andersen* mod *Motovario S.p.A.*
- U 2000.1581/2 H, *Markisol AB* og *Mairo AB* mod *Stila-Plast A/S*.
- U 2002.681 Ø, *Nordisk Factoring A/S* mod *Danske Bank A/S*.
- U 2003.23 H, *Jørgen Sonnergaard* mod *Forlaget Carlsen A/S*.
- U 2004.148 H, *Auergesellschaft GmbH, MSA Britain* og *Mine Safety Appliances* mod *ArSiMa I/S*.
- U 2005.2408 H, *Bilhuset Holstebro ved N.K. Nielsen* mod *Fiat Automobileer Danmark A/S*.
- U 2007.1918 H, *Pro:Con Systems (Asia) Pte Ltd.* mod *ProCon Solution A/S*.
- U 2008.1911 H, *SAV-Danmark Trading A/S* mod *Raufoss Water & Gas AS, Norge*.
- U 2009.199 H, *Citroën Danmark A/S* mod *Poul Orluff Automobileer A/S*.
- U 2012.3007 H, *Lise Aagaard Copenhagen A/S* mod *Pandora Production Co. Ltd.*
- U 2013.736 H, *Atlantis Denmark A/S* mod *OASE GmbH*.
- SH 2018.V-7-15, *Enginemates Heat Transfer Pvt. Ltd.* mod *Multi-Wing International A/S*.

Internethenvvisninger

- Standardkontrakt for eneforhandlertaaler fra Dansk Erhverv:
<https://www.danskerhverv.dk/varktojer/distributoer/?fbclid=IwAR2EJ44MG3Bm>

[3_2o3PjlrX0R1M1paBk9NIlf6a7ByqVhma7x6ASBy-9PKy8](#) (besøgt den 25/01/2020 og 15/02/2020).

- Standardkontrakt fra Virksomhedsguiden:
https://virksomhedsguiden.dk/erhvervsfremme/content/artikler/salg_og_markedsfoering/forretningsaftaler/eneforhandleraftale/ (besøgt den 28/01/2020).

Forsidebillede

- Hentet fra Patient in focus: <https://patientinfofocus.dk/om-os/samarbejdspartner> (besøgt den 07/05/2020).

Bilag 1

Grundlæggende forudsætninger:

- Ved indgåelsen af et konventionelt såvel som strategisk (indarbejdelse af realoptioner) eneforhandlerforhold, tages der udgangspunkt i et sekventielt spil:
 - **Step 1:** Leverandøren har mulighed for at forestå salget af sine produkter selv eller indgå et samarbejdsforhold med en eneforhandler.
 - **Step 2:** Eneforhandleren kan herefter vælge at afstå fra at samarbejde med leverandøren eller indgå et kontraktforhold med denne.
 - Eneforhandlerens *second best option* i relation til eneforhandleraftalen er, ikke at indgå et samarbejdsforhold, hvorved dennes profit vil være 0.
- Ved indgåelsen af eneforhandlerkontrakten tages der udgangspunkt i en *tidshorisont på 10 år*.
- Markedet, hvorpå leverandørens produkter skal afsættes, kan have tre intervaludfald. Leverandøren og eneforhandleren er enige om sandsynlighederne for disse udfald:
 - **Markedsudfald 1 (dårligt):** 1/3 sandsynlighed for et udfald mellem -2 mio. kr. og 0 mio. kr.
 - **Markedsudfald 2 (middel):** 1/3 sandsynlighed for et udfald mellem 0 mio. kr. og 3 mio. kr.
 - **Markedsudfald 3 (godt):** 1/3 sandsynlighed for et udfald mellem 3 mio. kr. og 8 mio. kr.
- Ved beregning af kontrahenternes forventede profit tages der udgangspunkt i et fastsat tab/en fastsat gevinst givet ved følgende:
 - **Markedsudfald 1 (dårligt):** 1/3 sandsynlighed for -2 mio. kr.
 - **Markedsudfald 2 (middel):** 1/3 sandsynlighed for 0 og 3 mio. kr.
 - **Markedsudfald 3 (godt):** 1/3 sandsynlighed for 8 mio. kr.
- Eneforhandlerens køb af leverandørens produkter varierer afhængig af markedsudfaldet. Det antages, at eneforhandleren som minimum skal købe produkter for 0,25 mio. kr. (det følger af kontrakten). Såfremt markedet viser sig at være middel eller godt, vil eneforhandleren købe yderligere produkter, svarende til følgende:
 - **Markedsudfald 1 (dårligt):** 0,25 mio. kr.

- **Markedsudfald 2 (middel):** 0,75 mio. kr.
- **Markedsudfald 3 (godt):** 2,00 mio. kr.
- Afsætning af leverandørens produkter forudsætter *betydelige initiale relationsspecifikke investeringer*. Værdien af disse vil ikke indgå i beregningerne i kapitel 4.
- Eneforhandleren er *allerede etableret* på det pågældende marked, og har således et vist kendskab til markedet og dets kunder. Omkostningerne til etablering og opnåelse af lokalt kendskab til markedet, fastsættes derfor til 0.
- Leverandøren er den *indtrædende part*, hvorfor denne ved etablering på markedet vil have omkostninger forbundet med opbygning af viden, kendskab til sprog og retssystem, uddannelse af medarbejdere, opbygning af kundekreds, mv. Disse omkostninger fastsættes til 2 mio. kr.
- Eneforhandleren er risikoavers og leverandøren er risikoneutral. Kontrahenternes nyttefunktioner er illustreret i Figur 1.
- Eneforhandleren erhverver en put-option, mens leverandøren erhverver en call-option.
 - Ved eneforhandlerens udnyttelse af put-optionen, tilbagekøber leverandøren produkterne fra eneforhandleren.
 - Ved eneforhandlerens udnyttelse af put-optionen godtgøres eneforhandleren ikke fuldstændigt for de relationsspecifikke investeringer.
 - Ved leverandørens udnyttelse af call-optionen, overtager leverandøren hele eneforhandlerforretningen, herunder medarbejdere med markedskendskab og kundekartotek, samt de produkter, som eneforhandleren allerede har erhvervet.
 - Ved leverandørens udnyttelse af call-optionen skal leverandøren godtgøre eneforhandleren for de relationsspecifikke investeringer. Foruden dette skal leverandøren kompensere eneforhandleren for en del af gevinsttabet, ved udnyttelse af call-optionen.
 - Kompensationen svarer til 23% af eneforhandlerforholdets resultat i 6 måneder.
- Transaktionsomkostningerne forbundet med indarbejdelsen af realoptionerne i kontraktgrundlaget fastsættes for simplificeringens skyld til 0.