

MASTER'S THESIS

**It-kontrakter i et
innovationsperspektiv
– risici og gevinster**

*IT-contracts in an innovation perspective – risks and
gains*

Kandidatafhandling på cand.merc.(jur.)

Copenhagen Business School

Den 15. maj 2020

Forfattere:

Elizabeth Ha Linh le Dang 102748

Lise Preston Frederiksen 101214

Vejledere:

Kim Østergaard

Lasse Holt

Kontraktnummer 15586

Antal anslag: 267.215

Sider: 102

Abstract

The purpose of the following thesis is to examine how economic gains and risks should be allocated most optimal with respect to strategic contracting for the contract parties to reach relational rents. Further, the project will shed light on why most firms, today, choose to draft contracts using the conventional method rather than embrace the possibilities of strategic contracting. The conventional method's prime focus is to regulate rather than maintain sustainable relations among the parties. As result of this multiple firms end up spending large sums on negotiations all the way to court-settling. As a consequence, ties have been broken, thus these firms will have to try to establish new relations, which spirals into a continuous circle.

As strategic contracting is based on the fundamental condition of risk and gain sharing with focus on relational rents, firms can save a significant amount on expenses ex post. The theory new-institutional has been used during the thesis, which result in the actors are partially rational, thus their inabilities to predict all future events are also a significant factor when choosing strategies. Proportionate to the fast-growing IT-industry it will be identified which prerequisites firms must meet in order to establish a strategic partnership, which can be affected by both endogenous and exogenous factors. To do so an implementation of Dyer and Singh's four conditions have been analyzed during the assessment of IT-partnerships. It is found that the most essential when establishing a strategic partnership is the pre-contractual phase. The latter establishment has great effect on the following process, which will be discussed in the proceedings. Furthermore, following chapters combined will give an impression of what the partners must bear in mind when drafting the contract, which have been distinct into an "outer"- and "inner" frame of the agreement.

In relation to innovation it is thus enlightened why partnerships are recommended and vital for firms to develop an innovative solution in the IT-industry. Based on the recommendation it is clear to eye that a shift of paradigm must be taken to secure innovation as well as for the agreement to become a management tool rather than an actual contract. Prime focus is therefore set to be the mutual obligation to communicate to maintain agile in respect to the continuous development within IT. By achieving this the partnership ensure creating the frameworks of innovation and the possibility of reaching relational rents.

ABSTRACT	1
ANVENDTE FORKORTELSER	5
KAPITEL 1 - PROBLEMSTILLING	6
1.1 INDLEDNING	6
1.2 PROBLEMFORMULERING	7
1.3 FORMÅL.....	7
1.4 SYNSVINKEL.....	8
1.5 AFGRÆNSNING	8
1.5.1 Juridisk afgrænsning.....	8
1.5.2 Økonomisk afgrænsning.....	9
1.6 ERHVERVSJURIDISKE METODE.....	9
1.6.1 Juridisk metode	10
1.6.1.1 Retskildelære.....	10
1.6.1.2 Retsteoretiske overvejelser	11
1.6.1.2.1 Retsdogmatisk metode.....	11
1.6.1.2.2 Retsrealismen	11
1.6.1.3 Regulering	12
1.6.1.4 Retspraksis	13
1.6.3 Økonomisk metode	13
1.6.3.1 Ny-institutionel økonomi.....	14
1.6.3.2 Transaktionsomkostningsteori.....	15
1.6.3.3 Dyer og Singhs interorganisatoriske teori.....	16
1.6.3.4 Spilteori	16
1.6.3.5 Principal/Agent teori.....	17
1.7 STRUKTUR.....	17
KAPITEL 2 - BAGGRUNDSRETEN FOR KONTRAKTER.....	19
2.1 INTRODUKTION TIL BAGGRUNDSRETEN.....	19
2.2 REGULERING AF KONTRAKTER I DAG.....	20
2.2.1 Aftaleloven	20
2.2.2 Obligationsretten	20
2.3 ER BAGGRUNDSRETEN INNOVATIONSHÆMMENDE?	22
KAPITEL 3 - GEVINST OG RISICI VED KONVENTIONEL KONTRAHERING.....	25
3.1 KONVENTIONEL KONTRAHERING.....	25
3.2 DELING AF GEVINSTMULIGHEDER VED KONVENTIONEL KONTRAHERING	26
3.3 NÆRMEST TIL AT BÆRE RISIKOEN	28
3.4 HVAD ER EN ØKONOMISK GEVINST?	30
3.5 OMKOSTNINGER VED KONTRAKTINDGÅELSE	32

3.6 OPSUMMERING.....	35
KAPITEL 4 - STRATEGISK FIT I INNOVATIVE PARTNERSKABER	36
4.1 INTRODUKTION TIL STRATEGISK KONTRAHERING	36
4.2 HVAD ER INNOVATION OG INNOVATIVE PARTNERSKABER?	36
4.3 VANSKELIGHEDER VED INNOVATIVE PARTNERSKABER.....	38
4.4 SIKRING AF STRATEGISK FIT	39
4.5 RELATIONSRENTE	45
KAPITEL 5 - OPTIMALE FORUDSÆTNINGER FOR AT OPNÅ RELATIONSRENTE.....	46
5.1 STRATEGISK KONTRAKT	46
5.2 RELATIONSSPECIFIKKE INVESTERINGER.....	48
5.2.1 Sikring mod kontrahenternes opportunistiske adfærd	52
5.3 VIDENDELING Gennem KOMMUNIKATION	55
5.4 KOMPLEMENTÆRE RESSOURCER	60
5.5 EFFEKTIV GOVERNANCE	65
5.6 TRANSAKTIONSMKOSTNINGER FORBUNDET MED STRATEGISK KONTRAHERING	69
5.7 OPSUMMERING.....	71
KAPITEL 6 - REGULERING AF EFTERFØLGENDE OMSTÆNDIGHEDER	73
6.1 EFTERFØLGENDE OMSTÆNDIGHEDER.....	73
6.2 HARSHIPKLAUSUL	74
6.3 GEVINSTKLAUSULER	78
6.4 RISIKOPROFILER	79
KAPITEL 7 - DET OPTIMALE KONTRAKTDESIGN FOR INNOVATIVE PARTNERSKABER	82
7.1 INDLEDENDE BEMÆRKNINGER.....	82
7.2 DEN PRÆKONTRAKTUELLE FASE	86
7.2.1 Forhandlingsstyrkens påvirkning af kontrakten.....	87
7.3 DET OPTIMALE KONTRAKTDESIGN	89
7.3.1 Den ydre ramme	89
7.3.2 Den indre ramme.....	92
7.3.2.1 Videndeling.....	92
7.3.2.2 Kontraktjusteringsmekanismer	94
KAPITEL 8 - KONKLUSION	100
LITTERATUR- OG KILDEFORTEGNELSE, HERUNDER DOMSREGISTER.....	102
BØGER.....	102
DOMME.....	103

KILDER.....	103
KONVENTIONER	108
LOVE.....	108
BILAG 1.....	109

Anvendte forkortelser

AFTL

Lovbekendtgørelse 1996-08-26 nr. 781 om aftaler og andre retshandler på formuerettens område ("Aftaleloven")

DL

Lov nr. 11000 af 15/04/1683 Kong Christian Den Femtis Danske Lov ("DL")

KBL

Lovbekendtgørelse 2014-02-18 nr. 140 om køb ("Købeloven")

Kapitel 1 - Problemstilling

1.1 Indledning

Computerteknologi og digitale medier har hurtigt fundet en plads i det moderne samfund og ind i det moderne menneskes liv. Dette har således medvirket til, at it er centralt i spillet mellem mennesker, organisationer og samfundet omkring os. It er ydermere blevet en del af alt, hvad det moderne menneske foretager sig, om det er at læse et brev fra de offentlige myndigheder, betale en regning eller ligefrem være social med andre medborgere.¹ I Danmark omsættes der årligt it-ydelser for et tocifret milliardbeløb,² som spænder over alt, fra udvikling og vedligeholdelse til drift, både hos offentlige myndigheder og private virksomheder. Det kan således ikke benægtes, at it i fremtiden vil få en større og større rolle i vores alles hverdag. Et innovativt it-produkt kan dermed skabe stor værdi for borgere samt den virksomhed, der står bag det innovative produkt. Dette gør det derfor lukrativt at indgå i it-partnerskaber, for dermed at kunne udvikle fremtidens uundværlige it-produkt. At indgå i et partnerskab er dog ikke nødvendigvis lig med, at der skabes merværdi for parterne, fra første øjekast. Der er således ikke kun gevinster, i form af merværdi eller et innovativt produkt, ved at indgå i et partnerskab, men ligeledes risici. Inden for it-branchen har der de seneste par år været mere end ét uheldigt eksempel på, at it-projekter ikke har skabt merværdi for hverken kunden eller leverandøren. EFI (SKATs inddrivelsessystem), PolSag (Politiets sagssystem) og Rejsekortet er blot nogle eksempler på de it-projekter, der har fået dårlig omtale i medierne.³ Hvorfor er disse it-projekter endt som skandaler, i stedet for gode historier om et succesfuldt samarbejde om udviklingen af nye it-systemer? Ligger svaret ved kontraktkonciperingen, eller er det mangel på kommunikation mellem parterne, der har medført, at kontraktforholdet er endt i fiasko og medført flere transaktionsomkostninger end først antaget?

Det alle partnerskaber, samarbejder og lignende it-bestillinger har til fælles, er at der foreligger en kontrakt mellem parterne. Kontrakten må siges at være grundstenen for parternes samarbejde og regulerer ligeledes, hvordan parterne hver især skal opfylde kontrakten. Kontrakten må derfor siges at have en væsentlig og vigtig rolle ved indgåelse af partnerskaber, og dette stiller således store krav til

¹ Det bemærkes, at såfremt man opfylder visse krav, så har man mulighed for at blive fritaget for digital post, men hovedparten af den danske befolkning er ikke en del af denne gruppe.

² Udsen, Henrik. 2019. *It-ret*. Ex Tuto Publishing A/S. 4. udgave. Første oplag. s. 585.

³ De fleste tvister i it-partnerskaber løses ved voldgift og derfor er det kun de tvister der har nået offentlighedens interesse, som det har været muligt at finde eksempler på. Det antages dog, med stor sikkerhed, at der er mange partnerskaber der er endt i voldgift eftersom parterne handler opportunistisk.

kontraktkonciperings og ligeledes til de andre ex ante forhold, der påvirker kontraktforholdet for dermed i sidste ende at kunne skabe merværdi for kontraktparterne. The Global Contract Management Association, IACM, har undersøgt, hvilke parametre parterne anvender mest tid på ved kontraktindgåelse, hvor de finder, at det ikke er de parametre, der nødvendigvis generer merværdi, som der bruges mest tid på. Der foreligger derfor evidens for, at der eksisterer et misforhold mellem det, de juridiske forhandlere anvender tid på sammenholdt med, hvad der kan bidrage til at skabe økonomisk merværdi.⁴

Er løsningen på at sikre et godt partnerskab dermed, at der arbejdes væk fra den konventionelle tilgang til kontraktkoncipering og inddrage økonomiske forhold, således at partnerskabet ender i succes? I nærværende afhandling vil det undersøges hvorvidt parterne, ved brug af strategisk kontrahering, har mulighed for at opnå relationsrente ved allokering af risici og gevinster.

1.2 Problemformulering

Følgende problemformulering ønskes besvaret ved udarbejdelsen af nærværende afhandling:

Hvordan skal risici og gevinster allokeres inden for rammerne af strategisk kontrahering for at medvirke til at opnå relationsrente?

Til besvarelse af ovenstående problemformulering vil følgende problemstillinger blive besvaret i løbet af afhandlingen:

1. Hvordan sikres et strategisk fit i innovative partnerskaber?
2. Hvordan sikres de optimale forudsætninger for at opnå relationsrente og skabe innovation?

1.3 Formål

Formålet med nærværende afhandling er at skabe det optimale kontraktdesign for innovative partnerskaber inden for it-branchen. Dette gøres ved at undersøge, hvordan et partnerskab har de optimale forudsætninger og rammer for at skabe innovation og ligeledes for at opnå relationsrente. Undersøgelsen tager udgangspunkt i strategisk kontrahering, hvor det herigennem søges at sikre, at risici og gevinster allokeres bedst muligt. Slutteligt ønskes det at komme med et forslag til, hvordan parterne sikrer, at de optimale forudsætninger for relationsrente opnås ved at benytte en strategisk kontrakt.

⁴ Østergaard, Kim. 2014. *Relevansen af interdisciplinær forskning og empiri i samfundsvidenskaben*. Retfærd, 37(3/149), 3-24. s. 6.

1.4 Synsvinkel

Nærværende afhandling tager udgangspunkt i de problematikker, der forekommer ved koncipering af kontrakter, særligt inden for it-branchen. Kontrakter har endvidere til formål at regulere vilkår og betingelser mellem to eller flere parter på et specificeret grundlag. Afhandlingen vil blive udarbejdet efter et inter-partes niveau, og synsvinklen vil således være på kontraktforholdet mellem to virksomheder, der ønsker at skabe et innovativt produkt gennem opbyggelsen af et partnerskab. Det vil undersøges, hvordan parterne kan skabe innovation og ligeledes opnå relationsrente ved at indgå i et partnerskab. Ved benyttelse af førnævnte synsvinkel sikres en bedre forståelse af, hvordan strategisk kontrahering medfører en anden brug af parternes interne samt eksterne ressourcer, for at fremme deres udbytte og hindre tab i fællesskab, herunder gevinster og risici.

Fokus vil således være, hvordan en kombination af jura og økonomi kan være medvirkende til, at skabe relationsrente og hvorledes tillid, komplementære ressourcer m.m. kan siges at spille en væsentlig rolle for, at parterne har mulighed for at skabe innovation.

1.5 Afgrænsning

Afhandlingen tager udgangspunkt i koncipering af kontrakter i it-partnerskaber, og fokus er således på kontraktrelationen mellem to virksomheder; det vil sige to juridiske personer, der indgår en gensidig aftale omhandlende udvikling af en innovativ it-løsning, et produkt eller lignende. Kontraktrelationer mellem en offentlig og en privat part vil således ikke blive behandlet, men kun brugt som eksempler for at underbygge postuler eller til at underbygge fremhævede pointer. Ydermere afgrænses der væk fra partnerskaber mellem en dansk og en udenlandsk virksomhed, og det er således kun samarbejde mellem to danske virksomheder, der vil blive behandlet.⁵

1.5.1 Juridisk afgrænsning

Uagtet EU-rettens forrang for national retten jf. Costa/ENEL⁶, afgrænses der fra EU-retten, eftersom det ikke anses for værende relevant at inddrage retsregler fra EUs traktater. Dette da det udelukkende vil være de danske retsregler, der vil blive benyttet i afhandlingen, da afhandlingens omdrejningspunkt er kontraktkoncipering og kontraktforholdet mellem partnerskaber i den danske it-branche. Udbudsretten vil

⁵ Udfaldet af afhandlingen kan dog ligeledes benyttes på partnerskaber bestående af en dansk og udenlandsk virksomhed, samt to udenlandske virksomheder, hvis de befinder sig på det danske marked.

⁶ Sag 6/64.

således heller ikke blive behandlet, selvom mange it-projekter bliver udbudt som enten offentlige eller private udbud. Processen for et privat udbud vil således blot blive benævnt og ligeledes brugt som et eksempel ved brug af et signaling-spil. Der afgrænses desuden væk fra obligationsrettens misligholdelsesbeføjelser, grundet afhandlingens omfang og ligeledes relevans for nærværende problemformulering. Ved forslag til risikofordeling afgrænses der desuden væk fra brug af forsikringsselskaber ved eventuelle tab.

1.5.2 Økonomisk afgrænsning

Uagtet at der gennem afhandlingen ønskes at opstille det optimale kontrakt-design for it-partnerskaber, vil det efficiente kontraktbrud ikke blive gennemgået i nærværende afhandling. Eftersom synspunktet i nærværende afhandling er på et inter-partes niveau, tages der således udgangspunkt i den ny-institutionelle økonomi, hvorfor fokus er på transaktionsomkostningsteori samt parternes selviske adfærdsforståelse. Dette betyder således, at der afgrænses fra mikro-, makro og industriøkonomi, dog benyttes nytteteori fra mikroøkonomien.

1.6 Erhvervsjuridiske metode

Formålet med afhandlingen er, som nævnt, at skabe de optimale forudsætninger for at innovative partnerskaber, inden for it-branchen, har mulighed for at opnå relationsrente samt danne de rigtige rammer for skabelse af innovation. For at det kan være muligt at opsætte de førnævnte rammer, må den erhvervsjuridiske metode således tages i brug, eftersom den klassiske juridiske metode ikke alene kan hjælpe med at besvare problemformuleringen. Et vigtigt element ved at benytte den erhvervsjuridiske metode er således, at problemindehaveren er en virksomhed,⁷ hvorimod den juridiske metode finder anvendelse på både fysiske og juridiske personer, hvorfor den erhvervsjuridiske metode må anses for værende yderst væsentlig at benytte i nærværende afhandling. Eftersom analysen i afhandlingen vil tage udgangspunkt i begge parter interesser, og ikke blot den ene part, vil problemindehaveren i nærværende tilfælde således være begge parter. Ved at benytte den erhvervsjuridiske metode, og ikke blot den juridiske metode, vil det således være muligt at kombinere henholdsvis teorier og metoder, inden for både jura og økonomi.

Den erhvervsjuridiske metode integrerer således jura med virksomhedens øvrige styringsredskaber, det vil sige med de økonomiske hensyn, der foreligger i virksomheden. Dette medfører, at virksomheden vil

⁷ Østergaard, Kim. 2003. *Metode på cand.merc.jur studiet*. Julebog. Djøf/Jurist- og Økonomiforbundet. s. 280.

disponere over både de juridiske og økonomiske hensyn og dermed har det optimale overblik,⁸ i modsætning til, hvis det kun var de juridiske hensyn, der ville blive undersøgt. Den erhvervsjuridiske metode adskiller sig ydermere fra retsøkonomien,⁹ eftersom den erhvervsjuridiske metode opererer med en aktør, der opererer på et marked med fastlagte forudsætninger for denne aktør.¹⁰ Kontraktøkonomien anses derimod som en del af den erhvervsjuridiske metode, men kun hvor synsvinklen, i kontraktøkonomien, vedrører virksomhedens.¹¹ Retsdogmatikken, kendt fra den juridiske metode, anses for værende en vigtig komponent for den erhvervsjuridiske metode.¹² Retsdogmatikken kan dog ikke stå alene, som et fundament til den erhvervsjuridiske metode, hvorfor der skal inddrages økonomiske modeller og teorier i samspil med retsdogmatikken.¹³

Parter, i et partnerskab, skal således sikre en fælles forståelse af gældende ret, til at fortolke juridiske problemstillinger og ydermere benytte sig af de indsigter, parterne opnår ved brug af økonomiske teorier, for at have de bedste forudsætninger for kontraktrelationen. Den erhvervsjuridiske metode vil således bidrage til, sammenholdt med strategisk kontrahering, den rette koncipering af kontrakter, ved at jura og økonomi integreres i kontrakten, eftersom den rette koncipering¹⁴ af kontrakter, medfører at bestemmelserne består af såvel økonomiske som juridiske aspekter.¹⁵

1.6.1 Juridisk metode

1.6.1.1 Retskildelære

Retskildelæren omhandler læren i normer og dermed indhold, prioritering, forpligtende virkning og den politiske legitimation i retskilderne.¹⁶ Med denne kan der angives, hvad der tilsammen danner gældende ret. Materialetyperne og hjemmel hertil kan opdeles i fire grupper, henholdsvis, regulering, retspraksis,

⁸ Dahl, Børge. m.fl. 2017. *Erhvervsjura*. Djøf Forlag. 4. udgave. Forord.

⁹ Retsøkonomien vedrører anvendelsen af økonomisk teori på retlige forhold.

¹⁰ Østergaard, Kim. 2003. *Metode på cand.merc.jur studiet*. Julebog. Djøf/Jurist- og Økonomiforbundet. s. 280.

¹¹ Ibid. s. 280.

¹² Ibid. s. 280.

¹³ Ibid. s. 280.

¹⁴ Det bemærkes at der ligeledes er andre parametre, der bestemmer konciperingen såsom skribenten, det indbyrdes styrkeforhold, parternes rationalitetsniveau, kontrakten realydelse m.v. For uddybning se Østergaard (2003) s. 284.

¹⁵ Østergaard, Kim. 2003. *Metode på cand.merc.jur studiet*. Julebog. Djøf/Jurist- og Økonomiforbundet. s. 284.

¹⁶ Tvarnø, Christina D. & Ruth Nielsen. 2017. *Retskilder og retsteorier*. Jurist- og Økonomiforbundets Forlag. 5. revideret udgave, 1. oplag. s. 29.

sædvaner og forholdets natur, hvoraf der ikke findes en rangorden mellem de pågældende.¹⁷ I nærværende afhandling har der dog været visse retskildemæssige udfordringer, se afsnit 1.6.1.4 for nærmere uddybning.

1.6.1.2 Retsteoretiske overvejelser

1.6.1.2.1 Retsdogmatisk metode

Den retsdogmatiske metode vil blive benyttet til at identificere gældende ret inden for kontrakter, hvilket vil gøres ved brug af de, eller den, relevante retskilde(r).¹⁸ Gældende ret, *de lege lata*, er således det resultat, som en domstol vil være kommet frem til, såfremt denne havde udført den retsvidenskabelige analyse, af den juridiske problemstilling.¹⁹ Retsdogmatikken er ydermere essentiel inden for den erhvervsjuridiske metode og vil her blive benyttet som et delelement sammenholdt med de relevante økonomiske modeller og teorier.²⁰ Retsfilosoffen, Alf Ross, definerer således retsdogmatikken som en lære om normer og ikke en lære i normer.²¹ Dette er dog blevet modificeret i nyere litteratur, hvor Professor Christina Tvarnø og Ruth Nielsen anser den retsdogmatiske metode for værende en overvejende sproglig funderet analyserende metode, der fortolker og systematiserer et retligt materiale.²² Retsdogmatikkens tema er således, at danne meningsindholdet i retten og bidrage således til forståelsen af retskilderne, og dermed hvordan *de lege lata* skal fortolkes.²³

1.6.1.2.2 Retsrealismen

Alf Ross tager udgangspunkt i, at empirisk viden skal kunne verificeres eller i så fald falsificeres af dommere.²⁴ Ross' gældebegreb defineres således:

“... i forhold til en hvilken som helst retsregel (i gældende dansk ret) er det muligt at formulere en retsvidenskabelig påstand og derefter vente og se, om domstolene verificerer påstanden”.²⁵

Hans tanke er, at ved at gøre retsvidenskaben prognosticerbar, kan retsvidenskabelige udsagn dermed blive verificeret eller forkastet,²⁶ med andre ord, kan de betragtes som sande eller falske. Dette vil

¹⁷ Tvarnø, Christina D. og Sarah Maria Denta. 2015: *Få styr på metoden*. Ex Tuto Publishing A/S. s. 37.

¹⁸ Østergaard, Kim. 2003. *Metode på cand.merc.jur studiet*. Julebog. Djøf/Jurist- og Økonomiforbundet. s. 276.

¹⁹ Tvarnø, Christina D. & Ruth Nielsen. 2017. *Retskilder og retsteorier*. Jurist- og Økonomiforbundets Forlag. 5. revideret udgave. 1. oplag. s. 30.

²⁰ Østergaard, Kim. 2003. *Metode på cand.merc.jur studiet*. Julebog. Djøf/Jurist- og Økonomiforbundet. s. 280.

²¹ Ross, Alf. 2013. *Om Ret og retfærdighed*. Hans Reitzels Forlag. 2. udgave. 1. oplag s. 100

²² Tvarnø, Christina D. & Ruth Nielsen. 2017. *Retskilder og retsteorier*. Jurist- og Økonomiforbundets Forlag. 5. revideret udgave, 1. oplag. s. 278.

²³ Ibid. s. 203.

²⁴ Ibid. s. 371.

²⁵ Ibid. s. 372.

²⁶ Ibid. s. 367.

således medføre, at retsvidenskabelige udsagn kan ligestille med positiv videnskab såsom naturvidenskaben.²⁷ Retsvidenskabelige udsagn findes således i juridiske lærebøger og afhandlinger og vil således blive verificeret eller anset for sand, når en dommer dømmer, som det påstås i førnævnte lærebøger og afhandlinger.²⁸ Ydermere anser Ross dansk ret, som værende et individuelt normsystem bestående af henholdsvis kompetencenormer og forholdsnormer.²⁹ Sidstnævnte er, ifølge Ross, regler som foreskriver en vis adfærd - det vil sige, at disse normer beskriver, hvordan man skal forholde og indordne sig. I afhandlingen benyttes eksempelvis Aftaleloven samt de obligationsretlige grundsætninger, der må siges at være forholdsnormer. Ross påpeger, at forholdsnormerne retter sig mod dommeren og bliver dermed et direktiv til dommeren, der fortæller, hvordan denne skal udøve sin domsmyndighed.³⁰

Den retsrealistiske metode er således relevant for afhandlingen, eftersom den retter sig mod dommere og ikke borgere. Det forudsætter derfor, at borgere skal dømme, som en dommer vil dømme og dermed skabes et gyldigt resultat. Med andre ord, verificeret viden, som fremkommer i det juridiske system gennem afsagte domstolsafgørelser, og må betragtes at være gældende ret.

1.6.1.3 Regulering

Regulering anses af Tvarnø og Nielsen (2017) for værende en betegnelse for kompetencenormer af nationalretlig herkomst, der således er fastsat ret i generel form.³¹ De har dog en monistisk opfattelse af begrebet, hvorimod Alf Ross havde en dualistisk opfattelse - han mente, at dansk ret var et fritstående retssystem og dermed adskilt fra EU-retten.³² I nærværende afhandling benyttes Aftaleloven til at fastslå at indgåede aftaler, herunder kontrakter er bindende. Lovens §36 benyttes til at undersøge, hvordan en mulig gevinst vil blive delt mellem parterne, såfremt det ikke fremgår af parternes kontrakt. Der foretages således en objektiv fortolkning af Aftalelovens §36 til udarbejdelse af, hvordan gevinster deles, når kontrakten er udformet ud fra konventionel kontrahering. Ydermere benyttes Obligationsretten, eftersom der må foretages aftalesupplering, da der ingen *lex specialis* er, på området for it-ydelse. Det er yderligere Obligationsrettens almindelige del samt specialitetsgrundsætningerne, såsom oplysningspligten i Købeloven §76, stk. 1, nr. 3, der benyttes.

²⁷ Tvarnø, Christina D. & Ruth Nielsen. 2017. *Retskilder og retsteorier*. Jurist- og Økonomiforbundets Forlag. 5. revideret udgave, 1. oplag. s. 367.

²⁸ Ibid. s. 367.

²⁹ Tvarnø, Christina D. & Ruth Nielsen. 2017. *Retskilder og retsteorier*. Jurist- og Økonomiforbundets Forlag. 5. revideret udgave. 1. oplag. s. 367.

³⁰ Ibid. s. 367.

³¹ Ibid. s. 48.

³² Ibid. s. 48.

1.6.1.4 Retspraksis

I dansk retspraksis findes der mangel på trykte afgørelser om it-tvister, som navnlig skyldes, at mange større it-aftaler indeholder voldgiftsbestemmelser.³³ Med undtagelse af Flügger-dommen, BS 10C-590/2016, der benyttes til at analysere, hvordan der kan foreligge et strategisk fit mellem parterne. Dette har således medført en udfordring, i forhold til at undersøge, hvorvidt konventionel kontrahering er skyld i, at it-kontrakter ender i konflikter. Der er dog mange forhold der taler for førnævnte, hvilket vil blive udledt gennem afhandlingens analyse af baggrundsretten.

1.6.3 Økonomisk metode

I nærværende afhandling er det den deduktive metode, der vil blive benyttet til udformningen af analysen, mere specifikt, de økonomiske aspekter af analysen. Den deduktive metode benyttes, eftersom der anvendes allerede eksisterende teorier inden for den ny-institutionelle økonomi.³⁴ De primære teorier, der benyttes til at udforme afhandlingens analyse, er således transaktionsomkostningsteori og spilteori. Ydermere benyttes Dyer og Singhs (1998) teori om handlende samarbejde mellem virksomheder, også kaldet interorganisatorisk samarbejde, hvor fokus er, at partnerskaber skal søge at opnå relationsrente ved at investere i kontraktforholdet.

Økonomisk teori vil ligeledes danne baggrund for parternes mulighed for at skabe innovation. Innovation anses, økonomisk, for at være den udvikling og anvendelse af idéer og teknologi, som gør varer og tjenesteydelser bedre, eller gør produktionen af førnævnte mere effektiv.³⁵ Innovation bidrager således til økonomisk vækst ved at føre til højere produktivitet, hvormed omkostningerne til at producere samme produkt vil falde. Innovation fører derfor i sidste ende til, at økonomien vokser,³⁶ eftersom omkostningerne falder, og bidrager med værdi til brugerne af produktet/ydelsen. Der kan således sondres mellem innovation eller kreativitet, altså sondringen mellem hvornår noget blot er kreativt, og hvornår overgår det til at være innovativt? Den Danske Ordbog definerer således kreativitet³⁷ som følgende: *“evne til at få nye idéer og udtrykke dem.”*

³³ Udsen, Henrik. 2019. *It-ret*. 4. udgave, første oplag. Ex Tuto Publishing A/S. s. 593.

³⁴ Tvarnø, Christina D. & Ruth Nielsen. 2017. *Retskilder og retsteorier*. Jurist- og Økonomiforbundets Forlag. 5. revideret udgave. 1. oplag. s. 434.

³⁵ Den Europæiske Centralbank. 2017. *Hvordan fører innovation til vækst?*. ecb.europa.eu.

³⁶ Ibid.

³⁷ De fleste forbinder dog kreativitet med kunstnerisk kreativitet, såsom kunstmalerere og lignende, i nærværende afhandling anses udviklere dog ligeledes for at være såkaldte kunstnere, blot indenfor deres felt, da de må siges at være nytænkende.

I nærværende afhandling anses rammerne for kreativitet, for være startskuddet for skabelse af innovation.

1.6.3.1 Ny-institutionel økonomi

Økonomen Ronald H. Coases artikel fra 1937: *The Nature of the Firm* anses af nogle økonomer, som startskuddet på den ny-institutionelle økonomi. I artiklen introducerer Coase eksistensen af transaktionsomkostninger, der senere videreudvikles af, økonom og professor, Oliver Williamson. I den ny-institutionelle økonomi anses kontrahenterne for at være begrænset rationelle, hvilket indebærer kontrahenternes manglende evne til at kunne forudsige alle fremtidige begivenheder, og kontrahenterne vil søge at maksimere sin egen nytte, inden for den institutionelle ramme.³⁸ Der foreligger endvidere ikke symmetrisk information på markedet, og parterne handler opportunistisk, hvilket kan ende ud i, at de i visse situationer foretager svigagtige handlinger.³⁹ Dette medfører således at kontrakterne, som kontrahenterne indgår, er inkomplette på grund af den asymmetriske information samt manglende information, eftersom kontrahenterne, som nævnt, ikke har kunnet forudsige alle fremtidige begivenheder. Teorien benyttes dermed til at statuere, at man ved koncipering af kontrakter ikke kan forudsige alle fremtidige begivenheder, hvorfor en konventionel kontrakt, som udgangspunkt, er mangelfuld ved kontraktindgåelse. Ydermere benyttes teorien til at påpege, at såfremt der opstår efterfølgende omstændigheder efter kontraktindgåelse, der påvirker opfyldelse af kontrakten, vil sådanne omstændigheder ikke kunne løses ved en kontraktfortolkning.⁴⁰ Såfremt den manglende information er tilgængelig, kan parterne dog indhente informationen, hvilket vil medføre, at den begrænsede rationalitet formindskes. Vælger parterne at indhente informationen, vil denne indhentning være forbundet med øgede transaktionsomkostninger.⁴¹

Den ny-institutionelle økonomi fokuserer dermed på institutioners dannelse og virke, og institutioner har betydning for ressourceallokeringen mellem kontrahenterne. Inden for ny-institutionel økonomi bliver juraen betragtet som en institution, der påvirker den førnævnte ressourceallokering.⁴²

³⁸ Østergaard, Kim. 2003. Metode på cand.merc.jur studiet. Julebog. Djøf/Jurist- og Økonomiforbundet. s. 273.

³⁹ Ibid. s. 273.

⁴⁰ Østergaard, Kim. 2016. *Strategisk Kontrahering - Efterfølgende omstændigheder: Om anvendelsen af hardship- og gevinstklausuler som kontraktjusteringsmekanismer*. in Jul Clausen, N., Dahlberg-Larsen, J., Gram Mortensen, B. O. & Godsk Pedersen, H. V. (red), Ikke kun retsfilosofi: Festskrift til Sten Schaumburg-Müller. 1. udgave. København: DJØF-forlag s. 435-449. s. 438.

⁴¹ Østergaard, Kim. 2003. Metode på cand.merc.jur studiet. Julebog. Djøf/Jurist- og Økonomiforbundet. s. 273.

⁴² Ibid. s. 273.

1.6.3.2 Transaktionsomkostningsteori

Transaktionsomkostningsteorien behandler de omkostninger, der er forbundet ved at indgå en handel, herunder de omkostninger, der er forbundet ved at indgå i et kontraktforhold. Ronald H. Coase, som beskrevet i forrige afsnit, introducerede således transaktionsomkostninger og disses påvirkning på kontraktens indgåelse. Coase definerer transaktionsomkostninger som følgende:

*"In order to carry out a market transaction, it is necessary to discover who it is that one wishes to deal with, to inform people that one wishes to deal and on what terms, to conduct negotiations leading up to a bargain, to draw up the contract, to undertake the inspection needed to make sure that the terms of the contract are being observed, and so on."*⁴³

Coase mener således⁴⁴, at parterne i et kontraktforhold når frem til en effektiv aftale, såfremt ejendomsrettigheder er veldefineret, og der ingen transaktionsomkostninger er.⁴⁵ Det betyder således, ifølge Coase, at såfremt ingen eller jo lavere transaktionsomkostninger der er, desto flere aftaler vil blive indgået.⁴⁶ Der foreligger dog altid transaktionsomkostninger forbundet med kontraktindgåelse, og det må siges at være næsten umuligt at holde disse til et meget lavt niveau, som Coase ønsker. Essensen i Coase-teoremet, at jo lavere transaktionsomkostninger des flere kontrakter indgås, må dog siges at kunne gøres gældende.

Coase-teoremet blev dog videreudviklet af Oliver Williamson i 1979, og han definerer en transaktionsomkostning som følgende:

*"En omkostning, som er forbundet med overførsel af ejerskab, herunder ved organisering, tilpasning og regulering af ydelser på markedet."*⁴⁷

Williamson statuerer yderligere, at der er tre kritiske dimensioner for transaktioner; usikkerhed, frekvens og varighed. Williamson mener ligeledes, at traditionel transaktionsomkostningsteori er baseret på et fundament, der fokuserer på minimeringen af transaktionsomkostninger. Williamson introducerer ligeledes begrebet aktivspecifitet⁴⁸ og identificerer tre typer af aktivspecifitet, der er forbundet til transaktionsomkostningerne og inter-partes forholdet i partnerskabet.

⁴³ Coase, Ronald H. 1960. *The Problem of Social Cost*. Journal of Law and Economics. Vol. III. pp. 1-44.

⁴⁴ Eide, Erling & Stavang. Endre. 2017. Rettsøkonomi. Cappelen Damm AS. 8. udgave s. 137.

⁴⁵ Også kendt som Coase teoremet.

⁴⁶ Eide, Erling & Stavang. Endre. 2017. Rettsøkonomi. Cappelen Damm AS. 8. udgave s. 142.

⁴⁷ Hendrikse, George. 2003. *Economics and Management of Organizations*. McGraw-Hill s. 206.

⁴⁸ Riordan, Michael H & Oliver E. Williamson. 1985. *Asset specificity and economic organization*. *International Journal of Industrial Organization*. Vol. 3, Issue 4. pp. 365-378.

Inden for transaktionsomkostningsteorien sondres der mellem henholdsvis ex ante og ex post omkostninger.⁴⁹ Ex ante omkostningerne vedrører således de forhold, der foreligger inden kontraktindgåelsestidspunktet, hvor ex-post omkostningerne vedrører omkostningerne forbundet med opfyldelsen af kontrakten samt efterfølgende omstændigheder.⁵⁰ Transaktionsomkostningsteorien danner således grundlag for analysen i afhandlingen, eftersom teorien, må siges at være et vigtigt element inden for strategisk kontrahering. Førnævnte, da teorien vil have stor indflydelse på de relationsspecifikke investeringer, der udspringer af aktivspecifitet og ligeledes hvorvidt kontrahenterne vil indgå i kontraktforholdet.

1.6.3.3 Dyer og Singhs interorganisatoriske teori

Dyer og Singhs (1998) interorganisatoriske (herefter benævnt "interfirm") teori omhandler, hvorledes organisationer, juridiske personer, udvikler sig i løbet af et kontraktforhold. Dyer og Singh opstiller fire kumulative betingelser der, hvis alle opfyldes, sikrer, at parterne opnår en vedvarende konkurrencemæssig fordel⁵¹ og dermed har mulighed for at opnå relationsrente. Til opfyldelse af de kumulative betingelser benytter forfatterne ligeledes Williamsons (1985) begreb *aktivspecifitet*, hvilket ligeledes behandles i transaktionsomkostningsteorien. Nærværende teori vil således blive benyttet sammenholdt med transaktionsomkostningsteorien til at besvare den overordnede problemformulering i afhandlingen.

1.6.3.4 Spilteori

Spilteorien undersøger optimal adfærd, når omkostninger og nytte afhænger af andre individers valg.⁵² Teorien benyttes til at understøtte, at der bør gøres brug af signalering ved valg af partner og dermed sikre, at der foreligger et strategisk fit. Eksemplet er dog bygget op omkring et kunde/leverandørforhold, da spillet opstilles i forlængelse af Flügger-dommen, der modsætningsvis omhandler et mistfit mellem en kunde og en leverandør.

⁴⁹ Østergaard, Kim. 2016. *Strategisk Kontrahering - Efterfølgende omstændigheder: Om anvendelsen af hardship- og gevinstklausuler som kontraktjusteringsmekanismer*. in Jul Clausen, N., Dahlberg-Larsen, J., Gram Mortensen, B. O. & Godsk Pedersen, H. V. (red), Ikke kun retsfilosofi: Festskrift til Sten Schaumburg-Müller. 1. udgave. København: DJØF-forlag s. 435-449. s. 440.

⁵⁰ Eide, Erling & Endre Stavang. 2017. *Rettsøkonomi*. Cappelen Damm AS. 8. udgave. s. 129.

⁵¹ Dyer, Jeffrey & Harbir Singh. 1998. *The relational view: Cooperative strategy and sources of inter-organizational competitive advantage*. Academy of Management Review, 23(4). s. 675.

⁵² Dutta, Prajit K. 1999. *Strategies and Games*. First edition. Cambridge. Massachusetts Institute of technology. s. 4.

1.6.3.5 Principal/Agent teori

Risikodeling beskrives som et risikodelingsproblem, der tager afsæt i samarbejdsforholdet, hvor parterne anses for at have forskellige præferencer til risikofordelingen.⁵³ Principal-Agent teorien udvider forståelsen af dette risikodelingsproblem, og opstår i forhold, hvor parternes arbejdsdeling i forbindelse med samarbejde, anses for værende divergente.⁵⁴ Teorien benyttes til at statuere, at parterne risikoprofil og dermed risikopræference har betydning for samarbejdet i et partnerskab og ligeledes hvordan risici skal allokeres mellem parterne.

1.7 Struktur

Afhandlingens opbygningen tager udgangspunkt i den overordnede problemformulering samt de dertil stillede problemstillinger. Afhandlingens struktur er dermed som følger:

Kapitel 1 - Problemstilling

I dette kapitel præsenteres afhandlingens overordnede emnevalg og ligeledes problemformuleringen samt relevante problemstillinger. Den relevante metode til at besvare afhandlingens problemformulering, samt afgrænsningen bliver ligeledes præsenteret i dette kapitel. Formålet med kapitlet er således, at læseren præsenteres for afhandlingens fokus og dermed sikrer, at der dannes et overblik og en forståelse for hovedsynspunkterne og valg truffet i forbindelse hermed i afhandlingen.

Kapitel 2 - Baggrundsretten

Her introduceres baggrundsretten for kontraktretten med det formål at afdække, hvordan kontrakter er reguleret i dag. I kapitlet diskuteres der ligeledes, om baggrundsretten kan siges at være innovationshæmmende, eftersom denne påvirker hvilke og hvordan aftaler indgås.

Kapitel 3 - Gevinst og risici ved konventionel kontrahering

I kapitlet foretages der en analyse af, hvordan parter, ved brug af konventionel kontrahering, har mulighed for at dele pludselige opståede gevinster, såfremt det ikke er reguleret af parternes kontraktgrundlag. Det bliver ligeledes undersøgt, hvordan risici allokeres, såfremt parterne ikke har taget højde for dette. Ydermere

⁵³ Bergen, M. m.fl..1992. *Agency Relationships in Marketing: A Review of the Implications and Applications of Agency and Related Theories*. Journal of Marketing. s. 1-2.

⁵⁴ Dutta, Prajit K. 1999. *Strategies and Games*. Massachusetts Institute of technology s. 305.

introduceres transaktionsomkostninger i dette kapitel for at redegøre for, hvilke transaktionsomkostninger konventionel kontrahering medfører.

Kapitel 4 - Strategisk fit i innovative partnerskaber

I dette kapitel introduceres strategisk kontrahering, og ligeledes introduceres begrebet innovation for at undersøge, hvad der menes med innovation og innovative partnerskaber. Endvidere introduceres hvilke vanskeligheder der opstår, når man ønsker at indgå i partnerskaber, og det undersøges, ved brug af Flüggerdommen, hvordan parter kan sikre et strategisk fit. Ydermere introduceres relationsrente, da relationsrente må siges at være målet med strategisk kontrahering.

Kapitel 5 - Optimale forudsætninger for at opnå relationsrente

Kapitlet danner rammerne for analysen af Dyer og Singhs fire betingelser for, at parterne har mulighed for at opnå relationsrente. Det klarlægges, hvordan parterne skal søge at opfylde de fire betingelser, og dermed hvordan den økonomiske teori kan medvirke til at løse de udfordringer, som baggrundsretten medfører.

Kapitel 6 - Regulering af efterfølgende omstændigheder

Her introduceres mulighederne for, hvordan parterne kan sikre, at efterfølgende omstændigheder er reguleret således, at det ikke ender i konflikt mellem parterne. Det undersøges ligeledes om hardship- og gevinstklausuler kan bidrage til at skabe forudsætningerne for den positive kontraktrelation i partnerskabet.

Kapitel 7 - Det optimale kontrakt design for innovative partnerskaber

I dette kapitel opstilles et forslag til, hvordan det optimale kontrakt design for innovative partnerskaber bør udformes, således at partnerskabet har mulighed for, at skabe innovation og ligeledes søge at opnå relationsrente. Forslaget udarbejdes på baggrund af de foregående kapitler, hvorfor kapitlet ligeledes indeholder bidrag fra kapitel 3, 4, 5 og 6.

Kapitel 8 - Konklusion

Slutteligt vil der på baggrund af de foregående kapitler foretages en samlet konklusion på problemformulering, som blev introduceret i kapitel 1.

Kapitel 2 - Baggrundsretten for kontrakter

2.1 Introduktion til baggrundsretten

Aftalefrihed er en grundsætning i dansk ret⁵⁵, og der eksisterer ingen almindelighed om aftalens formkrav, dog gælder princippet *pacta sunt servanda*, hvilket betyder, at aftaler er bindende jf. DL 5-1-1 og DL 5-1-2.⁵⁶ Kontrakterne og kontraktindgåelse har ændret sig meget, siden teknologien for alvor blev en del af danskernes arbejdsliv. Mange virksomheder benytter sig af standardkontrakter, der bliver tilpasset fra projekt til projekt, hvilket også gør sig gældende for kontrakter på it-området. Inden for it-verden er der forsøgt at skabe et fælles paradigme gennem det offentliges udarbejdelse af standardkontrakter inden for it-systemer⁵⁷. Da der ingen *lex specialis* findes på området for it-kontrakter, tænkes det, at mange virksomheder muligvis forestiller sig, at det er en "enklere" løsning at anvende disse og tilpasse dem til deres respektive samarbejdsforhold. Dette skaber dog en undren og ikke mindst diskussion om virksomheders strategivalg, for det fremtidige forhold. Ved at benytte en standardkontrakt, fokuseres der ofte på konventionel kontrahering, som ses ved kontrolomkostninger, bl.a. i form af omkostninger til domstolsprøvelse, hvorfor det kan betragtes, at der her er tale om en strategi med karakter af exit-mulighed⁵⁸. Som konsekvens kan denne strategi hæmme det innovative samarbejde i samspil med den konkrete stillede kravspecifikation.⁵⁹ Det diskuteres i nærværende afhandling, hvorledes virksomheder skal forholde sig, i forbindelse med indgåelse af en it-kontrakt for at sikre, de bedste forudsætninger og rammer for innovation.

For at kunne besvare afhandlingens problemformulering skal det derfor først undersøges hvorvidt baggrundsretten, i dansk ret, må siges at være efficient.⁶⁰ Dette eftersom det er baggrundsretten, der påvirker den effektive allokering og fordeling af henholdsvis risici og gevinster. Baggrundsretten påvirker ydermere kontrahenternes incitament for at benytte strategisk kontrahering, se afsnit 4 for nærmere uddybning, og baggrundsretten påvirker derfor i sidste ende, hvilke typer af kontrakter der indgås.

⁵⁵ Andersen, Lennart Lynge, & Palle Bo Madsen. 2012. *Aftaler og Mellemænd*. Karnov Group Denmark A/S. 6. udgave. s. 19.

⁵⁶ Ibid. s. 18.

⁵⁷ Digitaliseringsstyrelsen. Standardkontrakter.

⁵⁸ Ved exit-mulighed, en strategi for exit. Hvordan en virksomhed skal afvikle en vanskelig situation ved en mulig tvist.

⁵⁹ Digitaliseringsstyrelsen. Standardkontrakter.

⁶⁰ Katz, Avery. 1996. *When Should an Offer Stick?. The Economics of Promissory Estoppel in Preliminary Negotiations*. Yale Law Journal, Vol. 105, No. 5, pp. 1249-130. s. 1252.

2.2 Regulering af kontrakter i dag

2.2.1 Aftaleloven

Aftaler, der anses for værende bindende aftaler, reguleres af Aftalelovens § 1 (herefter AFTL). Denne bestemmelse bygges på, som tidligere nævnt, princippet *pacta sunt servanda*, der omhandler at aftaler er bindende og dermed skal holdes. AFTL kaster lys på, hvor og hvordan en aftale bliver indgået og hvornår de bliver bindende for parterne. Udgangspunktet for regulering af parternes indbyrdes forhold, vil være den aftale, der er indgået mellem dem.⁶¹ I tilfælde af, at kontrakten er mangelfuld, må retstilstanden mellem parterne afgøres ved, fortolkning af parternes aftale.⁶² Det ses i visse tilfælde, at de opståede konflikter eller tvister ikke altid vil være reguleret i aftalen, hvorfor forholdet da må reguleres ved brug af baggrundsretten.⁶³ AFTL, som *lex generalis*, gælder på tværs af alle typer aftaler og finder derfor anvendelse på it- kontrakter, hvorfor det er relevant, at se på obligationsretten for nærmere uddybning. Obligationsretten er kernen mellem parterne i aftaleforholdet, herunder it-kontrakten og formålet. Udgangspunktet i Obligationsretten er, at løse kontraktuelle tvister på baggrund af fortolkning af aftalegrundlaget.

2.2.2 Obligationsretten

Obligationsretten udgør det væsentligste regelgrundlag, når parternes forpligtelser ligger i en it-leverance og ikke som følge af parternes aftale.⁶⁴ Altså, selve tjenesteydelsen ved opnåelse af parternes aftale. Det er derfor værd at se nærmere på obligationsretten, da denne definerer skyldforhold i indgået aftaler, herunder rettigheder og forpligtelser. Det vil sige, at der typisk i en kontrakt altid vil være en realdebitor og realkreditor, samt en pengedebitor og en pengekreditor - dog skal det bemærkes, at dette ikke altid er tilfældet ved it-kontrakter. I en it-kontrakt, kan en pengedebitor også være en realdebitor, da man i højere grad bør involvere kunden ved aftaler om software, som derudover kan udgøre en komplementær ressource.⁶⁵

I nogle tilfælde vil en it-kontrakt være omfattet af Købeloven (herefter KBL), når der er tale om eksempelvis køb af standardsoftware, spilprogrammer m.m.⁶⁶ I andre tilfælde, hvor købet har karakter af

⁶¹ Udsen, Henrik. 2019. *It-ret*. Ex Tuto Publishing A/S. 4. udgave. Første oplag. s. 587.

⁶² Ibid. s. 587.

⁶³ Ibid. s. 587.

⁶⁴ Ibid. s. 588.

⁶⁵ Dette vil ikke blive behandlet yderligere, da fokus er på partnerskaber.

⁶⁶ Udsen, Henrik. 2019. *It-ret*. Ex Tuto Publishing A/S. 4. udgave. Første oplag. s. 588.

tjenesteydelse, vil forholdet ikke være omfattet af KBL jf. Rullergitterdommen⁶⁷. Her fandt retten, at der her ingen *lex specialis* forelå og intet kontraktgrundlag, som kunne danne et udgangspunkt for fortolkning, hvorfor der i stedet måtte foretages aftalesupplering. Dette er eksempelvis gældende ved aftaler omhandlende udvikling, drift og vedligeholdelse af programmel.⁶⁸

Ved brug af aftalesupplering menes, at det ved manglende specificeret betingelser eller andre vilkår i kontrakten, eksempelvis leveringssted, kan være nødvendigt at fortolke eller udfylde aftalen i lyset af de typeforudsætninger, som gør sig gældende.⁶⁹ Med andre ord, hvis indholdet af aftalens ydelse ikke kan udledes af aftalens udtrykkelige indhold, må dette fastsættes ved fortolkning.⁷⁰ Giver kontrakten ikke grundlag for en løsning af ydelsesspørgsmålet, må aftalen udfyldes med de krav, som sædvane må anses at stille, jf. grundsætningen i KBL § 1, stk. 1.⁷¹ I erhvervsforhold er det typisk eksisterende handelsmønstre, som udgør en handelssædvane, der tillægger betydning mellem parterne.⁷²

For at undgå potentielle tvister i kontraktforholdet, findes der grundsætninger, som finder anvendelse på tværs af kontrakttyper i obligationsretten, herunder loyalitetspligten, som er en obligationsretlig grundsætning. Loyalitetspligten forudsætter, at en kontrahent handler loyalt og i sin medkontrahents interesse.⁷³ Derudover kan det anvendes ved indfortolkning og udfyldning af et alment loyalitetslovkrav i kontraktforholdet.⁷⁴ Ved at varetage sin medkontrahents interesse, findes der antageligt otte underkategorier ved princippet, navnlig: 1) oplysningspligt, 2) underretningspligt, 3) tavshedspligt, 4) samarbejdspligt, 5) illoyal adfærd, 6) omsorgspligt, 7) tabsbegrænsning og sidst 8) reklamationspligt.⁷⁵ Det er

⁶⁷ U 2010.332 Ø: I pågældende dom indgik Køber en aftale med Sælger om levering og montering af et sikringssystem, som bestod af 11 rullegitre. Rullegitrene blev monteret januar 1999, dog oplevede Køberen et indbrud i februar 2004, hvor indbrudstyvene havde brudt igennem et vindue sikret med et rullegitter. I denne forbindelse fandtes det, at rullegitrene ikke var monteret korrekt. Aftalen måtte ses som en helhed, da det blev konstateret, at rullegitrene ikke var skruet korrekt i, hvorfor aftalen havde karakter af tjenesteydelse. I pågældende dom indgik Køber en aftale med Sælger om levering og montering af et sikringssystem, som bestod af 11 rullegitre. Rullegitrene blev monteret januar 1999, dog oplevede Køberen et indbrud i februar 2004, hvor indbrudstyvene havde brudt igennem et vindue sikret med et rullegitter. I denne forbindelse fandtes det, at rullegitrene ikke var monteret korrekt. Aftalen måtte ses som en helhed, da det blev konstateret, at rullegitrene ikke var skruet korrekt i, hvorfor aftalen havde karakter af tjenesteydelse.

⁶⁸ Udsen, Henrik. 2019. *It-ret*. Ex Tuto Publishing A/S. 4. udgave. Første oplag. s. 588.

⁶⁹ Andersen, Mads Bryde & Joseph Lookofsky. 2015. *Lærebog i Obligationsret I*. Karnov Group A/S. 4. udgave. s. 48.

⁷⁰ Ibid. s. 19.

⁷¹ Ibid. s. 19.

⁷² Ibid. s. 48.

⁷³ Ibid s. 29.

⁷⁴ Andersen, Lynge Lennart & Palle Bo Madsen. 2012. *Aftaler og Mellemænd*. Karnov Group Denmark A/S. 6. udgave. s. 413 (med referencer i fodnote 170-171).

⁷⁵ Madsen, Christian F. & Kim Østergaard. 2019. *Loyalitetsgrundsætningen i dansk ret - indhold og retsvirkninger ved tilsidesættelse*. Karnov Group Denmark A/S. s. 3-9.

vigtigt at understrege, at det er nødvendigt at foretage en konkret vurdering af enkelte kontrakttyper for at udlede hvilke delelementer, kontrahenterne er forpligtet til at overholde.⁷⁶

I it-kontrakter på udviklingsaftaler findes alle delforpligtelserne relevante, dog visse mere end andre, såsom samarbejdsforpligtelsen. Pligten til samarbejde ved software og dennes kontrakt er et vigtigt element, i og med krav til dette stykke arbejde let kan omprioriteres, til- og fravælges og ligeledes ændres.⁷⁷ Det kan endvidere understøttes, at samarbejdsforpligtelser er meget udtalt, hvor der er tale om partnering eller strategisk kontrahering, da der her findes et fælles økonomisk mål, ligesom der findes ved udviklingsaftaler inden for it.⁷⁸

Derudover findes oplysnings- og underretningspligten også relevant, da disse støtter sig op til samarbejdspligten. Hvis parterne i det indgåede forhold ikke underretter eller oplyser hinanden om projektets proces, kan dette have store konsekvenser for forholdets samarbejde, da der her vil være asymmetrisk information, som medfører skæv videndeling mellem de to, og som kan forringe forretningsgangen. Oplysnings- og underretningspligten kan eksempelvis dække over de respektive risici- og fejllogs, som ofte føres af den part, der har ansvaret for udviklingen. Hvis denne forsætligt holder fornøden information tilbage for medkontrahenten om potentielle eller nuværende opstået risici og/eller fejl ved projektet, kan dette forsinke projektet og i værste tilfælde medføre at samarbejdet ophører. Alle delforpligtelser har stor betydning for samarbejdspligten, da brud på et af de resterende har effekt på samarbejdet.

2.3 Er baggrundsretten innovationshæmmende?

Som anført ovenfor findes der ingen lex specialis ved reguleringen af it-kontrakter, hvorfor der anvendes aftalesupplering ved fortolkning af en it-kontrakt. Dette medfører, at kontrahenterne ved konciperingen af kontrakten skal forsøge at nedskrive alle tænkelige scenarier i kontrakten, således at aftalens ydelse kan udledes af kontraktens indhold. Dette vil dog ikke være muligt, eftersom kontrahenterne er begrænset rationelle, hvorfor det må anses for værende et problem ved kontraktindgåelse.

⁷⁶ Madsen, Christian F. & Kim Østergaard. 2019. *Loyalitetsgrundsætningen i dansk ret - indhold og retsvirkninger ved tilsidesættelse*. Karnov Group Denmark A/S. s. 2.

⁷⁷ Standardkontrakterne (K01-K04).

⁷⁸ Madsen, Christian F. & Kim Østergaard. 2019. *Loyalitetsgrundsætningen i dansk ret - indhold og retsvirkninger ved tilsidesættelse*. Karnov Group Denmark A/S. s. 6.

Professor Avery W. Katz mener, at baggrundsretten har stor betydning for aktørernes, det vil sige, kontrahenternes adfærd. Dette eftersom baggrundsretten påvirker kontrahenternes adfærd før kontraktindgåelsen, og baggrundsretten får dermed betydning for, hvilke investeringer kontrahenterne foretager sig i kontraktforholdet. I dansk ret er, som nævnt foroven, aftaler bindende jf. løfteprincippet, og det fastlægges endvidere, at tilbud og accept er bindende for afgiveren jf. AFTL §1, 1. pkt. Hvormed et tilbud er gældende fra afsendelsestidspunktet, og dermed er den ene kontrahent bundet før den anden.⁷⁹ Den måde hvorpå kontrakter indgås har dermed en indflydelse på, hvorvidt det resultat der kommer ud af kontrakten er efficient⁸⁰ - og i strategiske sammenhæng, hvorvidt der er mulighed for at opnå relationsrente. I forbindelse med kontraktindgåelse vil kontrahenternes transaktionsomkostninger øges, og det kan derfor konstateres, at disse spiller en væsentlig rolle ved kontraktindgåelse.⁸¹ Transaktionsomkostningernes rolle i forbindelse med indgåelse af kontrakter kan derfor medvirke til at færre aftaler indgås.⁸² Kontrahenterne vil således vurdere, om værdien ved at indgå aftalen er større end de transaktionsomkostningerne, der er forbundet med kontraktindgåelse. Er dette ikke tilfældet, vil parterne ikke indgå aftalen.⁸³ Såfremt værdien ved at indgå kontrakten ikke er større end transaktionsomkostninger, må kontrakten siges at være innovationshæmmende, eftersom den hindrer kontraktindgåelse og dermed fremtidige partnerskaber.

I nærværende afhandling tages der udgangspunkt i Coase-teoremet: hvis ejendomsrettighederne er veldefineret,⁸⁴ og transaktionsomkostningerne er lave, så vil partner nå frem til en pareto-optimal aftale⁸⁵. Ex ante transaktionsomkostninger må derfor siges at have en betydelig rolle ved indgåelse af kontrakter. I it-kontrakt sammenhæng er disse transaktionsomkostninger forbundet med forhandling af kontraktens bestemmelser. Det ses ofte, som tidligere nævnt, at it-kontrakter er bundet op omkring standardkontrakter, der blot tilpasses til det pågældende aftaleforhold. Ydermere er det oftest den svage part, det vil sige den part, der ikke er i besiddelse af forhandlingsstyrken, der bliver pålagt at afholde risiciene. Dette indebærer at baggrundsretten, som udgangspunkt, ikke kan siges at generere et efficient resultat⁸⁶, hvor kontrahenterne

⁷⁹ Tvarnø, Christina D. & Kim Østergaard. 2018. *Relationelle aftaler i et markedsperspektiv*. Copenhagen Business School (CBS). s. 6.

⁸⁰ Ibid. s. 9.

⁸¹ Eide, Erling & Endre Stavang. 2017. *Rettsøkonomi*. Cappelen Damm AS. 8. udgave. s. 142.

⁸² Tvarnø, Christina D. & Kim Østergaard. 2018. *Relationelle aftaler i et markedsperspektiv*. Copenhagen Business School (CBS). s. 10. Se ligeledes Coase-teoremet som beskrevet i afsnit 1.6.3.2.

⁸³ Eide, Erling & Endre Stavang. 2017. *Rettsøkonomi*. Cappelen Damm AS. 8. udgave. s. 142.

⁸⁴ Med dette menes, at risici og gevinster skal være allokeret korrekt i henhold til strategisk kontrahering.

⁸⁵ I nærværende afhandling forstås pareto-optimal aftale, som en aftale der genererer relationsrente. Pareto-optimalitet vil ikke blive nævnt yderligere i afhandlingen.

⁸⁶ Katz, Avery. 1996. *The Economics of Promissory Estoppel in Preliminary Negotiations*. Yale Law journal. 105. 1249-1309. s. 1307-1309.

har mulighed for at opnå relationsrente. Eftersom baggrundsretten ikke genererer et efficient resultat, medvirker dette ligeledes til, at der ikke skabes vækst for kontrahenterne, og dermed hæmmer det muligheden for at skabe innovation. Baggrundsretten må således siges ikke at opnå de økonomiske mål, som ønskes at opnås ved indgåelse af kontrakter. Det vil dog blive undersøgt yderligere i det følgende afsnit, hvor det analyseres, hvordan Coase-teoremet kan opnås⁸⁷ ved brug af konventionel kontrahering.

⁸⁷ Coase-teoremet bliver i nærværende afhandling defineret som følgende: hvis transaktionsomkostningerne er lave, risici og gevinster er allokeret korrekt, så vil parterne have mulighed for at opnå relationsrente.

Kapitel 3 - Gevinst og risici ved konventionel kontrahering

3.1 Konventionel kontrahering

Konventionel kontrahering karakteriseres ved en eller flere parter fokus på egenoptimering. Ved brug af konventionel kontrahering ved koncipering af kontrakter, er formålet med kontrakten, at risici og ansvar så vidt bliver pålagt medkontrahent, således at ens egen værdi, ved indgåelse af kontrakten, optimeres.⁸⁸ Ydermere regulerer kontrakter, hvor konventionel kontrahering har været benyttet til konciperingen, hvordan eventuelle tvister skal løses samt hvordan man, ved en eventuel tvist, deler materielle og immaterielle aktiver mellem kontrahenterne.⁸⁹

Ved brug af konventionel kontrahering er der således også tale om brug af den reaktive jura, eftersom det er den bagudrettede tilgang, der benyttes til at løse eventuelle konflikter mellem kontrahenterne.⁹⁰ Ved den reaktive jura løses konflikterne med udgangspunkt i den eller de relevante retskilder, der finder anvendelse på nærværende konflikt, og ligeledes tages der udgangspunkt i eventuelle ansvarsfraskrivelser i parternes kontrakt.⁹¹ Det vil sige, at med den bagudrettede tilgang menes, at man går tilbage i kontrakten for at se, hvad parterne har aftalt på tidspunktet for kontraktindgåelsen, for at kunne løse konflikten. Konventionel- og reaktiv kontraherings primære fokus vedrører dermed risici- og rettighedsallokering mellem kontrahenterne, i tilfælde af at der ikke sker naturalopfyldelse af kontrakten. Parterne søger at minimere deres egne risici, således at disse, som nævnt, overføres til medkontrahenten.⁹² En kontrakt, hvor den konventionelle tilgang er blevet brugt til konciperingen, kan dermed ligestilles med en ægtepagt, eftersom kontraktens primære fokus er at regulere, hvor meget parterne kan tilegne sig ved opsigelse af kontrakten.⁹³

Man kan derfor antage at ved brug af konventionel og reaktiv kontrahering, vil kontrakten afvente eventuelle konflikter og først løse dem, når de er opstået. Denne afventende tilgang vil medføre højere

⁸⁸ Petersen, Bent. & Kim Østergaard. 2018. *Reconciling formal contract and relation governance through Strategic Contracting*. Journal of Business and Industrial Marketing. 33(3), 365-376. s. 267.

⁸⁹ Ibid. s. 265.

⁹⁰ Østergaard, Kim. 2014. *Relevansen af interdisciplinær forskning og empiri i samfundsvidenskaben*. Retfærd, 37(3/149), 3-24. s. 46.

⁹¹ Ibid. s. 46.

⁹² Ibid. s. 46.

⁹³ Petersen, Bent. & Kim Østergaard. 2018. *Reconciling formal contract and relation governance through Strategic Contracting*. Journal of Business and Industrial Marketing. 33(3), 365-376. s. 265.

transaktionsomkostninger, i form af omkostninger forbundet ved brug af et konfliktløsningsorgan, såsom domstolene.

3.2 Deling af gevinstmuligheder ved konventionel kontrahering

Ved brug af konventionel kontrahering søger parterne, som nævnt, at regulere alle forhold gennem kontraktens bestemmelser, hvilket ikke er muligt grundet deres begrænsede rationalitet. Dette resulterer således i, at parterne, som udgangspunkt, ikke har aftalt, hvordan efterfølgende omstændigheder skal reguleres. I tilfælde af, at parterne ikke har indsat en gevinstklausul, der vedrører deling af eventuelle gevinstmuligheder⁹⁴ eller hardshipklausuler, der omhandler genforhandling i tilfælde af, at der opstår byrdefulde omstændigheder for den ene part⁹⁵, har parterne i visse tilfælde mulighed for at påberåbe AFTL §36, der statuerer:

“En aftale kan ændres eller tilsidesættes helt eller delvis, hvis det vil være urimeligt eller i strid med redelig handlemåde at gøre den gældende. Det samme gælder andre retshandler. Stk. 2 Ved afgørelsen efter stk. 1 tages hensyn til forholdene ved aftalens indgåelse, aftalens indhold og senere indtrufne omstændigheder.”

En gevinstmulighed kan, som udgangspunkt, ikke defineres, som en negativ effekt - snarere en positiv, dog kan det ende ud i en konflikt mellem kontrahenterne, såfremt de ikke har taget stilling til delingen af en eventuel gevinstmulighed i deres partnerskab. Dette ses i dommene U 2012.3007 H (“Pandora-dommen”) og U 2003.23 H (“Tintin-dommen”), hvor en af parterne har påberåbt sig AFTL §36, eftersom der opstod en gevinstmulighed for den anden part, som parterne ikke havde indkalkuleret, da de konciperede kontrakten. Pandora dommen omhandler en kontrakt mellem Pandora Production og Lise Aagard Copenhagen (“LAC”), der havde indgået aftale om produktion af glasperler til Pandoras Charmarmbånd. LAC havde erfaring med produktion af førnævnte glasperler og udviklede samt underviste Pandoras ansatte i Thailand, hvordan sådanne skulle produceres. Parterne indgik en aftale, der indebar, at LAC skulle modtage royalty på 12,5% for alle glasperler markedsført under PANDORA-navnet, uagtet at LAC selv havde designet perlerne. Aftalen havde en løbetid på minimum 20 år og et opsigelsesvarsel på 5 år. Pandora mente, at royaltybestemmelsen var urimelig og konkurrenceforvridende. Højesteret kom frem til at bestemmelsen ikke var konkurrenceforvridende og således heller ikke urimelig, hvorfor AFTL §36 ikke fandt anvendelse, eftersom *“Royaltyaftalen er indgået mellem erhvervsdrivende og er et resultat af parternes overvejelser om*

⁹⁴ Sondring mellem en ægte- og uægte gevinst. Der fokuseres, på ægte gevinster i nærværende afhandling, det vil sige, de gevinster, vi ikke kender til, der dog kan opstå ved indtræden af samarbejdet.

⁹⁵ Hardship- og gevinstklausuler vil blive behandlet yderligere i afhandlingens kapitel 6.

forretningsmæssige risici og økonomiske forhold". Hvor Højesteret således har taget højde for forholdene ved aftalens indgåelse, aftalens indhold og ligeledes senere indtrufne omstændigheder, jf. AFTL §36, stk. 2, modsætningsvis.

Tintin-dommen omhandler en tidligere ansat, der var underdirektør hos Forlaget Carlsen A/S, som i den forbindelse havde oversat Tintin-tegneserier fra fransk til engelsk. Disse skulle udkomme i perioden 1960-1976 - og yderligere et album i 1984. Sagsøgeren var blevet honoreret med et bestemt beløb per side. Da Sagsøgerens ansættelsesforhold hos Forlaget Carlsen A/S ophørte, underskrev Sagsøgte et dokument, hvori det fremgik, at han fik udbetalt et éngangsbetalt og overdrog rettighederne til oversættelserne til Sagsøgte. Sagsøgte trykte tegneserierne i flere oplag, også efter Sagsøgerens ansættelsesforhold var ophørt, og Sagsøgeren mente derfor, at han var berettiget til et højere honorar, eftersom der var opstået en gevinstmulighed efter aftalens indgåelse. Højesteret fandt, at Sagsøgeren allerede (senest) i 1975 var bekendt med denne gevinstmulighed - og burde have krævet gevinsten udbetalt på daværende tidspunkt, hvorfor AFTL §36 ikke fandt anvendelse på aftaleforholdet.

AFTL §36 er kendt som generalklausulen i dansk aftaleret og har ligeledes en speciel opbygning, eftersom bestemmelsens kriterier i stk. 2 kan tages i betragtning, men stk. 1 er så upræcis, at den ikke kan stå alene.⁹⁶ Ved benyttelse af AFTL §36 skal man derfor følge et "skema", der er udviklet gennem retspraksis. Det kan nærmere konkretiseres, at AFTL §36 er opbygget i tre lag: aftalen skal være urimelig jf. bestemmelsens stk. 1, der kan tages hensyn til forholdene ved aftalens indgåelse, aftalens indhold og ligeledes senere indtrufne omstændigheder jf. bestemmelsens stk. 2. Det andet lag, AFTL §36, stk. 2 skal således ses som en overordnet vejledning til domstolene, når de skal foretage urimelighedsbedømmelsen og angiver således, hvornår dommeren kan sætte ind.⁹⁷ Det tredje og sidste lag er udviklet af retspraksis, og omtalt nærmere af Lennart Lyng Andersen og stiller spørgsmålet; hvad kan en domstol tage hensyn til ved §36-bedømmelsen?⁹⁸ Meningen med indsættelsen af AFTL §36 var at disciplinere erhvervslivet, eftersom "den lille generalklausul" i AFTL §33 ikke havde haft den ønskede effekt.⁹⁹ Det har dog sidenhen vist sig, at erhvervslivet ikke har opført sig så svingagtigt, som man hidtil havde antaget, hvilket de populære standardkontrakter kan antages at have spillet en rolle i, eftersom de ændrede sig i takt med den digitale udvikling.¹⁰⁰ Dette har medført, at en afgørelse efter AFTL §36 hviler på et frit skøn, hvorfor det kan være

⁹⁶ Andersen, Lennart Lyng, 2018. *Aftalelovens §36*. Ex Tuto. 1. udgave. s. 221.

⁹⁷ Ibid. s. 223.

⁹⁸ Ibid. s. 222.

⁹⁹ Ibid. s. 228.

¹⁰⁰ Ibid. s. 228.

svært at få medhold i en sag, såfremt man i urimelighedsbedømmelsen ikke finder frem til, at der er tale om en grov forretningsmetode. Dette ses også i de to førnævnte domme hhv. Pandora- og Tintin-dommen, hvor den sagsøgende part ikke fik medhold i aftalens urimelighed, efter der var opstået en gevinstmulighed.¹⁰¹ I de to tilfælde var der ikke tale om grov forretningsmetode, men nærmere andre hensyn hvorfor det er blevet konstateret, at der var tale om indkalkuleret risiko, hvilket der må tages højde for ved indgåelse af aftaler mellem erhvervsdrivende - og hvorfor risici i §36-regi kan vurderes, som en del af partners aftale.¹⁰²

I tilfælde af en pludselig opstået gevinstmulighed, der ikke er reguleret gennem kontraktens bestemmelser, kan ende med, at der opstår en konflikt mellem kontrahenterne om delingen af gevinst. Såfremt kontrahenterne ikke kan blive enige om delingen af gevinster, antages det, at konflikten skal løses ved domstolene - som set i Pandora- og Tintin-dommen. Den part, der går glip af gevinstmuligheden, har således kun AFTL §36 at falde tilbage på, såfremt kontrakten ikke tager højde for chancen for der kan opstå gevinster i deres partnerskab. For at en part kan påberåbe AFTL §36 kræver det, at der skal være tale om en grov forretningsmetode, hvorfor det kan antages, at domstolene i de fleste tilfælde, hvor der er opstået en pludselig gevinst, vil mene, at der var tale om en indkalkuleret risiko, som parterne burde være klar over, da de indgik kontrakten. Såfremt kontrahenterne i stedet benytter strategisk kontrahering til konciperingen af deres kontrakt, vil det ikke være relevant at benytte AFTL §36, hvilket vil blive uddybet i de kommende kapitler.

3.3 Nærmest til at bære risikoen

Det er således ikke kun gevinster, der kan opstå som led i et kontraktforhold, risici, i form af efterfølgende omstændigheder, kan ligeledes opstå. Efterfølgende omstændigheder kan medføre, at kontraktforholdet er blevet mere byrdefuldt for den ene kontrahent end antaget ex ante. Retsfiguren *nærmest til at bære risikoen* er i dansk retspraksis blevet påberåbt adskillige gange¹⁰³ og kan benyttes til at regulere, hvilken kontrahent der er nærmest til at bære risikoen for den efterfølgende omstændighed. I sådan et tilfælde havner kontrahenterne i samme situation som set i afsnittet foroven. Dette betyder, at det ikke er muligt at foretage en kontraktfortolkning for at besvare spørgsmålet: Hvem er nærmest til at bære risikoen for den efterfølgende omstændighed?

¹⁰¹ Andersen, Lennart Lyng, 2018. *Aftalelovens §36*. Ex Tuto. 1. udgave. s. 230.

¹⁰² Ibid. s. 251.

¹⁰³ Madsen, Christian Frank og Kim Østergaard. 2017. *Nærmest til at bære risikoen - En overset obligationsretlig grundsætning*. Juristen, nr. 1. s. 2.

Kim Østergaard, Professor ved CBS, har i artiklen, med (nu) advokat Christian Frank Madsen påpeget, at retsfiguren *Nærmest til at bære risikoen* ofte anvendes i forbindelse med, at koncipistreglen benyttes som fortolkningsparadigme.¹⁰⁴ Dette indikerer, at *nærmest til at bære risikoen* og koncipistreglen medfører et såkaldt professionsansvar¹⁰⁵ eller nærmere en professionsrisiko¹⁰⁶, hvoraf den professionelle kontrahent dermed må være bedst egnet til at bære de efterfølgende omstændigheder, risici, end den mindre professionelle kontrahent.¹⁰⁷ I it-kontrakter, hvor disse er indgået som led i et offentligt udbud, kan det dog argumenteres mod, at der medfølger det førnævnte "professionsansvar" i forbindelse med koncipistreglen. Dette underbygges af de offentlige standardkontrakter¹⁰⁸ til brug ved indgåelse af aftaler med it-leverandører, hvor det er det offentlige, der har konciperet kontrakterne, og dermed vil der i disse tilfælde ikke være en sammenhæng mellem nærmest til at bære risikoen og koncipistreglen. Professionsansvaret spiller dog stadig en rolle ved retsreglen, *nærmest til at bære risikoen*, eftersom Leverandøren pålægges ansvaret - da han handler som led i sin profession. Det må dog også antages, at Leverandøren bedre kan kvalificere og kvantificere efterfølgende risici - og dermed også afværge eller minimere disse.¹⁰⁹ Dette underbygges endvidere af Bryde Andersen, der skriver følgende:

*"Ligesom erstatningsretten og kontraktretten gør det, fokuserer risikoovervejelsen dermed på, hvordan samfundet ønsker, at den enkelte bør reducere sandsynligheden for at bestemte - uønskede - hændelse indtræder."*¹¹⁰

I et partnerskab hvor der er tale om en it-kyndig og en ikke it-kyndig part, kan det argumenteres, at det netop er den it-kyndige part, der i it-kontrakter skal bære risikoen, eftersom denne bør have bedre forudsætninger for at kunne reducere mulige risici, især i tilfælde hvor den erlagte ydelse omhandler dennes kerneforretning.¹¹¹ Det kan derfor konkluderes, at i tilfælde hvor risici ikke er allokeret korrekt mellem kontrahenterne, eller reguleret af it-kontrakten, da vil den it-kyndige - som led i dennes profession - have en professionsrisiko ved indgåelse af kontraktforholdet. Dette eftersom den it-kyndige vil blive pålagt at bære

¹⁰⁴ Madsen, Christian Frank og Kim Østergaard. 2017. *Nærmest til at bære risikoen - En overset obligationsretlig grundsætning*. Juristen, nr. 1. s. 2.

¹⁰⁵ Ikke i Produktansvarslovens eller det Retspraksisudvilede produktansvars forstand.

¹⁰⁶ I afhandlingen omtales princippet som professionsansvar.

¹⁰⁷ Madsen, Christian Frank og Kim Østergaard. 2017. *Nærmest til at bære risikoen - En overset obligationsretlig grundsætning*. Juristen, nr. 1. s. 4. Se ligeledes: U 1996.200/2H, U 2001.655 V.

¹⁰⁸ Digitaliseringsstyrelsen. Standardkontrakterne.

¹⁰⁹ Madsen, Christian Frank og Kim Østergaard. 2017. *Nærmest til at bære risikoen - En overset obligationsretlig grundsætning*. Juristen, nr. 1. s. 6.

¹¹⁰ jf. Mads Bryde Andersen, *Ret og metode*, 1. udgave 2002, s. 198 f. Gades forlag.

¹¹¹ Madsen, Christian Frank og Kim Østergaard. 2017. *Nærmest til at bære risikoen - En overset obligationsretlig grundsætning*. Juristen, nr. 1. s. 6.

risikoen i tilfælde af en efterfølgende omstændighed, hvilket ligeledes vil medføre højere transaktionsomkostninger for leverandøren end antaget ex ante. I partnerskaber der består af en lille og en stor virksomhed - hvor begge virksomheder er it-kyndige - kan der argumenteres for, at i sådanne tilfælde vil koncipistreglen finde anvendelse, da det antages, at det oftest er den store virksomhed, der står for koncipering af kontrakten. Dette grundet den it-kyndige vil blive pålagt at bære risikoen i tilfælde af en efterfølgende omstændighed, hvilket ligeledes vil medføre højere transaktionsomkostninger for leverandøren, end antaget ex ante. I partnerskaber, der består af en lille og en stor virksomhed - hvor begge virksomheder er it-kyndige - kan der argumenteres for, at i sådanne tilfælde vil koncipistreglen finde anvendelse, da det antages at det oftest er den store virksomhed, der står for koncipering af kontrakten. Det ses dog også, at større virksomheder benytter deres forhandlingsstyrke og benytter sig af ansvarsfraskrivelsesklausuler, hvilket dermed pålægger den mindre virksomhed at afholde alle risici forbundet med kontrakten.¹¹²

Førnævnte finder ligeledes sted i partnerskaber, især i partnerskaber hvor det kun er den ene part der enten besidder høj grad af viden inden for it-området eller handler som led i sit "erhverv". Ydermere kan koncipistreglen siges at finde anvendelse i partnerskaber, såfremt parterne ikke har udformet kontrakten i fællesskab.

3.4 Hvad er en økonomisk gevinst?

For at kunne undersøge hvorledes risici og gevinster skal allokeres med henblik på at skabe relationsrente, kræver dette en undersøgelse af, hvad der menes med gevinst i økonomisk forstand. Udgangspunktet for at indgå i et kontraktforhold er, at kontrakten skal skabe værdi for kontrahenterne. Med det menes, at kontrahenterne skal generere værdi gennem kontraktforholdet sammenholdt med, hvis de ikke indgå i kontraktforholdet. I tilfælde af en pludselig opstået gevinst vil kontrahenterne således søge at bruge kontraktens bestemmelser til regulering af den opståede gevinst, som set i afsnit 3.2. Bestemmelserne

¹¹² Se ligeledes U 2017.2272 V "Det defekte skibsgear". Der omhandler sagsøgerne Ejendomsselskabet Sandholm (tidligere mekanord) og sagsøgte Havtrygd Gjensidige Forsikring og Libas A/S og Thyborøn Skibs og Motor. Sagen omhandler et erstatningskrav fra den norske side, i forbindelse med det norske skib lå ved kajen i Thyborøn havn, hvor det var blevet påsejlet af det danske skib, da skibets reduktionsgear som følge af en defekt i gearet ikke havde fungeret på tidspunktet, hvor det danske skib skulle manøvre sig ind til kajen - hvorved det norske skib blev ramt. Af gearleverandørens ordrebekræftelse til skibsreparatøren fremgik det, at leveringsbetingelserne var >>Orgalime S 2000<<, der blandt andet indeholdt en ansvarsfraskrivelsesklausul, hvorefter skibsreparatøren efter art. 38 skulle holde gearleverandøren skadesløs i en situation, hvor gearleverandøren blev pålagt produktansvar over for en tredjemand. Det bemærkes, at dommen omhandler produktansvar, men bruges i nærværende sammenhæng for at underbygge, at ansvarsfraskrivelsesklausuler benyttes i erhvervslivet. Se eksempelvis også Søløvens §280, stk. 1.

regulerer som udgangspunkt ikke denne pludselige gevinst, eftersom konciperingen er sket ved brug af konventionel kontrahering. Først skal det dog klarlægges, hvad der menes med økonomisk gevinst. I afsnit 3.2 blev det fastslået, at kontrahenterne har mulighed for at påberåbe sig AFTL §36 i tilfælde af, at det vil være urimeligt eller i strid med redelig handlemåde at gøre parternes kontrakt gældende¹¹³. Det blev dog i samme afsnit konkluderet ved hjælp af Tintin-dommen¹¹⁴ og Pandora-dommen¹¹⁵, at der var tale om indkalkuleret risiko, hvilket der skal tages højde for ved indgåelse af kontrakter mellem to erhvervsdrivende, hvorfor det er svært for erhvervsdrivende at få medhold ved påberåbelse af AFTL §36.

I økonomien anses en konventionel kontrakt for at være en armslængde kontrakt.¹¹⁶ Det vil sige, at parternes forhandlingsposition, realistiske tilgængelige alternativer, omkostninger og fordele ved indgåelse af aftalen m.m. vil have indflydelse på de transaktioner der sker mellem uafhængige parter, dette inkluderer ligeledes priser og vilkår for disse. Markedskræfterne regulerer dermed de priser og vilkår, som kontrahenterne aftaler, når de skal indgå en kontrakt.¹¹⁷ Ved brug af konventionel kontrahering er det således let for kontrahenterne at udskifte hinanden med en ny kontrahent, eftersom der ikke kan genereres nogen relationsrente i kontraktforhold, hvor der er brugt konventionel kontrahering.¹¹⁸

En økonomisk gevinst kan defineres som følgende: en økonomisk gevinst er, når ens indtægter, som følge af kontraktforholdet, er større end ens omkostninger ved indgå i kontraktforholdet. Ved konventionel kontrahering vil der således være tale om gevinst ved egenoptimering og ikke en fælles merværdi, eftersom kontrahenterne handler opportunistisk.¹¹⁹ Med dette menes, at kontrahenterne er interesseret i, at de får en økonomisk gevinst ud af kontraktforholdet, men interesserer sig ikke for om deres medkontrahent får en økonomisk gevinst. Der er to forhold, der kan påvirke en mulig gevinst ved at øge omkostningerne ved kontraktforholdet, henholdsvis endogene og eksogene forhold. Førstnævnte er interne faktorer der kan påvirke leveringstid og/eller resultatet af ydelsen. Som eksempel herpå kan nævnes, at en projektleder hos den it-kyndige part¹²⁰ - der besidder værdifuld viden - stopper hos denne part, og det vil tage den it-kyndige part væsentlig tid at finde en anden medarbejder, der kan erstatte projektlederen. Eksogene faktorer er ydre

¹¹³ jf. AFTL §36, stk. 1.

¹¹⁴ U 2003.23 H.

¹¹⁵ U 2012.3007 H.

¹¹⁶ Dyer, Jeffrey & Harbir Singh. 1998. *The relational view: Cooperative strategy and sources of inter-organizational competitive advantage*. Academy of Management Review, 23(4). s. 661.

¹¹⁷ SKAT. 2020. *Hvorfor bruges armslængdeprincippet?*.

¹¹⁸ jf. Petersen & Østergaards (2018) artikel *Reconciling formal contract and relation governance through Strategic Contracting*.

¹¹⁹ jf. afsnit 1.6.3.1.

¹²⁰ Det bemærkes, at der benyttes samme eksempel, som i forrige afsnit.

forhold, der kan påvirke kontraktforholdet og dermed selve ydelsen. Et eksempel på en eksogen faktor kan være pandemier og epidemi udbrud, der medfører, at en medarbejder hos den it-kyndige part ikke har mulighed for at møde fysisk op på kontoret og ikke har de samme arbejdsremedier hjemme, og dermed forsinkes udviklingsprocessen væsentligt.¹²¹

Såfremt kontrahenterne ikke har aftalt, hvordan en evt. gevinst skal deles vil det, ved konventionel regulering, således være den vindende part, der beholder gevinsten. Den vindende part er således den part, hvor gevinsten er opstået hos. At den vindende part beholder gevinsten skyldes, at parterne handler opportunistisk, hvorfor den vindende part ikke vil dele gevinsten, medmindre eksempelvis en domstol pålægger parten at dele gevinsten.

3.5 Omkostninger ved kontraktindgåelse

Baggrundsretten¹²² og kontrakten påvirker direkte kontrahenternes samarbejde, og i tilfælde af at førnævnte er mangelfuld, vil det medføre, at kontrahenternes samarbejde ligeledes vil være mangelfuldt. Det vil i nærværende afsnit bliver undersøgt hvordan kontrahenternes samarbejde bliver påvirket af en konventionel kontrakt.

Det antages, at parterne i et kontraktsamarbejde vil handle begrænset rationelt¹²³ og dermed søge at maksimere deres egen nytte.¹²⁴ Det kan argumenteres på baggrund af parternes asymmetriske information, at de hver især søger at maksimere deres egen nytte og dermed ikke den samlede nytte. Førnævnte kan resultere i problemer i forbindelse med indgåelse af aftaler, eftersom hver af parterne vil søge at pålægge deres medpart de byrdefulde forhold for derved at maksimere sin egen nytte, og vice versa. Ved at koncipere en kontrakt må parterne forholde sig til hinandens ønskede vilkår samt udbytte af den indgåede kontrakt. Konventionel kontrahering omhandler mest kontrol og derudover også værdideling, hvorfor "den perfekte kontrakt", ved denne metode forstås ved at indeholde alle former for forebyggelse ved potentielle tvister, samt regulering af fremgangsmåde ved opståede tvister. Grundet dette anses

¹²¹ Et eksempel herpå kan være coronakrisen i 2020, der har medført at der i flere lande har været lockdown og i nogle lande tilmeldt udgangsforbud. Dette har medført at medarbejderne ikke har kunne møde fysisk op på kontoret og har skulle arbejde hjemme.

¹²² jf. afsnit 2.3.

¹²³ Jf. afsnit 1.6.3.1.

¹²⁴ Dutta, Prajit K. 1999. *Strategies and Games*. First edition. Cambridge. Massachusetts Institute of technology. s. 12.

kontrakten således, udover at regulere aftaleforholdet mellem kontrahenterne, for at udgøre utrolig mange transaktionsomkostninger, som tilsammen udgør kontrakten.¹²⁵

Det understøttes ligeledes ved Battigalli & Maggi, som postulerer, at kontrakter i sig selv forekommer mangelfulde grundet endogene faktorer, herunder parternes adfærd samt miljøet de befinder sig i.¹²⁶ Et eksempel kan illustreres ved brug af en babysitter. Her forekommer kontrakten sig mangelfuld, da det ikke er muligt at nedskrive alle handlinger, den ansatte skal- eller ikke skal foretage sig, men at det heller ikke er muligt at nedskrive alle fremtidige begivenheder, da forholdet her ændrer sig i takt med, at barnet bliver ældre.¹²⁷ I et sådant tilfælde vil det forekomme meningsløst at benytte al tiden på at udforme den "perfekte kontrakt", da tiden og omkostninger hertil oftest vil overstige de fordele, parten forsøger at medtage.¹²⁸ Essensen her ligger i, at det koster noget at specificere en handling og ligeledes en tilstand. Det vil sige, at hver handling samt hver sætning, der nedskrives i kontrakten, vil medføre en omkostning. Hvis parterne hver især nedskriver alle bekymringer, antagelser samt overvejelser, vil aftalen være belastende for kontrahenterne, og derudover vil den samlede transaktionsomkostning ved at indgå aftalen være større end ønsket. Ved mulige tvister, som kontrahenterne har klarhed om potentielt kan forekomme, men som ligeledes kan kategoriseres som værende næsten usandsynlige, vil udarbejdelsen af disse forebyggende bestemmelser, overstige den reelle fordel, som der er tiltænkt ved selve konciperingen.¹²⁹ Dette har tilsammen en stor betydning for både pris og byrde i kontrakten. Ved at pålægge hinanden byrdefulde forhold, kan det antages, at kontrakten allerede ved indgåelse forventes at fejle. Skulle samarbejdet dog opleve tvister, har kontrahenterne reguleret dette i kontrakterne, og det efterfølgende krav kan tænkes at være mindre end i tilfælde af, at parterne ikke havde reguleret dette. At kontrahenterne dog har reguleret tvisten gennem kontraktens bestemmelse, er dog ikke ensbetydende med, at der ikke er forbundet omkostninger ved tvisten. Kontrahenterne har allerede betalt for tvistens opstandelse ved konciperingen, hvorfor parterne indirekte betaler for tvisten to gange, når de endeligt betaler for tvisten.

Som beskrevet i afsnit 3.2, vil kontrahenterne ved en tvist forsøge at få tvisten løst ved tredjepart, såsom voldgift eller ved de danske domstole. Under hensyntagen til eksistensen af inkomplette kontrakter og de juridiske løsninger på efterfølgende omstændigheder, kan kontrahenterne, med udgangspunkt i

¹²⁵ Battigalli, Pierpaolo & Giovanni Maggi. 2002. *Rigidity, Discretion and the Costs of Writing Contracts*. The American Economic Review. s. 798.

¹²⁶ Ibid. s. 798.

¹²⁷ Ibid. s. 798.

¹²⁸ Ibid. s. 798.

¹²⁹ Ibid. s. 798.

transaktionsomkostningsteorien, rette et nærmere normativt rationale for, hvordan de med deres viden skal løse konflikten mere juridisk og økonomisk rationelt.¹³⁰ I dansk anvendelse benyttes ofte de såkaldte 4 K'er - dog ved strategisk kontrahering udvides denne til 6 K'er.¹³¹ Denne model sonder mellem ex ante- og ex post transaktionsomkostninger og kan opstilles således:

Ex ante	Kontaktomkostninger Kontraktsforhandlingsomkostninger Kontraktskonciperingsomkostning
Ex post	Kontraktsjusteringsmekanismer Kommunikationsomkostninger Kontrolomkostninger

Tabel 1. Kilde: Af egen tilvirkning.

I konventionel kontrahering kan det ses, ud fra ovenstående, at der bruges meget tid på punkterne kontraktforhandling, kontraktkoncipering og kontrol for at sikre sin egen bedst mulige nytte. Dette resulterer dog blot i et byrdefuldt forhold domineret af parten med størst forhandlingsstyrke. I praksis vil det formentlig være, den mest erfarne part som står med forhandlingsstyrken, når det gælder it-kontrakter. Dog skal det bemærkes, at denne også betaler for dette gennem nedskrevet bestemmelser eller tilstande i kontrakten, netop for at undgå konflikter og/eller ansvar. Dette betragtes ikke at være økonomisk rationelt, da det ligeledes tidligere blev konkluderet¹³², at den it-kyndige part er nærmest til at bære risikoen grundet dennes professionsansvar. Der opstår dermed et byrdefuldt forhold mellem kontrahenterne, hvorfor det understreger vigtigheden af, at et veletableret samarbejde (kontaktomkostninger, se afsnit 4.2 for nærmere uddybning) bør fastlægges, før der igangsættes forhandlinger, herunder koncipering.

I nærværende afhandling, vil punkterne i modellen blive diskuteret løbende.

¹³⁰ Tvarnø, Christina D. & Kim Østergaard. 2018. *Relationelle aftaler i et markedsperspektiv*. Copenhagen Business School (CBS). s. 14.

¹³¹ Ibid. s. 14.

¹³² jf. afsnit. 3.2.

3.6 Opsummering

Det kan således, på baggrund af ovenstående afsnit konkluderes, at baggrundsretten ikke medfører et økonomisk efficient resultat, og kontrahenterne vil således have svært ved at opnå relationsrente, hvorfor der skal foretages et paradigmeskifte. Professor Kim Østergaard er ligeledes af den overbevisning, at der skal foretages et paradigmeskifte i dansk ret, hvilket han argumenterer for i sin artikel, *Relationelle aftaler i et markedsperspektiv*, med Professor Christina Tvarnø, hvori han skriver: "[...] er det et udtalt behov for, at der sker en ændring af den måde, hvorpå kontrakter opfattes og anvendes i praksis."

I artiklen argumenteres der ligeledes for, at den økonomiske videnskab skal inddrages således, at denne kan være med til at analysere og vurdere nødvendigheden af, at kontrahenterne fraviger baggrundsretten i det omfang relevant lovgivning ikke hindrer det.¹³³ Det er blandt andet relevant at inddrage transaktionsomkostninger i forbindelse med kontraktforhold, hvor der her menes inddragelse af både ex ante- og ex post transaktionsomkostninger. I den klassiske kontraktret, konventionel kontrahering, er der mange transaktionsomkostninger forbundet med kontraktindgåelse ex ante. Der ses især på omkostninger forbundet med forhandling, hvor der ved den klassiske kontraktret er særlig fokus på allokering af risici og rettigheder mellem kontrahenterne. Kontrahenterne fokuserer her på, hvorledes risici og gevinster skal reguleres i tilfælde af, at der ikke sker korrekt opfyldelse af kontrakten¹³⁴, hvilket, som udgangspunkt, resulterer i, at retsreglen *Nærmest til at bære risikoen*, anvendes og den it-kyndige part pålægges alle risici.¹³⁵ I nærværende afhandling vil det blive undersøgt, hvorvidt den korrekte allokering af gevinst og risici vil medføre, at kontrahenterne opnår relationsrente i innovative partnerskaber. Der tages således ikke udgangspunkt i den klassiske kontraktret, eftersom den konventionelle tilgang anses for at kunne ligestilles med en ægtepagt, hvor det gælder om at være bedst muligt stillet, såfremt kontrakten ikke opfyldes korrekt.¹³⁶ Det vil dog først undersøges, hvad der menes med innovative partnerskaber, samt hvordan der sikres et strategisk fit mellem kontrahenterne, eftersom det er fundamentet for et godt samarbejde.

¹³³ Tvarnø, Christina D. & Kim Østergaard. 2018. *Relationelle aftaler i et markedsperspektiv*. Copenhagen Business School (CBS). s. 11.

¹³⁴ Ibid. s. 12.

¹³⁵ Eller koncipisten, såfremt koncipistreglen benyttes.

¹³⁶ Petersen, Bent. & Kim Østergaard. 2018. *Reconciling formal contract and relation governance through Strategic Contracting*. Journal of Business and Industrial Marketing. 33(3), 365-376. s. 265.

Kapitel 4 - Strategisk fit i innovative partnerskaber

4.1 Introduktion til strategisk kontrahering

Strategisk kontrahering søger en ny tilgang til juridiske problemer i erhvervslivet og samfundet.¹³⁷ Den nye tilgang betyder, at en strategisk kontrakt anses som værende et styringsinstrument¹³⁸ frem for, at lovgivningen bruges som en begrænsning for virksomheder og personer. Formålet med strategisk kontrahering er, at teorien skal benyttes som et strategisk instrument til at skabe succes og fremme bæredygtige partnerskaber.¹³⁹ Strategisk kontrahering fokuserer dermed på værdiskabelse, opnåelse af relationsrente samt forebyggelse af konflikter.¹⁴⁰ Ved at forebygge konflikter ex ante i stedet for løse dem ex post medfører, at kontrahenterne, i nærværende tilfælde virksomheder, som udgangspunkt opnår konkurrencefordele, eftersom der skabes fælles merværdi - og ikke blot deling af værdi.¹⁴¹ Strategisk kontrahering kan dermed siges at være et redskab, der sikrer samarbejdet mellem kontrahenter ved minimering af "advance taking".¹⁴² Perspektivet for strategisk kontrahering, på langt sigt, er dermed at opnå fælles konkurrencemæssige fordele for begge kontrahenter, modsat konventionel kontrahering, hvor fokuset, som sagt tidligere, er egenoptimering.¹⁴³ Østergaard (2016) fremhæver strategisk kontrahering som særdeles egnet i henholdsvis Offentlige Private Partnerskaber, Offentlig Private Innovation og Private Partnerskaber, da disse primært har et juridisk omdrejningspunkt.

4.2 Hvad er innovation og innovative partnerskaber?

Innovation kan defineres på mange måder og der findes lige så mange "innovationstyper". De har dog tilfælles at kendetegne innovation som noget helt eller delvis nyt, som skaber værdi for nogen.¹⁴⁴ Ifølge OECD's Oslo manual defineres innovation som:

¹³⁷ Berger-Walliser, Gelinde & Kim Østergaard. 2012. *Proactive Law in a Business Environment*. Djøf. s. 16.

¹³⁸ Tvarnø, Christina D. & Kim Østergaard. 2018. *Relationelle aftaler i et markeds perspektiv*. Copenhagen Business School (CBS). s. 12

¹³⁹ Berger-Walliser, Gelinde & Kim Østergaard,. 2012. *Proactive Law in a Business Environment*. Djøf. s. 16.

¹⁴⁰ Petersen, Bent. & Kim Østergaard. 2018. *Reconciling formal contract and relation governance through Strategic Contracting*. Journal of Business and Industrial Marketing. 33(3), 365-376. s. 266.

¹⁴¹ Ibid. s. 266.

¹⁴² Ibid. s. 267.

¹⁴³ Ibid. s. 267.

¹⁴⁴ Systime. *Hvad er innovation?* - Teori. Systime.dk

*“... implementeringen af et nyt- eller væsentligt forbedret produkt (vare eller tjenesteydelse), proces, markedsføringsmetode eller en væsentlig organisatorisk ændring”.*¹⁴⁵

Det vil sige, at innovation kan betragtes som et resultat af bevidste aktiviteter og planer rettet mod en forbedring af virksomhedens produkter, processer, markedsføring, salg eller organisering.¹⁴⁶ Da innovation også betragtes som en forbedring af noget allerede-eksisterende, er det naturligt for virksomheder at ønske disse forbedringer, som sker gennem optimering af arbejdsmetoder og forretningsgange ved eksempelvis automatisering og digitalisering. Herudover kan det yderligere medtages, at it typisk bygger på konstante forbedringer af noget allerede-eksisterende.

Ved at kunne gøre op med manuel eller anden traditionel arbejdsmetode, kan virksomheder spare tid og/eller omkostninger ved at få et it-system til at gøre arbejdet for dem, frem for menneskekraft. Det forekommer dog ikke altid, at den enkelte virksomhed selv kan løse sine udfordringer, hvorfor denne ofte må indgå partnerskaber med en anden virksomhed med kendskab inden for det pågældende område. Som i standardkontrakterne¹⁴⁷, kan der udføres skræddersyede it-systemer mellem en virksomhed og den valgte leverandør. I visse tilfælde resulterer de i innovation, da disse it-systemer endvidere medfører værdiskabelse for andre virksomheder end den enkelte. Disse bestemte partnerskaber kaldes også for innovationspartnerskaber. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen kendetegner et innovationspartnerskab således, at en ordregiver har en udfordring, som denne ønsker at løse, men mangler viden og indsigt i hvordan dette kan ske i praksis. Derfor må denne inddrage en part, som besidder denne viden og indsigt. Der er derfor tale om at skabe et system, produkt eller lignende, som ikke på nuværende tidspunkt er tilgængeligt på markedet, og som samtidigt har til formål for at løse eventuelle samfundsmæssige udfordringer.¹⁴⁸

Disse innovationspartnerskaber finder sted mellem en offentlig samt en privat part, som også kaldes *Offentlig-privat innovationspartnerskaber (OPI)*. Meningen bag dette begreb ligger i, at den pågældende offentlige erhvervsdrivende, kan tage form i en kommune eller lignende, får adgang til ny teknologi og viden, mens den private erhvervsdrivende får informationer omkring brugernes behov, som de fremover kan benytte til udvikling af ydelser eller produkter.¹⁴⁹ Partnerskabet her adskiller sig fra andre offentlig-private ved, at disse centrerer om at forbedre kvaliteten af offentlige services og effektivisere offentlige arbejdsprocesser i fællesskab. OPI'er opstilles således ved at udbydes ved en problemstilling, og dermed ikke

¹⁴⁵ Uddannelses- og Forskningsministeriet. 2012. *Definitioner - Innovation*. ufm.dk.

¹⁴⁶ Ibid.

¹⁴⁷ Digitaliseringsstyrelsen. Standardkontrakterne.

¹⁴⁸ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. *Hvad er innovationspartnerskab*.

¹⁴⁹ Udbudsportalen. *Offentlig-privat innovation*. Udbudsportalen.dk.

leverancer ved kendt ydelser.¹⁵⁰ Til trods for målet for OPI'er er, at de skal skabe synergi, gensidige fordele for begge parter samt benytte innovationen som vækstdriver for samarbejde, blev der i 2014 fremlagt en rapport på velfærdsområdet foretaget af Det Nationale Institut for Kommuners og Regioners Analyse og Forskning, også kaldet KORA, som har vist sig ingenlunde at opfylde de målsætninger, OPI tilstræber. Rapporten viste, at flere af partnerskaberne, af de otte involverede, ikke lykkedes at implementere innovation, hvorfor målopnåelse fandtes lav eller manglende.¹⁵¹ Det fandtes yderligere, at de vigtigste elementer for at samarbejdet bestod af tillid, vedvarende kommunikation samt identifikation af et kommercielt potentiale.¹⁵²

4.3 Vanskeligheder ved innovative partnerskaber

Der forekommer naturligvis også visse udfordringer og barrierer, når der er tale om innovation, hvilket i lyset af rapporten, jf. afsnit 4.2, medførte, at ingen af de otte innovationspartnerskaber blev udført med de forventede resultater og effekter, hverken for den ene eller anden part.¹⁵³ Dette tyder på, at denne type samarbejde er kompleks og derfor kræver, at begge parter præ-kontrakt har etableret og fastlagt deres visioner og forventninger for ydelsen og ikke mindst samarbejdet for at sikre, at de har den rette kemi til at skabe innovation sammen. Udfordringerne ved de otte partnerskaber i rapporten lå, for de private erhvervsdrivende, i tekniske krav (grundet åben kravspecifikation), mens de offentlige erhvervsdrivende lå i begrænset organisatorisk opbakning. Dette kan være tegn på, at den private erhvervsdrivende har haft vanskeligheder ved at løse den offentlige erhvervsdrivendes problem i praksis, enten på baggrund af ikke at være kompetente eller ikke at kunne identificere og/eller løse behovene herfor. Omvendt har den offentlige erhvervsdrivende formentlig været mere risikoavers i forbindelse med samarbejde og den store relationsspecifikke investering, hvorfor denne ikke har indgået samarbejde med samme villighed i tilfælde af, at noget skulle gå galt. Det er ikke kun i OPI'er, at der foreligger udfordringer ved dannelsen af innovative partnerskaber. Disse udfordringer forekommer ligeledes i partnerskaber mellem to virksomheder, herunder en lille og stor virksomhed. Disse partnerskaber indgås som regel, fordi den lille virksomhed besidder ny viden i form af eksempelvis ny teknologi, en bedre måde at producere et givent produkt på eller noget helt tredje. Det vil sige, at den lille virksomhed er i besiddelse af et produkt/ydelse, der kan medvirke til, at omkostninger nedbringes hos den store.

¹⁵⁰ Udbudsportalen. *Offentlig-privat innovation*. Udbudsportalen.dk.

¹⁵¹ Brogaard, Lena & Ole Helby Petersen. 2014. *Offentlige-Private Innovationspartnerskaber (OPI) - Evaluering af Erfaringer Med OPI På Velfærdsområdet*. KORA.

¹⁵² Ibid.

¹⁵³ Ibid.

Den franske professor Yves Doz påpegede allerede i 1988, at der forelå udfordringer ved indgåelse af partnerskaber. I artiklen *Technology Partnerships between Larger and Smaller Firms: Some Critical Issues*, påpeger han, at i de mange partnerskaber, han havde undersøgt, gjorde følgende tre elementer det svært for kontrahenterne at opnå succes: 1) convergence of purpose, 2) Consistency of position within the large firm og 3) Interface. Doz pointer med artiklen er, at selvom kontrahenterne har samme mål og teknologiske komplementaritet, er det ikke ensbetydende med, at de har en strategisk kompatibilitet. Denne pointe må siges stadig at være gældende i partnerskaber i dag, hvilket kan udledes af rapporten som omtalt i afsnit 4.2. Det nærliggende spørgsmål er dog, hvorfor disse partnerskaber ikke ender med at blive succesfulde? Kontrahenternes samarbejde kan være plaget af forskellige former for moral hazard¹⁵⁴, hvor kontrahenterne prøver at foretage egenoptimering og ikke skaber den fælles merværdi, der ønskes, da kontrahenterne ikke har tillid til hinanden. Det kan derfor antages, at virksomheder, som har en klar strategi og projektledelsesstruktur, før indgåelse af en kontrakt har bedre forudsætninger for at opnå succes med partnerskabet, da dette sikrer, at begge parter har samme forståelse for projektet.¹⁵⁵ På baggrund af nærværende afsnit, kan det derfor konkluderes, at der allerede fra aftalens indgåelse kan foreligge et strategisk misfit mellem kontrahenterne.

4.4 Sikring af strategisk fit

Når kontrahenterne indgår kontrakter, er disse altid mangelfulde fra begyndelsen grundet begge kontrahenters begrænsede rationalitet, samt deres manglende evne til at forudsige alle fremtidige begivenheder.¹⁵⁶ Dette kan medvirke til, at kontrahenterne allerede inden samarbejdets begyndelse har et strategisk misfit. Ved et strategisk misfit har kontrahenterne fokus på egenoptimering frem for parternes fælles merværdi, ved samarbejdet maksimeres. Et misfit kan endvidere også betyde, at kontrahenterne har dårlig kemi. Et strategisk misfit vil medføre høje transaktionsomkostninger for kontrahenterne, eftersom den dårlige kemi og misfittet kan ende ud i tvister, som derved skal løses ved domstolene.

Et eksempel på strategisk misfit ses i BS 10C-590/2016, Flügger-dommen, der vedrører Datacons leverance af et ERP-system til Flügger Group. Datacon og Flügger indgik aftale om leverance af et ERP-system med Microsoft Dynamics AX som platform, hvor Flügger og Datacons aftale blev udfærdiget på grundlag af

¹⁵⁴ Moral hazard opstår som følgende af skjult information og skjulte handlinger, eftersom der foreligger informationsasymmetri. Løsningen på moral hazard er, at principalen kan begynde at overvåge agenten, således at agenten opfylder kontrakten korrekt. Teorien vil ikke blive benyttet eller nævnt yderligere i afhandlingen.

¹⁵⁵ DiMatteo, Larry A. 2010. *Strategic Contracting: Contract Law as a Source of Competitive Advantage*. American Business Law Journal. Vol. 47(4) pp. 727-794. 727.

¹⁵⁶ Se afsnit 1.6.3.1.

“K02, Standardkontrakt for længerevarende it-projekter”. Flügger mente ikke, at systemet levede op til aftalegrundlaget og mente desuden, at det mangelfulde system havde kostet koncernen mere end 100 millioner kr. i mistet salg og ekstra omkostninger til konsulenter, transport m.v. Datacon mente derimod, at de havde penge tilgode hos Flügger for de foretagne leverancer. Flügger-koncernen har estimeret, at implementeringen af det nye system ville tage omkring 24-36 måneder og ville kræve et betydeligt ressourceforbrug, både af økonomiske midler samt årsværk. Projektet var opdelt i 3 etaper; afklaring, leverance samt afslutning og godkendelse. Flügger ønskede en højere grad af kundedeltagelse, end hvad der var normalt, og der blev således indsat en bestemmelse med følgende ordlyd *“Situationen med Flügger som medleverandør”*. Flügger ønskede endvidere at benytte den klassiske vandfaldsmodel og ikke en iterativ model, som Datacon havde foreslået. Datacon gjorde dog gældende, at eftersom Flügger havde egen it-organisation, blev ERP-systemet udført som et medbygprojekt.

I 2013 blev der, på Flüggers anmodning, oprettet et *“incidentboard”*, eftersom Flügger ønskede et mere smidigt samarbejde. Incidentboardet mødtes to gange om ugen og kategoriserede de forskellige incidents, således det blev bestemt, hvem der blev pålagt løsningen af disse incidents. I forbindelse med de forskellige faser i etape 2, opstod en del problemer med ERP-systemet, og de aftalte afprøvninger af systemet ikke fandt sted, hvilket betød, at Flügger iværksatte *“Big Go Live”*, selvom systemet ikke var fejlfrit. Der var derfor en del problemer, der skulle løses for, at systemet kunne siges at opfylde Flüggers behov. Datacon arbejdede på at løse problemerne, men ifølge Flügger tog de ikke problemerne alvorligt, hvilket Flügger mente kunne skyldes den hyppige udskiftning af nøglemedarbejdere hos Datacon. Flüggers projektleder, Steen Birk Hansen var, i ugerne efter Big Go Live, af den opfattelse, at Datacon ikke var i stand til at løse problemerne, og man overvejede derfor at droppe systemet og gå tilbage til Flüggers gamle ERP-system. Dette medførte, at Flügger måtte hyre eksterne konsulenter, således at Flügger kunne få løst problemerne med systemet, hvilket medførte, at det hele blev meget dyrere end først antaget. Flügger var også af den overbevisning, at Datacon havde en ringe forståelse af de behov Flügger havde for, at systemet kunne fungere ordentligt. Flüggers daværende IT-chef var ligeledes af den overbevisning, at Flüggers opgaver, som led i den højere grad af kundedeltagelse, i projektet viste sig at være mere væsentlige end Flügger havde regnet med. Hos Datacons side var man derimod af den opfattelse, at nogle af implementeringsproblemerne skyldtes kaos hos Flügger og ligeledes, at der ikke var styr på lagerbeholdningen samt Flüggers logistik. Datacon var derudover også af den holdning, at Flügger var selvforskyldt i de mange problemstillinger, eftersom Datacon mente, at Flügger ikke foretog de indtastningerne i systemet, som de skulle og derudover, at datadisciplinen hos Flügger var meget dårlig. Som det kan udledes af ovenstående, kan det konstateres, at der var tale om et strategisk misfit mellem Flügger og Datacon. Dette ses, eftersom parterne ikke har været

enige om, hvordan det fælles mål, ERP-systemet, skulle opnås. Parterne bebrejder ligeledes hinanden de forskellige problemer, der opstod både inden og efter Big Go Live.

Et strategisk fit skaber enighed mellem parterne om, hvordan de skal opnå de fælles mål¹⁵⁷, og for at der foreligger et strategisk fit, skal parterne udarbejde en fælles kontrakt, der inkluderer parternes indsatsforpligtelse i forbindelse med opfyldelse af kontrakten. Det fremgår ydermere i Bent Petersen og Kim Østergaards artikel: *Reconciling formal contract and relation governance, through Strategi Contracting*, at der skal foreligge et strategisk fit mellem kontrahenterne, for at der kan være tale om et godt samarbejdsgrundlag. I artiklen benytter forfatterne sig af de 5 C'er for at demonstrere forskellen på strategisk og konventionel kontrahering. Forfatternes eksempel vedrører dog mellemmand, men eftersom et it-projekt som udgangspunkt er langvarigt, argumenteres der for, at synspunkterne ligeledes finder anvendelse i nærværende tilfælde. De 5 C'er er som følgende (oversat): 1) valg af leverandør, 2) samarbejdsgrundlag, 3) kommerciel risiko allokering, 4) forpligtelse og 5) konfliktløsning. Ved strategisk kontrahering sikrer man således et strategisk fit ved, at man finder den bedste leverandør til at opfylde ydelsen. Man baserer risikoallokeringen på parternes risikotolerance, man skaber værdi ved at foretage relationsspecifikke investeringer, og man forhindrer konflikt ved mediation eller mindelighed.¹⁵⁸ De 5 C'er eksisterer ligeledes inden for konventionel kontrahering, men her vælges i stedet den leverandør, hvor der ingen eller få søgeomkostninger er. Derudover definerer kontrahenterne, hvor meget man skal sælge - i it-retlig forstand kan det være, hvornår leverancerne præcis skal foreligge, og man sikrer, at ens egne risici minimeres ved at allokere risiciene til modparten. Kontrahenterne sikrer ligeledes, at der foreligger de lavest mulige omkostninger i tilfælde af kontraktens opsigelse, og man løser konflikter ved domstolene.¹⁵⁹

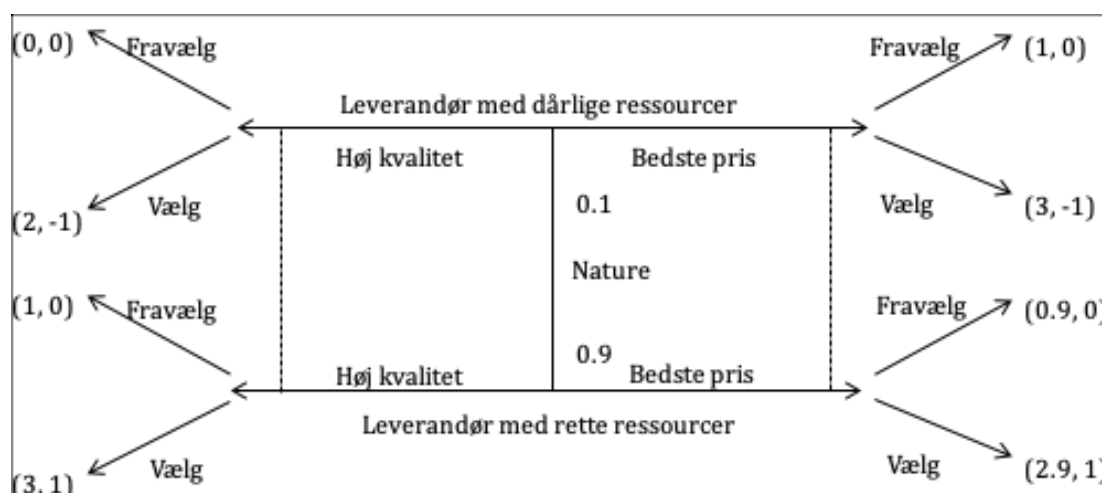
Følgende vil demonstrere, hvordan der kan sikres et strategisk fit, dog tages der udgangspunkt i situationen, hvor kontraktforholdet består af en kunde og en leverandør, for at underbygge postulatet vedrørende misfittet i Flügger-dommen. Længerevarende it-kontrakter består som udgangspunkt af en kunde samt en leverandør, hvor kunden som regel finder sin leverandør via enten et offentlig- eller privat udbud, alt efter om kunden kan karakteriseres som en offentlig myndighed eller privat virksomhed. Såfremt kunden vælger at gøre brug af strategisk kontrahering, stræber Kunden således efter at finde den bedste leverandør jf. ovenstående, modsat konventionel kontrahering, hvor kunden blot ønsker at finde en

¹⁵⁷ Petersen, Bent. & Kim Østergaard. 2018. *Reconciling formal contract and relation governance through Strategic Contracting*. Journal of Business and Industrial Marketing. 33(3), 365-376. s. 269.

¹⁵⁸ Ibid. s. 269.

¹⁵⁹ Ibid. s. 269.

acceptabel leverandør.¹⁶⁰ Udgangspunktet for “mødet” mellem kunden og leverandøren er det førnævnte udbud, og i situationer hvor kunden benytter evalueringsmodellen bedste pris¹⁶¹ - især ved konventionel kontrahering er det ikke ensbetydende med, at kunden får den bedste leverandør, men kan i stedet få en acceptabel leverandør. Dette kan underbygges af, at det ikke nødvendigvis er det bedste produkt, man får til den laveste pris. Det kan således sammenlignes med at spise aftensmad på fastfoodrestauranter i stedet for at spise aftensmad på en gourmetrestaurant.¹⁶² Dette underbygges ligeledes af Flügger-dommen, som tidligere redegjort for, hvor der ikke forelå et strategisk fit mellem Flügger og Datacon. For at der kan sikres et strategisk fit kræves det, at kunden foretager et grundigt leverandørvalg, hvor kunden skal benytte både screening og signaling, eftersom forudsætningen for kontrakten er, at kontrahenterne skal have et langsigtet samarbejde.¹⁶³ Det er dog ikke altid, at kunden kan få verificeret, at der er tale om den bedste leverandør i forhold til ydelsen. Dette kan udledes fra Flügger-dommen, hvor Datacon ikke viste sig at være den bedste leverandør, uagtet at de gav det bedste tilbud. Leverandøren har et overblik over, hvilke ressourcer og kompetencer han har, hvorfor der foreligger asymmetrisk information. Med det menes, at leverandøren besidder viden, som kunden ikke har. Nedenstående spil illustrerer et signaling-game, hvor Kunden er den uvidende spiller (spiller 2):¹⁶⁴



Figur 1. Kilde: Af egen tilvirkning.

¹⁶⁰ Petersen, Bent. & Kim Østergaard. 2018. *Reconciling formal contract and relation governance through Strategic Contracting*. Journal of Business and Industrial Marketing. 33(3), 365-376. s. 268.

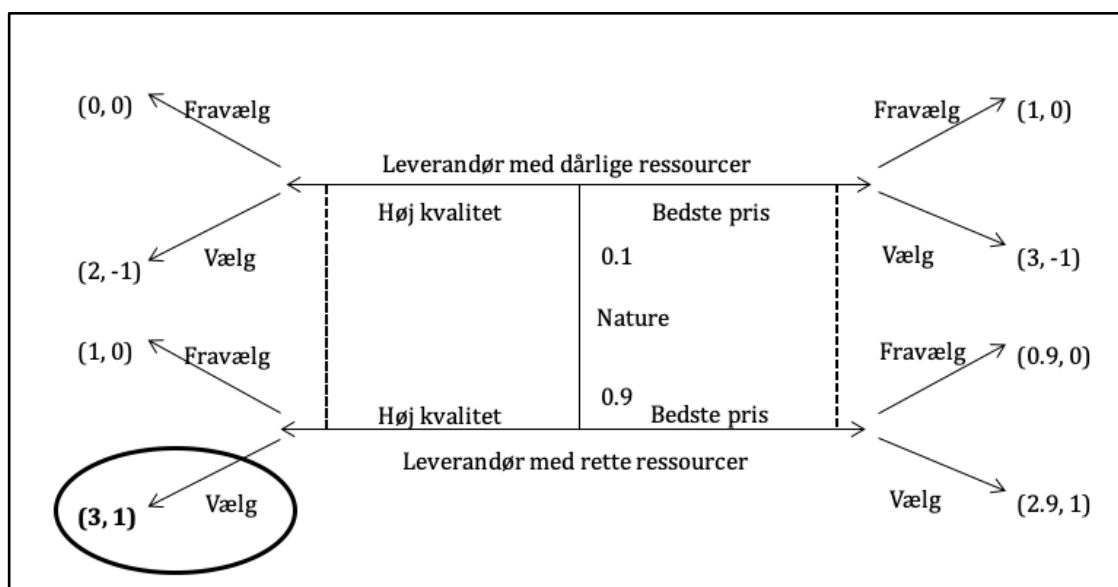
¹⁶¹ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. 2018. *Evalueringsmetoder - Praktisk vejledning til offentlige indkøbere*. s. 9.

¹⁶² Måltider købt på fastfoodrestauranter er ikke nødvendigvis dårlige måltider, selvom de ikke kan anses for værende sunde, men nærmere at man (forhåbentlig) får bedre kvalitet, herunder råvarer, ved at spise på en gourmetrestaurant.

¹⁶³ Petersen, Bent. & Kim Østergaard. 2018. *Reconciling formal contract and relation governance through Strategic Contracting*. Journal of Business and Industrial Marketing. 33(3), 365-376. s. 268.

¹⁶⁴ Baird, David G. m.fl. Picker. 1994. *Game theory and the Law*. Harvard University Press. s. 127.

Ovenstående er et eksempel på et simpelt signaling-spil, der består af to spillere, to typer samt to handlinger. Ved benyttelse af et signaling-spil er fokuset på, hvilke handlinger spiller 1, Leverandøren, foretager sig. Spillet består dermed af Kunden, spiller 2, samt to leverandører, spiller 1, og ligeledes spilleren Natur.¹⁶⁵ Ovenstående spil består af to leverandører: en Leverandør med dårlige ressourcer og en Leverandør med de rette ressourcer. Naturs rolle i spillet er at tegne en type¹⁶⁶, der efterfølgende foretager en handling. Kunden har ikke mulighed for at observere Naturs handlinger, men kan se den handling som en af de to spiller 1 foretager sig.¹⁶⁷ Tallene 0,1 og 0,9 repræsenterer at der er 10% sandsynlighed for, at Kunden ender med Leverandøren med dårlige ressourcer og 90% sandsynlighed for at der er tale om leverandøren med de rette ressourcer.¹⁶⁸ For at kunne vurdere, hvorvidt Leverandøren er den bedste på markedet, kræver det, at denne har et incitament til at signalere, at han netop er den bedste leverandør. Dette kræver ligeledes at den anden leverandør skal afholde omkostninger, såfremt han ligeledes vælger at signalere, at han kan opfylde kravet om den høje kvalitet. Hvis der ikke er omkostninger forbundet med hans signal, vil alle leverandører på markedet blot signalere, at de er de bedste på markedet, og Kunden vil have svært ved at vælge den bedste leverandør.¹⁶⁹



Figur 2. Kilde: Af egen tilvirkning.

¹⁶⁵ Baird, David G. m.fl. Picker. 1994. *Game theory and the Law*. Harvard University Press. s. 127.

¹⁶⁶ Med type menes hvilken en af de to spiller 1.

¹⁶⁷ Baird, David G. m.fl. Picker. 1994. *Game theory and the Law*. Harvard University Press. s. 127.

¹⁶⁸ Dette er tale om simple tal, eftersom der er tale om et inter partes niveau.

¹⁶⁹ Baird, David G. m.fl. Picker. 1994. *Game theory and the Law*. Harvard University Press. s. 127.

Såfremt ingen af leverandørerne vælger at afvige, ender parterne dermed i ligevægten¹⁷⁰ (3,1), hvor Kunden vil ende med den leverandør, der har de rette ressourcer. Det skal dog ligeledes undersøges, hvorvidt Leverandøren med de dårlige ressourcer har et incitament til at afvige, og om der dermed foreligger en anden ligevægt.¹⁷¹ Såfremt leverandøren med de dårlige ressourcer vælger at signalere, at han kan levere høj kvalitet, vil parterne havne i punktet (2,-1) og Leverandøren med de dårlige ressourcer vil således ende med en negativ nytte, eftersom det vil koste ham 2 at efterleve kravet om den høje kvalitet. Såfremt Leverandøren med de dårlige ressourcer afviger og bliver valgt, vil denne ende med en nytte på 0, eftersom det koster ham 2 at signalere, at han kan levere høj kvalitet, $2 - 2 = 0$. Det kan derfor konkluderes, at en Leverandør med de dårlige ressourcer har incitament til at afvige, men han skal afholde en, i teorien, stor omkostning ved at signalere, at han kan levere høj kvalitet. Det kan derfor konkluderes, at der ikke foreligger en separat ligevægt¹⁷², eftersom leverandøren med de dårlige ressourcer har incitament til at afvige, uagtet at denne afvigelse vil kost ham en omkostning på -1, eftersom han stadig vil få opgaven. I nærværende pooling equilibrium vil Kunden vælge alle leverandører der kan levere høj kvalitet, da $E(Vælg): (0,9 * 1) + (0,1 * (-1)) = 0,8 > E(Fravælg): (0,9 * 0) + (0,1 * 0) = 0$.

Ved benyttelse af det intuitive kriterie¹⁷³ kan det udledes, at en leverandør med gode ressourcer aldrig vil afvige og i stedet signalere, at han har dårlige ressourcer.¹⁷⁴ Sagt med andre ord betyder dette, at hvis en type spiller aldrig kan opnå større nytte ved at fravige fra ligevægten, så skal den udvidende spiller (i nærværende tilfælde Kunden) aldrig tro, at denne type spiller vil vælge at afvige. Kunden har derfor følgende forudsætninger: Der er 90% sandsynlighed for at han indgår kontrakt med en leverandør med gode ressourcer. Der er ligeledes 100% sandsynlighed for, at en leverandør har dårlige ressourcer, hvis hans tilbud opfylder bedste pris og ikke høj kvalitet.¹⁷⁵ Det vil dog være byrdefuldt for Leverandøren med dårlige ressourcer, såfremt denne signalerer, at denne kan levere et it-system af høj kvalitet, når denne selv er bekendt med sine kompetencer og ressourcer. Dette vil medføre alt for mange omkostninger for leverandøren, hvorfor det antages, at leverandøren ikke vil vælge at fravige, eftersom dette i sidste ende vil medføre for høje transaktionsomkostninger for leverandøren. Dette indebærer at kunden og leverandøren

¹⁷⁰ Også kaldet et separating equilibrium.

¹⁷¹ Også kaldet et pooling equilibrium.

¹⁷² Separating equilibrium.

¹⁷³ Også kendt som equilibrium dominance.

¹⁷⁴ Baird, David G. m.fl. Picker. 1994. *Game theory and the Law*. Harvard University Press. s. 127.

¹⁷⁵ Der er tale om et meget simpelt spil der ikke nødvendigvis afspejler virkeligheden, eftersom en leverandør sagtens kan have gode ressourcer og stadig have bedste pris i forhold til udbuddet. Spillet er simplificeret for at illustrere hvorledes signalering foretages.

med de rette ressourcer vil ende i den første ligevægtssituation.¹⁷⁶ Kunden vil dermed ende med den bedste leverandør på markedet, eftersom denne har de rette ressourcer og kan levere et produkt/en ydelse af høj kvalitet. Dette må således siges at være medvirkende til at skabe det rette fundament for et godt samarbejde, hvorfor det kan antages, at parterne dermed har skabt et solidt fundament for at sikre et strategisk fit, og de vil derfor være tættere på målet om at opnå relationsrente.

4.5 Relationsrente

Opnåelse af relationsrente må siges at være målet med strategisk kontrahering¹⁷⁷, eftersom kontrahenterne, ved anvendelse af deres komplementære ressourcer, vil kunne skabe den merværdi, de ikke ville have mulighed for at skabe hver for sig.¹⁷⁸ Det er muligt at opnå relationsrente, når innovative partnerskaber kombinerer, deler eller investerer i fælles aktiver, viden samt ressourcer og implementerer en effektiv ledelsesmekanisme, der sikrer, at der foreligger lave transaktionsomkostninger gennem de førnævnte investeringer.¹⁷⁹ For at kontrahenter kan opnå relationsrente kræver det derfor, udover man benytter sig af strategisk kontrahering, at der eksisterer komplementære ressourcer og gennem den fælles anvendelse af disse, har kontrahenterne mulighed for at opnå en overnormal profit¹⁸⁰, det vil sige, relationsrente.¹⁸¹ Dyer og Singh definerer ydermere i artiklen *The relational view: Cooperative strategy and sources of interorganizational competitive advantage*, at fire kumulative betingelser skal foreligge, for at der er mulighed for, at parterne har mulighed for at opnå relationsrente: 1) relation-specific assets, 2) knowledge-sharing routines, 3) complementary resources/capabilities samt 4) effective governance.¹⁸² På baggrund af dette vil det blive undersøgt, i det følgende kapitel, hvordan kontrahenter kan forsøge at opnå relationsrente, ved at opfylde Dyer og Singhs kumulative betingelser.

¹⁷⁶ Det førnævnte separating equilibrium.

¹⁷⁷ Dyer & Singh, 1998 påpeger at det ikke er muligt at generere relationsrente ved brug af armslængde markedrelationer (se afsnit 3.3), eftersom der ikke foreligger idiosynkratisk udveksling i kontraktforholdet og dermed har kontrahenterne ikke i stand til at generere merværdi der ligger over hvad de andre virksomheder kan opnå.

¹⁷⁸ Tvarnø, Christina D. & Kim Østergaard. 2018. *Relationelle aftaler i et markedspektiv*. Copenhagen Business School (CBS). s. 13.

¹⁷⁹ Dyer, Jeffrey & Harbir Singh. 1998. *The relational view: Cooperative strategy and sources of inter-organizational competitive advantage*. Academy of Management Review, 23(4). s. 662.

¹⁸⁰ Se ligeledes Dyer & Singh (1998) der også definerer relationsrente som en overnormal profit der ikke kunne være opnået af parterne hver for sig, men kun kan opnås gennem det fælles idiosynkratiske bidrag.

¹⁸¹ Tvarnø, Christina D. & Kim Østergaard. 2018. *Relationelle aftaler i et markedspektiv*. Copenhagen Business School (CBS). s. 13.

¹⁸² Oversat fra engelsk: 1) relationsspecifikke investeringer, 2) videndeling, 3) komplementære ressourcer samt 4) effektiv governance.

Kapitel 5 - Optimale forudsætninger for at opnå relationsrente

5.1 Strategisk kontrakt

En strategisk kontrakt kan nærmere anses for værende en partnerskabsaftale, hvor kontrahenterne søger at opnå fælles konkurrencefordele,¹⁸³ hvor en konventionel kontrakt i stedet kan sidestilles med en ægtepagt.¹⁸⁴ Denne partnerskabsaftale skal, som tidligere nævnt, ydermere benyttes som et styringsværktøj, hvor kontrahenterne har fokus på skabelse af merværdi gennem kontrakten, hvilket vil medvirke til, at der skabes bedre og innovative produkter.¹⁸⁵ Strategisk kontrahering kan i princippet benyttes inden for alle kontrakttyper,¹⁸⁶ det skal dog bemærkes, at det ikke er relevant i situationer, hvor der er tale om enkeltstående markedstransaktioner.¹⁸⁷ Dette er begrundet i at ved disse typer af salg, forefindes ingen yderligere forpligtelser mellem køber og sælger. Indenfor it er det dog særdeles relevant at kigge på strategisk kontrahering i takt med, at denne industri er hurtigudviklende, og virksomheder derfor er nødsaget til at kunne tilpasse sig nye omstændigheder med agil virkning.

Virksomheder der benytter en strategisk kontrakt vil opnå konkurrencefordele, eftersom de, ved brug af kontrakten, vil være i stand til at allokere ressourcer og kapaciteter, som er ikke-substituerbare samt svære at efterligne for konkurrerende parter.¹⁸⁸ En strategisk kontrakt indeholder, modsat til en konventionel, ikke kun reaktive bestemmelser, men ligeledes proaktive. Nedenstående tabel¹⁸⁹ demonstrerer de vigtigste forskelle mellem reaktiv og proaktive bestemmelser:

¹⁸³ Petersen, Bent. & Kim Østergaard. 2018. *Reconciling formal contract and relation governance through Strategic Contracting*. Journal of Business and Industrial Marketing. 33(3), 365-376 s. 267.

¹⁸⁴ Ibid. s. 265.

¹⁸⁵ Tvarnø, Christina D. & Kim Østergaard. 2018. *Relationelle aftaler i et markedsperspektiv*. Copenhagen Business School (CBS). s. 12.

¹⁸⁶ Ibid. s. 13.

¹⁸⁷ Et eksempel på en enkeltstående markedstransaktion er over-the-counter salg.

¹⁸⁸ Dyer, Jeffrey & Harbir Singh. 1998. *The relational view: Cooperative strategy and sources of inter-organizational competitive advantage*. Academy of Management Review, 23(4). s. 660.

¹⁸⁹ Berger-Walliser, Gelinde & Østergaard, Kim. 2012. Proactive Law in a Business Environment. Djøf. s. 28.

Reaktive bestemmelse	Proaktive bestemmelser
Konflikt- og problemhåndtering	Eliminering af konflikter, fremme et bæredygtigt partnerskab
Undgå retssager	Hjælpe interessenter med at nå deres fælles mål
Risikostyring	Balancering af risiko og gevinst, opnå det ønskede udfald f.eks. succes
Minimering af tab og omkostninger	Skabe værdi for alle involverede parter
Professionel juridisk rådgivning	Advokater støtter klienternes "self-care"

Tabel 2. Kilde: Berger-Walliser & Østergaard

Det er dog ikke ligegyldigt hvilke bestemmelser, der er henholdsvis reaktive og proaktive. Bestemmelser der omhandler videndeling og relationsspecifikke investeringer skal være proaktive for dermed at sikre, at der foreligger et dynamisk langsigtet forhold mellem kontrahenterne.¹⁹⁰ Ved brug af en strategisk kontrakt vil kontrahenterne dermed udnytte aftalefriheden i Danmark, eftersom de ligeledes har mulighed at indsætte bestemmelser såsom hardship- og gevinstklausuler, se nærmere uddybning i kapitel 6. For at en strategisk kontrakt må siges at være en succes, kræver det, at kontrahenterne ikke træder ud af aftaleforholdet, hvilket indikerer, at der skal være en gevinst ved at blive i kontraktrelationen frem for at træde ud af aftaleforholdet, jf. afsnit 3.3. Ved benyttelse af en strategisk kontrakt kræver det ligeledes, at kontrahenterne har tillid til hinanden.

Tillid er et vigtigt fundament i et innovativt partnerskab¹⁹¹, som også blev udledt af KORAs rapport i 2014¹⁹², og såfremt der ikke foreligger tillid, må kontrahenternes chance for at opnå relationsrente siges at

¹⁹⁰ Petersen, B. & K. Østergaard. 2018. *Reconciling formal contract and relation governance through Strategic Contracting*. Journal of Business and Industrial Marketing. 33(3), 365-376 s. 267.

¹⁹¹ Det kan ligeledes udledes af Flügger-dommen, hvor parterne udviklede mistillid til hinanden. Flügger mente ikke, at Datacon havde ressourcerne til at udføre opgaven alligevel og Datacon mente, at Flügger ikke havde de korrekte ressourcer til testning og ibrugtagen af systemet.

¹⁹² Afsnit 4.2.

være relativ lille. Rabin reciprocitetsteori tager udgangspunkt i, at kontrahenterne har en vis retfærdighedsopfattelse og opfatter nogle situationer som retfærdige, og andre som uretfærdige.¹⁹³ Teorien er således baseret på Rabins to grundantagelser: 1) Vi er villige til at ofre egennytte for at gavne dem, der har handlet generøst over for os og 2) Vi er villige til at ofre egennytte for at skade dem, der har handlet egoistisk (opportunistisk) over for os.¹⁹⁴ Dette betyder, at såfremt en kontraktpart handler generøst over for medkontrahenten, selvom førstnævnte kontraktpart ikke var kontraktuelt forpligtet til at foretage denne handling, så vil medkontrahenten, ifølge Rabin, ligeledes være villig til at handle udover hvad denne er kontraktuelt forpligtet til. Ved indgåelse af en strategisk kontrakt bliver kontrahenternes tillid til hinanden påvirket af deres rimelighedsopfattelse, eftersom denne må anses for at underbygge Rabins reciprocitetsteori.¹⁹⁵

At kontrahenterne har et strategisk fit, jf. afsnit 4.4, medfører ikke nødvendigvis, at der foreligger tillid fra forhandlingstidspunktet. Tillid skal som oftest opbygges, hvilket kan ske gennem kontrahenternes forhandlinger samt udarbejdelse af den strategiske kontrakt. At det er sværere at skifte en kontraktpart ud ved en strategisk kontrakt, end en konventionel, kan siges at være med til at sikre, at tilliden opbygges.¹⁹⁶ For at kontrahenterne har de optimale forudsætninger for at opnå relationsrente, kræver det først og fremmest, at der foreligger et strategisk fit jf. afsnit 4.4, samt at der er tillid mellem kontrahenterne. Tillid er, som nævnt, noget der opbygges, og kontrahenterne kan opbygge dette ved at gennem de fire kumulative betingelser, som nævnt i afsnit 4.1. De kumulative betingelser vil blive gennemgået i de følgende afsnit.

5.2 Relationsspecifikke investeringer

Dyer og Singh (1998) fremfører, at såfremt partnerskaber er villige til at foretage relationsspecifikke investeringer og kombinere deres ressourcer, så vil disse partnerskaber muligvis realisere en konkurrencefordel, modsat partnerskaber der ikke er villig til at foretage sådanne investeringer.¹⁹⁷ En relationsspecifik investering karakteriseres som værende en investering i kontraktforholdet. Williamson (1985) identificerer tre typer af aktivspecifikke investeringer¹⁹⁸, kontrahenterne kan foretage: 1) site

¹⁹³ Rabin, Matthew. 1993. *Incorporating fairness into game theory and economics*. The American Economic Review. Vol. 83. No. 5. s. 1280-1284. s. 1281.

¹⁹⁴ Ibid. s. 1282.

¹⁹⁵ Kontrahenterne ser på hvorvidt medkontrahenten optræder urimeligt (opportunistisk) eller rimeligt (uselvsk).

¹⁹⁶ Dyer, Jeffrey & Harbir Singh. 1998. *The relational view: Cooperative strategy and sources of inter-organizational competitive advantage*. Academy of Management Review, 23(4). s. 661.

¹⁹⁷ Ibid. s. 662.

¹⁹⁸ Ibid. s. 662.

specificity, 2) physical asset specificity og 3) human asset specificity.¹⁹⁹ Relationsspecifikke investeringer er værdifulde for et partnerskab eftersom de medvirker til, at kontrahenterne har mulighed for at opnå relationsrente, som ikke ville være muligt at opnå gennem generelle investeringer.²⁰⁰ Dette underbygges ligeledes af Dyer og Singh (1998)s antagelse 1b, hvori de statuerer følgende:

The greater the volume of exchange is between the alliance partners, the greater the potential will be to generate relational rents through relation-specific assets.

Det kan diskuteres, hvorvidt det er relevant at foretage relationsspecifikke investeringer i partnerskaber, hvor ydelsen omhandler it. Perry (1989) & Williamson (1985) hævder, at produktivitetsgevinster i værdikæden er mulige, når virksomheder er villige til at indgå relations-/transaktionsspecifikke investeringer.²⁰¹ Dette betyder derfor, at når kontrahenterne vælger at investere i relationsspecifikke investeringer, foreligger der høje ex ante transaktionsomkostninger. Når der er tale om it, kan det ses, at human asset specificity formodentlig er den vigtigste relationsspecifikke investering, der skal foretages for at sikre virksomheders langsigtede samarbejdsforhold, og denne er med til at skabe tillidsbåndet mellem de kontraherende. Ved human asset specificity refereres der til en vis transaktionsspecifik know-how, som akkumuleres over tid mellem transaktionsparterne.²⁰² Dette kan komme i form af den viden hver kontrahent besidder, i løbet af samarbejdet, vil blive en fælles viden. Ligeledes kan dette benyttes i Kunde/Leverandørforhold, hvor leverandøren dedikeret sætter sig idiosynkratisk ind i kundens virksomhed og dennes systemer, processer og andre arbejdsgange for at sørge for, at kontrahenterne kan kommunikere mere effektivt og dermed mere efficient. Ved at gøre dette, medvirker det til at reducere misforståelser gennem parternes kommunikation, som også forbedrer kontrahenternes kvalitet og tidsforbrug.²⁰³ Det bemærkes, at undgåelsen af misforståelser mellem kontrahenter generelt medfører til forbedret tidsforbrug hos begge parter, som er et vigtigt element, når der er tale om it-udvikling.

Som tidligere set i Flügger-dommen, var hverken Flügger eller Datacon af samme forståelse, hvorfor dette også ledte til et langt, ikke-tilfredsstillende og ikke mindst omkostningstungt samarbejdsforhold. Endvidere, for at kunne arbejde på at opbygge et langsigtet forhold, bør begge parter derfor indvies i præ-

¹⁹⁹ Eksempler på disse: 1) lokationer, 2) specialfremstillet udstyr og 3) personale der opnår vigtig viden/kompetencer, som er vigtig for partnerskabet.

²⁰⁰ Dyer, Jeffrey m. fl. 2018. *The relational view revisited: A dynamic perspective on value creation and value capture*. Wiley. s. 3158.

²⁰¹ Dyer, Jeffrey & Harbir Singh. 1998. *The relational view: Cooperative strategy and sources of inter-organizational competitive advantage*. Academy of Management Review, 23(4). s. 662.

²⁰² Ibid. s. 662.

²⁰³ Ibid. s. 662.

forberedelser før kontraktindgåelse, da som sagt: Et strategisk fit ikke altid er lig med tillid. Såfremt parterne mødes til workshops, før igangsættelse af projektet, kan dette medvirke til, at parterne undgår fremadrettede uoverensstemmelser. Et eksempel på førnævnte kan være i et kunde- og leverandørforhold, hvor kunden, igennem disse workshops, har mulighed for at kommunikere og udtrykke dennes behov overfor leverandøren. Som ofte set ved disse kunde/leverandørforhold har kunden (der oftest er ordregiver) ikke altid viden og indsigt i, hvordan denne skal løse den problemstilling, som de står med, jf. afsnit 4.2. Derfor, ved brug af workshops, kan leverandøren komme med sit bud, ud fra sin specialiseret viden, på en løsning til kundens problemstilling frem for, at kunden kræver, at løsningen skal se ud på en bestemt måde. Dette er formentligt ofte anvendelsesmetoden i dag. Workshops kan ligeledes gøres brug af i partnerskaber, da dette således danner en fælles forståelse af partnerskabets formål mellem begge parter medarbejdere.²⁰⁴ Denne fælles forståelse vil således medvirke til, at medarbejderne har et solidt udgangspunkt at arbejde udfra og kan således påvirke medarbejdernes tillid til hinanden.

Ved at skabe en, hvad Dyer og Singh kalder, "*human cospecialization*", forbedres kontrahenternes arbejdsforhold, hvorved de skaber en intern kommunikation omfattet af specialiseret viden på det pågældende område/projekt og en fælles viden på baggrund af deres erfaring med at arbejde indbyrdes. Human cospecialization kan forstås som, hvem ved hvad, hvem kan hjælpe med at løse pågældende problem, og/eller hvem kan udnytte ny viden.²⁰⁵ Ved at have en høj human cospecialization betyder det, at kontrahenterne har dannet et solidt fundament for deres samarbejde, disse stoler på hinanden, og de forventes at have forudsætningerne til en langsigtet relation. Ydermere byder human specialization også på stærke tilbagemeldinger og kommunikationskanaler mellem virksomhederne på måder, som ikke kun minimerer dyre fejl, men også muliggør hurtig formidling. Et eksempel herpå er tilfælde, hvor markedet har ændret sig på en måde, hvorpå en kundes it-system hurtigt skal tilpasses²⁰⁶, eksempelvis som set ved implementeringen af de nye GDPR-regler²⁰⁷ i 2018. Det kan dermed antages, at kontrahenter inden for it-området skal foretage human asset specificity investeringer. Der er dog ikke kun positive faktorer ved, at kontrahenterne har en høj grad af human asset specificity investeringer, da kontrahenternes samarbejde ligeledes kan blive påvirket negativt af førnævnte. Østergaard (2016) benytter et eksempel på et partnerskab/samarbejde mellem henholdsvis en biotek- og medicinalvirksomhed, der ønsker at udvikle et

²⁰⁴ Det bemærkes, at der kun er tale om de medarbejdere, der er relevante for nærværende partnerskab.

²⁰⁵ Zahra, Shaker A. m.fl. 2016. *Handbook of Research on Corporate Entrepreneurship*. Edward Elgar Publishing. s. 12.

²⁰⁶ Ibid. s. 12.

²⁰⁷ Europa-Parlamentets og Rådets Forordning (EU) 2016/679 af 27. april 2016 om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger og om fri udveksling af sådanne oplysninger og om ophævelse af direktiv 95/46/EF (generel forordning om databeskyttelse) vil ikke blive behandlet yderligere.

lægemiddel mod en bestemt kræftform. I sådan et samarbejde vil medarbejderne i sammenhæng med det relevante laboratorieudstyr være afgørende for, hvorvidt resultatet af samarbejdet ender ud i et efficient resultat, det førmtalte lægemiddel. I artiklen nævner Professor Kim Østergaard tragiske omstændigheder, såsom langvarig sygdom, jobskifte eller tilmed døden, der vil påvirke parternes samarbejde. Østergaards eksempel må siges at kunne tilpasses it-branchen, da forskere og laboratorieudstyr kan sidestilles med dygtige udviklere og dertilhørende computere og lignende, som de skal benytte for at kunne udføre deres rolle. Ved brug af høj grad af human asset specificity investeringer, skal kontrahenterne dermed huske at regulere, hvordan eventuelle nøglemedarbejdere skal erstattes,²⁰⁸ ellers kan det medføre uenighed mellem parterne.

Der kan dog ligeledes argumenteres for, at det i it-partnerskaber kan være relevant at foretage site specificity og physical asset specificity investeringer. Et eksempel på site specificity kunne være et, for kontrahenterne, fælles datacenter,²⁰⁹ hvor det kun er de to kontrahenter, der har mulighed for at lagre data. At bygge et datacenter vil dog medføre betydelige transaktionsomkostninger for begge kontrahenter. Der er ikke kun transaktionsomkostninger forbundet med opsætningen af et datacenter, der vil ligeledes være transaktionsomkostninger i form af sikkerhedsforanstaltninger. Disse vil således blive kategoriseret som meget høje transaktionsomkostninger, eftersom der både skal foreligge fysisk sikkerhed samt sikkerhed i form af backup, beskyttelse mod malware og lignende. Uagtet at der er tale om investering i et fysisk datacenter eller blot interne drev, vil dette medføre store indledende investeringer, som parterne skal foretage. Derudover vil der ligeledes skulle foretages løbende udskiftning af hardware, fornyelse af hardware garantier, sikkerhedsopdatering, og patching af firmware og software og derudover skal der tilsluttes strøm, aircondition og sikring for, at de fysiske sikkerhedsrammer opfylder behovene.²¹⁰ Parterne vil derfor skulle afholde en del transaktionsomkostninger i form af de førnævnte variable omkostninger. Det kan derfor forkastes, at parterne bør foretage site specificity investeringer, eftersom de nærmere vil blive kategoriseret som sunk cost, eftersom hardware kan ende med at blive overflødigt, da mange virksomheder er begyndt at opbevare deres data i "skyen"²¹¹ i form af forskellige cloudløsninger.²¹²

²⁰⁸ Dette vil blive uddybet yderligere i afhandlingens kapitel 7.

²⁰⁹ Her tænkes ikke et datacenter på størrelse med Google eller Facebooks, men nærmere et lille lokalt datacenter (internt drev), der kan dække parternes behov. Kan eksempelvis opstilles på en af parternes lokationer.

²¹⁰ Nielsen, Camilla Lindberg. 2018. *Derfor kan interne servere være en farlig investering*. XPconsult.

²¹¹ En cloudtjeneste, også kaldet skytjeneste, eller "skyen" er et udtryk for computerservere, der står i et datacenter, der er beliggende et sted i verden, hvorfra man til enhver tid kan hente eller se ens data. Det kan sammenlignes med, at man har en USB-harddisk med backup, der befinder sig, for enden af et meget langt kabel.

²¹² Nielsen, Camilla Lindberg. 2018. *Derfor kan interne servere være en farlig investering*. XPconsult.

Et eksempel på en physical asset specificity investering er specialdesignet/skræddersyet udstyr. Dette må siges værende yderst relevant i it-partnerskaber, hvor udviklernes programmel har stor indflydelse på udviklingen af det aftalte it-produkt. Såfremt kontrahenterne vælger at investere i specialdesignet udstyr i form af computere med de rette processorer²¹³, vil dette sikre, at udviklerne har de rette rammer for at udvikle produktet, og dermed vil en sådan relationsspecifik investering medvirke til, at der kan skabes innovation.²¹⁴ Dette kan sammenligne med laboratorieudstyret i Østergaards eksempel, som nævnt ovenfor. Ydermere bør parterne ligeledes investere i de førnævnte cloudløsninger, således at deres data kan gemmes sikkert og forsvarligt, eftersom data anses for værende det vigtigste ved udarbejdelse af nye it-løsninger. Det kan derfor konstateres, at det vil være relevant for kontrahenter inden for it-området at foretage physical asset specificity samt human asset specificity investeringer, eftersom disse må siges at være mest relevante for it-partnerskaber og dermed medvirke til, kontrahenternes mulighed for at opnå relationsrente. Dette underbygges endvidere af, at kontrahenterne igennem disse investeringer ligeledes opbygger tillid til hinanden. Tilliden opstår som led i kontrahenternes investeringer, da de således signalerer, at de er interesseret i at blive i kontraktforholdet ved at foretage sådanne investeringer. Dette må siges, sammenholdt med det strategisk fit som omtalt i afsnit 4.4, at medvirke til, at kontrahenterne har et solidt fundament for at sikre et godt samarbejde, eftersom et ophør af kontrakten vil medføre, at de relationsspecifikke investeringer vil blive kategoriseret som sunk cost og dermed et direkte tab.

5.2.1 Sikring mod kontrahenternes opportunistiske adfærd

Ved at foretage relationsspecifikke investeringer kan der således opstå opportunistisk adfærd hos kontrahenterne. Med andre ord, denne opportunistiske adfærd kan opstå fra et ex ante perspektiv. Såfremt kontrahenterne foretager relationsspecifikke investeringer, er der således mulighed for, at kontrahenternes opportunistiske adfærd vil medføre, at en af kontrahenterne foretager hold-up. Det vil sige, at med ex ante relationsspecifikke investeringer øges chancen for, at der opstår en hold-up trussel²¹⁵ i kontraktforholdet. Dette kan ske ved, at en af kontrahenterne vil søge at udnytte den relationsspecifikke investering til egen fordel.²¹⁶ Kontrahenterne er dermed ikke sikret gevinst blot ved at foretage de ovenstående anbefalede

²¹³ Hanson, Matt. 2019. *Best laptop for programming*. Techradar.pro.

²¹⁴ Dette kræver således, at kontrahenterne investerer i de bedste processorer, hukommelse på mindst 8 GB, nogle af de bedste SSDer (solid-state drive) og nogle af de bedste tastaturer der er på markedet jf. Hanson (2019).

²¹⁵ Hold-up problemet er en central teori inden for implicitte kontrakter og illustrerer hvor svært det er, at skrive en kontrakt. Hold-up problemet er en situation, hvor to parter vil få mest ud af at arbejde sammen, men afviger fra dette, grundet de bekymringer den anden parts forhandlingsstyrke giver dem, og denne vil dermed minimere sin egen profit. Hold-up forekommer som regel, når der bliver foretaget en asset-specific investment. Det vil sige, at investeringen er specifik og kan derfor ikke videresælges til tredjemand.

²¹⁶ Det vil sige, at kontrahenten handler opportunistisk.

relationsspecifikke investeringer, eftersom gevinsten er betinget af kontrahenternes opførsel, hvilket skyldes deres begrænsede rationalitet. Såfremt kontrahenter, i et partnerskab, foretager asymmetriske relationsspecifikke investeringer, vil den kontrahent, der foretager færrest investeringer opnå større forhandlingsstyrke i kontrahenternes løbende forhandlinger. Denne større forhandlingsstyrke opstår, eftersom den kontrahent, der har foretaget flest investeringer, ikke let kan omdisponere disse til anden anvendelse, hvorfor det førnævnte hold-up problem dermed vil opstå.²¹⁷

Som tidligere nævnt, er relationsspecifikke investeringer af proaktiv karakter, da dette sikrer kontrahenternes dynamiske langsigtede forhold.²¹⁸ Dog, da der kan opstå mistillid mellem kontrahenterne ved at foretage disse investeringer, kan det anbefales at indsætte reaktive bestemmelser for at netop at undgå hold-up truslen i kontraktforholdet. De proaktive bestemmelser fokuserer meget på at opnå kontrahenternes økonomiske mål, mens det ses, at de reaktive bestemmelser er med til at pleje kontrahenternes forhold, således det kan fremme et bæredygtigt partnerskab. For at kunne løse de problemer, der kan opstå ved proaktive bestemmelser, må de reaktive tages i brug, hvorfor en strategisk kontrakt må bestå af begge former for bestemmelser, som også tidligere nævnt. Dette vil dog medvirke til højere transaktionsomkostninger, jf. afsnit 3.4, da det vil betyde, at parterne er nødsaget til at foretage flere specifikationer. Det bemærkes, at såfremt en part ikke ønsker at indgå en strategisk kontrakt, men derimod en konventionel kontrakt, er parterne nødsaget til at forsøge at definere, hvorledes alle fremtidige begivenheder skal reguleres.²¹⁹ Dette må dog anses for værende for omfattende (til dels overdreven), som set i lyset af afsnit 3.4, og ligeledes omkostningstungt, således at der ikke eksisterer et økonomisk rationale for at foretage denne beslutning.²²⁰

Løsningen på hold-up problemet ligger i, at parterne skal skabe et længerevarende kontraktforhold,²²¹ hvorved der skabes sikkerhed mod medkontrahentens opportunistiske adfærd. Det vil sige, at jo længere sikkerhedsforanstaltning, også kaldet *safeguards*, (længere kontraktperiode) mod opportunistisk adfærd, desto bedre er potentialet for at generere relationsrente gennem relationsspecifikke

²¹⁷ Dyer, Jeffrey m. fl. 2018. *The relational view revisited: A dynamic perspective on value creation and value capture*. Wiley. s. 3158.

²¹⁸ J.f. afsnit 5.1.

²¹⁹ Dette er dog ikke muligt grundet parternes begrænsede rationalitet.

²²⁰ Petersen, Bent. & Kim Østergaard. 2020. *The application of hardship and gain provisions in strategic contracting*. Journal of Strategic Contracting and Negotiation. s. 4.

²²¹ I nærværende afhandling anses et længerevarende kontraktforhold for værende 5 år. Der er således tale om et kortere kontraktforhold end det Dyer & Singh 1998 definerer i deres eksempel med Toyota og deres underleverandører.

investeringer.²²² Dette understøttes af Asanuma (1989), der var en af de første til at dokumentere, hvordan de relationsspecifikke investeringsevner udviklede sig (hos en japansk bilproducent). Bilproducenten opnåede overskud og konkurrencefordele ved at samarbejde med dennes leverandør.²²³ Endvidere, fandt Dyer (1997), at de japanske leverandører var mere villige til at foretage holdbare og omkostningsfulde relationsspecifikke investeringer, da den japanske bilproducent gav en sikkerhedsforanstaltning på mindst otte år, hvorimod sammenlignet med USA på pågældende tidspunkt, blev der givet 2,3 år, som resulterede i, at de amerikanske leverandører ikke var villige til at foretage relationsspecifikke investeringer.²²⁴ Disse sikkerhedsforanstaltninger kan opdeles i uformelle samt formelle. Ved de uformelle er der således tale om goodwill og tillid, mens de formelle sikkerhedsforanstaltninger kan tage form i kontrakter.²²⁵ Når der er tale om it, er det i særdeleshed de uformelle sikkerhedsforanstaltninger, som har vigtig betydning for partnerskabet, da det menes, at kontrahenterne er bedre stillet ved at danne en uformel sikkerhedsforanstaltning, som vil substituere for de formelle for en række yderst afhængige aktiviteter.²²⁶ Dog, for at kunne opnå en uformel sikkerhedsforanstaltning (tillid), kræves dette tid og social interaktion mellem kontrahenterne, hvorfor nye relationer ofte må starte med at stole på de formelle sikkerhedsforanstaltninger (gennem deres kontrakt). Ved at foretage relationsspecifikke investeringer, kan disse udvikle sig til uformelle, da kontrahenterne får klargjort visse forventninger, udviklingsnormer samt har bevist deres pålidelighed.²²⁷

Dette kræver ligeledes, at kontrahenterne foretager symmetriske relationsspecifikke investeringer og ikke asymmetriske, som beskrevet længere oppe i nærværende afsnit. Ved at foretage symmetriske relationsspecifikke investeringer skabes der gensidig "lock-in" og investeringerne vil anses som troværdige forpligtelser fra begge parter side.²²⁸ Forhandlingsstyrken vil dermed fordeles ligeligt, og kontrahenterne vil dermed have bedre sikkerhedsforanstaltninger sammenholdt med ovenstående sikkerhedsforanstaltninger for at undgå hold-up problemet og dermed kontrahenternes opportunistiske adfærd. Dette underbygges ligeledes af Dyer *et al* (2018)s 11. antagelse:

²²² Dyer, Jeffrey & Harbir Singh. 1998. *The relational view: Cooperative strategy and sources of inter-organizational competitive advantage*. Academy of Management Review, 23(4). s. 664.

²²³ Ibid. s. 663.

²²⁴ Ibid. s. 664.

²²⁵ Dyer, Jeffrey m. fl. 2018. *The relational view revisited: A dynamic perspective on value creation and value capture*. Wiley. s. 315.

²²⁶ Ibid. s. 315.

²²⁷ Ibid. s. 315.

²²⁸ Ibid. s. 3158.

“The greater the difference in initial relation-specific asset investments by partners, the greater the likelihood that the firm making fewer investments will appropriate a higher percentage of the subsequent value generated from the alliance.”

Ved at kontrahenterne foretager disse relationsspecifikke investeringer i form af physical asset specificity samt human asset specificity, er de første grundsten for opnåelse af relationsrente dermed lagt. Dette, sammenholdt med kontrahenternes sikkerhedsforanstaltninger for undgåelse af hold-up problemet. Udvekslingen af strategisk information er dog ligeledes et væsentligt punkt, når kontrahenter udøver strategisk kontrahering.²²⁹ For at kontrahenterne har mulighed for at skabe et innovativt produkt, kræver det, at de udveksler kommunikation, hvilket underbygges af de førnævnte investeringer i human asset specificity. Grundet videndeling, ligesom sikkerhedsforanstaltninger, er med til at hindre opportunistisk adfærd²³⁰, bør kontrahenterne opsætte interne processer for, hvordan deres kommunikation kan sikre, at der foretages videndeling. Som tidligere nævnt, kræver det tid at opbygge denne interne kommunikation, hvorfor processerne kan differentiere fra partnerskaber, jf. afsnit 5.2.

5.3 Videndeling gennem kommunikation

Dyer og Singhs (1998) anden betingelse for at opnå relationsrente og samtidig sikre sig mod kontrahenternes opportunistiske adfærd er, hvad de kalder *“Interfirm Knowledge-Sharing Routines”*. Med dette menes, at kontrahenter, i et partnerskab, skal foretage videndeling for dermed at opnå konkurrencefordele.²³¹ Dyer og Singh argumenterer ligeledes for, at partnerskaber ved brug af videndeling kan føre til innovative løsninger.²³² Når partnerskaber deler viden med hinanden, har de således mulighed for at opnå konkurrencefordele sammenlignet med partnerskaber, der ikke deler viden med hinanden.²³³ Viden kan opdeles i to typer: 1) information samt 2) know-how. Information er kodificerbar viden, der nemt kan deles uden risiko for, at der sker tab af integritet, når de syntaktiske regler, der kræves for at afkode

²²⁹ Petersen, Bent. & Kim Østergaard. 2018. *Reconciling formal contract and relation governance through Strategic Contracting*. Journal of Business and Industrial Marketing. 33(3), 365-376. s. 25.

²³⁰ Ibid. s. 24.

²³¹ Dyer, Jeffrey & Harbir Singh. 1998. *The relational view: Cooperative strategy and sources of inter-organizational competitive advantage*. Academy of Management Review, 23(4). s. 664.

²³² Dyer & Singh henviser til Power *et al*, (1996) der havde undersøgt bioteknologiindustrien, hvor konklusionen var, at det var netværket og ikke den enkelte virksomhed der medvirkede til, at der skete innovation. Dette eksempel kan ligeledes benyttes i nærværende sammenhæng, hvilket vil blive uddybet yderligere i nærværende afsnit samt afhandlingens kapitel 7.

²³³ Dyer, Jeffrey & Harbir Singh. 1998. *The relational view: Cooperative strategy and sources of inter-organizational competitive advantage*. Academy of Management Review, 23(4). s. 665.

denne viden er kendt af den anden part.²³⁴ Eksempler på førnævnte er således fakta, evidente forslag og lignende. Know-how er derimod af en anden kaliber og omhandler tavs viden, som oftest er kompliceret og svær at afkode, medmindre dette forklares. Know-how kan dermed kategoriseres som den type af viden, der er sværest at afkode, hvilket også medfører, at den er sværest at efterligne og ligeledes svær at overføre.²³⁵ Deling af viden - både information og know-how, kræver således at kontrahenterne har tillid til hinanden, som fastslået i forrige afsnit. Når denne tillid er opstået ved foretagelse af de relationsspecifikke investeringer, vil de forskellige individer hos begge parter således lære, hvem der ved hvad og dermed, hvor man kan finde de forskellige eksperter inden for et vilkårligt område.²³⁶ Et eksempel herpå kan være at partnerskabet benytter programmeringssproget Python.²³⁷ En udvikler, der kommer fra den ene part af partnerskabet, skal bruge den bedste python-udvikler i samarbejdet, som er ansat hos medkontrahenten. Ved samarbejdes påbegyndelse vil det formentligt ikke være alment kendt for den ene kontrahent, hvem der er den bedste python-udvikler, men vil være "alment kendt" eftersom tilliden og kommunikation øges mellem kontrahenterne. Dette vil medvirke til, at andre udviklere vil lære af python-eksperter, hvorfor deres viden og kunnen vil øges, hvilket vil gavne partnerskabet i sidste ende, da det kan medvirke til, at udviklerne skaber et innovativt it-produkt.²³⁸ Partnerskaber kan dermed øge den partner-specific absorptive kapacitet ved at designe interfirm-rutiner, der sikrer og gøre det lettere at foretage videndeling, hvilke ligeledes øger de sociotekniske interaktioner. Med det menes, at blandt andet udviklere fra begge virksomheder skal mødes ansigt til ansigt og ikke kun have virtuel eller telefonisk kontakt.²³⁹ Dette kræver således, at de to virksomheder sikrer de bedste forudsætninger for videndeling, hvilket sker gennem kommunikation mellem virksomhederne. Ydermere kan viden siges at vokse af at blive delt, med dette menes, at jo flere der kommer med input til eksempelvis opsætningen af et system, des bedre bliver systemet. Videndeling er ligeså den hurtigste måde hvorpå et partnerskab kan udvikle sig og skabe et resultat.

²³⁴ Dyer, Jeffrey & Harbir Singh. 1998. *The relational view: Cooperative strategy and sources of inter-organizational competitive advantage*. Academy of Management Review, 23(4). s. 665.

²³⁵ Ibid. s. 665.

²³⁶ Ibid. s. 665.

²³⁷ Python er et dynamisk og fortolket platformsuafhængigt programmeringssprog. Python. 2020. *Python for Beginners*. Python.org.

²³⁸ Dyer & Singh (1998) nævner ligeledes et eksempel hvor Toyota deler deres viden med deres leverandører, hvilket øget den partner-specific absorptive kapacitet. General Motors har, i modsætning til Toyota, ingen interesse i at dele viden eller ekspertise med deres leverandører, hvilket medfører, at leverandørerne ikke har interesse i at investere i aktiviteter, hvor videndeling forekommer, da de ikke forventer nogen nytte/merværdi ved at foretage en sådan investering.

²³⁹ Dyer, Jeffrey & Harbir Singh. 1998. *The relational view: Cooperative strategy and sources of inter-organizational competitive advantage*. Academy of Management Review, 23(4). s. 665.

I den danske version af transaktionsomkostningsteorien benyttes der ofte de fire K'er jf. afsnit 3.4, nærmere kontakt-, kontraktforhandlings-, kontraktkoncipierings- og kontrolomkostningerne. Østergaard (2016) introducerer yderligere to K'er hvor det ene omhandler kommunikation og forpligtelsen til dette. Østergaard mener, at kontrahenterne er forpligtet til at kommunikere gennem deres kontraktforhold²⁴⁰, og at de ligeledes er forpligtet til at udveksle strategisk information med henblik på at fremme muligheden for at opnå relationsrente.²⁴¹ Kommunikation mellem kontrahenterne anses, ifølge Østergaard, for værende yderst vigtig og betegner ligeledes kommunikationspligten som en udvidelse af loyalitetspligten. For at kunne opnå relationsrente kræver det således, at kontrahenterne udveksler strategisk information jf. ovenstående, hvorfor der bør foreligge en gensidig kommunikationspligt i et innovativt partnerskab. Spørgsmålet er dog, hvorvidt denne kommunikationspligt ikke kan anses som hørende under en af de obligationsretlige grundsætninger, herunder loyalitetspligten eller oplysningspligten? Loyalitetspligten finder således anvendelse på alle typer af kontrakter²⁴² og medfører dermed en vis pligt til at tage et rimeligt hensyn til hinandens interesser²⁴³ og kan ligeledes regnes for at være den juridiske grænse for opportunistisk adfærd. I forbindelse med loyalitetspligten bør den loyale oplysningspligt, der ligeså er en obligationsretlig grundsætning, og er kodificeret i KBL §76, stk. 1, nr. 3 ligeledes nævnes. Den loyale oplysningspligt er typisk kendt fra klassiske over-the-counter sælger/køber-forhold, men finder også anvendelse ved samarbejder jf. U.2007.3027 H, hvor det fulgte af en samarbejdsaftale mellem Brunata og Danfoss, at parterne skulle optræde loyalt og underrette hinanden om forhold af betydning for dispositioner i henhold til aftalen.²⁴⁴ Det er således relevant at diskutere, hvorvidt kommunikationspligten kan siges at høre under den loyale oplysningspligt. Den loyale oplysningspligt indebærer videregivelse af information og må siges at være væsentlig for et partnerskab, særligt ved it-partnerskab, eftersom kontrahenterne dermed er forpligtet til at oplyse om forhold, der kan have væsentlige betydninger for deres fremtidig samarbejde, jf. afsnit 2.2.2 sammenholdt Brunata-Danfoss-dommen. Oplysningspligten er således til stede allerede i den prækontraktuelle fase og varer til kontraktforholdets ophør.

²⁴⁰ Det er således tale om et kontraktforhold, hvor kontrahenterne har benyttet en strategisk kontrakt.

²⁴¹ Østergaard, Kim. 2016. *Strategisk Kontrahering - Efterfølgende omstændigheder: Om anvendelsen af hardship- og gevinstklausuler som kontraktjusteringsmekanismer*. in Jul Clausen, N., Dahlberg-Larsen, J., Gram Mortensen, B. O. & Godsk Pedersen, H. V. (red), *Ikke kun retsfilosofi: Festskrift til Sten Schaumburg-Müller*. 1. udgave. København: DJØF-forlag s. 435-449. s. 440.

²⁴² For uddybelse se afsnit 2.2.2.

²⁴³ Andersen, Lennart Lynge, & Palle Bo Madsen. 2012. *Aftaler og Mellemænd*. Karnov Group Denmark A/S. 6. udgave. s. 413 med reference i fodnote 170 og 171.

²⁴⁴ U 2007.3027 H, Brunata-Danfoss: Højesteret fastslog, at parterne i samarbejdsaftalen var forpligtede til at optræde loyalt og underrette hinanden om forhold, der var af væsentlig betydning for modparten, navnlig forhold af betydning for dispositioner i henhold til en fremtidig samhandelsaftale. Danfoss havde derfor ikke opfyldt sin loyalitetsforpligtelse, da de havde undladt at underrette Brunata om problemet med udviklingen af energimålerne, hvilket gjorde Danfoss erstatningspligtig overfor Brunata i forhold til forgæves afholdte udgifter til annoncering, sælgere, mv.

Den loyale oplysningspligt omfatter dog, som udgangspunkt, kun en pligt til at give oplysninger om selve produktet/ydelsen²⁴⁵ og ligeledes om forhold af betydning i henhold til partnerskabsaftalen. Der foreligger derfor ikke en pligt til at oplyse om forhold, der ikke har betydning for produktet/ydelsen eller om forhold, der ikke har betydning for kontrahenternes aftale. Det blev konstateret i ovenstående afsnit, at tillid er vigtigt for kontrahenternes samarbejde og dermed muligheden for at opnå relationsrente. Den loyale oplysningspligt kan ikke siges at medvirke til, at kontrahenternes tillid til hinanden vokser, eftersom den kun forpligter parterne til at oplyse om forhold af betydning i henhold til aftalen og ligeså af betydning for produktet/ydelsen. Det må derfor konstateres, at det ikke øger kontrahenternes tillid til hinanden, såfremt de kun kontakter hinanden, hvis der er problemer med udvikling af produktet/ydelsen, selve udviklerne eller programmet som de har investeret i. Dette betyder, at kontrahenterne kan udvikle mistillid og irritation/frustration til hinanden, såfremt de ikke ynder at informere hinanden omkring alle situationer og informationer, der har betydning for deres samarbejde, uagtet om der er tale om informationer af betydning eller ej. Mistilliden kan således i sidste ende påvirke samarbejdet i en sådan grad, at en af kontrahenterne vil søge at bringe kontrakten til ophør, og de relationsspecifikke investering vil således blive kategoriseret for sunk cost, altså et direkte tab. Det kan derfor forkastes, at kommunikationspligten kan siges at høre under den loyale oplysningspligt, og kommunikationspligten må i stedet siges at være en udvidelse af loyalitetspligten, eftersom kommunikationspligten, af navnet, forpligter kontrahenterne til at kommunikere med hinanden. Kommunikationspligten indebærer dermed, at kontrahenterne ikke kun informerer hinanden om forhold af betydning, men holder hinanden opdateret på alt der har at gøre med udviklingen af slutresultatet. Ved at kontrahenterne kommunikerer med hinanden, sikres det dermed, at der ikke opstår mistillid, eftersom begge parter er lige involveret i projektet. Dette kan ligeledes understøttes af tidligere Flügger-dom, at begge parter i højere grad bør involveres under hele processen for sikre de bedste forudsætninger for partnerskabet og ikke mindst realydelsen. At tillid vokser ved udvekslingen af den strategiske information, vil dermed sikre, at kontrahenterne vil have større chancer for at opnå relationsrente og ligeledes skabelsen af innovation.

For at underbygge vigtigheden af kommunikationsspil, vil dette blive illustreret ved hjælp af et simplificeret spil. Nedenstående spil er et eksempel på, hvilken rolle kommunikation har ved indgåelse af en kontrakt. I nærværende situation er der tale om to parter, en kunde og en leverandør. Spillet demonstrerer

²⁴⁵ Andersen, Mads Bryde & Joseph Lookofsky. 2015. *Lærebog i Obligationsret I*. Karnov Group A/S 4. udgave. s. 61 ff.

således, hvordan kommunikation kan øge efficiensen og dermed muligheden for at opnå relationsrente i deres kontraktforhold. Følgende forhold gør sig gældende:²⁴⁶

- 1) Kunden og Leverandøren kommunikerer eller kommunikerer ikke
- 2) Kunden vælger om kontrakten skal være strategisk eller konventionel
- 3) Kunden annoncerer en pris p
- 4) Leverandøren accepterer eller ej
- 5) Hvis Leverandøren ikke accepterer, får begge et payoff på 5
- 6) Hvis Leverandøren accepterer, indtræder et omkostnings-chok²⁴⁷ med sandsynligheden 50%, det vil sige med sandsynligheden 50% er omkostningen for sælger 20, og med sandsynligheden 50% er omkostningen 0
- 7) Hvis den strategiske kontrakt er valgt, kan Kunden tilbyde at betale en del af omkostningsstigningen. Hvis den konventionelle kontrakt er valgt, har Kunden ikke denne mulighed
- 8) Leverandøren vælger mellem tre kvalitetsniveauer, -1, 0 og 1
- 9) Disse giver hhv. 15, 20 og 35 i payoff til Kunden og koster Leverandøren hhv. 1, 0 og 1²⁴⁸
- 10) Payoffs realiseres

Ved at benytte teorien, Kontrakter som referencepunkter²⁴⁹, kan følgende udledes fra ovenstående spil: Såfremt kontrahenterne benytter sig af den strategiske kontrakt, har de mulighed for at justere kontraktens bestemmelser i form af de ændrede omstændigheder, der indtræder i punkt 6. Dette vil således medføre, at det ikke er leverandøren, der skal afholde alle omkostninger, som ville være tilfældet ved brug af en konventionel kontrakt. At vælge den strategiske kontrakt betyder ydermere, at kontrahenterne har, som udledt i afsnit 5.2, muligheden for at fordele risikoen.²⁵⁰ Ud fra teorien om kontrakter som referencepunkter, er der dog ligeledes den mulighed, at der kan opstå en konflikt, eftersom kontrahenterne

²⁴⁶ Brandts, Jordi. m.fl. 2015. *Let's Talk: How Communication Affects Contract Design*. Journal of the European Economic Association. s. 949.

²⁴⁷ Med dette menes at Leverandørens omkostninger øges.

²⁴⁸ Der anvendes lettere forståelige tal, eftersom afhandlingen tager udgangspunkt i et inter partes synspunkt. Det antages ligeledes at Kunden og Leverandøren er begrænset rationelle.

²⁴⁹ Teorien er baseret på følgende præmisser: 1) Parterne udleder hvad der er rimeligt i et kontraktforhold bl.a. ved at fortolke kontrakten, 2) Parterne fortolker kontrakten subjektivt og 3) hvis en part føler sig uretfærdigt behandlet, vil parten "hævne" sig eller handle mindre kooperativt.

²⁵⁰ Brandts, Jordi. m.fl. 2015. *Let's Talk: How Communication Affects Contract Design*. Journal of the European Economic Association. s. 950.

fortolker kontrakten forskelligt. Ved at kontrahenterne benytter sig af det sjette K²⁵¹ samt den strategisk kontrakt, vil de have mulighed for at tage konflikten i opløbet, og dermed vil leverandøren vælge kvalitetsniveau 1 i punkt 8, som dermed vil give kunden det højeste payoff i punkt 9 og Leverandøren vil afholde en omkostning på 1 jf. samme punkt, som denne vil få dækket af prisen for ydelsen.²⁵² Kommunikationspligten danner et vigtigt fundament for kontrahenternes videndeling, hvilket medfører at der kan skabes mulighed for innovation i partnerskabet. Det skal ligeledes være let for kontrahenterne at kommunikere med hinanden for dermed at sikre, at der forekommer videndeling. Dette kan gøres ved, at de forskellige individer i partnerskabet har adgang til platforme, der gør det let at videregive information, såfremt de ikke befinder sig i nærheden af hinanden. På baggrund af dette, kan det derfor konkluderes, at kommunikation - det sjette K, er yderst vigtig, for at der foreligger videndeling i partnerskabet, og ligeledes for deres mulighed for at opnå relationsrente.

5.4 Komplementære ressourcer

Ordet komplementær stammer fra det franske *complémentair*, der betyder udfyldende og fuldstændiggørende.²⁵³ At være komplementær vil derfor sige, at der er to beskrivelse af det samme begreb, der både udelukker og supplerer hinanden, samt at begge beskrivelser er nødvendige og sande.²⁵⁴ De færreste virksomheder kan skabe innovation alene, eftersom det er næsten umuligt at være i besiddelse af alle de korrekte ressourcer, der skal til for at skabe innovation. Såfremt en virksomhed er interesseret i at skabe et innovativt produkt, bør de indgå i et partnerskab med en anden virksomhed, hvor der foreligger komplementære ressourcer. Komplementære ressourcer kan dermed anses for værende den vigtigste grundsten for parternes samarbejde. At kontrahenterne besidder komplementære ressourcer har derfor en stor betydning for, om der foreligger et strategisk fit mellem kontrahenterne, sammenholdt med forholdene beskrevet i afhandlingens afsnit 4.4. Dyer og Singh (1998) beskriver komplementære ressourcer, som ressourcer man ikke kan købe andetsteds, og ligeledes skal disse ressourcer være værdifulde, sjældne og vanskelige at efterligne, end de var, inden de blev kombineret af kontrahenterne.²⁵⁵ At der foreligger komplementære ressourcer mellem kontrahenterne er dermed vigtigt for, at relationsrente kan blive

²⁵¹ Se afsnit 5.4 for uddybelse.

²⁵² Det skal dog nævnes at der også er den mulighed, at kontrahenterne kan forsøge at påvirke hinanden gennem rent-seeking, hvilket indebærer at man vil forsøge at opnå en gevinst på bekostning af den anden kontraktpart i stedet for gennem skabelse af merværdi.

²⁵³ Den Danske Ordbog. 2019. Komplementær. Ordnet.dk.

²⁵⁴ Ibid.

²⁵⁵ Dette betyder således, at de komplementære ressourcer medvirker til, at parternes ressourcer udvikler sig og dermed bliver bedre end konkurrenternes, og førnævnte skal have svært ved (hvis ikke umuligt) at efterligne disse ressourcer.

realiseret, eftersom det kræver, at kontrahenterne har systemer og organisatorisk kultur, modsætningsvis eksemplet tidligere set ved KORAs rapport i 2014, der er så kompatible, at de kan fremme synkron handlinger fra kontrahenterne.²⁵⁶

Dyer og Singh (1998) opstiller, som tidligere nævnt, de fire kumulative betingelser for at relationsrente kan realiseres af kontrahenterne. Det er dog sidenhen blevet videreudviklet, og i Dyer *et al* (2018) anses komplementære ressourcer - sammenholdt med den indbyrdes afhængighed af disse ressourcer - for at adskille sig fra de tre andre betingelser²⁵⁷ for skabelse af værdi og mulighed for at opnå relationsrente.²⁵⁸ I artiklen anføres det, at komplementære ressourcer er en tilstandsvariable, der medfører potentialet for værdiskabelse, hvor de andre tre betingelser anses for værende instrumentelle (og typisk kolliderer) i processen for værdiskabelse og muligheden for relationsrente.²⁵⁹ Dette underbygges ligeledes, såfremt kontrahenterne har den opfattelse af, at den anden part besidder komplementære ressourcer, og dette øger kontrahenternes incitament til at foretage relationsspecifikke investeringer og ligeledes investeringer i videndeling.²⁶⁰ Komplementære ressourcer har således indflydelse på, om der foretages relationsspecifikke investeringer, og om kontrahenterne foretager videndeling samt i hvilken grad der investeres. Dette eftersom komplementære ressourcer kun kan siges at generere værdi uden efterfølgende investeringer i relationsspecifikke investering og videndeling, når der foreligger en lav grad af indbyrdes afhængig af de komplementære ressourcer.²⁶¹ Ressourcer anses for værende komplementære, når marginal afkastet for den ene ressourcer øges i nærværelse af den anden.²⁶²

For at vurdere hvorvidt kontrahenternes ressourcer må siges at være komplementære og dermed skabe værdi i partnerskabet, skal det overvejes, om parternes ressourcer er, hvad Dyer *et al* (2018) omtaler som konkrete ressourcer/aktiver, såsom anlæg, udstyr, placering, eller om der er tale om immaterielle ressourcer såsom viden - kontrahenterne kan dog ligeledes være i besiddelse af både konkrete og

²⁵⁶ Dyer, Jeffrey & Harbir Singh. 1998. *The relational view: Cooperative strategy and sources of inter-organizational competitive advantage*. Academy of Management Review, 23(4). s. 668.

²⁵⁷ Relationsspecifikke investering jf. afsnit 5.2, videndeling jf. afsnit 5.3 og effektiv ledelse der vil blive gennemgået i det kommende afsnit.

²⁵⁸ Dyer, Jeffrey m. fl. 2018. *The relational view revisited: A dynamic perspective on value creation and value capture*. Wiley. s. 3142.

²⁵⁹ Ibid. s. 3142.

²⁶⁰ Ibid. s. 3143.

²⁶¹ Ibid. s. 3145.

²⁶² Ibid. s. 3143.

immaterielle ressourcer.²⁶³ I nærværende afhandling er det, som tidligere beskrevet, it-partnerskaber der undersøges, hvorfor et partnerskab bestående af en virksomhed, der har de korrekte konkrete ressourcer, og en virksomhed der besidder de korrekte immaterielle ressourcer må siges at være efterstræbsomt. Det er dog ikke kun et sådant partnerskab, der nødvendigvis er efterstræbsomt, da et partnerskab bestående af en virksomhed med både konkrete og immaterielle ressourcer samt en virksomhed bestående af immaterielle ressourcer ligeledes kan føre til et strategisk fit. Det vigtigste ved dannelsen af et partnerskab er således, at ressourcerne er komplementære, det vil sige, hvad der er den ene virksomheds forcer skal være den anden virksomheds svaghed, hvilket ligeledes danner grobund for et strategisk fit. Jo større ressourcemæssig-afhængighed der er mellem de komplementære ressourcer, desto større er kontrahenternes potentielle chance for at opnå relationsrente gennem deres efterfølgende investeringer i relationsspecifikke aktiver samt deres videndelingsrutiner, som beskrevet i de forrige afsnit.²⁶⁴

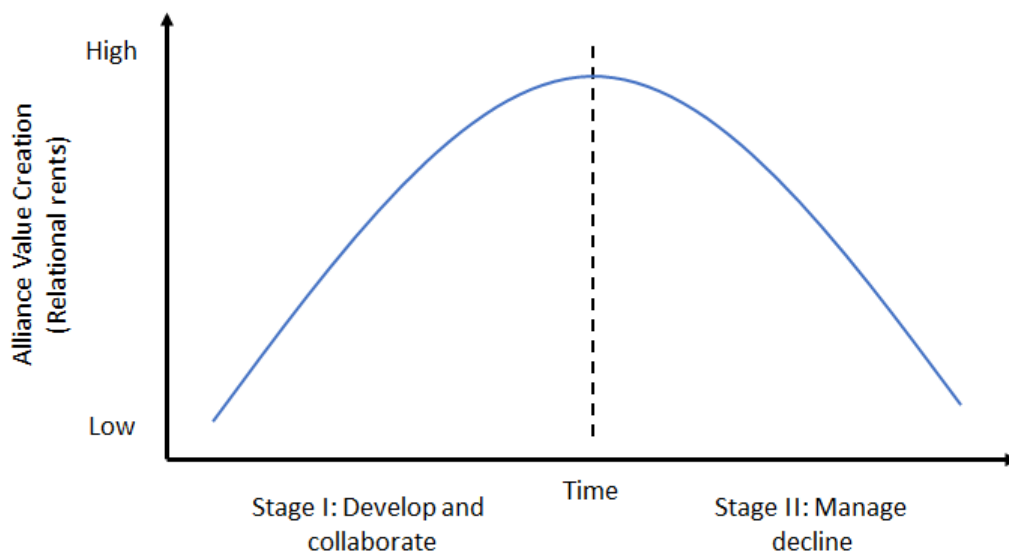
Modsætningen hertil ses i partnerskaber, hvor der ikke eksisterer en, eller i hvert fald en meget lille, ressourcemæssig-afhængighed, og disse partnerskaber er mere nedbrydelige. Det vil sige, at de hurtigere opløses igen,²⁶⁵ end partnerskaber hvor der foreligger høj ressourcemæssig-afhængighed.²⁶⁶ Disse partnerskaber består, ifølge Dyer *et al* (2018), af to stadier henholdsvis stadiet I og II. I første stadiet udvikles partnerskabet og samarbejde opstår, og i andet stadiet forekommer der tilbagegang i samarbejdet og dermed partnerskabet. Der er således tale om, hvad forfatterne kalder, et (omvendt) U-formet mønster. Dette illustreres således i nedenstående figur:

²⁶³ Dyer, Jeffrey m. fl. 2018. *The relational view revisited: A dynamic perspective on value creation and value capture*. Wiley. s. 3143.

²⁶⁴ Ibid. s. 3146.

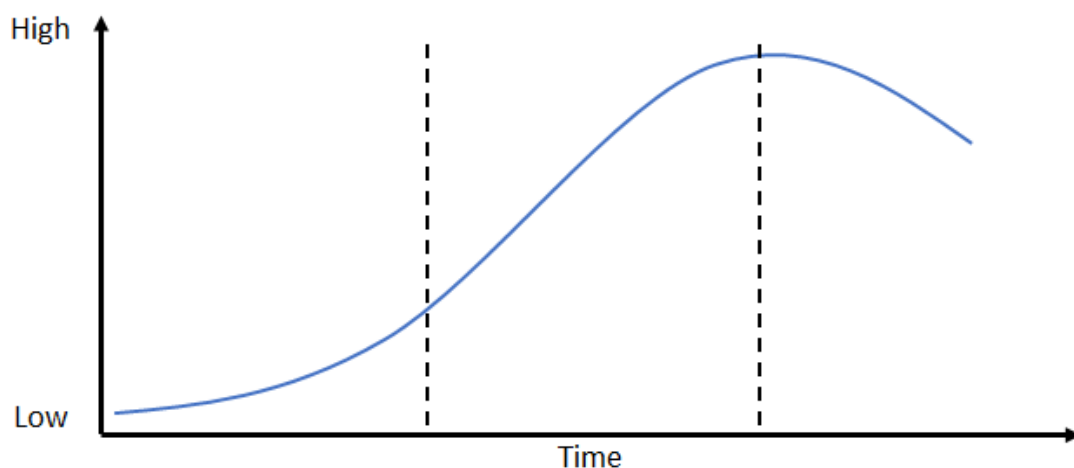
²⁶⁵ Ibid. s. 3148.

²⁶⁶ Der er dog mulighed for at generere relationsrente i partnerskaber, hvor der foreligger en lav eller næsten ingen ressourcemæssig-afhængighed. Det ses ofte i sådanne partnerskaber at relationsrente faktisk genereres relativt hurtigt, men der er ligeledes en tendens til, at den spredes lige så hurtigt. Se ligeledes Dyer *et al* (2018) eksempel med McDonalds og Disney, der går sammen om at tilføje karaktererne fra Disneys film til McDonalds' "Happy Meals" der er beregnet til børn - de samme som (som udgangspunkt) er Disneys målgruppe.



Figur 3. Kilde: Dyer *et al*

Ved at danne et partnerskab hvor der foreligger en høj grad af ressourcemæssig-afhængighed for begge parter, vil partnerskabet i stedet følge, hvad der kan karakteriseres som et S-formet mønster, se nedenstående figur.²⁶⁷



Figur 4. Kilde: Dyer *et al*

Som figuren illustrerer, vil det i partnerskaber, der har en høj grad af ressourcemæssig-afhængighed, tage længere tid, før der er mulighed for at skabe værdi i partnerskabet og ligeledes muligheden for at opnå relationsrente. Dog vil sådanne partnerskaber ligeledes være mindre nedbrydelige - i modsætning til de partnerskaber der følger den U-formet figur. Partnerskaber der besidder en høj grad af ressourcemæssige-

²⁶⁷ Dyer, Jeffrey m. fl. 2018. *The relational view revisited: A dynamic perspective on value creation and value capture*. Wiley. s. 3147.

afhængighed er sværere at bringe til ophør, eftersom den ressourcemæssige-afhængighed afhænger af de relationsspecifikke investering, co-specialisering af aktiver, og at kontrahenterne har udviklet fælles videndelingsrutiner.²⁶⁸ Det er dog ikke kun i den prækontraktuelle eller begyndelsen af samarbejdet, at kontrahenternes komplementære ressourcer er vigtige, jo flere komplementære ressourcer kontrahenterne opdager i løbet af partnerskabet, jo mere og bedre de udnyttes, des højere er den værdi, der skabes, og des længere vil partnerskabet skabe værdi.²⁶⁹ Dette indikerer, at kontrahenterne skal søge at forny de komplementære ressourcer, mens partnerskabet eksisterer, det vil sige, at de skal sørge for, at eksempelvis udviklerne stadig er blandt de bedste på markedet og - i tilfælde af, at en af kontrahenterne var i besiddelse af konkrete ressourcer - at udviklerne stadig har noget af det bedste program til rådighed, således af de komplementære ressourcer ikke forældes.²⁷⁰

Det bemærkes dog ved partnerskabers indgåelse, at disse typisk, antageligt, foregår ud fra det konventionelle princip self-selection, hvorved det forstås, at en part specifikt vælger en medkontrahent, som denne ønsker at indgå partnerskab med. Det skal dog ikke siges, at denne metode hindrer ukvalificeret kandidater. Det er, som tidligere beskrevet, på baggrund af, at initiativparten ikke har foretaget sig det fornødne forarbejde, der ellers sikrer ikke blot, at modkontrahent har de rette komplementære ressourcer, men derimod også deres fremtidige samarbejde, jf. afsnit 4.4. At have komplementære ressourcer er ikke altid lig med godt samarbejde, hvilket kan understøttes ved, at en it-virksomhed muligvis ønsker at indgå partnerskab med en stor og succesfuld virksomhed såsom Apple, grundet dennes mange og værdifulde ressourcer. Det er dog ikke nødvendigvis ensbetydende, at blot fordi Apples mange ressourcer er gode for den pågældende virksomhed, at det også er det bedste for deres fremtidige samarbejde. Det kan tænkes, at Apple med stor sandsynlighed vil agere dominerende, netop grundet deres ressourcer og dermed større forhandlingsstyrke, som også diskuteres i afsnit 3.3, hvorfor Apple formentlig også vil undgå at blive pålagt ansvar og risici. Det forekommer derfor mest sandsynligt, at initiativparten finder en virksomhed, som ikke kun har de komplementære ressourcer, men også virksomhedsstruktur i form af systemer og organisatorisk kultur, hvilket også medvirker til mere kompatibilitet, jf. afsnit 5.3. På baggrund af ovenstående, er det

²⁶⁸ Dyer, Jeffrey m. fl. 2018. *The relational view revisited: A dynamic perspective on value creation and value capture*. Wiley. s. 3147.

²⁶⁹ Ibid. s. 3150.

²⁷⁰ Ibid. s. 3154. Et eksempel på et partnerskab hvor de komplementære ressourcer blev forældet er partnerskabet mellem Nokia og Symbain, hvor de forældede ressourcer medførte at de ikke kunne følge med den teknologiske udvikling da Apple lancerede den første iPhone.

således relevant at se på virksomhedernes effektive governance, da denne giver indblik i, kontrahenternes villighed til at indgå i partnerskab med henblik på værdiskabelse.²⁷¹

5.5 Effektiv governance

For at et partnerskab kan opstå, kræver det således, at ledelsen i begge virksomheder er interesseret i at indgå i et partnerskab. Governance er en vigtig komponent i forhold til at opnå relationsrente, da denne påvirker transaktionsomkostninger, herunder kontrahenternes måde og vilje til at investere på. Konsekvensen af førnævnte ses ved, kontrahenternes villighed til at alliere sig, ved at foretage relationsspecifikke investeringer, som set i afsnit 5.2. Incitamentet til at foretage relationsspecifikke investeringer afhænger af, at jo mere specialiseret investeringen er, desto lavere er værdien af den relationsspecifikke investering, såfremt den skal bruges i anden sammenhæng.²⁷² Dette betyder, at såfremt der foretages de førnævnte²⁷³ physical asset specificity investeringer, desto lavere vil deres værdi være, såfremt partnerskabet ophørte, og man søgte en ny partner. Disse relationsspecifikke investeringer medvirker dog til, at der også opstår en større risiko for opportuniste, som tidligere set i afsnit 5.2. Grundet dette, er det derfor vigtigt, at kontrahenterne vælger en governance struktur, som minimerer transaktionsomkostninger for dermed at forbedre efficiensen.²⁷⁴

De relationsspecifikke investeringer samt deling af viden afhænger således af kontrahenternes governance²⁷⁵, eftersom det påhviler de forskellige ledelser at vælge, hvilke relationsspecifikke investeringer de vil foretage samt hvordan og hvor meget viden, de ønsker at dele. Når der er tale om et længerevarende partnerskab, påpeger Professor Hanne Westh Nicolajsen, IT-Universitet i København, at kontrahenterne i et partnerskab skal sikre, at der foreligger fælles strategier og fælles mål for, at de har mulighed for at opnå et innovativt produkt.²⁷⁶ For at it-partnerskabet dermed kan søge at skabe innovationer, kræver det dermed, at de to virksomheders ledelse skaber et fælles mål, således at der ikke forekommer tvister i form af, at kontrahenterne arbejder mod hver sit mål. Hanne Westh understreger ligeledes, at virksomheders governance oftest er det, der hindrer et partnerskab i at ende succesfuldt.²⁷⁷ Hun konkluderer, at

²⁷¹ Dyer, Jeffrey & Harbir Singh. 1998. *The relational view: Cooperative strategy and sources of inter-organizational competitive advantage*. Academy of Management Review, 23(4). s. 669.

²⁷² Ibid. s. 669.

²⁷³ Se afsnit 5.2.

²⁷⁴ Dyer, Jeffrey & Harbir Singh. 1998. *The relational view: Cooperative strategy and sources of inter-organizational competitive advantage*. Academy of Management Review, 23(4). s. 669.

²⁷⁵ Ibid. s. 662.

²⁷⁶ Nicolajsen, Hanne Westh. 2017. *Hvordan skaber man it-innovation, når vejen er ukendt*. ITU.

²⁷⁷ Ibid.

organisationer oftest lægger sig fast på én business case, der ikke må ændre sig i løbet af processen, hvilket betyder, at den fælles ledelse ikke er villig til at ændre i deres case. Eksempelvis kan det, i løbet af udviklingen, vise sig, at der ikke nødvendigvis kommer et innovativt produkt ud af partnerskabet, eftersom en anden virksomhed har overhalet dem indenom. Dette kan tænkes at være en mulig situation, såfremt parterne ikke er villige til at omskole sig, og i stedet skabe et andet produkt, vil der således være tale om et partnerskab, der ender med en negativ nytte.

De to mest kendte typer for organisationsstruktur er henholdsvis hierarkisk- eller flad struktur.²⁷⁸ Den hierarkiske organisationsstruktur er også kendt som værende en mekanisk struktur, hvor der er en fast arbejdsfordeling, og beslutninger træffes oppefra og ned.²⁷⁹ Den flade organisationsstruktur betegnes også som den organiske struktur, hvor der nærmere er en flydende arbejdsdeling og mere en uformel koordination mellem de ansatte i virksomheden. I de organiske strukturer får medarbejderne ligeledes mulighed for at tænke kreativt, og de har hver især ansvar for det projekt, de arbejder med.²⁸⁰ Der er således stor forskel på, hvordan beslutninger træffes, alt efter hvilken organisationsstruktur parterne har. Parterne skal dermed sikre, at deres organisationsstruktur ligeledes er komplementære - hvilket også blev statueret i forrige afsnit. Det skal således undersøges, hvilken organisationsstruktur der må siges at være den, der skaber de bedste rammer for, at der kan skabes innovation i partnerskabet. Udgangspunktet er således, at kontrahenterne foretager relationsspecifikke investeringer,²⁸¹ og derudover er det ligeledes blevet anbefalet, at kontrahenterne foretager videndeling samt sikrer, at der foreligger komplementære ressourcer. Dette medfører, som tidligere nævnt, at kontrahenternes ressourceafhængighed stiger, hvorfor omkostningerne ved disse ligeledes stiger. Dette må dermed siges at være gældende i nærværende tilfælde, hvor Dyer *et al* (2018) anfører, at i sådanne tilfælde er den optimale ledelsesstruktur en hierarkisk.²⁸² Der kan dog argumenteres imod, hvorfor it-partnerskaber ikke skal have en hierarkisk organisationsstruktur. It-partnerskaber må anses for værende kreative partnerskaber, eftersom udviklere og designere søger at skabe noget nyt inden for it-branchen. Ved en flad struktur foreligger der ligeledes ikke samme overvågning som ved en hierarkisk, eftersom den ansatte er ansvarlig for sit eget projekt, og den ansatte skal dermed ikke referere til den nærmeste leder hele tiden. Ved at benytte en flad og dermed organisk organisationsstruktur har udviklerne friere rammer til at kode, hvilket kan medføre et større incitament til, at udviklerne skaber

²⁷⁸ Den Store Danske. 2016. *Organisationsstruktur*. Gyldendal.

²⁷⁹ Ibid.

²⁸⁰ Ibid.

²⁸¹ Se afsnit 5.2 for hvilke relationsspecifikke investeringer parterne skal foretage.

²⁸² Dyer, Jeffrey m. fl. 2018. *The relational view revisited: A dynamic perspective on value creation and value capture*. Wiley. s. 3146.

værdiskabende initiativer og dermed innovation. Det kan dermed konstateres, at it-partnerskaber bør sikre, at partnerskabet, overordnet set, har en flad organisationsstruktur, eftersom dette vil øge parternes chance for at skabe innovation og ligeledes øge deres chance for at opnå relationsrente.

Organisationsstrukturen har endvidere en indflydelse på, hvordan konflikter løses i samarbejdet. Partnerskabets governancestruktur er dermed yderst vigtigt for at sikre, at partnerskabet ikke opløses, og at deres relationsspecifikke investeringer dermed ikke ender som et tab for kontrahenterne. Governance kan opdeles i to typer, når der har at gøre med et partnerskab. Første type af governance er kendetegnet som *third-party enforcement*, hvor det påhviler en tredjemand, som oftest domstolene, at vurdere kontrahenternes situation ved en opstået tvist. Det betyder således, at såfremt kontrahenterne vælger at benytte sig af denne type governance, vil det dermed være et tredje led, der skal vurdere kontraktforholdets fremtidige skæbne, såfremt der er opstået en tvist. Den anden type, *self-enforcement*, kræver ikke, at der skal inddrages en tredjemand, og dennes udsagn skal derfor ikke afgøre, om der er tale om et brud eller ej, og dermed om kontraktforholdet eventuelt vil blive bragt til ophør.²⁸³ Den første type, *third-party enforcement*, er som oftest brugt i kontraktforhold, hvor det ses, at kontrahenterne ikke kan enes om, hvordan deres konflikt skal løses, og dermed gør brug af et tredje led, som udleder resultatet for dem. Inden for strategisk kontrahering er det nærmere den anden type, *self-enforcement*, der benyttes. Denne type tillader kontrahenterne at komme til enighed ved, at kontrahenterne internt skal vurdere deres konflikt. Dette betyder således, at kontrahenterne anses for selv at kunne løse deres konflikter, hvorfor et tredje led ikke vil blive inddraget. Self-enforcement metoden indeholder endvidere de tidligere nævnte sikkerhedsforanstaltninger, som også her kan inddeles i formelle og uformelle, jf. afsnit 5.2.1. De formelle sikkerhedsforanstaltninger er således de finansielle forhold i samarbejdet samt de relationsspecifikke investeringer, jf. afsnit 5.2, der foretages.²⁸⁴

De førnævnte sikkerhedsforanstaltninger betegnes ydermere, i Dyer og Singh (1998) som økonomiske "gidsler" eftersom intentionen med disse sikkerhedsforanstaltninger er at kontrollere - og ligeledes forhindre - kontrahenternes opportunistiske adfærd, hvilket gøres ved at tilpasse kontrahenternes økonomiske incitamenter.²⁸⁵ Eksempler på førnævnte sikkerhedsforanstaltninger er således symmetriske investeringer²⁸⁶ i specialiseret aktiver, som udgør et tydeligt sikkerhedsbånd, der medvirker til at justere de

²⁸³ Dyer, Jeffrey & Harbir Singh. 1998. *The relational view: Cooperative strategy and sources of inter-organizational competitive advantage*. Academy of Management Review, 23(4). s. 669.

²⁸⁴ Ibid. s. 669.

²⁸⁵ Ibid. s. 669.

²⁸⁶ Se ligeledes afsnit 5.2.1.

økonomiske incitamenter hos begge kontrahenter. Ved it kan det eksempelvis illustreres ved, at begge kontrahenter har foretaget en physical asset specificity investering, eksempelvis i form af specialdesignet computere med de rette processer, som tidligere nævnt ikke forventes at være af ubetydelig værdi. Her vil derfor forekomme et tab for begge kontrahenter, da disse ikke blot vil miste investeringssummen på de specialdesignet computere, men også tiden der er lagt i for at kunne tilrettelægge og udvikle disse; det er ligeledes vigtigt at have i mente, at tid er penge inden for it-industrien²⁸⁷, da spildet af forbrugt tid er lig med virksomheden står med ingenting i sidste ende. Derudover, da computerne er specialdesignet til netop de pågældende opgaver, formentligt tilrettelagt af udviklerne, vil medkontrahenten formentlig ikke have meget gavn af disse uden den rette viden, som udviklerne besidder, men ikke har nået at videreformidle. På baggrund af dette, vil det således ikke give mening for nogen af kontrahenterne at handle opportunistisk, da ingen af kontrahenterne vil opnå samme nytte, særligt at opleve værdi, uden sin medkontrahent. Med andre ord anfører Dyer og Ouchi (1993), at hvis en kontrahent handler opportunistisk, vil værdien af det økonomiske gidsel, de førnævnte sikkerhedsforanstaltninger, som medvirker til at kontrahenternes incitament til at handle troværdigt overfor hinanden, ende med at falde.²⁸⁸ Det kan ydermere understøttes at ved at skabe dette incitament til at samarbejde, forekommer der også et incitament til at foretage værdiskabelsesinitiativer. Ved at samarbejde mere troværdigt overfor hinanden, fremtræder muligheden for skabe uformelle sikkerhedsforanstaltninger.²⁸⁹ Da uformelle sikkerhedsforanstaltninger udledes enten ved personlige forhold, direkte oplevelse, eller gennem omdømme karakteriseret som indirekte oplevelser, betragtes denne metode som værende en af de mest effektive og mindst omkostningsfulde foranstaltninger ved specialiseret investeringer, som også faciliterer en kompleks udveksling.²⁹⁰ Yderligere, ved at have fælles forventninger og en åben forpligtelse til hinanden, kan kontrahenterne således reducere deres omkostninger ved ikke at skulle kæmpe med forhandlinger, overvågning og/eller håndhævelse, som bør medvirke til en forbedring i præstation, hvilket også understøttes af afsnit 3.4 om hver handling og tilstand nedskrevet og specificeret medfører en omkostning.

²⁸⁷ Dette gør sig ikke kun gældende indenfor it-branchen, men ligeså indenfor alle brancher. Tid kan dog anses for at have en større betydning i it-branchen, da det her, som oftest gælder om, at være den første på markedet med et nyt produkt, eftersom det efterfølgende kan vise sig, at det er let at kopiere produktet.

²⁸⁸ Dyer, Jeffrey & Harbir Singh. 1998. *The relational view: Cooperative strategy and sources of inter-organizational competitive advantage*. Academy of Management Review, 23(4). s. 669.

²⁸⁹ Dette underbygges ligeledes af den tillid der skabes mellem kontrahenterne jf. Rabins reciprocitetsteori som beskrevet i afsnit 5.1.

²⁹⁰ Dyer, Jeffrey & Harbir Singh. 1998. *The relational view: Cooperative strategy and sources of inter-organizational competitive advantage*. Academy of Management Review, 23(4). s. 669.

Det kan således konstateres, at kontrahenterne skal benytte sig af self-enforcement for at undgå, at konflikter opstår i samarbejdet. Dette da kontrahenterne må siges at være bedst egnet til at løse konflikter internt i samarbejdet, eftersom de har bedst kendskab til hinanden. Ved at kontrahenterne benytter self-enforcement og sikrer, at der både foretages formelle og uformelle sikkerhedsforanstaltninger samt sikrer, at der foreligger en høj grad af intern afhængighed mellem parterne vil lede til værdiskabelse.²⁹¹ Kontrahenternes øgede tillid til hinanden underbygger ligeledes valget af self-enforcement, eftersom den øgede tillid og den gensidige kommunikation mellem kontrahenterne vil medføre, at konflikter vil blive taget i opløbet og ikke først efter den er opstået, som det ses ved konventionel kontrahering.

5.6 Transaktionsomkostninger forbundet med strategisk kontrahering

Ved at foretage relationsspecifikke investeringer sikres det, at der forekommer videndeling, at kontrahenterne har komplementære ressourcer, og at der foreligger effektiv governance, og kontrahenterne derfor er, som udgangspunkt, tættere på målet om at skabe innovation - og ligeledes målet om at opnå relationsrente. Som tidligere beskrevet, bliver kontrakter typisk og oftest konciperet til fordel for en parts konkurrencefordele på bekostning af medkontrahenten. Der er således, som nævnt, en del omkostninger ved at koncipere og opfylde konventionelle kontrakter, se ligeledes afsnit 3.4, men at benytte strategisk kontrahering og dermed en strategisk kontrakt kan ingenlunde siges at være omkostningsfrit. Det strategiske kontrakt design vil agere som en gensidig forpligtelse. Dette på baggrund af, at kontrahenterne er klar over muligheden eller sandsynligheden for at udnytte fordelene efter kontraktens udformning, så de forpligter sig til at give incitamenter eller sanktioner for undgå handlinger af egeninteresse²⁹², herunder opportunisme, jf. afsnit 5.5.

Kontrahenternes opfyldelse af de fire betingelser, som gennemgået ovenfor, medfører en større mængde af ex ante omkostninger, end eksempelvis tilfældet ved brug af konventionel koncipering.²⁹³ Kontaktomkostningerne må siges at stige, eftersom kontrahenterne skal sikre, at der foreligger et strategisk fit mellem dem, som beskrevet i afsnit 4.4. Det blev ligeledes konstateret, at det strategiske fit var påvirket af kontrahenternes komplementære ressourcer, og ønsket her er, at partnerskabet ender med en høj grad af ressourceafhængighed, hvilket ligeledes medfører højere omkostninger, samt vil disse omkostninger stige

²⁹¹ Dyer, Jeffrey m. fl. 2018. *The relational view revisited: A dynamic perspective on value creation and value capture*. Wiley. s. 3143.

²⁹² DiMatteo, Larry A. 2010. *Strategic Contracting: Contract Law as a Source of Competitive Advantage*. American Business Law Journal. Vol. 47(4) pp. 727-794. s. 729.

²⁹³ Ved konventionel kontrahering har kontrahenterne således baggrundsretten som rettesnor for kontrakten, og der er således en del omstændigheder/begivenheder de ikke skal tage højde for ex ante, men som dog kan opstå ex post.

i takt med at ressourceafhængigheden mellem kontrahenterne vokser. Den strategiske kontrakt giver således kontrahenterne et stort ansvar, og dette medfører ligeledes større omkostninger, eftersom proaktive klausuler ikke anses for værende en del af baggrundsretten. Kontrahenternes brug af både reaktive og proaktive bestemmelser øger derfor kontrahenternes ex ante transaktionsomkostninger. Kontraktforhandlingsomkostninger må siges at sige i takt med, at kontrahenterne forhandler sig frem til, hvilke relationsspecifikke investeringer, der skal foretages, og ligeledes inkorporering af sikkerhedsforanstaltningerne. Kontrahenterne skal således sikre, at de vælger den governance struktur, der medfører de laveste omkostninger.²⁹⁴

Som det ses, betyder det altså, ved valget af en flad governance struktur medvirker til, at kontrahenternes omkostninger ved overvågning og tilpasning falder²⁹⁵. Kontrahenternes mange valg, som konstateret ovenfor, medfører dog lavere omkostningerne ex post, hvilket er meningen med de øgede ex ante omkostninger. Dette underbygges ligeledes af, at kontrahenterne, ved strategisk kontrahering, benytter *self-enforcement*, og dermed er der ikke omkostninger forbundet med et konfliktløsningsorgan, såsom domstolene.²⁹⁶ Grundet højere ex ante omkostninger, kan det tænkes, at brugen af denne metode afskrækker virksomheder fra at indgå strategiske kontrakter. Ved at igangsætte selve relationen før indgåelse af kontrakt, forekommer der flere risici, da der ingen kontraktuel sikkerhed befinder sig på pågældende tidspunkt. Dette er dog med til at styrke kontrahenternes langsigtede relation, da de her har mulighed for at signalere, at de er til at stole på med de handlinger, de eventuelt vil foretage sig ved konciperingen. Essensen ligger i, at kontrahenterne opbygger en vis tillid og får etableret et fundament, de begge er enige i, således at de sikrer de bedste forudsætninger for et godt samarbejde som bevirker til, at de er komfortable med at opfylde de fire betingelser opstillet ovenfor. Der forekommer naturligvis en vis usikkerhed i at forsøge at indgå nye partnerskaber. Usikkerheden forekommer ikke kun ved omkostningerne, der er forbundet med den prækontraktuelle fase, hvor det sikres, at it-partnerskabet er et strategisk fit, men ligeledes hvordan selve partnerskabet vil fungere. Usikkerheden påvirkes således af den stadig voksende globalisering, hurtig teknologiudvikling og innovation inden for iværksætteri og understreger således vigtigheden af strategisk

²⁹⁴ Hendrikse, George. 2003. *Economics and Management of Organizations*. McGraw-Hill. s. 211.

²⁹⁵ Dyer, Jeffrey & Harbir Singh. 1998. *The relational view: Cooperative strategy and sources of inter-organizational competitive advantage*. Academy of Management Review, 23(4). s 671.

²⁹⁶ Ifølge Dyer & Singh (1998) er der således fire (dog ikke udtømmende) grunde til, at transaktionsomkostningerne er lavere ved *self-enforcement* end den traditionelle *third-party enforcement*, eftersom førstnævnte pålægger kontrahenterne meget ansvar, da de selv skal løse deres konflikter. Konflikterne er dog ligeledes søgt undgået ved brug af sikkerhedsforanstaltninger, således at kontrahenterne ikke handler opportunistisk.

kontrahering og ligeså, at strategiske samarbejder skal øges særligt inden for it for at skabe og opretholde konkurrencefordele.²⁹⁷

5.7 Opsummering

Det kan på baggrund af ovenstående konkluderes, at det er svært at opnå relationsrente uden, at der tilføjes en række transaktionsomkostninger. Transaktionsomkostningerne minimeres ikke nødvendigvis ved brug af en strategisk kontrakt, eftersom der foreligger en del ex ante omkostninger. Det må dog forkastes, at en konventionel kontrakt må siges at være den kontrakt, der skal benyttes ved it-partnerskaber. Det kan udledes af ovenstående analyse, der indikerer, at selvom der må siges at foreligge en del transaktionsomkostninger ved en strategisk kontrakt, må denne anses for at være den mest effektive kontrakt at benytte ved netop it-partnerskaber. Dette eftersom et it-partnerskab skal bestå over længere tid og udveksle en høj grad af viden, hvorfor de øgede ex ante transaktionsomkostninger vil resultere, at ex post omkostningerne vil blive minimeret. Det kan dog ligeledes konstateres, at de fire betingelser, som anført af Dyer og Singh (1998), ikke nødvendigvis finder anvendelse i alle kontraktrelationer. Selvom det fandtes, at it-partnerskaber bør foretage site specificity og human asset specificity investeringer, må det konstateres, at de relationsspecifikke investering har en vigtigere rolle inden for eksempelvis byggebranchen. Komplementære ressourcer, videndeling og effektiv governance må siges at være hovedelementerne, når der er tale om et it-partnerskab. De komplementære ressourcer spiller således en yderst vigtig rolle, da denne betingelse kan være med til at afgøre, hvorvidt kontrahenterne har mulighed for at skabe et innovativt produkt, eftersom medarbejderne hører under denne kategori og må siges at have en afgørende rolle på udviklingsprocessen. Dyer *et al* (2018) konstaterer ligeledes, at virksomheder skaber værdi (i partnerskaber), når de danner et partnerskab, hvor kontrahenterne har de samme komplementære ressourcer, som beskrevet i afsnit 5.4.

Dette kan endvidere understøttes af, at baggrundsretten ikke er efficient, når der er tale om et så komplekst område som it. Omstændighederne for dette område ændres kontinuerligt, hvorfor det også blev anbefalet at anvende en flad struktur. Der menes ved anvendelse af denne flade struktur ved it-partnerskaber, åbnes muligheden for nye sædvaner og handlemønstre, som kan føre til det krævede paradigmeskift. Professor Kim Østergaard og Professor Christina Tvarnø påpegede ligeledes, at der foreligger et behov for dette paradigmeskift og ligeledes, at der skal ske en ændring af måden, hvorpå kontrakter

²⁹⁷ DiMatteo, Larry A. 2010. *Strategic Contracting: Contract Law as a Source of Competitive Advantage*. American Business Law Journal. Vol. 47(4) pp. 727-794. s. 734.

opfattes og anvendes i praksis, jf. afsnit 3.5. Endvidere som konkluderet i afsnit 5.6, medvirker globaliseringen og teknologiudvikling tillige innovation og underbygger således, at strategiske partnerskaber er af særlig nødvendighed, ikke blot for relationen mellem kontrahenterne, men for selve udviklingen af industrien, da flere virksomheder vil få et større udbytte ved at anvende en innovativ arbejdstilgang. Ved at danne partnerskaber vil de involverede virksomheder formentlig være stærkere positioneret både på markedet og ressourcemæssigt. Dette vil skabe mulighed for, at innovation kan opstå frem for at vente på at kunne free-ride en konkurrerende virksomheders idéer.²⁹⁸ Endeligt kan det konkluderes, at kontrakter udformet ud fra strategisk kontrahering skal fungere som et strategisk redskab til netop at opnå konkurrencefordele eller et redskab til at støtte samarbejdet ved at minimere muligheder for at handle i egeninteresse.²⁹⁹

²⁹⁸ Software free-riders defineres som, dem der anvender pågældende software uden at bidrage tilbage. Software kan i visse tilfælde være et public good (non-rivalrous), da der findes it-samfunde med åbne tilgange til allerede-eksisterende software, som en selv kan kode videre på selv. Et eksempel kan ses ved, at Blockbuster i 2004 (Olito, Frank. 2020. *Rise and fall of Blockbuster*. Business Insider) var den største på markedet for lejefilm. Blockbuster måtte dog søge til online streaming tjenester efter giganter, som Netflix og HBO udkonkurrerede den dengang-dominerende forhandler af lejefim. (Levin, Sam. 2019. *Netflix co-founder: 'Blockbuster laughed at us... Now there's one left.'* The Guardian.)

²⁹⁹ DiMatteo, Larry A. 2010. *Strategic Contracting: Contract Law as a Source of Competitive Advantage*. American Business Law Journal. Vol. 47(4) pp. 727-794. s.729.

Kapitel 6 - Regulering af efterfølgende omstændigheder

6.1 Efterfølgende omstændigheder

Ved brug af en strategisk kontrakt, som statueret i forrige kapitel, anses kontrakten dermed som et styringsinstrument og skal derfor benyttes til konfliktløsning. Kontrakten får dermed en modificeret rolle i strategisk kontrahering og vil således være påvirket af kontrahenternes begrænset rationalitet og vil, ud fra den ny-institutionelle teori, anses for værende ufuldkommen allerede fra kontraktindgåelsestidspunktet.³⁰⁰ Eftersom et partnerskab, som udgangspunkt, er et langsigtet kontraktforhold, pålægges kontrahenterne således en større erhvervsmæssig risiko, og den manglende regulering af efterfølgende omstændigheder³⁰¹ kan derfor have en stor indflydelse på partnerskabet.

Det blev konstateret, at den strategiske kontrakt skal bestå af både reaktive og proaktive bestemmelser,³⁰² der således vil medvirke til, at kontrahenterne har et dynamisk og langsigtet samarbejde. Inden for de proaktive sondres der mellem åbne- og halvåbne klausuler, hvoraf førstnævnte forpligter kontrahenterne til at genforhandle, hvad der ikke kan udledes ved en fortolkning af kontrakten.³⁰³ Inden for de halvåbne klausuler forefindes hardship- og gevinstklausuler samt øvrige efterfølgende omstændigheder, hvoraf sidstnævnte ikke vil blive behandlet i nærværende afhandling.³⁰⁴ Formålet med benytte hardship- og gevinstklausuler ved kontraktkoncipering er, at man dermed kan "fange" de efterfølgende omstændigheder, der ville påvirke kontrahenternes kontraktopfyldelse, og som der ikke er taget stilling til i kontraktens eksplicite bestemmelser.³⁰⁵ En hardshipklausul kan således medvirke til at minimere de omkostninger, der er forbundet med, at kontrakten er blevet mere byrdefuld for den ene af kontrahenterne end først antaget.³⁰⁶ En gevinstklausul derimod, medvirker til, at pludselige opståede gevinster, som ikke var omfattet af

³⁰⁰ Parternes begrænset rationalitet medvirker til, som tidligere nævnt, at de ikke har mulighed for at forudsige alle fremtidige begivenheder. Da kontrakten i strategisk kontrahering agerer som styringsinstrument, må denne imperfekte information siges at spille en væsentlig rolle for kontraktforholdet.

³⁰¹ Efterfølgende omstændigheder anses for værende en situation, hvor en sådan efterfølgende omstændighed ikke allerede er reguleret gennem kontraktens indhold. Se ligeledes Østergaard (2016).

³⁰² Se afsnit 5.1.

³⁰³ Østergaard, Kim. 2016. *Strategisk Kontrahering - Efterfølgende omstændigheder: Om anvendelsen af hardship- og gevinstklausuler som kontraktjusteringsmekanismer*. in Jul Clausen, N., Dahlberg-Larsen, J., Gram Mortensen, B. O. & Godsk Pedersen, H. V. (red), Ikke kun retsfilosofi: Festskrift til Sten Schaumburg-Müller. 1. udgave. København: DJØF-forlag s. 435-449. s. 440.

³⁰⁴ Ibid. s. 440.

³⁰⁵ Ibid. s. 436.

³⁰⁶ Ibid. s. 437.

kontraktens bestemmelser ex ante, vil kunne blive realiseret ex post.³⁰⁷ Såfremt kontrahenterne vælger at anvende henholdsvis en hardship- eller gevinstklausul, kan dette ses som et udtryk for, at kontrahenterne har anerkendt, at de er begrænset rationelle, og dermed ikke kan forudsige alle fremtidige begivenheder. Såfremt kontrahenterne forsøgte førnævnte, ville dette indebære, at en af kontrahenterne skulle afholde uforholdsmæssige store transaktionsomkostninger.³⁰⁸

6.2 Hardshipklausul

En hardshipklausul anses, som nævnt ovenfor, som værende en proaktiv bestemmelse, som kontrahenterne kan benytte i strategisk kontrahering. En hardshipklausul er dermed en bestemmelse, der indsættes i kontrahenternes kontrakt, hvorefter de er forpligtet til at genforhandle dele af kontraktens indhold. Forpligtelsen til at genforhandle kræver dog, at ligevægten i kontrakten er blevet forringet for den ene af kontrahenterne. Dette kræver dog ligeledes, at kontrahenterne ikke har haft mulighed for at forudsige, at kontrakten ville ende med at være mere byrdefuld for den ene kontrahent. Dette skyldes, som tidligere nævnt, deres begrænsede rationalitet, og/eller at der er opstået uforholdsmæssige store transaktionsomkostninger for den berørte kontrahent i forbindelse med kontraktopfyldelsen.³⁰⁹ Force majeure og hardshipklausuler har mange af de samme forudsætninger, dog anses hardshipklausuler endnu ikke som en udfyldende retsregel i dansk ret - i modsætning til force majeure.³¹⁰ I UNIDROIT Principles of International Commercial Contract³¹¹, artikel 6.2.2 defineres hardship som følgende:

*“Hardship defineres som en situation, hvor forekomsten af begivenheder grundlæggende ændrer ligevægten i kontrakten, forudsat at disse begivenheder opfylder kravene, der er fastsat i underpunkt a) til d).”*³¹²

Ydermere regulerer artikel 6.2.3 virkningen af hardship, det vil sige, hvornår der kan påberåbes hardship, og ligeledes hvordan genforhandlingen skal foreløbe. Ved indsættelsen af en hardshipklausul har

³⁰⁷ Østergaard, Kim. 2016. *Strategisk Kontrahering - Efterfølgende omstændigheder: Om anvendelsen af hardship- og gevinstklausuler som kontraktjusteringsmekanismer*. in Jul Clausen, N., Dahlberg-Larsen, J., Gram Mortensen, B. O. & Godsk Pedersen, H. V. (red), *Ikke kun retsfilosofi: Festskrift til Sten Schaumburg-Müller*. 1. udgave. København: DJØF-forlag s. 435-449 s. 438.

³⁰⁸ Ibid. s. 438.

³⁰⁹ Ibid. s. 441.

³¹⁰ Ibid. s. 441.

³¹¹ UNIDROIT 2016.

³¹² Oversat fra engelsk, den oprindelige ordlyd er som følger: This Article defines hardship as a situation where the occurrence of events fundamentally alters the equilibrium of the contract, provided that those events meet the requirements which are laid down in sub-paragraphs (a) to (d).

kontrahenterne således mulighed for at sikre, at de kan genforhandle kontrakten således, at risikoen allokeres korrekt. For at kunne påberåbe hardship skal følgende tre kumulative betingelser foreligge; 1) den efterfølgende begivenhed har ikke været kendt af kontrahenterne på kontraktindgåelsestidspunktet, 2) begivenheden påvirker kontraktens ligevægt i et væsentligt omfang, 3) der er eksogene faktorer, der har påvirket kontraktens balance, hvilket kan karakteriseres som uundgåelige.³¹³ Det er dog ikke kun eksogene faktorer, der kan påvirke kontraktens balance. Hardshipklausuler kan også omfatte endogene faktorer, hvilket kan være sygdom eller opsigelse hos en projektleder. Et eksempel på dette findes i Flüggerdommen³¹⁴, hvor Datacon ofte skiftede deres kernemedarbejdere, hvilket Flügger mente påvirkede deres parternes samarbejde. Ved benyttelse af hardshipklausuler, der regulerer endogene faktorer, skal det fremgå af klausulen, hvordan den givne kontraktpart proaktivt skal sikre, hvad der skal ske i tilfælde af eksempelvis en kernemedarbejders opsigelse.³¹⁵

Professor Kim Østergaard og Professor Bent Petersen (2020) postulerer, ved brug af hardshipklausuler ved strategisk kontrahering kan det argumenteres, at kontrakten vil opretholdes, men at risici vil blive reallokeret både ex ante samt ex post, således at det økonomiske afkast ved kontraktforholdet falder i tilfælde af hardship. Det vil sige, at det økonomiske afkast også vil falde i alternative kontraktforhold, grundet der kræves et strategisk fit for at benytte strategisk kontrahering og dermed indgå en strategisk kontrakt, hvorfor der her kan tales for et økonomisk rationale, ceteris paribus, ved at vedtage hardshipklausuler.³¹⁶ Ydermere, i tilfælde af at en kontrahent er realdebitor og den anden er pengedebitor, vil pengedebitoren oftest kræve risikopræmie for at acceptere hardshipklausulen, da denne er mindre tilbøjelig til at blive påvirket af hardship end realdebitoren.³¹⁷ I tilfælde, som i visse it-aftaler, hvor begge kontrahenterne er realdebitorer, vil der være en nærmere fælles interesse, hvorfor også et incitament til at acceptere hardshipklausulen må siges at foreligge. Der foreligger incitament til at acceptere en hardshipklausul, da det forventes, at begge kontrahenter har samme risiko for at blive påvirket af de

³¹³ Østergaard, Kim. 2016. *Strategisk Kontrahering - Efterfølgende omstændigheder: Om anvendelsen af hardship- og gevinstklausuler som kontraktjusteringsmekanismer*. in Jul Clausen, N., Dahlberg-Larsen, J., Gram Mortensen, B. O. & Godsk Pedersen, H. V. (red), Ikke kun retsfilosofi: Festskrift til Sten Schaumburg-Müller. 1. udgave. København: DJØF-forlag s. 435-449. s. 444.

³¹⁴ Se afsnit 5.2 for uddybelse af Flügger-dommen.

³¹⁵ Østergaard, Kim. 2016. *Strategisk Kontrahering - Efterfølgende omstændigheder: Om anvendelsen af hardship- og gevinstklausuler som kontraktjusteringsmekanismer*. in Jul Clausen, N., Dahlberg-Larsen, J., Gram Mortensen, B. O. & Godsk Pedersen, H. V. (red), Ikke kun retsfilosofi: Festskrift til Sten Schaumburg-Müller. 1. udgave. København: DJØF-forlag s. 435-449. s. 445.

³¹⁶ Petersen, Bent. & Kim Østergaard. 2020. *The application of hardship and gain provisions in strategic contracting*. Journal of Strategic Contracting and Negotiation. s. 9.

³¹⁷ Ibid. s. 9.

efterfølgende omstændigheder, som medvirker til at kontrakten besværliggøres yderligere for begge kontrahenter.³¹⁸

Såfremt kontrahenterne ikke har mulighed for genforhandling og i stedet ophæver kontrakten, vil kontrahenterne miste deres relationsspecifikke investeringer, hvilket efterfølgende vil være at betragte som en sunk cost for kontrahenterne, der dermed vil have sværere ved at opnå en relationsrente i en ny relation.³¹⁹ Man kan således argumentere for, at der foreligger et økonomisk rationale for at anvende hardshipklausuler i strategisk kontrahering, grundet kontrahenternes relationsspecifikke investeringer.³²⁰ Hardshipklausuler kan således være en løsning, hvis en kernemedarbejder, som tidligere nævnt, forlader projektet, bliver sygemeldt eller går på barsel. I disse tilfælde vil det give bedst mening for den pågældende virksomhed at finde en afløser med tilsvarende kompetencer og professionel viden. Det er dog ikke altid muligt, men gennem videndelingen mellem de to kontrahenter kunne det tænkes, at den upåvirkede virksomhed har en medarbejder med rette kendskab og samme eller lignende kompetencer til at udføre og gennemføre arbejdet. Petersen og Østergaard (2020) mener, at førnævnte vil give økonomisk mening for samarbejdet, idet der sikres, at realkydelserne udføres inden for rimelig tid, selv hvis den påvirkede virksomhed må kompensere sin medkontrahent.³²¹ Ved at indføre hardshipklausuler i disse tilfælde, sikres projektets gennemførelse, dog formentlig ved højere omkostninger. Der er risici forbundet ved brug af hardshipklausuler, nærmere risikoen for hold-up og kontrahenternes opportunistiske adfærd. Det kan dog argumenteres for, at denne risiko er mindre ved strategisk kontrahering end ved konventionel kontrahering, eftersom, som tidligere nævnt, fokus ved konventionel kontrahering er egenoptimering, hvilket ikke gør sig gældende for strategisk.³²² Det er dog vigtigt, at hardshipklausulen udfærdiges således, at den bebyrdende kontrahent ved indtrædelse af hardship, straks meddeler medkontrahenten, at der foreligger hardship efter den bebyrdende kontrahents mening, og de derfor skal søge i fællesskab at finde en løsning på hardship-

³¹⁸ Petersen, Bent. & Kim Østergaard. 2020. *The application of hardship and gain provisions in strategic contracting*. Journal of Strategic Contracting and Negotiation. s. 9.

³¹⁹ Østergaard, Kim. 2016. *Strategisk Kontrahering - Efterfølgende omstændigheder: Om anvendelsen af hardship- og gevinstklausuler som kontraktjusteringsmekanismer*. in Jul Clausen, N., Dahlberg-Larsen, J., Gram Mortensen, B. O. & Godsk Pedersen, H. V. (red), Ikke kun retsfilosofi: Festskrift til Sten Schaumburg-Müller. 1. udgave. København: DJØF-forlag s. 435-449. s. 443.

³²⁰ Ibid. s. 443.

³²¹ Petersen, Bent. & Kim Østergaard. 2020. *The application of hardship and gain provisions in strategic contracting*. Journal of Strategic Contracting and Negotiation. s. 9.

³²² Østergaard, Kim. 2016. *Strategisk Kontrahering - Efterfølgende omstændigheder: Om anvendelsen af hardship- og gevinstklausuler som kontraktjusteringsmekanismer*. in Jul Clausen, N., Dahlberg-Larsen, J., Gram Mortensen, B. O. & Godsk Pedersen, H. V. (red), Ikke kun retsfilosofi: Festskrift til Sten Schaumburg-Müller. 1. udgave. København: DJØF-forlag s. 435-449. s. 445.

begivenheden.³²³ Det kan derfor konstateres, at udgangspunktet ved brug af hardshipklausuler er, at kontrahenterne selv er bedst egnede til at finde en løsning på hardship-begivenheden og dermed finde den løsning, der indebærer færrest mulige omkostninger.³²⁴ Det skal dog sikres, at den bebyrdende kontrahent fortsat vil foretage naturalopfyldelse af kontrakten efter påberåbelse og løsningen af hardship. Der kan endvidere argumenteres for, at kontrahentens naturalopfyldelse af kontrakten følger af loyalitetsforpligtelsen i kontraktforhold samt *pacta sunt servanda*, og den bebyrdende kontrahent vil derfor være forpligtet til fortsat at opfylde kontrakten, uagtet hardshipklausulens påberåbelse.³²⁵ Professor Kim Østergaard påpeger ligeledes i artiklen *Strategisk Kontrahering - Efterfølgende omstændigheder: Om anvendelsen af hardship og gevinstklausuler som kontraktjusteringsmekanismer*, at anvendelsen af en hardshipklausul potentielt indebærer en modifikation til princippet om, at aftaler er bindende (*pacta sunt servanda*), jf. AFTL §1 og DL -51-1- og 5-1-2.

Der er således en del i litteraturen, som set ovenfor, der taler for benyttelsen af hardshipklausuler i strategiske kontrakter, og hardshipklausuler kan derfor anses for værende "løsningen på kontrahenternes problemer". Der foreligger dog ligeledes negative sider ved brug af en hardshipklausul. Der kan argumenteres for, at indsættelsen og benyttelsen af en hardshipklausul vil medføre højere transaktionsomkostninger *ex post*, eftersom kontrahenterne vil være forpligtet til at genforhandle kontrakten. Genforhandlingen vil således pålægge kontrahenterne yderligere omkostninger, da det kan forventes, at parterne ikke er enige, og kontraktforholdet kan således ende med at blive dyrere for kontrahenterne end først antaget. Det er således ikke kun transaktionsomkostninger, som en hardshipklausul tilføjer til samarbejdet. Hardship har således også den effekt at ved første øjekast, synes det muligvis at beskytte samarbejdet. Dog underliggende, såfremt en kontrahent, under kontraktforhandlingerne, ønsker at få indsat en hardshipklausul, kan dette signalere, at kontrahenten har dårlige intentioner fra start. Med det menes, at hardshipklausulen kan tage form af en exit-strategi og dermed sidestilles med en ægtepagt - på samme måde, som den konventionelle kontrakt jf. afsnit 3.1. At en hardshipklausul kan sidestilles med en ægtepagt underbygges således af, at såfremt ens forlovede ønsker, at dennes partner underskriver en ægtepagt, signalerer dette muligvis, at han/hun har en forudsætning om, at ægteskabet ender i skilsmisse, eller i så fald ønsker at værne om sine aktiver, hvis forholdet skulle ende galt. Dette kan ligeledes sammenholdes med Rabins reciprocitetsteori,

³²³ Østergaard, Kim. 2016. *Strategisk Kontrahering - Efterfølgende omstændigheder: Om anvendelsen af hardship- og gevinstklausuler som kontraktjusteringsmekanismer*. in Jul Clausen, N., Dahlberg-Larsen, J., Gram Mortensen, B. O. & Godsk Pedersen, H. V. (red), *Ikke kun retsfilosofi: Festskrift til Sten Schaumburg-Müller*. 1. udgave. København: DJØF-forlag s. 435-449. s. 447.

³²⁴ Ibid. s. 446.

³²⁵ Ibid. s. 446.

som beskrevet i afsnit 5.1, hvormed den anden kontrahent vil tro, at man har dårlige intentioner fra starten, såfremt man ønsker at indsætte en hardshipklausul - derved skabes ikke den ønskede tillid som statueret i kapitel 5.

6.3 Gevinstklausuler

En efterfølgende omstændighed kan ligeledes bestå af, at der opstår en mulighed for opnåelse af en ikke forudset gevinst. Ved tilføjelsen af gevinstklausul³²⁶ anses det, at der forsøges at opnå en dynamisk efficiens i kontrakten.³²⁷ Gevinstklausulens ordlyd afhænger naturligvis af kontrakten, dog opstilles klausulen på en måde som set ved hardship, jf. afsnit 6.2, hvor kontrahenterne er forpligtet til at gøre hinanden opmærksomme, såfremt der er mulighed for at udnytte en forretningsmulighed, der opstår i kontraktens forløb.³²⁸

Gevinstklausuler er ikke omfattet af den klassiske obligationsretlige litteratur³²⁹ og underbygger således, at baggrundsretten for kontrakter ikke er efficient.³³⁰ Dette ses ydermere i lyset af afsnit 3.2, hvori det blev fastslået, at såfremt der opstår en gevinstmulighed ved konventionel kontrahering, anses dette af domstolene³³¹ for at være en indkalkuleret risiko, der eksisterer ved indgåelse af kontraktforhold mellem to erhvervsdrivende. Formålet med at anvende gevinstklausuler i strategisk kontrahering er således, at kontrahenterne erkender, at der på kontraktindgåelsestidspunktet foreligger asymmetrisk information om kontrahenternes fremtidige mulighed for at opnå relationsrente.³³² Ved inddragelse af en gevinstklausul skal kontrahenterne dog sikre, at der foreligger en incitamentsforenelighed ved at de på forhånd har indsat en fordelingsnøgle for den økonomiske gevinst.³³³ Dette vil sikre, at kontrahenterne ikke skal til at forhandle, hvordan gevinsten skal deles, efter gevinstklausulen er blevet påberåbt. Ved inddragelse og anvendelse af

³²⁶ Det bemærkes, at der ikke sondres mellem regulær- og irregulære gevinster i afhandlingen. Der fokuseres udelukkende på regulære, da disse er anerkender imperfektion ved kontraktkoncipering, eller i så fald en asymmetrisk information ved fremtidige muligheder for forøgelse af relationsrente (Petersen, Bent. & Kim Østergaard. 2020. *The application of hardship and gain provisions in strategic contracting*. Journal of Strategic Contracting and Negotiation).

³²⁷ Petersen, Bent. & Kim Østergaard. 2020. *The application of hardship and gain provisions in strategic contracting*. Journal of Strategic Contracting and Negotiation. s. 11.

³²⁸ Ibid. s. 11.

³²⁹ Tvarnø, Christina D. & Kim Østergaard. 2018. *Relationelle aftaler i et markedsperspektiv*. Copenhagen Business School (CBS). s. 13.

³³⁰ jf. afsnit 2.3.

³³¹ jf. Tintin-dommen og Pandora-dommen.

³³² Tvarnø, Christina D. & Kim Østergaard. 2018. *Relationelle aftaler i et markedsperspektiv*. Copenhagen Business School (CBS). s. 14.

³³³ Ibid. s. 14.

gevinstklausuler, skal kontrahenterne således inkorporere førnævnte i kontraktgrundlaget, eftersom de ikke har mulighed for at påberåbe sig denne mulighed ved almindelig aftalesupplering.³³⁴

6.4 Risikoprofiler

En anden faktor der ligeledes påvirker deling af gevinst og risici er således kontrahenternes risikoprofiler. I afhandlingens afsnit 3.2 blev det konkluderet, at såfremt kontrahenterne, ikke i kontraktens bestemmelser, har reguleret, hvordan efterstående omstændigheder skulle løses, er udgangspunktet i dansk ret retsreglen *Nærmest til at bære risikoen*. Den af kontrahenterne, som oftest den der besidder ekspertviden inden for området vil dermed være nærmest til at bære risikoen, og vil dermed blive pålagt at afholde de omkostninger, der er forbundet med de byrdefulde³³⁵ efterfølgende omstændigheder. I afsnittet³³⁶ blev det konstateret, at det i it-kontrakter som udgangspunkt ville være den it-kyndige part der, ved brug af *nærmest til at bære risikoen*, ville afholde meromkostningerne, eftersom denne har et professionsansvar³³⁷ ved indgåelse af kontrakter.³³⁸ Udgangspunktet ved strategisk kontrahering er, at risici skal allokeres til den kontrahent, der har de bedste forudsætninger til at bære/afholde risikoen³³⁹, hvorfor kontrahenterne først skal have fastslået deres risikoprofil inden risikoen kan allokeres korrekt. Inden for den økonomiske teori påvirker parternes risikotolerance deres risikoprofil, hvilket forklares ud fra den klassiske Principal/Agent teori.

Risikoprofilerne er som følger; risikoavers, risikoneutral og risikovillig.³⁴⁰ Når en part er risikoavers, er denne mindre tilbøjelig til at løbe en risiko og forkaster hurtigere en kontrakt, såfremt der eksempelvis er 35% risiko for, at samarbejdet ikke vil lykkes. En risikoneutral part er, i modsætning til en risikoavers, mere villig til at løbe en risiko og vil således se 35% for succes for acceptabel og vil derfor være interesseret i at indgå i et kontraktforhold med modparten. En risikovillig part vil, i forhold til de forrige profiler, være villig til at løbe en risiko uagtet chancen for succes. En risikovillig part vil dermed indgå en kontrakt, hvor der er 35%

³³⁴ Tvarnø, Christina D. & Kim Østergaard. 2018. *Relationelle aftaler i et markedsperspektiv*. Copenhagen Business School (CBS). s. 15.

³³⁵ I tilfælde af gevinst anses det byrdefulde forhold, som værende beliggende hos den part, der ikke har opnået/modtaget førnævnte gevinst.

³³⁶ Jf. afsnit 3.3.

³³⁷ Princippet professionsrisiko omtales, som nævnt, i afhandlingen som professionsansvar. Dette ansvar må ligeledes siges at være gældende i it-partnerskaber bestående af en it-virksomhed og en ikke it-kyndig virksomhed.

³³⁸ Koncipistreglen ville ligeledes kunne finde anvendelse.

³³⁹ Petersen, Bent. & Kim Østergaard. 2018. *Reconciling formal contract and relation governance through Strategic Contracting*. Journal of Business and Industrial Marketing. 33(3), 365-376. s. 269.

³⁴⁰ Dutta, Prajit K. 1999. *Strategies and Games*. First edition. Cambridge. Massachusetts Institute of technology. s. 441.

chance for, at parternes samarbejde vil blive succesfuldt. Parterne kan således ved kontraktindgåelse have forskellige opfattelser, når det kommer til risiko. Parterne har ligeledes mulighed for, gennem kontraktens bestemmelser, at allokere risiko ex ante eller ex post, og derigennem er det reguleret, hvem der er pålagt risikoen for en given situation.³⁴¹ Transaktionsomkostninger ved at allokere risiko ex ante kan dermed medregnes med nogenlunde sikkerhed, hvorimod ex post allokeret risiko er mere usikre, da man ikke kender omfanget af disse transaktionsomkostninger.³⁴² Parternes risikoprofiler vil således påvirke, om kontrakten skal have ex ante eller ex post allokeret risiko, eftersom en risikoneutral part således vil ønske at have et "risikohul" i kontrakten i tilfælde af, at hullet ex ante er større end de forventede udgifter ved at fordele tabet ex post - hvilket må siges at være det modsatte ved en risikoavers part.³⁴³

I principal-agent teorien har parternes, principalen og agenten, risikoprofil en væsentlig rolle i forbindelse med parternes samarbejde. I teorien antages principalen for at være risikoavers, hvorimod agenten er risikoneutral og til tider risikovillig.³⁴⁴ Teorien er igennem længere tid blevet anvendt på diverse kontraktforhold og må siges også at kunne finde anvendelse i et partnerskab eventuelt bestående af en større og mindre virksomhed. Den større virksomhed vil i det følgende blive anset som værende principalen og den mindre virksomhed værende agenten, hvorfor risikoprofilerne vil være henholdsvis risikoavers og risikoneutral (eller i visse tilfælde, risikovillig). Det er således ikke i alle kontraktrelationer, at kontrahenternes risikoprofiler vil kunne defineres som førnævnt. Der kan være kontraktrelationer hvor begge parter som udgangspunkt er risikoneutral, eller hvor den ene kontrahent er risikoneutral og den anden risikovillig. Det strategiske udgangspunkt for risikoallokering kan derfor være svært at få udført i praksis, eftersom kontrahenternes risikoprofil kan være ukendt, hvilket skyldes, eftersom det ikke er givet, at kontrahenterne kender deres egen risikoprofil.³⁴⁵ Såfremt kontrahenterne ikke kender deres risikopræferencer, kan en kontrahent signalere ved at acceptere en given risiko, at denne ønsker at binde sig til samarbejdet. Det må derfor anses for værende væsentligt, at parternes risikoprofil er kendt for, at det strategiske udgangspunkt ved risikoallokering kan opfyldes.³⁴⁶ Det kan derfor konstateres, at kontrahenterne skal søge den

³⁴¹ Eide, Erling & Endre Stavang. 2017. *Rettsøkonomi*. Cappelen Damm AS. 8. udgave. s. 348.

³⁴² Ibid. s. 348.

³⁴³ Ibid. s. 348.

³⁴⁴ Dutta, Prajit K. 1999. *Strategies and Games*. Massachusetts Institute of technology. s. 305.

³⁴⁵ Petersen, Bent. & Kim Østergaard. 2018. *Reconciling formal contract and relation governance through Strategic Contracting*. Journal of Business and Industrial Marketing. 33(3), 365-376. s. 269.

³⁴⁶ Se starten af afsnittet for uddybning.

risikoallokering, der afspejler deres risikoprofil,³⁴⁷ således at det strategiske udgangspunkt opfyldes og at der dermed sikres et godt samarbejde.

³⁴⁷ Petersen, Bent. & Kim Østergaard. 2018. *Reconciling formal contract and relation governance through Strategic Contracting*. Journal of Business and Industrial Marketing. 33(3), 365-376. s. 270.

Kapitel 7 - Det optimale kontrakt design for innovative partnerskaber

7.1 Indledende bemærkninger

Det bemærkes, at det i nærværende kapitel antages, at der foreligger et strategisk fit mellem de to kontrahenter. Med det menes, at den rigtige partner er fundet, som beskrevet i afsnit 4.4 samt afsnit 5.4.³⁴⁸ Det anbefales dog, at kontrahenterne har følgende i mente, når de skal finde den kontrahent, hvor der foreligger et strategisk fit. For at kontrahenterne kan skabe de korrekte rammer for at skabe innovation,³⁴⁹ skal der skelnes mellem kreativitet og innovation. Den ene er ikke altid lig med den anden, da det ikke er garanteret innovation blot ved at være kreativ og vice versa. Det kan siges, at de to begreber er beslægtede, dog ikke ens. Ved innovation kræves der en iværksat anvendelse, mens kreativitet kan siges at dække over en skabende proces uden at stille krav til det egentlig output.³⁵⁰

Det ses også, at nogle virksomheder lykkes med at videreudvikle og producere produkter, mens andre blot er i stand til at komme med idéerne. Særligt inden for it, har det haft stor betydning, at man har kunne kombinere kreativitet og innovation. Dette blev eksempelvis set ved Apples overtagelse af Nokias markedsandele³⁵¹. I 2007 besad Nokia globalt 41% af markedsandelen for mobiltelefoner, hvilket var samme år, som den første iPhone blev lanceret. Apple fik stor succes med sidstnævnte, som også resulterede i et innovativt produkt, mens det efterfølgende medførte til Nokias nedgang og mangel på samme succes,

³⁴⁸ At kapitlet ikke gennemgår hvordan man kan sikre et strategisk fit, er således grundet afhandlingens omfang, og desuden kan forslag til dette udledes fra henholdsvis afsnit 4.4 samt 5.4.

³⁴⁹ Med dette menes, at de rigtige forudsætninger foreligger, da - uagtet de kontraktuelle rammer - ikke kan garantere, at der skabes innovation, men parterne kan sikre, at rammerne foreligger.

³⁵⁰ Svarrer, Luna. 2014. *Sådan kender du forskel på innovation og kreativitet*. VPT.dk.

³⁵¹ Lanceringen af det første 3G netværk i Japan i 2001, ledte til Apples produkt, *iPhone*, i 2007, som gav forbrugere adgang til internettet på en ny måde end andre udbudte telefoner på daværende tidspunkt. Apple formåede dengang at skabe et softwareprogram, der lod forbrugerne tilgå internettet på samme måde, som man kender det på en computer (Jackson, Kevin. 2018. *A brief history of the smartphone*. Sciencenode.org.). Udover en ny tilgang til internettet, bestod de nye iPhones også af en touch-screen, hvilket betød, at telefonen ikke benyttede sig af fysiske knapper. iPhone var ikke den første udviklede smartphone, det var derimod IBM's *Simon Personal Communicator*, som lancerede i 1992, dog aldrig blev den en rivende succes (Tweedie, Steven. 2015. *World's first smartphone, Simon, was created 15 years before the iPhone*. Business Insider). Til trods for Apple velvidende om dette, resulterede deres risikovillighed, i form af udviklingen af en ny smartphone sammenholdt med deres tillid til teknologien, ved netop telefonens skærm i Apples store succes. Samtidig, på daværende tidspunkt, besad Nokia globalt af 41% markedsandel, dog mente de ikke, at de såkaldte touch-screens ville være i forbrugernes interesse, hvilket var med til at påvirke deres nedgang (Cheng, Roger. 2014. *Farewell Nokia: The rise and fall of a mobile pioneer*. Cnet.com.).

eftersom Nokia ikke troede på, at *touch-screens* ville blive stort. Ud fra dette, kan det ses, at der findes en forbindelse mellem kreativitet (idéerne) og innovation (iværksættelse), som kan føre til succes. Derudover, er det endvidere vigtigt at bemærke, at der ligeledes findes en forbindelse mellem innovation og risikovillighed. En virksomhed, særligt ved it-virksomheder, kan have mere succes ved at være mere risikovillig, som Apple var med lanceringen af iPhone, mens virksomheder i samme tilstand ikke lykkes det, som set ved Nokia.

Professor Hanne Westh Nicolajsen, fra IT-Universitet i København, forsker netop i innovation og påpeger, at innovation er noget af det sværeste at skabe, eftersom skabelsen af innovation påvirker alle elementerne i virksomheden eller partnerskabet.³⁵² Nicolajsen påpeger ydermere, at kontrahenternes risikoprofil spiller en væsentlig rolle, såfremt ønsket er at skabe innovation,³⁵³ hvilket ligeledes blev konkluderet i afsnit 6.4. Det må således ud fra Hanne Westh Nicolajsens udtalelser antages, at kontrahenterne skal sikre, at deres risikoprofil er risikovillig, eftersom kontrahenterne ikke kan forvente, at samarbejdet ender som en succes. Såfremt begge kontrahenter er risikoaverse, vil det indebære, at kontrahenterne højst sandsynligvis ikke vil indgå i en kontrakt om skabelsen af et innovativt produkt.³⁵⁴ At kontrahenternes risikoprofil har sådan en væsentlig rolle i forbindelse med indgåelse af partnerskaber, med henblik på at skabe innovation, er således ikke et fremmed postulat. Det er ofte set, at de store virksomheder mangler risikoappetit, når det kommer til indgåelse af partnerskaber med eksempelvis en mindre virksomhed, hvilket Professor Avery Doz mener fører til skuffelse og konflikt.³⁵⁵ Dette kan illustreres med følgende eksempel, hvor parterne skal foretage en investering for, at deres projekt genererer gevinst:³⁵⁶

To virksomheder (Virksomhed 1 og Virksomhed 2) kan begge investere 1 eller 2, og sandsynligheden for gevinst afhænger af deres investering. De er begge enige om, at sandsynligheden for gevinst er 1/4, hvis de hver investerer 1. Virksomhed 1, der er den risikovillige virksomhed, mener, at sandsynligheden for at få gevinst er 1, såfremt de begge investerer 2, hvor Virksomhed 2, den risikoaverse virksomhed, derimod mener, at sandsynligheden er uændret.

³⁵² Nicolajsen, Hanne Westh. 2017. *Hvordan skaber man it-innovation, når vejen er ukendt*. ITU.

³⁵³ Ibid.

³⁵⁴ For uddybelse, se afsnit 6.4.

³⁵⁵ Doz, Yves L. 1987. *Technology Partnerships between Larger and Smaller Firms: Some Critical Issues*. Int. studies of Mgt. & Org. Vol XVII. No 4. s. 36-38.

³⁵⁶ Lando, Henrik. 2019. *Strategi og Kontrakter - Forelæsning 6*. CBS. slide 23-29 (se Bilag 1).

Dette indikerer, at det er svært at indgå samarbejder, såfremt man har to modstridende risikoprofiler.³⁵⁷ I ovenstående tilfælde ses det, at Virksomhed 1 er meget interesseret i at foretage investeringen, hvorimod Virksomhed 2 er mere tilbageholdende med sin investering. Parternes forskellige vurderinger af sandsynligheden for gevinst medfører dog, at Virksomhed 1 har mulighed for at foretage en handel med Virksomhed 2. Virksomhed 1 kan således "bestikke" Virksomhed 2, og det antages dog, at Virksomhed 1 (den lille virksomhed) har likviditetsproblemer, men lover at betale Virksomhed 2, så snart de har høstet gevinsten ved at foretage investeringen. Da Virksomhed 2 er risikoavers, vil denne således ikke tro, at investeringen i projektet vil medføre en gevinst, og førnævnte kan således ikke lade sig gøre. Dette betyder, at der ikke vil blive foretaget en investering i projektet og Virksomhed 1 vil, jf. Rabins reciprocitetsteori, bebrejde Virksomhed 2 for dette resten af projektets levetid.

Ovenstående eksempel kan således afskrække virksomheder for at indgå i partnerskaber, hvor der er mulighed for at skabe innovation og i sidste ende, eventuel opnåelse af relationsrente. At skabe innovation er dog, som tidligere nævnt, ikke ligetil, da det er de færreste virksomheder, der besidder alle de nødvendige kompetencer for at skabe innovation.³⁵⁸ Dette betyder således, at der bør ske et paradigmeskift i ledelsen i de større virksomheder, der ikke deler førnævnte holdning.³⁵⁹ Med det menes, at virksomheder bør indgå i partnerskaber, såfremt de ønsker at skabe et innovativt produkt, hvilket ligeledes indikerer, at deres risikoprofil skal ændres.

Hanne Westh Nicolajsen påpeger ligeledes, at innovation skabes bedst ved sammensætningen af to virksomheder. Hun mener derudover, at partnerskaber skal bestå af to typer af virksomhed,³⁶⁰ eksempelvis en virksomhed der altid har haft en hierarkisk struktur og en virksomhed med en fladere og mere kreativ struktur. Det kan argumenteres, at disse to typer af strukturer vil kunne samarbejde, så længe deres risikoprofiler er lignende, jf. ovenstående. En virksomhed med hierarkisk struktur vil kunne samarbejde med en flad så længe, at den hierarkisk virksomhed kan tilpasse sig projektet med organisatorisk opbakning, som blev set modsætningsvis i KORA-rapporten, jf. afsnit 4.3. Ved at have forskellige strukturer kan måden hvorpå organisationen tænker på påvirkes. Eksempelvis, kan det tænkes, at en hierarkisk virksomhed, grundet dennes struktur, tildeler en specifik gruppe opgaven at videreudvikle idéer med henblik på it og/eller optimering af arbejdsgange via it. Gruppen er nødvendigvis ikke i stand til at udføre de førnævnte opgaver

³⁵⁷ Det bemærkes, at såfremt der er tale om en risikoneutral part og en risikovillig part vil der ikke nødvendigvis ikke være nogle forhindringer, i form af parternes risikoprofil, ved kontraktindgåelse.

³⁵⁸ Nicolajsen, Hanne Westh. 2017. *Hvordan skaber man it-innovation, når vejen er ukendt*. ITU.

³⁵⁹ Ibid.

³⁶⁰ Ibid.

grundet manglende indsigt eller viden indenfor det pågældende område. Såfremt denne virksomhed partner op med en virksomhed af flad struktur, vil opgaven blive tildelt de medarbejdere, der har de bedste kompetencer og forudsætninger for at løse opgaven. Dette da virksomheder med den flade struktur kan karakteriseres som værende kreative af natur, da deres medarbejdere og kompetencegrupper har tendens til at have bedre tilpasningsevner med konstant forandring. Disse kompetencer giver dem mulighed for at håndtere deres problemer på egen unik operationel proces uden at søge ledelsesmæssig opbakning, modsat en virksomhed med hierarkisk struktur.³⁶¹ Igen kan der sondres mellem innovation og kreativitet i form af en virksomhed sidder idéerne, mens den anden er i stand til at udføre dem, som tidligere diskuteret. Dette kan ligeledes udledes af Den Ambidekstrale Model, se nedenstående, der viser balanceringen samt forbedringen af det eksisterende og udforskning af det nye.³⁶²

	Udnyttelse	Udforskning
Strategiske fokus	Omkostninger og profit	Innovation og vækst
Kritiske opgaver	Funktioner, effektivitet, inkrementelle innovationer	Tilpasning, nye produkter/services/organisering af innovative gennembrud
Kompetencer	Funktionelle	Entreprenørielle
Struktur	Formel, mekanistisk	Fleksibel, løs
Organisationskultur	Effektivitet, lav risikovillighed, kvalitet, marked	Risikovillighed, tempo, fleksibilitet, eksperimenterende
Styringsmekanismer	Margen, produktivitet	Milepæle, vækst
Ledelsesform	Autoritær, top-down	Visionær, involverende

Tabel 3. Kilde: Nicolajsen

Dyer *et al* (2018), som tidligere beskrevet i afsnit 5.5, er af den overbevisning, at den hierarkiske organisationsstruktur må anses for værende den korrekte i partnerskaber. Dette blev dog forkastet i samme afsnit, hvor den flade organisationsstruktur anses for værende den rette struktur i et it-partnerskab. Dette

³⁶¹ Advanz. 2020. *Fordelene ved en flad organisationsstruktur*.

³⁶² Nicolajsen, Hanne Westh. 2017. *Hvordan skaber man it-innovation, når vejen er ukendt*. ITU.

må således siges at være modstridende i forhold til Hanne Westh Nicolajsens postulat, omhandlende de to forskellige organisationsstrukturer, der, ifølge hende, skulle være til stede i et partnerskab for at skabe innovation - hvilket ligeledes kan udledes af Tabel 3. Det skal dog undersøges, om det er muligt at kombinere postulatet i afsnit 5.5 med Nicolajsens postulat, som beskrevet ovenfor. Som det kan udledes af nærværende afsnit, sammenholdt med afsnit 6.4, må kontrahenternes risikoprofiler således siges at spille en mere væsentlig rolle end kontrahenternes organisationsstruktur. Der bør derfor ikke foreligge et problem ved, at to virksomheder med forskellige organisationsstrukturer går sammen i et partnerskab, når blot det sikres, at der i partnerskabet hersker den flade organisationsstruktur. Den flade struktur vil således medvirke til, som beskrevet i afsnit 5.5, at der er mulighed for kreativitetens udfoldelse. At kontrahenterne har forskellige strukturelle baggrunde kan i stedet kategoriseres som værende komplementære ressourcer, hvilket ligeledes kan udledes af Tabel 3, og de komplementære ressourcer må således siges at være det væsentligste fundament for, at partnerskabet ender i succes som set i afsnit 5.4 samt 5.7.

7.2 Den prækontraktuelle fase

Når kontrahenterne har statueret, hvilke komplementære ressourcer de besidder, og at der foreligger et strategisk fit, vil de således bevæge sig ind i den prækontraktuelle fase. Der argumenteres for, at der er tale om henholdsvis en præ-prækontraktuel fase og en prækontraktuel fase.

I førstnævnte fase skal kontrahenterne afholde møder for at etablere et fundament for samarbejdet. Disse møder skal således afholdes inden de påbegynder kontraktforhandlingerne, og omkostningerne forbundet med denne fase vil således kunne siges at tilhøre kontaktomkostningerne.³⁶³ Disse møder bør afholdes hos begge kontrahenter, hvilket medfører, at kontrahenterne får et indblik i, hvordan medkontrahentens organisatoriske struktur er indrettet, jf. afsnit 5.4-5.5 samt afsnit 7.1, således at de sikrer, at kreativiteten kan udfolde sig. Gennem disse møder skal kontrahenterne ligeledes foretage en forventningsafstemning, således at begge kontrahenter danner en klarhed over om deres enighed, og hvordan det fremtidige samarbejde skal struktureres på baggrund af dette. Forventningsafstemningen vil dermed medføre, at begge kontrahenter er indforståede med projektet, og hvad det kræves af hver kontrahent, og ikke mindst hvad de kræver af hinanden for at nå frem til et innovativt resultat. Forventningsafstemningen vil ligeledes medføre, at færre konflikter opstår, da begge kontrahenter gennem denne har fået indsigt i, hvad der kræves for, at partnerskabet bliver en succes. I forbindelse med

³⁶³ Det bemærkes, at parterne dog i denne situation har kontakt med hinanden, det vil sige, at de i denne fase ikke medregner de omkostninger, der er forbundet med at finde hinanden.

nærværende fase får kontrahenterne således indblik i hinandens organisation og eventuelle forretningshemmeligheder. Det anbefales derfor, at parterne indgår *Non-Disclosure Agreements* (NDA) for at sikre, at der ikke opstår mistillid mellem kontrahenterne og dermed sikre, at tillidsbåndet i stedet øges ved evnen til at tale frit.

Når kontrahenterne har underskrevet de førnævnte NDAer, vil de bevæge sig ind i den prækontraktuelle fase og dermed begynde på at "samle" projektet. Det anbefales, at kontrahenterne benytter sig af fælles brainstorming og workshops således, at kreativiteten har mulighed for at udforme sig, og ydermere introduceres nøglemedarbejderne til hinanden gennem førnævnte. Brainstorming og workshopsene vil således medvirke til, at kontrahenterne får indblik i, hvilke relationsspecifikke investeringer de skal foretage i det specifikke projekt, jf. afsnit 5.2, hvor det blandt andet blev anbefalet, at kontrahenterne skal foretage relationsspecifikke investering i human asset. Denne investering i human asset specificity, i form af workshops, kan således medvirke til, at kontrahenterne³⁶⁴ sikrer, at der sker korrekt opfyldelse af kontrakten, eftersom kontrahenterne gennem disse workshops har foretaget forventningsafstemning og delt deres meninger, således hvert part ved, hvad de har at gøre med. Workshopsene kan ydermere medvirke til, at der forekommer færre konflikter, eftersom kontrahenterne gennem disse, og førnævnte forventningsafstemning, ikke bør være i tvivl om, hvad den anden kontrahent ønsker.

Det er således i den præ-prækontraktuelle og prækontraktuelle fase, at kontrahenterne sikrer fundamentet for samarbejdet. Ved kombinationen af forventningsafstemning og workshops, bliver kontrahenterne afsløret overfor, ikke blot måden hver kontrahent tænker på, men lige så måden de arbejder på - og ikke mindst hvordan de tænker i forhold til at vende tanker til praksis. Kombinationen vil forhåbentlig danne et billede for samarbejdet og give hver af kontrahenterne en fornemmelse af den fremtidige relation. Disse faser vil således påvirke det fremtidige samarbejde og ligeledes have indflydelse på, hvilke konflikter der vil opstå i fremtiden, og hvordan disse skal løses. Sideløbende med de påbegyndte workshops vil kontraktforhandlingerne ligeledes påbegyndes og dermed vil kontraktforhandlingsomkostningerne begynde at stige.

7.2.1 Forhandlingsstyrkens påvirkning af kontrakten

I forbindelse med kontraktforhandlingerne må kontrahenternes forhandlingsstyrke ligeledes siges at spille en væsentlig rolle, eftersom det ikke er muligt at undgå forhandlinger - uagtet at fundamentet for det

³⁶⁴ Både kontrahenter i klassiske kunde/leverandørforhold, men ligeså i partnerskaber.

gode samarbejde foreligger, kan det ikke undgås, at der altid vil forefindes et behov for en form for sikkerhed, når det gælder forretning. Der sondres mellem ex ante og ex post forhandlingsstyrke. Kontrahenternes forhandlingsstyrke påvirkes af flere faktorer og i et partnerskab bestående af en stor og lille virksomhed, som nævnt i afsnit 7.1, vil det således være den store virksomhed, der har forhandlingsstyrken i kraft af sine stordriftsfordele. I andre partnerskabskonstellationer påvirkes forhandlingsstyrken af, hvilke ressourcer kontrahenterne medbringer. Såfremt en virksomhed medbringer, hvad der kan karakteriseres som de kritiske ressourcer, det vil sige, ressourcer der er yderst vigtige for samarbejdet, vil kontrahenten, der medbringer førnævnte, således have en større forhandlingsstyrke og vil ligeledes besidde denne styrke, når kontrahenterne skal forhandle om deling af den eventuelle relationsrente i ex ante forhandlingerne.³⁶⁵ Dette indikerer, at kontrahenternes forhandlingsstyrke ikke kun spiller en rolle ved kontraktindgåelsestidspunktet, men ligeledes gennem hele deres samarbejde.³⁶⁶ Dyer *et al* (2018) påpeger ligeledes, at forhandlingsstyrken spiller en væsentlig rolle i samarbejdet, både i situationer hvor markedet ændrer sig, og i situationer hvor der skal foretages ændringer i kontrakten. Det er dog ikke antaget, at blot fordi en kontrahent havde forhandlingsstyrken ex ante, at denne ligeså har forhandlingsstyrken ex post. Forhandlingsstyrken ændrer sig i løbet af partnerskabets varighed og ændrer sig ligeledes i takt med, hvem der tilføjer mest værdi i partnerskabet.³⁶⁷ Dyer *et al* (2018) påpeger fire måder, hvorpå forhandlingsstyrken kan ændre sig i et partnerskab: 1) Replikering eller udskiftning af kontrahenternes komplementære ressourcer, 2) Udvikling af yderligere VRIO-ressourcer,³⁶⁸ der ydermere er synergetiske med partnerskabet, 3) Asymmetriske investeringer i relationsspecifikke aktiver³⁶⁹ og 4) Forhindrer at ens konkurrenter efterligner partnerskabets VRIO-ressourcer.³⁷⁰

Det anbefales derfor, at kontrahenterne i ex ante forhandlingerne søger mod at forene deres forhandlingsstyrke, hvilket kan sikres ved at foretage symmetriske relationsspecifikke investeringer. Ved at foretage disse symmetriske investeringer bidrager kontrahenterne således ligeligt til partnerskabet. Kontrahenterne skal ligeledes fokusere på, at de gennem partnerskabets levetid sikrer de optimale forudsætninger for, at ingen af Dyer *et al* (2018)s fire situationer forekommer. Dette indikerer ligeledes, at

³⁶⁵ Dyer, Jeffrey m. fl. 2018. *The relational view revisited: A dynamic perspective on value creation and value capture*. Wiley. s. 3155. (Se ligeledes Asanuma, 1989; Barney, 1991; Pfeffer & Salancik, 9 1978).

³⁶⁶ Ibid. s. 3156.

³⁶⁷ Ibid. s. 3156.

³⁶⁸ VRIO-ressourcer er forkortelse for ressourcer der er: valuable, rare, inimitable and non-substitutable.

³⁶⁹ Det bemærkes, at der ved asymmetriske investeringer menes, situationer hvor den ene part foretager flere relationsspecifikke investeringer end modparten.

³⁷⁰ Den fjerde situation omhandler, at den ene kontrahent er bedre til at sikre, at konkurrenterne kan efterligne partnerskabets VRIO-ressourcer sammenlignet med den anden kontrakt.

kontrahenterne skal sikre, at der foretages symmetriske relationsspecifikke investeringer og ikke asymmetriske.³⁷¹

7.3 Det optimale kontrakt design

7.3.1 Den ydre ramme

Når der skal kontraheres en strategisk kontrakt, kan denne opdeles i en ydre- og en indre ramme for at sikre bedst-mulig investeret tid, som sikrer det bedste produkt på lang sigt. Dette vil sige, at den ydre ramme omhandler, hvad der forventes af et it-partnerskab, mens de indre rammer fokuserer på, hvad partnerskabet skal indeholde. I nærværende afsnit fokuseres der på betingelserne for kontrakten ved et it-partnerskab, og hvad der skal gøres anderledes her for at støtte op om kontrahenternes relation. Først er det vigtigt at arbejde væk fra brugen af standardkontrakter, som jævnligt anvendes i dag. Kontrakterne skal modificeres for hvert partnerskab, da hvert partnerskab må siges at være unikt og personlige mellem de respektive kontrahenter og derfor skal afspejle relationen, qua de førnævnte konkurrencefordele partnerskabet bør skabe. Endvidere bør kontrakten udformes således, at den nærmere inviterer til dialog mellem kontrahenterne, da samarbejdsdynamikken og projektet skal forekomme agilt, ligesom udviklingen af it er. Grundet kontrakten åbner op for en dialog, bør den hellere ikke være lang, jf. afsnit 5.6. Det er derfor også vigtigt, at sproget i kontrakten ikke bliver for akademisk/juridisk, da den skal være let forståelig for alle - også de involverede kernemedarbejderne. Kontraktens sprog er derfor yderst vigtig for samarbejdet, da det skal holdes i mente, at det ikke blot er to virksomheder, der indgår i samarbejdet, men det er i høj grad også er medarbejderne såsom udviklere, som skal efterleve kontrakten.

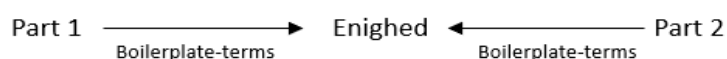
Kontrakten skal nærmere bestå af en løbende dialog end en egentlig kontrakt, hvorfor det er af væsentlig betydning, at den forekommer fleksibel. Dette, da det kan understøttes af, hvis kontrakten alene består af krav til det endelige resultat, og kontrahenterne kun har mødtes én gang ved den indledende startfase, vil det endelige resultat ikke være af samme kvalitet ej af samme tilfredsstillelse, som hvis kontrahenterne har en løbende dialog i takt med projektets proces. Derudover bemærkes det, at det, som tidligere nævnt, er svært at regulere alle forhold i en kontrakt inden samarbejdets begyndelse,³⁷² da dette vil forhøje omkostninger, kontra kontrahenterne bliver enige om en fleksibel kontrakt. Endvidere, ved ikke at benytte rigide kontrakter er der mulighed for, at kontrahenterne kan tilpasse projektet løbende og

³⁷¹ Se ligeledes afsnit 5.2.1, hvor det ligeledes blev statueret, at parterne bør foretage symmetriske relationsspecifikke investeringer.

³⁷² Dette er ligeledes påvirket af parternes begrænsede rationalitet.

kontinuerligt, inden for partnerskabet, med åben kommunikation. Dette betyder således, at hvis visse forhold ændres, stiger omkostningerne ikke for hverken den ene eller anden i forbindelse med kontrakten, da denne dialog også tages i opløbet, og ikke efter dette er indtrådt, som tidligere set, jf. afsnit 5.6. Det vil sige, at denne type kontrakt lægger op til, at kontrahenterne justerer deres mellemværende efterhånden, som ændringerne sker. Ved at anvende en fleksibel kontrakt kan det siges, at kontrakten opbygges på en anderledes måde, end hvad man traditionelt vil gøre. Som det mindes, påpeger Professor Kim Østergaard og Professor Christina Tvarnø, at der foreligger et behov for paradigmeskift, og at der skal ske en ændring af måden, hvorpå kontrakter opfattes og anvendes i praksis, jf. afsnit 3.5 og 5.7. Dette paradigmeskift bør derfor starte ved måden hvorpå, kontrahenterne forhandler på. Traditionelt, som tidligere nævnt, at have bedst forhandlingsstyrke betyder også bedst positioneret, hvorfor forhandlingerne kan sammenlignes med boksekamp: kontrahenterne kæmper mod hinanden i kampen om mindst ansvar og færrest risici, indtil én kontrahent står tilbage som vinderen. Denne tankegang skal ændres for at kunne opnå et paradigmeskift, hvilket ligeledes understøttes af Hal Bretan og Henrik Lando.

Bretan og Lando (2019) mener, i artiklen *The Business Imperatives of Speed to Contract: Changing the Mindset in Drafting and Negotiating Business-to-Business Contracts*, at kontrahenterne fokuserer på de forkerte bestemmelser ved kontraktforhandlinger. Forfatterne mener således, at kontrahenterne bruger for mange timer, og dermed omkostninger, på at forhandle om de samme "boilerplate-terms"³⁷³; det vil sige, de bestemmelser der fastlægger risikoen mellem kontrahenterne. Ydermere er de ligeledes af den overbevisning, at disse omkostninger, der er forbundet med "boilerplate-terms", kan benyttes i en anden og mere efficient sammenhæng.³⁷⁴ Kontrahenterne vil dermed, som udgangspunkt, benytte nogle uger på at "slås" om disse bestemmelser, indtil kontrahenterne havner i enighed, som illustreres i nedenstående figur:



Figur 5. Kilde: Af egen tilvirkning.

Hvis kontrahenterne har samme forhandlingsstyrke, hvilket vil forekomme af de symmetriske relationsspecifikke investeringer, er det efficiente udgangspunkt for forhandlingerne, at kontrahenterne starter i midten, det vil sige punktet enighed. Kontrahenterne bør således foretage et paradigmeskift og i

³⁷³ Bretan, Hal & Henrik Lando. 2019. *The Business Imperatives of Speed to Contract: Changing the Mindset in Drafting and Negotiating Business-to-Business Contracts*. Draft. s. 1.

³⁷⁴ Ibid. s. 2.

stedet have fokus på de bestemmelser, der er hovedpunkterne for selve kontrakten, altså de bestemmelser der er værdimaksimerende for partnerskabet. Det optimale kontrakt-design skal dermed ikke indeholde garanti- og bodsbestemmelser, da disse ikke kan siges at have karakter af værdimaksimering. Såfremt kontrahenterne fokuserer på at forhandle disse, vil transaktionsomkostningerne ved at indgå kontrakten øges væsentligt.³⁷⁵ Ydermere som statueret i afsnit 3.5, vil kontrahenterne indirekte ende med at betale to gange for samme ydelse. Bretan og Lando (2019) påpeger fire parametre³⁷⁶, som kontrahenterne bør fokusere på og som kan anses for værende de værdimaksimerende bestemmelser: 1) Klarhed over hvad der er aftalt, kan dette udledes fra tidsplanen og SOW³⁷⁷? 2) Hvordan vil kontrahenterne kommunikere med hinanden og træffe fælles beslutninger? 3) Hvordan vil kontrahenterne håndtere ændringer undervejs i partnerskabet? 4) Hvordan vil kontrahenterne håndtere eventuelle konflikter?³⁷⁸ Ved at kontrahenterne i stedet har fokus på de førnævnte parametre, vil dette sikre fundamentet for et godt samarbejde og dermed deres mulighed for at opnå relationsrente. Dette indikerer, at Bretan og Landon taler for, at der benyttes en interessebaseret tilgang, hvilket underbygger brugen af strategisk kontrahering.

I Lumineau *et al* (2009) opstiller forfatterne den hypotese, at konflikter i kontraktforhold vil blive mere omfattende, desto mere kontrahenterne forsøger at kontrollere samarbejdet ved at benytte eksplicitte kontraktbestemmelser. Forfatterne taler også for, at der skal foretages et paradigmeskifte, når det kommer til regulering af kontrakter. De mener, at der skal være tale om en mere interessebaseret tilgang end den rettighedsbaseret tilgang, når det kommer til kontraktkoncipering.³⁷⁹ Ved en interessebaseret tilgang forstås, at det er selve kernen, med andre ord, interessen i samarbejdet, der skal være "ånden" i kontrakten, og hvordan rettighederne skal fordeles. Det vil sige, at Lumineau *et al* (2009) er enig i, Bretan og Landos (2019) postulat. Når kontrahenterne i stedet benytter sig af den interessebaserede tilgang, vil de således foretage forventningsafstemningen, som omtalt i afsnit 7.2, og derigennem give udtryk for deres interesser i forhold til samarbejdet. Dette vil, som tidligere nævnt, minimere chancen for overraskelser og uoverensstemmelser i løbet af kontraktforholdet. Ved at benytte denne tilgang vil der således ikke skulle afholdes omkostninger ved at løse det samme antal konflikter, som ved brug af den rettighedsbaserede tilgang, eftersom parterne

³⁷⁵ Tid er også lig med penge, og såfremt parterne bruger deres tid forkert, eftersom denne i stedet kunne være brugt på igangsættelsen af udviklingen. I værste tilfælde kan parterne blive overhalet inden af en konkurrent.

³⁷⁶ Bretan, Hal & Henrik Lando. 2019. *The Business Imperatives of Speed to Contract: Changing the Mindset in Drafting and Negotiating Business-to-Business Contracts*. Draft. s. 1-2.

³⁷⁷ Statement of Work.

³⁷⁸ Bretan, Hal & Henrik Lando. 2019. *The Business Imperatives of Speed to Contract: Changing the Mindset in Drafting and Negotiating Business-to-Business Contracts*. Draft. s. 5.

³⁷⁹ Lumineau, Fabrice m. fl. 2009. *Shadow of the contract: How Contract structure shapes interfirm dispute resolution*. Strategic Management Journal. No. 32, pp. 532-555. s. 534-535.

har foretaget denne forventningsafstemning. Ydermere påpeger Lumineau *et al* (2009), at der er belæg for, at den interessebaserede tilgang ligeledes mindsker omkostningerne forbundet med konflikter i forhold til en rettighedsbaserede tilgang, hvilket kan underbygges af, at chancen for overraskelser og uoverensstemmelser falder ved brug af den interessebaserede tilgang. Endnu et argument for at benytte den interessebaserede tilgang er således, at kontrahenter der benytter den interessebaserede tilgang, er mere villig til at "afsløre" brugbar viden for medkontrahenten³⁸⁰ - hvilket må siges at være yderst relevant i nærværende tilfælde, eftersom der i afsnit 5.3 blev argumenteret for, at kontrahenterne skal dele viden med hinanden for dermed at kunne udvikle det bedste produkt. Såfremt der foreligger asymmetri i kontrahenternes forhandlingsstyrke, er den interessebaserede ligeledes at foretrække,³⁸¹ eftersom kontrahenterne har samme interesse i, at partnerskabet ender i succes, og derfor bør der hurtigere opstå enighed i Bretan og Lando (2019)s fire opstillede parametre.

7.3.2 Den indre ramme

Den indre omhandler bestemmelserne, der skal indgå i kontrakten, der er således blandt andet tale om de parametre, Bretan og Lando (2019) nævner. Kontrakten bør, som tidligere nævnt ikke indeholde garanti- og bodsbestemmelser, men nærmere bestemmelser der omhandler selve det endelige output. Det vil sige, at kontrakten skal indeholde de førnævnte fire parametre, der skal formuleres gennem kontraktens bestemmelser. Det betyder ligeledes, at kravspecifikationer ikke bør indgå, hverken i partnerskabskontrakter eller kontrakter der benyttes i et Kunde/Leverandørforhold. Kravspecifikationen kan siges at være innovationshæmmende, da der i denne er mulighed for at specificere produktet, og som regel består kravspecifikationen af en kombination af absolutte og øvrige krav. Kravspecifikationen kan kategoriseres som værende en statisk opskrift eller model, og dermed spænder den ben for sig selv og vil ikke kunne anses for at være innovativ. Kontrahenterne bør i stedet udarbejde en minimumstjekliste, eksempelvis ved workshops. Minimumstjeklisten skal dog kunne modificeres, hvilket vil sikre, at udviklerne har mulighed for at være kreative og tænke i andre baner, i stedet for at blive låst til kravspecifikationen, og dermed øges chancerne for skabelse af innovation.

7.3.2.1 Videndeling

I kapitel 5 blev Dyer og Singhs (1998) fire betingelser for, at kontrahenter i et kontraktforhold har mulighed for at opnå relationsrente, gennemgået. I den forbindelse blev det statueret, at videndeling samt

³⁸⁰ Lumineau, Fabrice m. fl. 2009. *Shadow of the contract: How Contract structure shapes interfirm dispute resolution*. Strategic Management Journal. No. 32, pp. 532-555. s. 535.

³⁸¹ Ibid. s. 548.

komplementære ressourcer er de to betingelser, der er de vigtigste for et vellykket partnerskab. Dyer *et al* (2018) anså de komplementære ressourcer som værende et punkt for sig selv, det vil sige, at komplementære ressourcer, ifølge forfatterne, kunne stå alene og således ikke afhang af de tre andre betingelser³⁸².

I partnerskaber, hvor fokus er at skabe innovation, anbefales det, at kontrahenterne fokuserer på begge betingelser; det vil sige, både videndeling og komplementære ressourcer.³⁸³ Videndeling må siges at være essentiel for skabelse af et innovativt produkt, og viden skal derfor deles, da det medvirker til, at virksomheder kan skabe mere innovation og øge deres produktivitet.³⁸⁴ Ifølge forfatter, netværkschef og foredragsholder Susie Lynge, handler videndeling om at styrke forretningen ved at udnytte den viden og de ressourcer, der allerede er til stede, bedst muligt. At kontrahenterne benytter sig af de allerede eksisterende ressourcer vil således medvirke til, at transaktionsomkostningerne falder, da kontrahenterne ikke skal afholde yderligere omkostninger ved at investere i lignende ressourcer. Lynge påpeger ligeledes, at virksomheder oftest begår den fejl, at de ikke anerkender medarbejdernes viden og ligeså, at denne viden er en yderst vigtig ressource og måske ligefrem den vigtigste ressource, såfremt man ønsker at have opnå succes.³⁸⁵ At virksomheder ikke anerkender medarbejdernes viden indikerer ligeledes, at der bør foretages et paradigmeskift. Dette betyder at virksomhederne bør forholde sig mere strategiske til videndeling, end hvad tilfældet er i dag.³⁸⁶ At videndeling overhovedet forekommer påvirkes af medarbejdernes adfærd, og man skal derfor have i mente, at det er psykologiske mekanismer, som videndeling afhænger af. De psykologiske mekanismer styrer 90% af medarbejdernes tid i dagligdagen og medfører, at medarbejderne som udgangspunkt deler viden med de medarbejdere, de trives bedst med og/eller kender i forvejen.³⁸⁷ At medarbejderne deler viden med de personer, som de har et godt tilhørsforhold til, anses for værende en vigtig komponent. Dog er medarbejdernes personpræference ikke ensbetydende med, at det er de korrekte personer, som de deler denne viden med, og dette skader således partnerskabet. At besidde viden som andre ikke har, har medvirket til, at de vidende har længe haft en anden magt og position end de ikke-vidende.³⁸⁸ At viden og magt påvirker således graden af videndeling og medfører, at mange medarbejdere ikke deler deres viden, da de er bange for at miste status eller indflydelse.

³⁸² Relationsspecifikke investeringer, videndeling og effektiv governance.

³⁸³ Eftersom komplementære ressourcer anses for at tilhøre den prækontraktuelle fase, vil det ikke gennemgås i nærværende afsnit.

³⁸⁴ Lynge, Susie. 2019. *Videndeling - sådan kommer du godt i gang*. Alt om ledelse. Onlinemagasin om ledelse.

³⁸⁵ Ibid.

³⁸⁶ Ibid.

³⁸⁷ Ibid.

³⁸⁸ Dette var allerede tilfældet i renæssancen, hvor det primært var kongen, de adelige og kirken, der kunne læse og skrive latin og havde dermed mere magt over det resterende folkefærd.

Videndeling kræver derfor hårdt arbejde fra begge kontrahenter og ikke kun for ledelsen, men fra hele teamet. For at videndeling kan forekomme, kræves det ligeledes, at teamet ikke kun sammensættes efter titler, men ud fra kompetencer. Dette betyder, at man ikke blot skal sammensætte et team bestående af softwareudviklere, fordi de har samme titel. Det vil således ikke medføre en særlig høj grad af videndeling.³⁸⁹ Ph.d.-stipendiat Lise Dahl Arvedsen mener, at en af forhindringerne for at videndeling forekommer er, at medarbejderne der besidder den relevante viden og faglighed ikke har mulighed for at dele denne viden, da teammøder oftest omhandler, hvordan den kommende uge ser ud, eller hvilke opgaver de arbejder med.³⁹⁰ Kontrahenterne bør derfor fastsætte bestemmelser, der sikrer, at der ikke kun afholdes teammøder og driftsmøder, men ligeså "videnmøder". Møderne skal sikre, at det ikke kun er den kodificerbar viden der deles, men ligeledes den mere komplekse viden. Kontrahenterne skal dog sikre, at der er en projektleder/tovholder til stede til mødet således, at der skabes de rette rammer for, at medarbejderne har lyst til at dele sin viden.³⁹¹ Projektleder/tovholderen er således vigtig, da dennes rolle er at give plads til deling af viden men samtidig styre slagets gang, så de medarbejder der besidder viden ikke skal have det ansvar.

Det er dog ikke garanteret, at videndeling kan forekomme. Videndeling handler, som udgangspunkt om, at en person har noget, en anden person kan få del i. Såfremt det ikke er muligt at foretage videndeling ud fra de allerede eksisterende ressourcer, bør kontrahenternes fokus rettes mod videnskabelse. Videnskabelse vil ligeledes flytte medarbejdernes syn på videndeling og vil i stedet se det som noget, der er skabt i fællesskab. Videndeling kan med fordel ændres til videnskabelse, eftersom videndeling kan anses for værende negativt. Som nævnt anses viden og magt for at hænge sammen og ved at have fokus på videnskabelse, kan rammerne for at de forskellige medarbejdere deler viden med hinanden øges. Mennesker er et flokdyr,³⁹² og derfor vil tilliden i partnerskabet stige, såfremt de fokuserer på at benytte betegnelsen videnskabelse frem for videndeling. Da der vil opstå et tilhørsforhold ved, at denne viden er skabt i fællesskab. Kontrahenterne skal derfor indsætte bestemmelser der regulerer de ydre rammer for, hvordan disse videnmøder skal foregå.

7.3.2.2 Kontraktjusteringsmekanismer

Tidligere i afsnit 6.2 fandtes der rationale for brugen af hardshipklausuler som en del af kontraktjusteringsmekanismen. Det fandtes, at kontrahenterne kan have gavn ved denne klausul, når

³⁸⁹ Arvedsen, Lise Dahl. 2019. *Virtuelle teams: Når videndeling er i centrum*. Teknologiens Mediehus.

³⁹⁰ Ibid.

³⁹¹ Lyng, Susie. 2019. *Videndeling - sådan kommer du godt i gang*. Alt om ledelse. Onlinemagasin om ledelse.

³⁹² Hjort, Sofie. 2015. *Mennesket er flokdyr. Derfor bliver vi ensomme alene*. DR.

kontraktens balance pludseligt og uventet bliver påvirket så væsentlig, således en kontrahent bliver byrdefuldt belastet ved kontraktens opfyldelse. Ved it-aftaler blev der fundet et økonomisk rationale for brugen af hardshipklausuler, da det blev set, hvordan vedtagelse af hardshipklausuler kan sikre ceteris paribus. Yderligere, da kontrahenterne begge vil agere som realdebitor, har de samme risiko for at blive påvirket af de efterfølgende omstændigheder, som dermed vil besværliggøre kontrakten yderligere, hvorfor der derfor kan foreligge incitament til at acceptere klausulen.³⁹³ Østergaard og Petersen (2020) argumenterer ligeledes for, at der foreligger tre kumulative betingelser for, hvornår man skal benytte hardship- og gevinstklausuler. Den første betingelse er i situationer, hvor kontrahenterne ikke finder, at der foreligger et økonomisk rationale for at specificere alle mulige fremtidige begivenheder. Den anden betingelse foreligger, i kontraktforhold hvor det ønskes, at kontraktforholdet skal bestå og hvor kontrahenterne ligeledes har investeret i dette forhold. Den tredje og sidste betingelse er i tilfælde, hvor kontrahenterne har udelukket muligheden for at oprette et joint venture.³⁹⁴ Det kan dog diskuteres, om hardshipklausuler virkelig er den korrekte løsning til kontrahenternes problem. Der forekommer usikkerhedsmomenter ved brugen af hardship, da den manglende klarhed omkring, hvornår hardship er indtrådt vil kunne give anledning til stridigheder mellem kontrahenterne. Der findes en risiko ved, at en kontrahent kan påberåbe sig retten til genforhandling i tilfælde, hvor der ikke er egentlige krav til dette. Her findes der en usikkerhed i, at vurdere graden af et byrdefuldt forhold, som parterne formentlig ikke vil være enige om, da en kontrahent allerede har påberåbt sig, at denne føler sig snydt. Begynder kontrahenterne at forfølge egeninteresse, kan det formodes, at de vil misbruge genforhandlingsadgangen og fortolke formuleringer til at komme med krav på de forkerte grundlag. Særligt den kontrahent som ikke lider under de økonomiske forhold har intet incitament til at overhovedet at anerkende indtrædelse af hardship. Derfor kan hardship siges ikke at være lige så fleksibelt, som det ønskes at være ved it-aftaler. Yderligere, hvis en kontrahent ønsker at gøre brug af hardship kan bære præg af, at denne ønsker at lægge en exit-strategi fra starten af, hvorfor det kan argumenteres, at hardshipklausuler allerede før forhandlingens start kan skabe en stor usikkerhed og ikke mindst ustabilitet i kontraktforholdet.

Som tidligere set, vurderes det, at kontrahenterne selv er bedst egnede til at løse deres problemer. Såfremt en kontrahent påberåber sig retten til genforhandling, kan det formodes, at disse ikke vil enes med det samme, hvorfor der opstår flere transaktionsomkostninger, dog ex post. Dette vil gå imod princippet om, at omkostninger skal søges at afholdes ex ante.³⁹⁵ Meningen i partnerskabet er, at kontakt og kommunikation

³⁹³ Se afsnit 6.2.

³⁹⁴ Petersen, Bent. & Kim Østergaard. 2020. *The application of hardship and gain provisions in strategic contracting*. Journal of Strategic Contracting and Negotiation. s. 17-18.

³⁹⁵ Se afsnit 5.7.

er fleksibelt, hvorved konflikter tages i opløbet og ikke efter indtræden, jf. kommunikationspligten. På baggrund af dette, kan det argumenteres, at hardship ikke bør være nødvendigt i dette tilfælde. Genforhandling har altid eksisteret og kan sidestilles med den anbefalede fleksible kontrakt³⁹⁶, da denne skal invitere til dialog og hele tiden kunne tilpasses i tilfælde af ændrede omstændigheder. Da partnerskabet ønskes at fungere på baggrund af deres relation og gode intentioner, bør kontrahenterne i højere grad forsøge at tilpasse sig frem for at genforhandle. Derfor kan det forkastes, at hardshipklausulerne kan kategoriseres som løsningen på kontrahenternes problemer, og den optimale kontrakt bør derfor indeholde en hardshipklausul, eftersom denne kan signalere mistillid, og på baggrund af hvis der er tale gode intentioner, som ved it-partnerskabet, findes der ikke et behov for hardshipklausulen.

Østergaard og Pedersen (2020) argumenterer ligeledes for benyttelsen af gevinstklausuler og finder, at disse er nødvendige at benytte i samme situationer, som beskrevet ovenfor. Som nævnt i afsnit 6.3 omhandler gevinstklausuler delingen af en pludselig opstået gevinst, som ingen af kontrahenterne havde mulighed for at forudse. I lyset af Pandora-dommen og Tintin-dommen, som beskrevet i afsnit 3.2, er der således meget, der taler for benyttelsen af gevinstklausuler, da førnævnte domme medførte store ex ante transaktionsomkostninger for kontrahenterne. Der er, ligesom ved hardshipklausuler, negative sider ved benyttelsen af gevinstklausuler. Såfremt kontrahenterne har tilføjet en gevinstklausul i kontrakten, men ikke benyttet en fordelingsnøgle, skal kontrahenterne, som set ved hardship, til at genforhandle kontrakten igen, hvilket ved medføre, at omkostningerne stiger og eventuelt, at gevinsten skrumper som følge af de øgede omkostninger. Kontrahenternes mulige opportunisme medfører dog, at der foreligger et incitament for at benytte gevinstklausuler i partnerskaber. Dette på baggrund af, at partnerskaber, som udgangspunkt, har en længere tidsramme end det eksempelvis ses ved almindelige aftaler. Det anbefales derfor, at kontrahenterne benytter sig af gevinstklausuler i partnerskabsaftalen, men kontrahenterne skal sikre, at de har benyttet sig af en fordelingsnøgle, der beskriver, at alle gevinster deles ligeligt. At gevinsten skal deles ligelig udledes på baggrund af Rabins reciprocitetsteori og ligeledes Pandora- og Tintin-dommen, modsætningsvis.

Det blev i afsnit 5.3 konkluderet, at kommunikationspligten kunne anses som en udvidelse af loyalitetspligten, da denne anvendes bredere end oplysningspligten. Det fandtes dog, at kommunikationspligten forpligter kontrahenter til ikke blot at informere hinanden om forhold af betydning, dog at de også forpligtes til at opdatere på hinanden på udviklingen af projektet. Hvorfor det blev konkluderet, at kommunikationspligten må siges at kunne stå alene, og dermed danne ramme for det sjette K, som postuleret af Professor Kim Østergaard i artiklen: *Strategisk Kontrahering - Efterfølgende*

³⁹⁶ Se afsnit 7.3.1.

omstændigheder: Om anvendelsen af hardship- og gevinstklausuler som kontraktjusteringsmekanismer. Ved generel kommunikation mellem kontrahenterne opbygges et forhold uden mistillid, og dermed et bæredygtigt samarbejde.³⁹⁷ Ydermere, da kontrahenterne skal agere som et partnerskab, foretages der videndeling³⁹⁸, hvilket også giver mulighed for at opdage andre komplementære ressourcer, kontrahenterne muligvis ikke var opmærksomme på. Petersen og Østergaard (2020) argumenterer ligeledes, at inden for strategisk kontrahering anses gensidig kommunikation, som værende en udveksling af strategisk information, som i juridisk begreb er en fælles kommunikationsforpligtelse mellem kontrahenterne.³⁹⁹ Det kan endvidere tilføjes, at gennem Rabins reciprocitetsteori kan det udledes, såfremt en kontrahent foretager sig en handling i form af en god gerning, som denne ikke kontraktuelt er forpligtet til, er der større sandsynlighed for at medkontrahenten gør det samme. Det skal dog bemærkes, at det ikke vil være muligt kun at læne sig op ad kommunikation, som kontraktjusteringsmekanisme, grundet kontrahenternes begrænsede rationalitet samt det manglende paradigmeskift, herunder måden at opfatte og anvende kontrakter på ikke har indtrådt. Derfor kan det argumenteres, at det kunne være en god idé at vedtage alternative klausuler til eksempelvis hardship, da transaktionsomkostningerne forbundet til konciperingen kan stige, såfremt kontrahenterne i stedet søger at regulere alle fremtidige forhold, netop grundet parternes begrænsede rationalitet.

Da transaktionsomkostninger er med til at påvirke hvilke aftaler, der indgås, er det også vigtigt at huske på, at kontrahenterne kan handle opportunistisk på baggrund af deres rationalitet, hvorfor disse ønsker sikkerhed i deres kontrakt. Der foreligger derfor en mulighed for at benytte henholdsvis tit-for-tat klausuler⁴⁰⁰ eller knock-for-knock klausuler. Knock-for-knock klausuler indebærer, at hver kontrahent bærer sit eget tab uden hensyntagen til, hvem der er ansvarlig for skaden/tabet. Knock-for-knock⁴⁰¹ klausuler må siges at kunne være væsentlige at benytte i partnerskaber, da risici er reguleret gennem disse.

³⁹⁷ Se afsnit 5.3.

³⁹⁸ jf. afsnit 7.3.2.1.

³⁹⁹ Petersen, Bent. & Kim Østergaard. 2020. *The application of hardship and gain provisions in strategic contracting*. Journal of Strategic Contracting and Negotiation. s. 11.

⁴⁰⁰ Tit-for-tat underbygges af Rabins reciprocitetsteori jf. afsnit 5.3 og medfører, at såfremt den ene part handler svigagtig for modparten, vil modparten ligeledes handle svigagtig over for førstnævnte part. Det kan derfor ikke anbefales, at tit-for-tat klausuler benyttes, eftersom det vil medvirke til, at samarbejdet vil blive bragt til ophør.

⁴⁰¹ Knock-for-knock klausuler udgør dog, endnu ikke standardvilkår, i it-branchen, men traditionelt set har de danske domstole udvist villighed til at opretholde ansvarsbegrænsninger i standardvilkår på andre områder. Se ligeledes U 2005.2438 H og U 2006.632 H der omhandler opretholdelse af standard ansvarsbegrænsninger i transportsektorens NSAB 2000. Det bemærkes dog, at en tvist mellem kontrahenterne, i nærværende tilfælde, ikke vil blive behandlet af domstole, men af kontrahenterne selv, hvorfor kontrahenterne kan gøre brug af knock-for-knock klausuler, uden at frygte en domstols anerkendelse af disse.

Dog fandt en norsk domstol,⁴⁰² at man kunne tilsidesætte en sådan klausul, såfremt den ene kontrahent har udvist grov uagtsomhed, på baggrund af kontrahenternes "løse" formulering i form af manglende angivelse, om princippet skulle gælde uanset skyld.⁴⁰³ Selvom der foreligger uklarhed ved, hvornår en knock-for-knock klausul vil kunne tilsidesættes, som følge af grov uagtsomhed, anses klausulen for at have den ønskede (sikkerheds)virkning ved it-aftalen. Dette er baseret på, at kontrahenterne indgår et partnerskab, hvorfor det kan antages, at hverken af kontrahenterne ønsker at pådrage hinanden skader, da 1) de ved, de skal dække over eget tab, 2) ved pådraget skader forringes partnerskabets værdi og sidst 3) skadesdækning er lig med mindre gevinst og forringer ligeledes opnåelse af relationsrente. Til trods for strategisk kontrahering statuerer, at den kontrahent, som er bedst til at bære risici, og omkostningerne hertil, skal gøre dette, kan det argumenteres mod i nærværende tilfælde. Der ses et incitament til at foretage mindre varsomme handlinger, såfremt virksomhed A består af mindre likvider end virksomhed B. Det vil sige, at virksomhed A muligvis ikke vil påvise samme agtsomhed, da denne ved, at virksomhed B vil skulle bære omkostningen. Ydermere, i førnævnte eksempel kan det argumenteres, at som konsekvens ved tilfælde af flere skader pådrages, kan det tænkes, at virksomhed B ønsker at bringe partnerskabet til ophør, da dennes likviditet alene påvirkes. Derfor ved indførelse af knock-for-knock klausulen fjernes incitamentet, og øger agtpågivenhed hos begge kontrahenter, da de er opmærksomme på, at de kan afholde skadesdækning.

Knock-for-knock klausulen skal formuleres på en måde, der sikrer ordlydens klarhed om klausulen skal gælde uanset skyld, og giver derfor begge kontrahenter en vis sikkerhed. Ydermere, kan anvendelsen af NDAer⁴⁰⁴ yderligere sikre sikkerhed mellem kontrahenterne, da de ikke skal bekymre sig om informationer bliver viderebragt eller lækket. Kombinationen af NDA og knock-for-knock klausulen i en fleksibel kontrakt bør hermed mindske kontrahenternes opportunisme, således at de tør at læne sig mere op ad kommunikation som den primære kontraktjusteringsmekanisme. Hvis noget uventet skulle opstå, må kontrahenterne tale om det, da den fleksible kontrakt herudover også deler risiciene bedre, således at kontrakten også fungerer som en kontraktjusteringsmekanisme gennem kommunikation.⁴⁰⁵ Det skal dog bemærkes, at dette kan medføre konflikt, da kontrahenterne igen skal foretage en forventningsafstemning af, hvad de mener er

⁴⁰² Selvom der er tale om en norsk afgørelse, er det sandsynligt, at en dansk domstol ville komme frem til samme resultat i en sag med en tilsvarende "knock-for-knock" klausul. Det er dog uklart hvorvidt rækkevidden for at få klausulen tilsidesat som følge af grov uagtsomhed er mulig. Det vides heller ikke om klausulen kunne blive tilsidesat på medarbejderniveau, eftersom der i dommen var tale om grov uagtsomhed på ledelsesniveau. (Rosing, Jakob. 2014. *Knock-for-knock klausul tilsidesat som følge af grov uagtsomhed*. Kromann Reumert.)

⁴⁰³ Rosing, Jakob. 2014. *Knock-for-knock klausul tilsidesat som følge af grov uagtsomhed*. Kromann Reumert.

⁴⁰⁴ Se afsnit. 7.2.

⁴⁰⁵ Det bemærkes, at der tidligere er blevet gjort opmærksom på, at kontrakten anses for et styringsinstrument i strategisk kontrahering.

rimeligt ved den ændrede omstændighed. Dog grundet self-enforcement⁴⁰⁶ forventes det, at kontrahenterne er bedst egnet til at løse deres konflikter, eftersom de har bedst kendskab til hinanden, samt indebærer færrest omkostninger sammenlignet med eksempelvis domstolsprøvelse. Derudover underbygges det, at den åbne kommunikation mellem kontrahenterne i sammenspil med deres forventningsafstemning og den opbyggede strategi hertil gennem en fleksibel kontrakt bør lede til, at konflikter i det hele taget undgås ex-ante.

⁴⁰⁶ Jf. afsnit 5.5.

Kapitel 8 - Konklusion

Nærværende afhandling har præsenteret strategiske partnerskabsaftaler som et alternativ til de traditionelle aftaler, som indgås i dag. Det danske aftaleperspektiv inden for it, og mange andre brancher, fokuserer på egenoptimering frem for en mere økonomisk efficient fælles optimering. Ved første øjekast, kan brugen af strategisk kontrahering medføre højere transaktionsomkostninger, da der afholdes en del ex ante. I de ovenstående kapitler argumenteres der dog for, hvorfor der findes et økonomisk rationale for at vælge netop denne metode. Da it er kompleks, anses det ikke for værende optimalt at have en fast kontrakt, der bestemmer, hvordan parterne skal agere, grundet de mange ændringer, som sker inden for it-området. Som en konsekvens af førnævnte, kan den faste kontrakt i sidste hæmme innovationen, da kontrakten hurtigt kan anses som forældet. Derfor ved at benytte en strategisk kontrakt, åbnes der dermed op for muligheden, at kontrakten forekommer lige så agil som selve it-udviklingen. Derfor skal strategisk kontrahering ved partnerskaber lægge nærmere op til en dialog, og skal ses som en rettesnor, kontra en reel kontrakt. Det kan derfor konkluderes, at denne løsning er den mest optimale for it-kontrakter, da denne kan siges at medføre færre omkostninger sammenlignet med alternativer. Den strategiske kontrakt forekommer fleksibel, hvorfor parterne ikke skal bekymre sig om, hvorvidt de kan bevæge sig uden for eller inden for kontrakt. Dette da kontrakten, i sin karakter som fleksibel, kan tilpasses løbende, såfremt omstændigheder ændres undervejs.

På baggrund af dette, kan det konkluderes, at parter der indgår i et partnerskab har mulighed for at opnå relationsrente, såfremt der foretages et paradigmeskift, hvor partnerskabsaftalen skal understøtte udøvelsen af strategisk kontrahering. Ved at benytte strategisk kontrahering til udformning af partnerskabsaftalen, vil denne kombination af reaktive og proaktive klausuler medføre, at parterne får et godt samarbejde. At indgå i samarbejder, hvor parterne vil forsøge at opnå relationsrente er således en risk-rewarded tilgang. Det vil sige, at der forekommer vanskeligheder i form af højere risici, da disse forekommer mere "flydende" end de reelt er blevet nedskrevet og reguleret et sted - dog ses det, at fordelene ved at anvende strategisk kontrahering ved it er langt højere end alternativer, jf. afsnit 5.6.

Det kan derfor yderligere konkluderes, at såfremt ønsket er at skabe innovation, skal parterne sikre, at de er villige til at løbe en risiko, hvorfor det er vigtigt, at parternes risikoprofil er enten risikovillig eller risikoneutral. Dette eftersom der foreligger en risiko ved at indgå i partnerskaber og ligeledes en risiko ved at investere i partnerskabet. Denne risiko vil dog, på baggrund af sikkerhedsforanstaltningerne, som omtalt i afsnit 5.2.1 samt 5.5, og brugen af strategisk kontrahering, mindskes. Det kan ligeledes konkluderes, at for at

partnerskaber kan generere relationsrente, må parterne sikre, at de relevante komplementære ressourcer foreligger, således at der skabes ressourcemæssig-afhængighed mellem parterne.

Slutteligt kan det konkluderes, at parterne bør fokusere på, hvordan de sikrer god kommunikation, hvilket igangsættes og etableres allerede ved præ-fasen, jf. afsnit. 7.1 og 7.2, således, at parterne bliver komfortable med at acceptere pågældende risici og dermed at indgå og investere i de omtalte betingelser diskuteret i kapitel 5. Endvidere forkastes brugen af hardshipklausuler, da der ikke findes økonomisk grundlag i og med, at parternes relation og samarbejde er baseret på konstant kommunikation og en fleksibel kontrakt, der tillader dem at justere deres partnerskab efter behov. Såfremt parterne følger de fremlagte anbefalinger, som sikrer de bedste forudsætninger for opnå relationsrente ved brug af strategisk kontrahering, vil partnerskabet blive succesfuldt.

Litteratur- og kildefortegnelse, herunder domsregister

Bøger

Andersen, Lennart Lyng. 2018. *Aftalelovens §36*. Ex Tuto. 1. udgave.

Andersen, Lennart Lyng, & Palle Bo Madsen. 2012. *Aftaler og Mellemænd*. Karnov Group Denmark A/S. 6. udgave.

Andersen, Mads Bryde & Joseph Lookofsky. 2015. *Lærebog i Obligationsret I*. Karnov Group A/S 4. udgave.

Berger-Walliser, Gelinde & Kim Østergaard. 2012. *Proactive Law in a Business Environment*. Djøf.

Baird, David G. m.fl. Picker. 1994. *Game theory and the Law*. Harvard University Press.

Dahl, Børge. m.fl. 2017. *Erhvervsjura*. Djøf Forlag. 4. udgave.

Dutta, Prajit K. 1999. *Strategies and Games*. First edition. Cambridge. Massachusetts Institute of technology.

Eide, Erling & Endre Stavang. 2017. *Rettsøkonomi*. Cappelen Damm AS. 8. udgave.

Hendrikse, George. 2003. *Economics and Management of Organizations*. McGraw-Hill.

Ross, Alf. 2013. *Om Ret og retfærdighed*. Hans Reitzels Forlag. 2. udgave. 1. oplag

Tvarnø, Christina D. & Sarah Maria Denta. 2015: *Få styr på metoden*. Ex Tuto Publishing A/S.

Tvarnø, Christina D. & Ruth Nielsen. 2017. *Retskilder og retsteorier*. Jurist- og Økonomiforbundets Forlag. 5. revideret udgave. 1. oplag.

Udsen, Henrik. 2019. *It-ret*. Ex Tuto Publishing A/S. 4. udgave. Første oplag.

Zahra, Shaker A. m.fl. 2016. *Handbook of Research on Corporate Entrepreneurship*. Edward Elgar Publishing.

Østergaard, Kim. 2003. *Metode på cand.merc.jur studiet*. Julebog. Djøf/Jurist- og Økonomiforbundet.

Domme

BS 10C-590/2016, Flügger-dommen, Byrets dom af 14. maj 2019.
U 2003.23 H, Tintin-dommen, Højesteretsdom af 8. oktober 2002.
U.2007.3027 H, Brunata-Danfoss-dommen, Højesteretdom af 7. september 2007.
U 2010.332 Ø, Rullergitterdommen, Landsretsdom af 21. oktober 2009.
U 2012.3007 H, Pandora-dommen, Højesteretsdom af 28. juni 2012
U 2017.2272 V, Det defekte skibsgear-dommen, Landsretsdom af 19. april 2017.

Kilder

Advanz. 2020. *Fordelene ved en flad organisationsstruktur*. Besøgt d. 5. maj 2020.
<https://advanz.dk/blog/flad-organisationsstruktur/>

Arvedsen, Lise Dahl. 2019. *Virtuelle teams: Når videndeling er i centrum*. Teknologiens Mediehus. Besøgt d. 6. maj 2020.
<https://www.version2.dk/blog/virtuelle-teams-naar-videndeling-centrum-1087665>

Battigalli, Pierpaolo & Giovanni Maggi. 2002. *Rigidity, Discretion and the Costs of Writing Contracts*. The American Economic Review.

Bergen, M. m.fl..1992. *Agency Relationships in Marketing: A Review of the Implications and Applications of Agency and Related Theories*. Journal of Marketing.

Bretan, Hal & Henrik Lando. 2019. *The Business Imperatives of Speed to Contract: Changing the Mindset in Drafting and Negotiating Business-to-Business Contracts*. Draft.

Brogaard, Lena & Ole Helby Petersen. 2014. *Offentlige-Private Innovationspartnerskaber (OPI) - Evaluerende af Erfaringer Med OPI På Velfærdsområdet*. KORA.

Brandts, Jordi. m.fl. 2015. *Let's Talk: How Communication Affects Contract Design*. Journal of the European Economic Association.

Cheng, Roger. 2014. *Farewell Nokia: The rise and fall of a mobile pioneer*. Cnet.com. Besøgt d. 1. maj 2020.
<https://www.cnet.com/news/farewell-nokia-the-rise-and-fall-of-a-mobile-pioneer/>

Coase, Ronald H. 1960. *The Problem of Social Cost*. Journal of Law and Economics. Vol. III. pp. 1-44.

Digitaliseringsstyrelsen. *Standardkontrakter*. Besøgt d. 26. februar 2020.
<https://digst.dk/styring/standardkontrakter/k03-standardkontrakt-for-agile-it-projekter/>

DiMatteo, Larry A. 2010. *Strategic Contracting: Contract Law as a Source of Competitive Advantage*. American Business Law Journal. Vol. 47(4) pp. 727-794.

Den Danske Ordbog. 2019. *Agilitet*. Ordnet.dk. Besøgt d. 17. februar 2020.

https://ordnet.dk/ddo/ordbog?entry_id=51003336&query=agil

Den Danske Ordbog. 2019. *Komplementær*. Ordnet.dk. Besøgt d. 15. april 2020.

<https://ordnet.dk/ddo/ordbog?query=komplement%C3%A6r>

Den Europæiske Centralbank. 2017. *Hvordan fører innovation til vækst?*. ecb.europa.eu. Besøgt d. 22. april 2020.

<https://www.ecb.europa.eu/explainers/tell-me-more/html/growth.da.html>

Den Store Danske. 2016. *Organisationsstruktur*. Gyldendal. Besøgt d. 17. april 2020.

http://denstoredanske.dk/Erhverv,_karriere_og_ledelse/Erhvervsliv/Management/organisationsstruktur

Doz, Yves L. 1987. *Technology Partnerships between Larger and Smaller Firms: Some Critical Issues*. Int. studies of Mgt. & Org. Vol XVII. No 4.

Dragsted, Nicolai. 2012. *K03 - Næste iteration please!* Version2. Besøgt d. 5. marts 2020.

<https://www.version2.dk/blog/k03-naeste-iteration-please-46968>

Dyer, Jeffrey & Harbir Singh. 1998. *The relational view: Cooperative strategy and sources of inter-organizational competitive advantage*. Academy of Management Review, 23(4).

Dyer, Jeffrey m. fl. 2018. *The relational view revisited: A dynamic perspective on value creation and value capture*. Wiley.

Lando, Henrik. 2019. *Strategi og Kontrakter - Forelæsning 6*. CBS

Levin, Sam. 2019. *Netflix co-founder: 'Blockbuster laughed at us... Now there's one left.'* The Guardian. Besøgt d. 22. april. 2020.

<https://www.theguardian.com/media/2019/sep/14/netflix-marc-randolph-founder-blockbuster>

Hanson, Matt. 2019. *Best laptop for programming*. Techradar.pro. Besøgt d. 13. april 2020.

<https://www.techradar.com/news/best-laptop-for-programming>

Hjort, Sofie. 2015. *Mennesket er flokdyr. Derfor bliver vi ensomme alene*. DR. Besøgt d. 8. maj 2020.

<https://www.dr.dk/nyheder/viden/naturvidenskab/mennesket-er-flokdyr-derfor-bliver-vi-ensomme-alene>

Jackson, Kevin. 2018. *A brief history of the smartphone*. Sciencenode.org. Besøgt d. 1. maj 2020.

<https://sciencenode.org/feature/How%20did%20smartphones%20evolve.php>

Katz, Avery W. 1996. *When Should an Offer Stick? The Economics of Promissory Estoppel in Preliminary Negotiations*. Yale Law Journal. Vol. 105, No. 5, pp. 1249-130.

KBH.dk. 2019. *7 gode grunde til at digitalisere og automatisere arbejdsproces*. Besøgt d. 17. februar 2020.
<https://www.kbh.dk/business/7-gode-grunde-til-digitalisere-og-automatisere-arbejdsprocesserne>

Kristensen, Catharina Juul. 2014. *Hvad er innovation?*. Lederweb. Besøgt d. 17. februar 2020.
<https://www.lederweb.dk/artikler/hvad-er-innovation/>

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. *Hvad er innovationspartnerskab*. Besøgt d. 5. marts 2020.
<https://www.kfst.dk/fag/udbud/nyt-udbud/fase-1/hvad-er-innovationspartnerskab/>

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. 2018. *Evalueringsmetoder - Praktisk vejledning til offentlige indkøbere*. Besøgt d. 23. marts. 2020.
<https://www.kfst.dk/media/50086/evalueringsmetoder-praktisk-vejledning-til-offentlige-indkobere.pdf>

Legal Hero. 2019. *IT-Kontrakter*. Besøgt d. 6. februar 2020.
<https://legalhero.dk/it-og-persondataret/it-kontrakter/>

Lumineau, Fabrice m. fl. 2009. *Shadow of the contract: How Contract structure shapes interfirm dispute resolution*. Strategic Management Journal. No. 32, pp. 532-555

Lyng, Susie. 2019. *Videndeling - sådan kommer du godt i gang*. Alt om ledelse. Onlinemagasin om ledelse. Besøgt d. 6. maj 2020
<https://altomledelse.dk/videndeling/>

Madsen, Christian F. & Kim Østergaard. 2019. *Loyalitetsgrundsætningen i dansk ret - indhold og retsvirkninger ved tilsidesættelse*. Karnov Group Denmark A/S

Madsen, Christian Frank & Kim Østergaard. 2017. *Nærmest til at bære risikoen - En overset obligationsretlig grundsætning*. Juristen, nr. 1.

Murnighan, John K. m.fl.. 1999. *The information dilemma in negotiations: Effects of experience, incentives, and integrative potential*. The International Journal of Conflict Management.

Nicolajsen, Hanne Westh. 2017. *Hvordan skaber man it-innovation, når vejen er ukendt*. ITU. Seminar der foregik 4. maj. 2017
<https://www.itu.dk/om-itu/presse/nyheder/2017/hvordan-skaber-man-it-innovation>

Nielsen, Camilla Lindberg. 2018. *Derfor kan interne servere være en farlig investering*. XPconsult. Besøgt d. 11. april 2020.
<https://www.xpconsult.dk/blog/derfor-kan-interne-servere-vaere-en-farlig-investering/>

Olito, Frank. 2020. *Rise and fall of Blockbuster*. Business Insider. Besøgt d. 22. april. 2020.
<https://www.businessinsider.com/rise-and-fall-of-blockbuster?r=US&IR=T>

Petersen, Bent. & Kim Østergaard. 2018. *Reconciling formal contract and relation governance through Strategic Contracting*. Journal of Business and Industrial Marketing. 33(3), 365-376.

Petersen, Bent. & Kim Østergaard. 2020. *The application of hardship and gain provisions in strategic contracting*. Journal of Strategic Contracting and Negotiation.

Python. 2020. *Python for Beginners*. Python.org. Besøgt d. 16. april 2020.
<https://www.python.org/about/gettingstarted/>

Rabin, Matthew. 1993. *Incorporating fairness into game theory and economics*. The American Economic Review. Vol. 83. No. 5. s. 1280-1284.

Riordan, Michael H & Oliver E. Williamson. 1985. *Asset specificity and economic organization*. International Journal of Industrial Organization. Vol. 3, Issue 4. pp. 365-378.

Rosing, Jakob. 2014. *Knock-for-knock klausul tilsidesat som følge af grov uagtsomhed*. Kromann Reumert. Besøgt d. 6. maj 2020.
<https://www.kromannreumert.com/Nyheder/2014/02/Knock-for-knock-klausul-tilsidesat-som-foelge-af-grov-uagtsomhed>

SKAT. 2020. *Hvorfor bruges armslængdeprincippet?*. Besøgt d. 5. marts 2020.
<https://skat.dk/skat.aspx?oid=2060578>

Svarrer, Luna. 2014. *Sådan kender du forskel på innovation og kreativitet*. VPT.dk. Besøgt 1. maj 2020.
<https://vpt.dk/innovation-afbureaukratisering/sadan-kender-du-forskel-pa-innovation-og-kreativitet>

Systime. *Hvad er innovation? - Teori*. Systime.dk - Besøgt d. 9. marts 2020.
<https://i.systime.dk/index.php?id=651>

Tvarnø, Christina D. & Kim Østergaard. 2018. *Relationelle aftaler i et markedsperspektiv*. Copenhagen Business School (CBS.)

Tweedie, Steven. 2015. *World's first smartphone, Simon, was created 15 years before the iPhone*. Business Insider. Besøgt d. 1. maj 2020.
<https://www.businessinsider.com/worlds-first-smartphone-simon-launched-before-iphone-2015-6?r=US&IR=T>

Uddannelses- og Forskningsministeriet. 2012. *Definitioner - Innovation*. ufm.dk. Besøgt d. 9. marts 2020.
<https://ufm.dk/publikationer/2012/danmark-losningernes-land/innovationsstrategi/arbejdet-med-danmarks-innovationsstrategi/definitioner>

Udbudsportalen. *Offentlig-privat innovation*. Udbudsportalen.dk. Besøgt d. 12. marts 2020.

<https://udbudsportalen.dk/udbudsguiden/offentlig-privat-innovation/>

Østergaard, Kim. 2014. *Relevansen af interdisciplinær forskning og empiri i samfundsvidenskaben*. Retfærd, 37(3/149), 3-24.

Østergaard, Kim. 2016. *Strategisk Kontrahering - Efterfølgende omstændigheder: Om anvendelsen af hardship- og gevinstklausuler som kontraktjusteringsmekanismer*. in Jul Clausen, N., Dahlberg-Larsen, J., Gram Mortensen, B. O. & Godsk Pedersen, H. V. (red), *Ikke kun retsfilosofi: Festskrift til Sten Schaumburg-Müller*. 1. udgave. København: DJØF-forlag s. 435-449.

Konventioner

UNIDROIT 2016 - UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts.

Love

Lov nr. 11000 af 15/04/1683 Kong Christian Den Femtis Danske Lov ("DL")

Lovbekendtgørelse 1996-08-26 nr. 781 om Aftaler og andre retshandler på formuerettens område, med senere ændringer lov nr. 1565 2015-12-15.

Lovbekendtgørelse 2014-02-17 nr. 140 om Køb.

Bilag 1

Nedenstående er udklip fra Professor Henrik Landos PowerPoint til faget *Strategi og Kontrakter*, der blev undervist i efterårssemestret 2019 på Copenhagen Business School

Strategi og Kontrakter, Sjette gang om referencepunkter, Oktober 2019. Slide 23-29

Ufuldstændig information og subjektive vurderinger

Et simpelt eksempel:

To parter kan begge investere 1 eller 2 og sandsynligheden for gevinst på 10 afhænger heraf

De er enige om at sandsynligheden for gevinst er $\frac{1}{4}$, hvis de hver investerer 1

A mener, at sandsynligheden for gevinsten er 1 hvis de hver investerer 2 og B mener den er uændret lig $\frac{1}{4}$

Ufuldstændig information og subjektive vurderinger

	1	2
1	$\frac{1}{4}$	$\frac{1}{4}$
2	$\frac{1}{4}$	$(1, \frac{1}{4})$

Antag at parterne kan aftale investeringsniveauer

Ufuldstændig information og subjektive vurderinger

Hvad gør de, hvis A kan bestikke B til at investere?

Hvad gør de hvis A ikke har nogen penge at bestikke med, og hvis A skal låne 1 af B for at kunne investere 2?

Ufuldstændig information og subjektive vurderinger

Hvis A kan bestikke B, betaler A med 1 for at få B til at investere på niveau 2

A tager rollen som residual indkomsmodtager; denne rolle vil A betale meget for at indtage

Bemærk at den forskellige evaluering af sandsynligheden for gevinst giver mulighed for en handel

Ufuldstændig information og subjektive vurderinger

Hvis A ikke kan bestikke B, fordi A er likviditetsbegrænset, kan man forestille sig at A kan betale B med et løfte om fremtidig betaling

A kan sige: jeg betaler dig for at investere 2 så snart pengene er hjemme fra projektet

Men B tror ikke på, at A vil få pengene hjem

Ufuldstændig information og subjektive vurderinger

A vil være nødt til at love B en andel af projektets værdi, der gør det værd for B at investere 2 og ikke 1. Hvis B investerer 1 er den fælles forventede gevinst $\frac{1}{2}$, så antag at begge får $\frac{1}{4}$ (netto)

Hvis begge investerer 2, er den samlede forventede brutto-indtægt ifølge B lig 2.5, og A skal betale 1 tilbage til B for lånet

Så A har kun 1.5 at kompensere B med, ifølge B, og det kan derfor ikke betale sig for B at investere 2

Ufuldstændig information og subjektive vurderinger

Ifølge Doz fører denne slags forskellige vurderinger til skuffelse og konflikt

A skyder skylden for den manglende succes på B