

Strategisk kontrahering i K04-relationer

Strategic contracting in public IT operations service contracts



Tobias Lund Rasmussen (109831)

Mathias Immerdal Kaastrup (110742)

Kandidatafhandling på Cand.merc.(jur.)

Den 17. maj 2021

120 sider og 271.783 anslag

Vejledere:

Kim Østergaard

Bent Petersen

Abstract

As a consequence of governmental institutions' increasing demand for outsourcing of IT operations services, the Danish Digitalization Agency published their new standard IT operations contract "K04" in August 2020. On the surface K04 is a very detailed and modern contract, but K04 has received quite a bit of criticism, especially due to the fact that it largely favors the client, which must be considered a feature related to a conventional approach to contracting.

This thesis examines the criticism of K04 from the perspective of strategic contracting, which unveils certain contractual hazards related to the misaligned incentives of the parties to *undertake relationship-specific investments* and to *incorporate unforeseen contingencies ex post*, due to the rent seeking behavior of the parties and the deficient gap-filling rules under the Danish law of obligations. This thesis thus undertakes a normative approach to the contractual basis of K04 to ensure the alignment of incentives through amendments of specific contractual provisions, based on the characteristics of the outsourced IT operations services and the contractual partnership.

The normative analysis, which is based on the principles of strategic contracting, examines whether the use of proactive provisions and contractual safeguards can remedy the abovementioned contractual hazards. Consequently, the analysis studies the application of hardship and gain provisions as proactive provisions, as well as long-term contracts and contract extension options as hold-up safeguards. Moreover, the analysis studies how reciprocal relationship-specific investments and knowledge sharing routines can act as a signal of credible commitment to the partnership and a utilization of the parties' complementary resources.

This analysis conclusively finds significant evidence of a positive correlation between the above-mentioned proactive provisions as well as contractual safeguards and long-term value-creation in the form of relational rents. The proposed contractual amendments are found to foster incentive compatibility between the parties, to a great extent, by protecting the parties' relationship-specific investments against rent seeking and proactively improving the conditions of the strategic co-operation in the K04 partnership, with regards to knowledge exchange and the incorporation of unforeseen contingencies. The result of this thesis emphasizes the importance of taking a strategic approach to contracting, with implications for future practical use of K04, regardless of the fact that this approach will invoke certain transactional costs ex ante and ex post.

Indholdsfortegnelse

Abstract	1
Kapitel 1 – Introduktion.....	5
1.1. Problemstilling	5
1.2. Problemformulering.....	7
1.3. Synsvinkel	9
1.4. Afgrænsning.....	9
1.5. Teori og metode	10
1.5.1. Generelt	10
1.5.2. Erhvervsjuridisk metode.....	11
1.5.3. Juridisk teori og metode	12
1.5.4. Økonomisk teori og metode.....	15
1.6. Opbygning og struktur	19
Kapitel 2 – Den konventionelle kontrakt	20
2.1. Indledning.....	20
2.2. K04-kontrakten	20
2.2.1. Baggrunden for K04.....	20
2.2.2. Anvendelsesområdet for K04.....	21
2.3. K04 i et PA-teoretisk perspektiv	22
2.3.1. Introduktion	22
2.3.2. Interessekonflikt og asymmetrisk information.....	22
2.3.3. Moral hazard og behovet for kontrol.....	23
2.3.4. Kontrolmekanismer i K04	24
2.3.5. Konventionalitet og kundevenlighed i K04	27
2.4. K04 i lyset af strategisk kontrahering	29
2.5. Delkonklusion	32
Kapitel 3 – Kontraktuelle udfordringer i K04-relationen	33
3.1. Indledning.....	33
3.2. Den inkomplette kontrakt	34
3.3. Hold-up problemet.....	35
3.3.1. Hold-up i et transaktionsomkostningsteoretisk perspektiv	35
3.3.2. Den specifikke hold-up risiko i K04	36

3.4. Efterfølgende omstændigheder	38
3.4.1. Problemstillingen vedrørende efterfølgende omstændigheder.....	38
3.4.2. Manglende regulering af efterfølgende omstændigheder	38
3.4.3. Regulering af efterfølgende omstændigheder	41
3.5. Kunden som offentlig ordregiver	47
3.5.1. Samfundshensyn og fællesoptimering.....	47
3.5.2. Incitamentsstrukturen hos en offentlig ordregiver	48
3.5.3. Nuancering af økonomiske problemstillinger	49
3.6. Delkonklusion	51
Del II – Problemløsning	52
Kapitel 4 – Samarbejde, loyalitet og kommunikation	53
4.1. Strategisk samarbejde	53
4.2. Kritik af bestemmelser i K04-kontrakten.....	55
4.2.1. Behov for kontrolmekanismer i K04-kontraktgrundlaget.....	55
4.2.2. K04-kontraktens formålsbestemmelse	58
4.3. Credible commitment	63
4.3.1. Introduktion	63
4.3.2. Incitamentsforenelighed og mindre risiko for hold-up.....	63
4.3.3. Lavere transaktionsomkostninger	65
4.3.4. Større mulighed for innovation.....	67
4.3.5. anbefalinger til K04-kontrakten	68
4.4. Loyalitets- og kommunikationspligten	70
4.4.1. Loyalitetsgrundsætningen.....	70
4.4.2. Relevante delforpligtelser under loyalitetsgrundsætningen.....	70
4.4.3. Udvidelse af delforpligtelserne	72
4.5. Delkonklusion	74
Kapitel 5 – Hold-up safeguards.....	75
5.1. Relevansen af beskyttelsesmekanismer	75
5.2. Ydelsens kompleksitet og omfang.....	77
5.2.1. Ydelsens kompleksitet.....	77
5.2.2. Ydelsens omfang.....	79
5.3. Længevarende kontrakter.....	80
5.3.1. Længevarende kontrakt som hold-up safeguard	80
5.3.2. Hensyn til kontraktens kompleksitet og omfang.....	81

5.3.3. K04 som længerevarende kontrakt.....	82
5.4. Kundens kontraktforlængelsesret.....	83
5.4.1. Kundens kontraktforlængelsesret som hold-up safeguard	83
5.4.2. Hensyn til kontraktens kompleksitet og omfang	84
5.4.3. Kontraktforlængelsesret sammenlignet med en længerevarende kontrakt	85
5.4.4. Udvidelse af kontraktforlængelsesretten i K04.....	86
5.5. De udbudsretlige begrænsninger.....	87
5.5.1. Introduktion	87
5.5.2. Udbudsretlige regler om kontraktlængde	87
5.5.3. Udbudsretlige regler om forlængelse af kontrakten	89
5.6. Delkonklusion	92
Kapitel 6 – Hardship- og gevinstklausuler.....	93
6.1. Indledning.....	93
6.2. Hardship og gevinstmuligheder.....	94
6.3. Økonomisk rationale for anvendelsen af hardship- og gevinstklausuler	96
6.3.1. Økonomiske forudsætninger.....	96
6.3.2. Transaktionsomkostninger.....	98
6.4. Hardshipklausuler.....	99
6.5. Gevinstklausuler	101
6.6. Strategiske overvejelser.....	103
6.6.1. Genforhandlingspligt for endogene forhold.....	103
6.6.2. Fordeling af risici og gevinster	105
6.7. Forslag til hardship- og gevinstklausulering i K04-kontrakten.....	107
6.7.1. Indledning.....	107
6.7.2. Forslag til hardshipklausul i K04-kontrakten.....	107
6.7.3. Forslag til gevinstklausul i K04-kontrakten.....	111
6.8. Udbudsretlige begrænsninger af hardship- og gevinstklausuler.....	115
6.9. Delkonklusion	117
Kapitel 7 – Konklusion	118
Litteraturliste.....	121
Bilag 1	127

Kapitel 1 – Introduktion

1.1. Problemstilling

Ifølge Digitaliseringsstyrelsen udgjorde statens samlede kontraktportefølje vedrørende outsourcing af drift af it-ydelser i 2014 ca. 500 mio.¹ Markedet for outsourcing er i eksponentiel vækst², og det må antages, at statens forbrug af outsourcete it-driftsydelser er steget siden 2014 i takt med den stigende digitalisering i samfundet, samt som følge af det faktum, at den danske stat er blandt de mest digitaliserede offentlige instanser på verdensplan.³ Behovet for sikker og stabil it-drift kan dermed ikke undervurderes, hvilket blev statueret ved sagen fra Danske Bank i 2003, hvor 450.000 danskere på grund af en driftsfejl ikke kunne tilgå deres netbank. Dette førte til at Nationalbanken var nødsaget til at understøtte pengemarkedet med 5 mia. kr. i likviditet.⁴

I takt med digitaliseringen af statens ydelser og deraf stigende behov for it-driftsydelser, offentliggjorde Digitaliseringsstyrelsen i august 2020 standardkontrakten "**K04 - Standardkontrakt for levering af drift og øvrige løbende ydelser til it-systemer**" (herefter benævnt "**K04**").⁵

Digitaliseringsstyrelsen har et ønske om, at K04 *de facto* skal være standardkontrakten for offentlige myndigheders aftaler om levering af it-driftsydelser fra private it-driftsleverandører.⁶ K04 er umiddelbart en moderne, yderst omfattende og kompleks kontrakt, med 60 siders kontrakttekst og 25 tilhørende bilag, som har til formål at sikre et solidt fundament for statens it-drift. Digitaliseringsstyrelsen forventer, at K04 vil hæve kvaliteten af de kontrakter, som bliver indgået af staten, lette arbejdsbyrden for de offentlige myndigheder, simplificere udbudsprocessen for de tilbudsgivende leverandører og i øvrigt effektivisere det offentliges kontraktstyring. Digitaliseringsstyrelsens målsætning er, at K04 skal anvendes på 80% af alle udbud af it-driftsydelser i offentligt regi.⁷

¹ Digitaliseringsstyrelsens statusrapport for statens outsourcete it-drift (2014), s. 6-7

² Susarla & Mukhopadhyay (2019), s. 929

³ OECD Digital Government Index (2019) og Nyhedsartikel af Digitaliseringsstyrelsen (16. oktober 2020)

⁴ Udsen (2020), s. 1

⁵ Digitaliseringsstyrelsens standardkontrakt (25. august 2020), K04 – Standardkontrakt for levering af drift og øvrige løbende ydelser til it-systemer

⁶ Digitaliseringsstyrelsens pressemeddelelse (25. august 2020)

⁷ Ibid.

Flere eksperter på området, herunder erfarne it-advokater, er dog skeptiske over for Digitaliseringsstyrelsens ambitiøse målsætning, om brug af K04 i 80% af alle offentlige udbud af it-driftsydelser. Annelouise Dalgaard Pedersen påpeger i denne forbindelse, at K04 ikke tager højde for den stigende popularitet af cloudløsninger, som oftest leveres på underleverandørens standardvilkår, hvor anvendelsen af K04 formentlig vil være unyttig.⁸ Tim Nielsen (Partner i DAHL Advokatfirma) anser tilmed K04 for at være meget kundenvenlig idet, at leverandørens omkostninger og ressourceforbrug, herunder til deltagelsen i et udbud og i den efterfølgende leverance, kan blive så omfattende, at mange leverandører vil lade være med at deltage i udbud, hvor K04 udgør kontraktgrundlaget.⁹ Dette tilslutter Jesper Langemark sig i følgende udtalelse: *”Leverandørsiden kommer med sikkerhed ikke til frivilligt at bruge K04, da den grundlæggende er skrevet med kundenhensynet for øje.”*¹⁰

Som påpeget af ovenfornævnte specialister er anvendelsen af K04 ikke uproblematisk, og spørgsmålet om, hvorvidt denne reelt opfylder parternes behov, er berettiget grundet K04-kontraktens manglende stillingtagen til Kundens og Leverandørens, i udgangspunktet, modsatrettede incitamenter. Det må lægges til grund, at en leverandør af it-driftsydelser skal foretage omfattende investeringer i at tilpasse sine ydelser til den enkelte kunde og opbygge den nødvendige *know-how* til at levere den ofte komplekse ydelse.¹¹ Dette må være et udtryk for et stort behov for *relations-specifikke investeringer*¹², som væsentligt kan påvirke leverandørens villighed til at indgå i en kontrakt, hvor K04 udgør kontraktgrundlaget. Det er derfor afgørende, at K04 opstiller de rette incitamenter for, at en leverandør vil indgå i kontrakten og foretage relations-specifikke investeringer. Ovenfornævnte udtalelse af Tim Nielsen om, at mange leverandører ikke vil deltage i udbud, hvor K04 udgør kontraktgrundlaget, da det bliver for bekosteligt, tyder ligeledes på, at K04 i sin nuværende udformning ikke skaber den nødvendige incitamentsforenelighed.

En måde at skabe incitamentsforenelighed i kontrakten, og derved komme nogle af de ovenfornævnte problematikker til livs, kan være en effektiv anvendelse af strategisk kontrahering ved indgåelse af et strategisk samarbejde. Strategisk kontrahering har den fordel, at dette stimulerer parternes evne til at

⁸ Pedersen et al. (2021)

⁹ Borre (2020)

¹⁰ Langemark & Jørgensen (2020)

¹¹ Susarla et al. (2010), s. 40

¹² Relations-specifikke investeringer er, af Oliver Williamson, defineret som: *”durable investments that are undertaken in support of a particular transactions, the opportunity cost of which investments is much lower in best alternative uses or by alternative users should the original transaction be prematurely terminated.”*, jf. Østergaard (2014A), s. 17-18

opnå *relationsrente*¹³, ved brug af en kombination af reaktive og proaktive klausuler samt ved at beskytte parternes relations-specifikke investeringer. Fordelene ved strategisk kontrahering skal dog holdes op imod de relativt høje omkostninger ved udvælgelsen af den strategiske partner og forberedelsen af det strategiske samarbejde, herunder udformningen af kontrakten, som strategisk redskab for parterne. Selvom transaktionsomkostningerne ved strategisk kontrahering generelt er høje *ex ante*, vil den proaktive tilgang ofte føre til lavere transaktionsomkostninger *ex post*.¹⁴

1.2. Problemformulering

Nærværende afhandling vil grundlæggende tage udgangspunkt i de økonomiske problemstillinger, der kan opstå ved brug af K04, som kontraktgrundlag. Disse økonomiske problemstillinger vil blive analyseret og søgt løst gennem en normativ tilgang, med udgangspunkt i teorirammen indenfor strategisk kontrahering. Denne normative tilgang vil kvalificere konkrete ændringsforslag til K04-kontraktgrundlaget, for at skabe et bedre fundament for parternes samarbejde og foretagen af relations-specifikke investeringer, og i bedste fald størst mulig incitamentsforenelighed mellem parterne.

På baggrund af ovenstående problemstilling kan følgende problemformulering opstilles:

“Hvordan kan anvendelsen af principperne for strategisk kontrahering optimere K04, som alternativ til det nuværende kontraktgrundlag, således at der opnås de rette og i bedste fald sammenfaldende incitamenter til at foretage relations-specifikke investeringer samt i forbindelse med efterfølgende omstændigheder?”

Det skal i nærværende afhandling således grundlæggende belyses, hvorvidt de ovennævnte udfordringer i K04-kontrakten kan mindskes eller elimineres. Overordnet vil det blive analyseret, hvorvidt det er muligt at skabe et fundament for et fællesoptimalt og værdiskabende strategisk samarbejde mellem parterne, fremfor det mere egenoptimerende konventionelle og kundevenlige udtryk, som karakteriserer K04-kontrakten i sin nuværende form.

Problemformuleringen tager udgangspunkt i den generelle hypotese om, at K04, i sin nuværende form, ikke opstiller den rette incitamentsstruktur for, at parterne foretager relations-specifikke investeringer.

¹³ Relationsrente kan defineres som: ”a *supernormal profit jointly generated in an exchange relationship that cannot be generated by either firm in isolation and can only be created through the joint idiosyncratic contributions of the special alliance partners.*”, jf. Dyer & Singh (1998), s. 662

¹⁴ Petersen & Østergaard (2018), s. 273

Som tidligere omtalt, vil der være et stor behov for, at især leverandøren skal foretage ekstensive relations-specifikke investeringer i forbindelse med opfyldelse af kontrakten, hvorfor det er af afgørende betydning, at kontrakten opstiller de rette incitamenter herfor og herudover beskytter parterne tilstrækkeligt mod **hold-up**.¹⁵ Hold-up problemet spiller en central rolle i nærværende afhandling, da hold-up risikoen kan føre til underinvestering i kontraktforholdet, hvis der ikke er beskyttelsesmekanismer herfor i kontrakten, som kan hæmme parternes evne til at opnå *relationsrente*.

Ovennævnte økonomiske udfordringer søges løst gennem strategisk kontrahering, som især fokuserer på benyttelsen af en kombination af proaktive og reaktive klausuler i kontrakten, med henblik på at forebygge potentielle fremtidige konflikter, skabe incitamentsforenelighed og danne grundlag for parternes opnåelse af relationsrente.¹⁶ Afhandlingens problemformulering tager herfor også specifikt stilling til udfordringen vedrørende efterfølgende omstændigheder, som parterne ikke har kunne forudse eller regulere på kontraktindgåelsestidspunktet. Dette skyldes eksempelvis, at it-drift ikke kan anses for en fast og uforanderlig ydelse, men derimod en dynamisk ydelse, hvor der foreligger en iboende mulighed for, at der kan opstå innovation og øvrig værdiskabelse i kontraktens løbetid, men også en reel mulighed for indtræden af uforudsete merudgifter. Uden forudgående stillingtagen til sådanne efterfølgende omstændigheder vil samarbejdet i værste fald kunne bryde sammen, som følge af parternes uenighed. Det må her lægges til grund, at den almindelige obligationsret ikke er velegnet og fyldestgørende til at løse disse udfordringer¹⁷, hvorfor det skal analyseres, hvorvidt det vil være værdiskabende for kontraktrelationen at indføre proaktive klausuler herfor ex ante, herunder hardship- og gevinstklausuler.

Afhandling tager derved grundlæggende udgangspunkt i den manglende mulighed for at opnå relationsrente mellem leverandøren og kunden grundet en overvejende modsatrettet incitamentsstruktur i K04, hvilket søges løst i ved strategisk kontrahering, herunder ved konkrete forslag til ændringer af K04-kontrakten.¹⁸

¹⁵ Hold-up problematikken kan beskrives som: ”Renegotiating the contract by the downstream party is called hold-up. The party which has made the relation-specific investments finds itself in a disadvantageous position, because the other party has various possibilities of reducing the price of the contract. Threats to break up the relationship may be used to stipulate better contract conditions than those agreed upon at first.”, jf. Hendrikse (2003), s. 209

¹⁶ Petersen & Østergaard (2018), s. 265-266

¹⁷ Se her afsnit 3.4.3 (Regulering af efterfølgende omstændigheder)

¹⁸ Hendrikse (2003), s. 129 – 131

1.3. Synsvinkel

I afhandlingen anlægges generelt en virksomhedssynsvinkel. Afhandlingen tager imidlertid ikke udelukkende udgangspunkt i én virksomhed, men den kontraktuelle relation, som består mellem parterne i K04, hvilket udgøres af en privat leverandør af it-driftsydelser (herefter benævnt "**Leverandøren**") og en offentlig ordregiver med et it-driftsbehov (herefter benævnt "**Kunden**"). Dette skyldes, at både Kundens og Leverandørens incitamenter er nødvendige at inddrage ved besvarelse af ovenstående problemformulering. Omdrejningspunktet for afhandlingen er dermed at belyse, hvorvidt samarbejdet mellem Kunden og Leverandøren, her særligt med udgangspunkt i K04-kontraktgrundlaget, kan forbedres ved brug af strategisk kontrahering.

Konkret vil fokus i afhandlingen være, hvorvidt parternes incitamenter til at foretage relations-specifikke investeringer kan forbedres ved et mere incitamentsforeneligende syn på kontraktens samarbejdsgrundlag og muligheden for at skabe merværdi og i bedste fald relationsrente mellem parterne. Derudover vil afhandlingen belyse den optimale omkostning- og gevinstdeling under kontrakten ved indtræden af efterfølgende omstændigheder, hvorfor det er nødvendigt at anskue kontraktdimensioner for både Leverandøren og Kunden.

1.4. Afgrænsning

Afhandlingens problemformulering favner bredt og rummer derfor flere både økonomiske- og juridiske problemstillinger, hvorfor det ikke vil kunne være muligt at behandle samtlige af disse berøringsflader. Dette afsnit skal dermed tjene som en afgrænsning fra emner, som ikke vil blive behandlet yderligere.

Ved statens indgåelse af it-driftskontrakter, ligger der en udbudsproces forud for selekteringen af en leverandør. I denne henseende, er der kun indregnet de bestemmelser og principper fra udbudsretten, som findes relevant i forhold til begrænsning af strategisk kontrahering og anvendelsen af K04 generelt, herunder udbudsloven¹⁹ (herefter benævnt "**UBL**") §§ 178-183.

Nærværende afhandling tager ikke stilling til parternes nærmere forpligtelser i forbindelse med behandling af persondata, som kunne følge af kontrakten og præceptiv lovgivning, herunder GDPR.

Afhandlingen vil ikke foretage nogen individuel behandling af øvrige standardkontrakter på det it-retlige område, herunder D17 om levering af it-drift mellem private parter samt K01, K02 og K03 om udvikling.

¹⁹ Udbudsloven, Lov nr. 1564 af 15/12/2015

Nærværende afhandling afgrænses fra at behandle spørgsmålet, om parternes risikoprofiler, henset til at det ikke er muligt at opstille en generel hypotese herom. Denne manglende evne til at konkretisere parternes risikoprofiler medfører, at der må ske en afgrænsning fra teorien om reciprokke realoptioner.

Afhandlingen vil udelukkende analysere kontraktforholdet mellem Kunden og Leverandøren (*inter partes*), hvorfor afhandlingen afgrænses fra samtlige konflikter og interesser vedrørende tredjemand.

1.5. Teori og metode

1.5.1. Generelt

For at sikre, at afhandlingen har et fornødent videnskabeligt niveau, skal dennes analyser foretages med udgangspunkt i den korrekte metodiske baggrund. En redegørelse for videnskabsteorien, som danner grundlag for metoden, findes derfor relevant, da forholdet mellem disse findes betydeligt og komplekst.²⁰

Der skal differentieres mellem videnskabsteori og metode. Videnskabsteorien befinder sig på et mere overordnet metaplan hvormed forstås, at denne anvendes til at forklare, hvordan viden skal forstås, hvordan den udvikler sig og i hvilken udstrækning, denne kan applikeres i praksis.²¹ I modsætning hertil er metodelæren mere konkret og applikeres på et bestemt forhold. I nærværende afhandling er videnskabsteoriens rolle således at sikre afhandlingens videnskabelighed, hvorimod metodelæren sikrer, at der sker korrekt og direkte anvendelse af relevante teorier og metoder.²²

Nedenstående afsnit vil redegøre for afhandlingens valgte metoder og teorier indenfor den *erhvervsjuridiske, juridiske og økonomiske disciplin*, som i analysen vil blive appliceret på afhandlingens problemstillinger.

²⁰ Knudsen (1994), s. 21

²¹ Ibid., s. 20

²² Ibid., s. 20f.

1.5.2. Erhvervsjuridisk metode

I dette afsnit fremstilles den interdisciplinære metode (herefter benævnt “**den erhvervsjuridiske metode**”)²³, som er den metode, der primært skal benyttes til at besvare afhandlingens problemformulering. Det interdisciplinære element vil komme til udtryk ved en dynamisk tilgang til henholdsvis økonomi og jura.²⁴

Nærværende afhandling er baseret på strategisk kontrahering, hvor den erhvervsjuridiske metode skal anvendes til at fremstille en række økonomiske problemer, der skal kvalificere specifikke juridiske løsninger, i form af konkrete kontraktbestemmelser. Analysen vil drage nytte af henholdsvis strategisk kontraherings *almindelige*²⁵ og *specielle*²⁶ del, som er skildret i **Bilag 1**, hvorved parternes adgang til at opnå relationsrente analyseres.

Derudover foretages der en sammenligning af K04-kontraktens nugældende bestemmelser, set i forhold til PA-teorien og strategisk kontrahering. Årsagen hertil er, at K04 i sin nugældende form udviser en bred kundevenlighed, som skyldes en konventionel tilgang til kontraheringen mellem Kunden og Leverandøren, herunder ved indlejring af omfattende kontrolmekanismer i kontraktgrundlaget.

Kontraktøkonomien kan betragtes som en integreret del af den erhvervsjuridiske metode, hvis den korrekte synsvinkel applikeres, da disse anses for at have overvejende fælles egenskaber. Da kontraktøkonomien primært anvendes til at analysere forholdet mellem markedets aktører, kontra virksomhedssynsvinklen i den erhvervsjuridiske metode, skal synsvinklen i den erhvervsjuridiske metode tillempes således, at der er fokus på parternes kontraktrelation, jf. afsnit 1.3. Med inspiration fra kontraktøkonomien vil juraen, i lighed med tankegangen i den ny institutionelle økonomi, anvendes som et “*økonomisk værktøj*” til at kvalificere kontraktgrundlaget og dermed optimere samarbejdet under K04-relationen således, at der kan ske en forbedring af parternes ressourceallokering.²⁷

²³ Østergaard (2003), s. 280f.

²⁴ Østergaard (2014A), s. 5-7

²⁵ Med strategisk kontraherings almindelige del, menes de principper, som kan applikeres på alle typer af aftaler

²⁶ Med strategisk kontraherings specielle del, menes de principper, som kun gør sig gældende i specifikke kontrakter

²⁷ Østergaard (2003), s. 278f.

1.5.3. Juridisk teori og metode

1.5.3.1. Juridisk teori

Alf Ross klassificerede tidligt juraen, som en retsvidenskab, i kontrast til den positive videnskab.²⁸ Ross' klassificering af juraen, som en videnskab, bestod i at applikere en prognoseteori på faktum, med det formål at retsvidenskaben skulle have karakter af en reel videnskab. Ross' anvendelse af prognoseteorien gør det muligt at verificere eller forkaste hypoteser på lige fod med eksempelvis naturvidenskaben, hvorved retsvidenskaben tilnærmes empirisk videnskab.²⁹

I forbindelse med sin anvendelse af prognoseteorien, har Ross tilmed opfundet gældbegrebet. Ross' gældbegreb indebærer, at det er muligt, for enhver retsregel, at formulere en retsvidenskabelig påstand om dansk ret, som kan verificeres af de danske domstole.³⁰

Tankegangen bag Ross' arbejde har i moderne tid udviklet principperne bag den retsdogmatiske metode, som vil blive anvendt i nærværende afhandling og nærmere beskrevet nedenfor. Østergaard & Lyngsie forholder sig imidlertid kritisk til Ross' anvendelse af prognoseteori, når der er tale om nye- og eller dynamiske retsområder, hvilket bl.a. kan eksemplificeres med dommen U.2000.656 H (*Sebastian-dommen*), da det kan være svært at opstille en verificerbar hypotese, grundet den omfattende grad af usikkerhed.³¹

1.5.3.2. Juridisk metode

For at nå frem til et gyldigt juridisk resultat, skal en juridisk analyse følge den retsdogmatiske metode.³² Den retsdogmatiske metode består i en subsumptionsproces, hvor sagens retsfaktum, som er udledt af faktum, sammenholdes med den relevante jus for at finde frem til den relevante retsfølge.³³ Denne retsfølge udgør gældende ret, også omtalt *de lege lata*.³⁴

For at kunne foretage en retsdogmatisk analyse, skal man kende til de retskilder, der kan udgøre den relevante jus i den retsdogmatiske analyse, hvilket også omtales *retskildelæren*. Det er derfor i dette

²⁸ Tvarnø & Nielsen (2017), s. 370

²⁹ Ibid., s. 367-371

³⁰ Ibid., s. 372

³¹ Østergaard, Lyngsie & Mortensen (2016), s. 179-180

³² Tvarnø & Nielsen (2017), s. 29

³³ Ibid., s. 34f.

³⁴ Ibid., s. 30

afsnit relevant at forholde sig til de forskellige typer af retskilder og deres indbyrdes forhold, herunder deres vægt og forpligtende virkning.³⁵

I dansk ret sonderer man mellem fire typer af retskilder: 1) *Regulering*, 2) *retspraksis*, 3) *sædvaner* og 4) *forholdets natur*.³⁶ Der er som udgangspunkt ingen rangorden mellem disse retskildetyper. Dog består der et reguleringshierarki, således at en trindhøjere lov går forud for trinlavere lov. Dette hierarki følger af *superior* princippet, hvorefter en regel af lavere rang er ugyldig, hvis den er i strid med en regel af højere rang.³⁷ De to øvrige lex-regler kan ligeledes have betydning for det indbyrdes forhold mellem retskilderne, idet en specifik regel for retsfaktummet går forud for en mere generel regel, ifølge *lex specialis-princippet*, og en yngre regel går forud for en ældre, ifølge *lex posterior-princippet*.³⁸ Uanset, at der ingen rangorden er mellem retskildetyperne, indebærer den retsdogmatiske metode, at retskilderne skal gennemgås i en bestemt rækkefølge; først regulering, herefter retspraksis, så eventuelle sædvaner og til sidst relevante betragtninger fra forholdets natur.³⁹

Nærværende afhandling tager udgangspunkt i en dansk it-driftsaftale (K04), som i udgangspunktet er underlagt aftalefrihed, idet der i Danmark eksisterer en bred partsautonomi. Under antagelse af, at aftalen ikke strider imod præceptiv lovgivning, samt at aftalen er gyldigt indgået efter reglerne i Aftaleloven⁴⁰ (herefter benævnt “**AFTL**”), herunder særligt ugyldighedsreglerne i kap. 3, kan parterne frit indgå kontrakter med det indhold, de ønsker.⁴¹

Der foreligger ingen *lex specialis* for it-driftsaftaler, da der er tale om en tjenesteydelse, der falder uden for Købelovens⁴² (herefter benævnt “**KBL**”) anvendelsesområde.⁴³ Hvis man ser bort fra selve aftalen mellem parterne, som er bindende ud fra princippet *pacta sunt servanda*, jf. AFTL § 1, jf. Danske Lov⁴⁴ 5-1-1 og 5-1-2, vil forholdet derfor primært være reguleret af baggrundsretten, herunder

³⁵ Tvarnø & Nielsen (2017), s. 34f.

³⁶ Ibid., s. 379

³⁷ Ibid., s. 56f.

³⁸ Ibid., s. 238-239

³⁹ Ibid., s. 33-34

⁴⁰ Bekendtgørelse af lov om aftaler og andre retshandler på formuerettens område (Aftaleloven), LBK nr. 193 af 02/03/2016.

⁴¹ Andersen (2020), s. 22

⁴² Bekendtgørelse af lov om køb (Købeloven), LBK nr. 140 af 17/02/2014

⁴³ Udsen (2019), s. 588

⁴⁴ Danske lov, Kong Christian den Femtis Lov af 15. april 1683, som ændret ved lov nr. 336 af 15. maj 1992, lov nr. 469 af 30. juni 1993, lov nr. 383 af 22. maj 1996 og lov nr. 552 af 6. juni 2007

obligationsretlige grundsætninger og principper.⁴⁵ Obligationsrettens *almindelige del*, der udgøres af retspraksisudvundne uskrevne regler, anvendes i nærværende afhandling til at analysere spørgsmålet om manglende regulering af efterfølgende omstændigheder i kontrakten.⁴⁶

Anvendelse af K04 vil i visse situationer omfatte specifik lovgivning, hvor udbudsretten spiller en betydelig rolle i forbindelse med tilbudsprocessen.⁴⁷ Dette skyldes, at udbudsretten indeholder en række præceptive regler, der regulerer grænserne for aftalens indhold mellem den vindende tilbudsgiver og ordregiver, der kan begrænse de juridiske rammer for en potentiel optimering af K04.⁴⁸

Der foreligger en yderst begrænset relevant trykt retspraksis på it-ret området, hvilket gør retspraksis til en sparsom retskilde i forhold til K04. Dette skyldes blandt andet, at it-tvister i overvejende grad afgøres ved voldgift, hvor der ikke er den samme grad af offentlighed som ved domstolene.⁴⁹ Der inddrages imidlertid en række domme på det generelle obligationsretlige og udbudsretlige område, hvor det er relevant.

It-retlige branchesædvaner kan appliceres, som en udfyldende retskilde, i sammenhæng med de obligationsretlige grundsætninger i de steder i kontrakten, hvor der opstår fortolkningsvanskeligheder. I vurdering af, hvorvidt der er tale om en branchesædvane, kan relevante bestemmelser i standardkontrakter og/eller aftalepraksis⁵⁰ på området have indflydelse på fortolkning af kontrakten, især hvis der er tale om et *agreed document*.⁵¹

⁴⁵ Østergaard (2014A), s. 15

⁴⁶ Tvarnø & Nielsen (2017), s. 185f.

⁴⁷ Udsen (2019), s. 595

⁴⁸ Se her afsnit 5.5 (Udbudsretlige begrænsninger)

⁴⁹ Udsen (2019), s. 593

⁵⁰ Tvarnø & Nielsen (2017), s. 168f.

⁵¹ Udsen (2019), s. 591-592

1.5.4. Økonomisk teori og metode

1.5.4.1. Økonomisk metode

Den økonomiske analyse tager udgangspunkt i den deduktive metode, hvilket indebærer, at der tages udgangspunkt i en allerede eksisterende teori på området til at belyse de for K04 relevante økonomiske problemstillinger.⁵²

I den deduktive metode, vil der derved benyttes de relevante teorier, som i litteraturen omtales *explanans*⁵³, til at belyse den hændelse, som ønskes forklaret, som i litteraturen omtales *explanandum*.⁵⁴ Formålet med den deduktive metode er at sikre, at afhandlingens konklusioner er korrekte ud fra de opstillede og afprøvede antagelser bag de anvendte økonomiske teorier.⁵⁵

Nedenfor gennemgås derfor de relevante økonomiske teorier, der kan belyse de mulige økonomiske problemstillinger mellem Kunden og Leverandøren i et forhold reguleret af K04.

1.5.4.2. Økonomisk teori

Til at belyse de økonomiske problemstillinger, der kan bestå i forholdet mellem Kunden og Leverandøren ved indgåelse af K04 kontrakten, tages der primært udgangspunkt i teorier, som hører ind under den ny-institutionelle økonomi.⁵⁶

Her findes særligt transaktionsomkostningsteorien og principal-agent teorien (herefter benævnt “**PA-teorien**”) relevante for analysen af forholdet mellem Leverandøren og Kunden. Både PA-teorien og transaktionsomkostningsteorien hører ind under den ny-institutionelle økonomi, hvorved disse i bred udstrækning bygger på ens principper om virksomhedsøkonomiske problemstillinger. Teoriernes nærmere antagelser og karakteristika vil blive uddybet nedenfor.

I økonomisk teori, opereres der overordnet med to typer af optimeringsstrategier, herunder egen- og fællesoptimering, hvoraf førstnævnte vedrører den situation, hvor en kontraktpart handler opportunistisk for at optimere egen nytte, hvilket udtrykkes i den nugældende udformning af K04, jf. analysen i afsnit 2.3.⁵⁷ Som anført ovenfor, vil nærværende afhandling herimod fokusere på strategisk

⁵² Knudsen (1994), s. 58 f.

⁵³ Ibid., s. 236

⁵⁴ Ibid., s. 236

⁵⁵ Ibid., s. 58

⁵⁶ Tvarnø & Nielsen (2017), s. 434

⁵⁷ Tvarnø, Ølykke & Østergaard (2013), s. 68-69

kontrahering mellem Leverandøren og Kunden, hvor der arbejdes hen imod fællesoptimering af parternes samlede nytte, herunder relationsrenten, som defineret af Dyer & Singh (1998), gennem et strategisk samarbejde mellem parterne.⁵⁸

1.5.4.3. Transaktionsomkostningsteori

Formålet, med at applicere transaktionsomkostningsteori på forholdet mellem Kunden og Leverandøren, er at belyse, hvilke problemer, der kan opstå i tilknytning til parternes (manglende) incitament til at foretage relations-specifikke investeringer, grundet hold-up.⁵⁹ Derudover anvendes transaktionsomkostningsteorien til at undersøge, hvilke omkostningerne parterne har i forbindelse med at koncipere og justere kontrakten, med henblik på at opnå det for parterne optimale kontraktgrundlag.

De grundlæggende antagelser i transaktionsomkostningsteorien er, at parterne er **begrænset rationelle**⁶⁰, og at parterne handler opportunistisk. Teorien fokuserer på at minimere omkostningerne ved transaktionen og/eller skabe **kvasi-rente**⁶¹, som er et essentielt element i relationsrenten, kontra det traditionelle fokus udelukkende på profitmaksimering. Omkostningerne indenfor teorien opgøres henholdsvis ex ante og ex post hvorved forstås, at omkostninger enten kan hidrøre fra prækontraktuelle eller postkontraktuelle forhold.⁶²

Graden af **aktivspecificitet**⁶³ er essentiel for nærværende afhandling, da dette har direkte indflydelse på parternes relations-specifikke investeringer. Aktivspecificitet kan i transaktionen mellem Kunden og Leverandøren, ifølge Williamson⁶⁴, skabe en fundamental transformation, hvori særligt Leverandørens forhandlingsposition forringes ex post.⁶⁵ Kunden får herved en styrket forhandlingsmagt relativ til Leverandøren, som i inkomplette kontrakter kan benyttes til at udøve hold-up. Da Leverandøren ofte vil forvente den potentielle hold-up adfærd, kan det bevirke, at Leverandøren holder sig tilbage fra at

⁵⁸ Dyer & Singh (1998), s. 662

⁵⁹ Hendrikse (2003), s. 204-206

⁶⁰ Williamson definerede agenternes begrænsede rationalitet som: "a condition in which human agents are intendedly rational, but only limitedly so." jf. Williamson (1985), s. 21

⁶¹ Ved kvasi-rente forstås: "returns that exceed a factor's short run opportunity cost ... [and] are an excess over the returns to a factor in its next best use.", jf. Dyer & Singh (1998), s. 661

⁶² Hendrikse (2003), s. 211-212

⁶³ Aktivspecificitet (*asset specificity*) defineres som: "An investment is said to be specific, i.e. there is asset specificity, when the investment has higher value inside the specific relationship than outside it." jf. Hendrikse (2003), s. 207

⁶⁴ Williamson (1985)

⁶⁵ Hendrikse (2003), s. 208-209

foretage de relations-specifikke investeringer, hvilket skaber et hold-up problem.⁶⁶ Det konkrete hold-up problem i K04 uddybes nærmere i analysen og nuanceres på baggrund af parternes karakteristika.⁶⁷ Denne problematik søges i nærværende afhandling løst ved en analyse af samarbejde og ved indarbejdelse af *hold-up safeguards* i kontrakten.

Der skal herudover tages højde for transaktionsomkostningerne ved udøvelse af strategisk kontrahering. Sådanne transaktionsomkostninger vil traditionelt omfatte *kontakt-, kontraktforhandlings- og kontraktudfærdigelsesomkostninger*, som defineres som ex ante omkostninger, samt *kontrolomkostninger*, som er en ex post omkostning. I strategisk kontrahering er det dog også relevant at inddrage ex post transaktionsomkostninger til *kontraktjustering og kommunikation*.⁶⁸ Ovenfor nævnte kategorier benyttes til at vurdere, hvorvidt de høje transaktionsomkostninger ved at etablere et strategisk samarbejde kan retfærdiggøres ved lavere transaktionsomkostninger ex post gennem proaktive kontraktbestemmelser, herunder i forbindelse med efterfølgende omstændigheder.

1.5.4.4. PA-teori

PA-teorien benyttes overordnet til at analysere de problemstillinger, der kan opstå mellem en principal og agent, som følge af en grundlæggende interessekonflikt mellem disse. En PA-teoretisk problemstilling forudsætter 1) en interessekonflikt mellem parterne og 2) asymmetrisk information mellem parterne. Det antages i PA-teorien, at parterne handler opportunistisk, hvorefter agenten vil vælge at udnytte den asymmetriske information til skade for principalen, hvis dette maksimerer agentens egen nytte.⁶⁹ Parterne antages herudover at handle fuldt rationelle, således at der kan udarbejdes komplette kontrakter.⁷⁰

Til trods for, at PA-teorien traditionelt set arbejder ud fra et paradigme om komplet rationalitet hos kontraktparterne, vil nærværende afhandling arbejde ud fra en grundlæggende antagelse om begrænset rationalitet hos kontraktparterne, ved indgåelse af en K04-kontrakt. Dette hænger sammen med, at afhandlingen er baseret på strategisk kontrahering og transaktionsomkostningsteorien, som bygger på en antagelse om begrænset rationalitet og inkomplette kontrakter.⁷¹ Det altovervejende argument, for at

⁶⁶ Hendrikse (2003), s. 210

⁶⁷ Se her afsnit 3.3 (Hold-up problemet) og 3.5 (Kunden som offentlig ordregiver)

⁶⁸ Østergaard (2016), s. 439-441

⁶⁹ Hendrikse (2003), s. 19 og 94

⁷⁰ Ibid., s. 90

⁷¹ Ibid., s. 211-212

begrænset rationalitet er den passende antagelse i denne kontekst, er, at Leverandøren og Kunden umuligt kan handle komplet rationelle og dermed forudsige samtlige udfordringer, som kan opstå i forbindelse med aftale af K04.⁷² Begrænset rationalitet må derfor anses som den mest virkelighedsnære antagelse i en K04 kontekst.

PA-teorien benyttes, i nærværende afhandling, primært til at beskrive rationalet bag den nuværende konventionelle udformning af K04, idet denne intuitivt udspringer af PA-teorien. Dette består bl.a. i de omfattende bestemmelser om monitorering af Leverandøren i K04, som er en strategi, der være med til at mindske den asymmetriske information mellem parterne.

1.5.4.5. Sammenspillet mellem økonomiske teorier

De økonomiske teorier anvendes til at analysere specifikke problemer, som udspringer af forholdet mellem Kunden og Leverandøren, hvorfor teorierne anvendes *partielt*, med fokus på de aspekter, der er relevante for besvarelse af afhandlingens problemformulering.

Anvendelsen af de økonomiske teorier belyser problemstillinger vedrørende incitamentsstrukturen i K04-kontakten og muliggør en analyse af beslutningen, om at indarbejde specifikke kontraktværktøjer til at skabe incitamentsforenelighed i kontraktrelationen, med udgangspunkt i problemformuleringen. Teorierne har dog to forskellige fokus; PA-teorien benyttes til at forklare, hvorfor K04 er udformet som den er, da denne teori må anses at udgøre den primære tankegang bag den nuværende udformning af K04, jf. afhandlingens Del I. Transaktionsomkostningsteorien fokuserer derimod på at indføre beskyttelsesforanstaltninger i kontrakten, som beskytter mod hold-up, hvilket er det primære omdrejningspunkt i strategisk kontrahering, og afhandlingens Del II. De to teorier benyttes således delvist i sammenspil, for at belyse og sammenligne de to forskellige tilgange til manglende incitamentsforenelighed i kontrakten, idet afhandlingens problemformulering tager afsæt i dette grundlæggende problem.

Der foretages herudover nødvendige tillempninger af teorierne for at kunne foretage en virkelighedsnær og K04-specifik analyse. Særligt relevant er tillempningen af forståelsen af parternes optimeringsstrategier og handlemønstre, med respekt for Kundens karakteristika som offentlig ordregiver, hvilket medfører visse praktiske tillempninger, jf. analysen heraf i afsnit 3.5.

⁷² Susarla (2012), s. 1390

1.6. Opbygning og struktur

Afhandling består af 7 kapitler, og er delt i op i to dele.

Kapitel 1 har fremstillet opgavens problemstillinger og problemformulering samt redegøre for de i afhandlingen anvendte teorier og metoder.

Afhandlingens Del I består af to kapitler, som har til formål at behandle den nuværende udformning af K04, herunder en række generelle kontraktuelle udfordringer heri.

Kapitel 2 har til formål at introducere K04 og forklare, hvorfor kontrakten er udformet, som den er. Her tages der udgangspunkt i PA-teorien og konventionel kontrahering, da K04 synes at være baseret herpå.

Kapitel 3 har til formål at udlede de centrale kontraktuelle udfordringer, der kan opstå ved brug af K04-kontrakten, med udgangspunkt i teorien om inkomplette kontrakter. Først præsenteres hold-up problemet, hvorefter problematikken vedrørende efterfølgende omstændigheder, som parterne ikke har anticiperet ex ante og derved ikke har reguleret i kontrakten, fremstilles.

Afhandlingens Del II udgør den normative tilgang til K04, hvor der fokuseres på parternes samarbejde i K04-relationen. Her opstilles en række proaktive klausuler og samarbejdsfremmende beskyttelsesmekanismer, med udgangspunkt i strategisk kontrahering, som mulige løsningsforslag til de i Del I opstillede kontraktuelle udfordringer og konventionelle kontraktbestemmelser. Del II er opdelt i tre kapitler, som uddybet nedenfor.

I **Kapitel 4** fokuseres der på etablering af et strategisk samarbejde mellem parterne og relevante delelementer. Her opstilles der konkrete forslag til hvordan der opbygges en højere grad af tillid og vidensdeling mellem parterne. Herudover skal konkrete bestemmelser i K04-kontrakten behandles ud fra et synspunkt om strategisk kontrahering.

I **Kapitel 5** opstilles der to mulige hold-up safeguards, i form af en længerevarende kontrakt og option om forlængelse af kontrakten til Kunden. Det skal her analyseres, hvorvidt disse kan beskytte mod opportunistisk adfærd i K04-relationen. I tilknytning hertil, analyseres de udbudsretlige begrænsninger for benyttelse af de konkrete hold-up safeguards i K04.

I **Kapitel 6** analyseres muligheden for at implementere hardship- og gevinstklausuler i K04 ex ante, for proaktivt at tage stilling til håndteringen af efterfølgende omstændigheder, og forebygge fremtidige konflikter mellem parterne. Hertil opstilles der konkrete forslag til henholdsvis en hardship- og gevinstklausul, der passer til K04-kontraktens karakteristika.

Kapitel 7 er den samlede konklusion på afhandlingen.

Kapitel 2 – Den konventionelle kontrakt

2.1. Indledning

Nærværende kapitel har til formål at sikre en generel forståelse for K04-kontrakten samt de bagvedliggende incitamentsstrukturer, som er inkorporeret i den nugældende udformning. Analysen af den nugældende udformning af K04 tager udgangspunkt i PA-teorien for at forsøge at forklare, hvorfor kontrakten ser ud som den gør, som følge af dennes fokus på konventionel kontrahering.

Nedenfor introduceres baggrunden for K04, og det konkrete anvendelsesområde for kontrakten, i afsnit 2.2. Herefter analyseres K04 i sin nuværende form fra et PA-teoretisk perspektiv i afsnit 2.3, hvor kontraktens konventionalitet og nuværende incitamentsstruktur er i fokus. Som pendant til afsnit 2.3 dannes der et overblik over de kontraktbestemmelser, som allerede stemmer overens med grundprincipperne for strategisk kontrahering i afsnit 2.4. Afslutningsvis konkluderes der på de centrale pointer i afsnit 2.5.

2.2. K04-kontrakten

2.2.1. Baggrunden for K04

Digitaliseringsstyrelsen ambition med K04 er, at denne skal fungere som Statens *go-to* standardkontrakt for outsourcing af drift af større statslige it-systemer, hvor der er mulighed for at tilpasse kontrakten til driftsopgavens individuelle karakter.⁷³

Den tiltænkte anvendelse af K04 er særligt fokuseret omkring de traditionelle it-driftsydelser, hvorfor denne forventeligt vil ses anvendt ved outsourcing af enhedsadministration, netværk- og infrastrukturdrift.⁷⁴

Grundlæggende udspringer K04 af et ønske, fra statslige side, om at have en standardkontrakt, som kan bruges aktivt i forbindelse med udbud af it-driftsopgaver, hvilket har resulteret i en kontrakt, som er 80 % præfabrikeret, hvor særligt overholdelse af udbudsrettens regler er iagttaget. K04 er tiltænkt at optimere statens udbudsproces, da der ikke er behov for at starte fra bunden ved hvert udbud.⁷⁵ Med

⁷³ Udsen (2020), s. 24

⁷⁴ Pedersen et al. (2021)

⁷⁵ Langemark & Jørgensen (2020)

udarbejdelsen og anvendelsen af K04-kontrakten forventer Digitaliseringsstyrelsen at kunne billiggøre og strømline udbudsprocessen.⁷⁶

Det er slået fast, af Digitaliseringsstyrelsen selv, at K04 ikke udgør et agreed document, da K04 ikke, i modsætning til de øvrige it-retlige standardkontrakter, indeholder input fra øvrige influenter på markedet.⁷⁷ Til trods herfor, mener Digitaliseringsstyrelsen selv, at K04 var tiltænkt at udgøre en velafbalanceret kontrakt.

Standardkontrakter er på det it-retlige område ikke et nyt fænomen. Der kan dog stilles spørgsmål ved, hvorvidt K04 reelt kommer til at opnå den ønskede popularitet, på trods af Digitaliseringsstyrelsens høje ambitioner. Dette spørgsmål skyldes, at K04 allerede tidligt har modtaget betydelig kritik, fordi de påpegede udfordringer ikke er blevet optimeret forud for lancering.⁷⁸

2.2.2. Anvendelsesområdet for K04

K04 anvendes ved statslig outsourcing af it-drift, hvilket skal sikre den størst mulige tilgængelighed for brugerne, gennem en stabilt it-drift. Med K04 uddelegeres kompetencen til at drifte de nødvendige systemer, servere, mv., til en ekstern leverandør.⁷⁹ K04 er en kompleks og omfattende kontrakt, hvorfor K04 antageligt primært vil blive brugt ved levering af længerevarende individualiserede it-driftsydelser, hvilket eksempelvis kan omfatte drift af et programmel med et tilpasset driftsmiljø.⁸⁰

It-driftsydelser vil i obligationsretlig forstand udgøre en tjenesteydelse, hvorved obligationsrettens almindelige del finder anvendelse, jf. U.2010.332 Ø (**Rullegitter-dommen**). Dette bevirker, at hvor der ikke kan udledes noget om tjenesteydelsen af aftalen eller forholdet i øvrigt, vil Leverandørens ydelser skulle efterleve en standard om almindelig god kvalitet i branchen.⁸¹

I denne forbindelse, bør Leverandøren sikre, at denne har kendskab til, hvad der anses for en branchekonform it-driftsydelse, da dette ellers vil udgøre en standpunktsrisiko, jf. eksempelvis dommen fra Retten i Odense af 12. maj 2015 (CoMaSyS mod Decom, BS 7-38/2011), hvor en leverandør ikke ansås for at have leveret en branchekonform tjenesteydelse, til trods for at manglen lå udenfor parternes

⁷⁶ Sørensen & Nielsen (2020)

⁷⁷ Udsen (2020), s. 287

⁷⁸ Sørensen & Nielsen (2020)

⁷⁹ Udsen (2020), s. 24 og 285

⁸⁰ Ibid., s. 46

⁸¹ Ibid., s. 288

konkrete aftale. Der stilles herudover krav til, at Leverandørens tjenesteydelse skal være egnet til at opfylde det formål, som er opstillet af Kunden. Det antages generelt, at Leverandøren ikke er bundet af uinformerede, eller ikke forventelige formål.⁸²

2.3. K04 i et PA-teoretisk perspektiv

2.3.1. Introduktion

Nærværende afsnit skal skabe en grundlæggende forståelse for K04-kontrakten i sin nugældende form. Denne forståelse vil bygge på klassiske PA-teoretiske argumenter, da dette synes at have væsentlige lighedspunkter med K04-kontraktens konventionelle tilgang og generelle kundevenlighed. I analysen belyses, at K04 i bred udstrækning består en grundlæggende økonomisk interessekonflikt mellem parterne, som må begrundes ud fra en forventning om opportunistiske adfærd. Det er ikke overraskende, at K04-kontrakten indeholder elementer fra den konventionelle kontrahering, da dette forsat er den dominerende kontraheringsform i praksis.⁸³ Desuden er K04-kontrakten primært en ensidigt udarbejdet kontrakt, hvilket kan forklare, at kontraktens bestemmelser og risikodeling er tiltet i Kundens favør, og ligeledes, at K04 ikke har opnået karakter af at være et *agreed document*.

Analysen af K04-kontraktens nugældende form skal senere bibringe en bedre og mere rationel forståelse af nærværende afhandlings mulige ændringsforslag, hvor der lægges fokus på i højere grad at gøre K04-kontrakten til et strategisk styringsværktøj for parterne.⁸⁴

2.3.2. Interessekonflikt og asymmetrisk information

En af de grundlæggende antagelser i PA-teorien er, at der mellem parterne foreligger en interessekonflikt, som består i, at disse antages at have grundlæggende modstridende interesser, hvilket kan begrundes i parternes opportunistiske adfærd. Dette fokus på egne interesser synes at stemme overens med konventionel kontrahering⁸⁵, hvorfor der synes at være kongruens mellem de afledte effekter af PA-teoriens grundlæggende interessekonflikt og konventionel kontrahering, som konkret i K04 har udmøntet sig i en omfattende kundevenlighed. Denne konventionalitet og kundevenlighed betyder, at K04-kontrakten væsentligt tilgodeser Kundens behov, samt at den indeholder en række

⁸² Udsen (2020), s. 69-70 og 300

⁸³ Tvarnø & Østergaard (2018), s. 12

⁸⁴ Ibid.

⁸⁵ Petersen & Østergaard (2018), s. 267

kontrolmekanismer, hvilket vil blive eksemplificeret, ved specifikke nedslag i K04-kontrakten, nedenfor.

Derudover bygger PA-teorien på asymmetrisk information, hvorved én part besidder information, som ikke er tilgængelig for dets medkontrakt. Sammen med interessekonflikten skaber den asymmetriske information, ifølge PA-teorien, en række grundlæggende problemstillinger mellem parterne. Som pendant til netop beskrevne rationale, vil der i afhandlings Del II blive argumenteret for, at asymmetrisk information kan anses som et udtryk for komplementære ressourcer i strategisk kontrahering, hvorved parterne har specialistviden indenfor forskellige områder, som kan skabe fælles værdi gennem vidensdeling.⁸⁶

Digitaliseringsstyrelsen og Kammeradvokaten har med K04 valgt at udarbejde en omfattende kontrakt, der i høj grad pålægger Leverandøren risiko og forpligtelser og giver Kunden bred adgang til at monitorere og kontrollere Leverandørens adfærd. Kontraktens omfattende karakter kan fortolkes som et forsøg på at udarbejde en komplet kontrakt, ved at specificere så mange forhold i kontrakten som muligt. Da parterne er begrænset rationelle, er det dog ikke muligt at udarbejde en tilnærmelsesvis komplet kontrakt. Den ulige risikodeling i K04 stemmer overens med grundtanken i konventionel kontrahering, hvorefter parterne søger at minimere egen risiko, som bunder i en manglende tillid mellem parterne.⁸⁷ Behovet for at indarbejde ekstensive kontrolmekanismer i K04-kontraktgrundlaget synes at udspringe af den grundlæggende interessekonflikt mellem parterne, som det skal uddybes nedenfor.

2.3.3. Moral hazard og behovet for kontrol

Den iboende asymmetriske information i K04-relationen og den generelle interessekonflikt mellem parterne skaber, ifølge PA-teorien, et problem med hensyn til agentens indsats. Dette beskrives gennem *hidden action* modellen, hvorefter principalen ikke kan observere agentens indsats, og hvor agenten som følge af sin opportunisme, vil være tilbageholdende med at dele information om dennes indsats.⁸⁸ Dette kan besværliggøre principalens, her Kundens, opsætning af den optimale incitamentsstruktur, idet agenten, her Leverandøren, antageligt kun vil levere en høj indsats, hvis det er profitmaksimerende for Leverandøren. Hvis Kunden ønsker en høj indsats fra Leverandøren, og denne ikke kan observeres, kan

⁸⁶ Se her Bilag 1 om Informationsasymmetri

⁸⁷ Se her Bilag 1 om Risikodeling

⁸⁸ Bergen et al. (2001), s. 3

Leverandøren handle opportunistisk, også omtalt at *shirke*⁸⁹, og udnytte den asymmetriske information, der består mellem parterne, for at få det højest mulige payoff, til skade for Kundens profit. Dette resultat, hvorefter agenten handler egenoptimerende til skade for principalen, omtales også som et *moral hazard* problem.⁹⁰

Det må lægges til grund, at Kunden vil have svært ved at opnå information om Leverandørens direkte indsats. En måde at forebygge moral hazard problemet er, at Kunden kan indsamle yderligere information om *omstændighederne* omkring Leverandørens indsats. Dette kan bl.a. være information om Leverandørens adfærd, eller om hvordan udefrakommende omstændigheder reelt har påvirket outputtet, for at Kunden kan få en mere virkelighedsnær antagelse om Leverandørens indsats. Information om Leverandørens adfærd kan indhentes gennem monitorering af Leverandøren, ved f.eks. at foretage audit af Leverandørens ydelser eller ved at kræve, at Leverandøren skal rapportere på specifikke aspekter af ydelsen. Sådanne kontrolmekanismer må antages at nedbringe risikoen for, at Leverandøren vil og kan handle opportunistisk og dermed *shirke* på kontrakten.⁹¹ K04-kontrakten indeholder omfattende kontrolmekanismer, som muliggør Kundens monitorering af Leverandøren, som det skal gennemgås nedenfor.

2.3.4. Kontrolmekanismer i K04

I dette afsnit fremhæves konkrete eksempler på kontrolmekanismer i K04-kontrakten, som analyseres fra et PA-teoretisk synspunkt. K04-kontrakten indeholder flere eksempler på kontrolmekanismer, der lader Kunden monitorere Leverandørens adfærd og output.

Som gennemgået ovenfor, har en række af bestemmelserne i K04 til formål at forebygge *moral hazard* problemstillinger, som følge af Leverandørens opportunistiske adfærd. Her må det lægges til grund, at jo mere omfattende ydelsen er beskrevet, og jo mere vidtgående kontrolmekanismerne i kontrakten er, desto sværere vil det være for Leverandøren at *shirke* på kontrakten.⁹²

Med hensyn til definition af ydelsen, må der her gøres gældende, at der alt andet lige vil opstå mindre tvivl om, hvad Leverandøren skal levere, når dette er eksplicit reguleret i kontraktmaterialet, hvorved Kunden nemmere vil kunne vurdere hvorvidt Leverandørens opfylder kontrakten. Dette kan forklare,

⁸⁹ Ved *shirking* forstås Leverandørens udnyttelse af asymmetrisk information ved udførsel af en opgave, jf. Hendrikse (2003), s. 95

⁹⁰ Hendrikse (2003), s. 95

⁹¹ Ibid., s. 137

⁹² Bergen et al. (2001), s. 4

hvorfor der er lagt op til omfattende ydelsesbeskrivelser i K04-kontraktens Bilag 12, herunder Bilag 12.a-12.h.

Kontraktens kontrolmekanismer giver Kunden mulighed for at tilegne sig viden, som Leverandøren besidder, med henblik på at mindske den asymmetriske information mellem parterne og afskrække Leverandøren fra at *shirke* på kontrakten. Dette kan eventuelt forklare de omfattende kontrolmekanismer i K04-kontraktens, pkt. 12-16, som uddybes nedenfor.

Kunden har for det første en auditadgang, som er reguleret i K04-kontraktens pkt. 16. Denne auditadgang udgør det rene eksempel på en reel kontrolmekanisme i K04-kontrakten, der er til for, at Kunden kan sikre, at Leverandøren ikke *shirker* på kontrakten. Her følger det at:

*“Kunden har ret til med [30] Dages varsel at gennemføre audit af Ydelserne, herunder med henblik på at kontrollere Leverandørens opfyldelse af Kontrakten.”*⁹³

Formålet med denne bestemmelse er, som eksplicit anført, at kontrollere Leverandørens opfyldelse af kontrakten. Med udgangspunkt i hidden-action modellen, er dette et udtryk for, at Kunden skal have adgang til at mindske den asymmetriske information mellem parterne. Det reelle formål med denne auditadgang må dog være at afskrække Leverandøren fra at handle opportunistisk, da Kunden vil kunne opdage og straffe en sådan adfærd fra Leverandøren, gennem et audit.

Kunden har herudover ret til at udføre audit uden varsel, hvis: *“Kunden har en kvalificeret og underbygget grundlag for at mistænke, at Kontrakten ikke opfyldes korrekt.”*, jf. K04, pkt. 16.

At Kunden i visse tilfælde har ret til at udføre audit uden varsel, må antages at påvirke Leverandørens incitamenter til at *shirke* eller *free-ride* på kontrakten, da der foreligger en risiko for, at Kunden vil kræve et audit og derved opdage den ikke-ønskelige adfærd. Denne bestemmelse synes at tegne et tydeligt billede af en manglende tillid i forholdet mellem Kunden og Leverandøren, som må antages at foreligge grundet en manglende incitamentsforenelighed.

Udover auditbestemmelsen i K04, pkt. 16, indeholder K04 en række øvrige bestemmelser i pkt. 12-15, der har elementer af kontrol. Dette gælder heriblandt Kundens adgang til at føre revision og kontrol med Leverandørens ydelser, jf. K04, pkt. 15. I henhold til denne bestemmelse, skal Leverandøren mindst én gang årligt lade en ekstern revisor føre revision af Leverandørens ydelser, hvilket som udgangspunkt også omfatter dennes underleverandører, jf. pkt. 15, stk. 1. At revisionsadgangen også omfatter underleverandører må anses som en relativt vidtgående revisionsadgang, da det pålægger

⁹³ K04, pkt. 16, stk. 1, 1. pkt.

Leverandøren ansvaret for at sikre Kunden adgang til andre virksomheders forretninger. Dette vil især være problematisk, hvis Leverandøren benytter underleverandører, som udgør store tech-virksomheder, så som Google eller Amazon Web Services, hvor Leverandøren må antages at have begrænset mulighed for at give Kunden adgang til revision. Revisionsadgangen er lig auditadgangen et udtryk for at Kunden ønsker at afskrække opportunistisk adfærd og ønsker at opdage en sådan adfærd, hvis den finder sted, herunder hos underleverandører.

Herudover skal Leverandøren, ved sin levering af ydelserne, især sikre sig, at ydelsen lever op til kontraktens servicemål, jf. K04, pkt. 12, stk. 1. Disse er specifikt oplistet i kontraktens Bilag 8 (Servicemål), hvor der bl.a. stilles krav til, at Leverandørens drift af de forskellige it-miljøer skal have en tilgængelighed på mellem 96% og 99%, afhængig af hvilket miljø der er tale om, herunder produktion- og testmiljø.⁹⁴ Disse servicemål må generelt antages at begrænse Leverandørens mulighed for at *shirke* på kontrakten, idet der opstilles specifikke krav til ydelsen, som til dels er bodsbelagte.⁹⁵ Kunden opstiller således en konsekvens for Leverandøren ved at levere en lav performance, hvis ydelsen ikke lever op til kontraktens servicemål, som kan forebygge Leverandørens opportunistiske adfærd.

For at sikre, at Leverandøren rent faktisk leverer op til de omtalte servicemål i praksis, er der i K04 herudover indarbejdet bestemmelser om *indsigt* og *rapportering*.

Det følger således af K04 pkt. 14, at parterne forpligter sig til at *sikre hinanden indsigth i data og indhold af, samt status på, leverede ydelser, herunder relevante aktiviteter og opgaver, som udføres for at levere Ydelserne under Kontrakten*, jf. K04, pkt. 14, stk. 1. Denne indsigtsforpligtelse hænger, fra Leverandørens side, i høj grad sammen med kontraktens servicemål, idet Leverandøren er forpligtet til at *etablere en overvågning, der sikrer indsamling af data til dokumentation af opfyldelse af servicemål*, jf. K04 pkt. 12, stk. 3. Med indsigtsforpligtelsen, er Leverandøren således forpligtet til at give Kunden løbende indsigth i de målepunkter og målinger, der foretages med hensyn til opfyldelse af servicemålene - i hvert fald på Kundens anmodning, jf. K04, pkt. 12, stk. 4.

Der er tilmed indarbejdet en rapporteringspligt i K04. Leverandøren er således forpligtet til månedligt at rapportere til Kunden, jf. K04, pkt. 13. Denne rapportering skal i praksis lade Kunden sikre, at Leverandøren overholder kontraktens servicemål, idet rapporteringen skal "*være egnet til umiddelbart*

⁹⁴ K04, Bilag 8, pkt. 3.12

⁹⁵ Førnævnte servicemål om tilgængelighed er f.eks. bodsbelagt, jf. Bilag 8, pkt. 3.1.4

at vurdere, om - og i hvilket omfang - Leverandørens Ydelser opfylder de krav og Servicemål, der følger af Kontrakten.”⁹⁶

Leverandørens indsigts- og rapporteringspligt understøtter derved Kundens brug af servicemål således, at det rent faktisk kan kontrolleres, hvorvidt Leverandøren opfylder disse i praksis. Disse kontrolmekanismer kan derfor i sammenspil med servicemålene forbedre Leverandørens performance og forebygge opportunistisk adfærd.

Samlet set, har Kunden en vidtgående adgang til at føre kontrol med Leverandørens opfyldelse af K04-kontrakten. Disse kontrolmekanismer kan, ifølge ovenstående, opdeles i henholdsvis 1) audit- og revisionsadgang, hvorefter Kunden kan føre fysisk kontrol med Leverandørens opfyldelse af kontrakten og 2) kontraktens servicemål og de understøttende bestemmelser om krav til indsigt og rapportering, som til dels gør det muligt at vurdere Leverandørens performance. Disse kontrolmekanismer må antages generelt at forebygge *moral hazard* problemer, idet Leverandøren vil have svært ved at *shirke* på kontrakten, uden at Kunden opdager dette, og herudover giver Kunden mulighed for at straffe Leverandøren i form af bod eller ved påberåbelse af misligholdelse af kontrakten. De to opstillede punkter synes at udtrykke, at der ved udarbejdelsen af K04-kontrakten, i bred udstrækning, er taget udgangspunkt i den iboende interessekonflikt mellem Kunden og Leverandøren, og at Kunden med disse kontrolforanstaltninger forsøger at minimere risikoen for at Leverandøren handler opportunistisk.

2.3.5. Konventionalitet og kundevenlighed i K04

På baggrund af ovenstående afsnit, synes der at foreligge en teoretisk økonomisk funderet forklaring på, hvorfor K04-kontrakten har sin nuværende udformning. PA-teorien kan således anvendes til at forklare de hensyn, der er taget ved udarbejdelsen af K04. Det må her lægges til grund, at der ved udarbejdelsen af K04 er lagt vægt på at indarbejde så vidtgående kontrol- og overvågningsmekanismer som muligt, som må anses som et udtryk for konventionel kontrahering. I nærværende afhandling skal der dog stilles spørgsmålstejn ved denne konventionelle tankegang og den vidtgående kundevenlighed i K04.

Det kan næppe anses for rimeligt, eller for den sags skyld samarbejdsfremmende, at kontrakten i så høj grad favoriserer Kundens behov, da det skaber en åbenlys ubalance i kontrakten mellem Kunden og Leverandøren. Denne favorisering kommer i K04-kontrakten især til udtryk ved en relativt ekstensiv

⁹⁶ K04, pkt. 13, stk. 3

pålægelse af forpligtelser og risiko på Leverandøren, hvorimod der anvendes en mere lempelig tilgang til Kundens forpligtelser i K04-kontrakten.

Et konkret eksempel på én, blandt flere, usædvanlige byrdefulde forpligtelser for Leverandøren i K04-kontraktgrundlaget findes i Benchmarking-klausulen i pkt. 38. Denne klausul har essentielt den mekanik, at Kunden, i tilfælde af markedsudviklinger, kan påtvinge Leverandøren at matche markedsstandarder, uden hensyntagen til Leverandørens omkostninger herved eller i øvrigt dennes foretagne relations-specifikke investeringer. Benchmarking-klausulen bevirker i yderste konsekvens, at Leverandøren skal levere en bedre ydelse til en ikke ligeligt forbedret pris.

Et andet godt eksempel, som er af særlig gral karakter, består i Leverandørens forpligtelser til at levere ophørsassistance i forbindelse med, at en anden leverandør skal overtage it-driften, hvilket er reguleret i K04-kontraktens pkt. 57. Den bebyrdende karakter består grundlæggende i Leverandørens pligt til at: “ [...] bistå Kunden i forbindelse med Kundens hjemtagelse og/eller ved Kundens overdragelse af ansvaret for Kontraktens Ydelser til andre leverandører”.⁹⁷ Leverandøren forpligtes således til at være behjælpelig og samarbejdsvillig i forbindelse med sin egen (forventeligt) modvillige udtræden af kontrakten, hvilket efter omstændighederne må anses at være relativt vidtgående, henset til at dette tilfører Leverandøren absolut ingen værdi.

I skarp kontrast til ovenstående, står K04-kontraktens lempelige tilgang til Kundens forpligtelser, som bl.a. kan eksemplificeres ved K04-kontraktens pkt. 6 (Kundens medvirken). I medfør af denne bestemmelse, kan Leverandøren udelukkende påberåbe sig Kundens manglende medvirken, såfremt Leverandøren kan påvise at: “den manglende medvirken har haft *reel* indvirkning på Leverandørens forpligtelser i henhold til Kontrakten, og såfremt **Leverandøren ikke på rimelig vis har kunnet undgå denne indvirkning**” (egen fremhævelse).⁹⁸ Selvom denne bestemmelse ikke kan anskues for decideret urimelig, illustrerer bestemmelsens høje krav til Leverandørens bevisbyrde den generelle tendens, hvor der stilles særligt lempelige krav til Kunden forpligtelser og særligt skærpede krav til Leverandørens forpligtelser.

Misforholdet mellem parternes forpligtelser udtrykker tydeligt en bred kundevenlighed, som anses for uhensigtsmæssig for etablering af et gensidigt værdiskabende samarbejde. Der skal derfor anlægges en alternativ tilgang til parternes forpligtelser og kontraktens bestemmelser i afhandlingens Del II, hvor K04 skal tages ud af sin nuværende kontekst, om kundevenlighed og konventionel kontrahering, og i højere grad baseres på gensidige værdiskabende forpligtelser og strategisk kontrahering.

⁹⁷ Se K04-kontraktens pkt. 57.2, stk. 1

⁹⁸ Se K04-kontraktens pkt. 6, stk. 7

2.4. K04 i lyset af strategisk kontrahering

Selvom K04-kontraktens bestemmelser i høj grad må siges at være udtryk for konventionel kontrahering, indeholder kontrakten dog også en række bestemmelser, som stemmer godt overens med teorirammen indenfor strategisk kontrahering.⁹⁹ De kontraktdimensioner, der allerede er et udtryk for strategisk kontrahering skal derfor afgrænses positivt i dette afsnit, for at kunne vurdere hvilke dele af kontrakten, der rent faktisk har behov for at blive optimeret ved brug af strategisk kontrahering. Denne gennemgang af K04 tager udgangspunkt i de centrale kontraktdimensioner, hvor strategisk kontrahering afviger fra konventionel kontrahering, som opstillet i Østergaard & Petersen (2018), samt Bilag 1.¹⁰⁰

Strategisk kontrahering defineres i teorien som: *“maksimering af relationsrenten gennem anvendelse af både reaktive- og proaktive bestemmelser, der på grundlag af ressource-komplementaritet og strategisk fit mellem kontraktparterne, beskytter vidensudveksling og relations-specifikke investeringer mod opportunistisk adfærd.”*¹⁰¹

Indlagt i nærværende definition er en række kontraktdimensioner, hvor strategisk kontrahering adskiller sig fra konventionel kontrahering. Disse kontraktdimensioner består i 1) basis for samarbejdet, 2) risikoallokering, 3) commitment og 4) konfliktløsning.¹⁰² Det skal derfor konkret vurderes hvorvidt K04 afspejler strategisk kontrahering i sin nuværende form i disse kontraktdimensioner nedenfor.

1) Basis for samarbejdet

Der skal i strategisk kontrahering lægges fokus på etableringen af et *strategisk fit* mellem Kunden og Leverandøren, for at skabe den bedste basis for det strategiske samarbejde.¹⁰³ Formålet med et strategisk fit at sikre, at parterne har en fælles strategi for samarbejdet. I en kontekst af it-drift, må strategisk fit betyde, at der ikke blot stilles krav til leverandørens ydelsesniveau, herunder tilgængelighed og svartider, men at parterne udarbejder en fælles plan for, hvordan disse krav skal opnås, og hvorledes samarbejdet eventuelt skal udvikle sig over tid.

Denne tilgang benyttes til dels i K04, idet parterne bl.a. er pålagt at afholde et opstartsmøde, som skal understøtte, at parterne får en *fælles forståelse af rollefordelingen og Kundens overordnede behov*, jf. K04-kontraktens pkt. 2. Herudover består der en afklaringsfase, jf. K04-kontraktens pkt. 3, hvor ydelsesbeskrivelsen kan præciseres eller suppleres. At der i K04 tages højde for, at parterne skal skabe

⁹⁹ Petersen & Østergaard (2018)

¹⁰⁰ Se tabel 1, jf. Petersen & Østergaard (2018), s. 269

¹⁰¹ Petersen & Østergaard (2018), s. 267

¹⁰² Ibid., s. 267f.

¹⁰³ Ibid., s. 268

en fælles forståelse af Kundens behov og parternes rollefordeling, synes at tale for, at K04 understøtter udarbejdelsen af en passende basis for samarbejdet.

2) Risikoallokering

Den kommercielle risiko skal, i strategisk kontrahering, allokeres baseret på parternes risikotolerance, hvorved forstås, at risiko skal bæres af den part, som er mest robust til at bære den pågældende risiko.¹⁰⁴ Her må det, som gennemgået i afsnit 2.3 ovenfor, lægges til grund, at store dele af den kommercielle risiko i K04 er lagt over på Leverandøren, i form af en lang række forpligtelser kombineret med få beskyttelsesmekanismer. Dette kan som udgangspunkt godt være i overensstemmelse med ovenstående princip om allokering af risiko, baseret på risikotolerance, hvis Leverandøren må anses at være risikoneutral, mens Kunden må anses at være risikoavers. Fordeling af risikoen i den nuværende udformning af K04, må dog modsat slutes at være i strid med dette princip, hvis forholdet mellem parternes risikotolerance er således, at Leverandøren er mere risikoavers end Kunden.

Parternes egentlige risikoprofiler vil afhænge af en konkret vurdering af det specifikke kontraktforhold, hvorfor der ikke i nærværende afhandling kan konkluderes noget endeligt om, hvorvidt risikoallokeringen i K04 stemmer overens med strategisk kontrahering. Fra et generelt synspunkt må det dog pointeres, at Leverandøren pålægges en uforholdsmæssig stor del af risikoen i kontrakten, hvilket højst sandsynligt ikke vil være den mest optimale fordeling af risiko i kontrakten.

3) Commitment

Værdiskabelsen i samarbejdet ved strategisk kontrahering sker primært på baggrund af parternes commitment til samarbejdet, gennem relations-specifikke investeringer.¹⁰⁵ Det er en forudsætning, for at Leverandøren kan opfylde sine forpligtelser i K04-kontrakten, at denne foretager en række relations-specifikke investeringer. Herudover kan Kunden vise sit commitment til samarbejdet, ved f.eks. at investere i oplæring af Leverandørens medarbejdere, hvorved at parterne foretager reciprokke relations-specifikke investeringer. Alternativt kunne Kunden vise sit commitment til samarbejdet ved at sikre Leverandørens relations-specifikke investeringer ved at implementere hold-up safeguards i kontraktgrundlaget. Kendte eksempler på hold-up safeguards er bl.a. langvarige kontrakter og kompensation for de relations-specifikke investeringer.¹⁰⁶ De nævnte samarbejdsfremmende foranstaltninger behandles nærmere i afhandlingens Del II.

¹⁰⁴ Petersen & Østergaard (2018), s. 269

¹⁰⁵ Ibid., s. 270

¹⁰⁶ Ibid., s. 270

Generelt må det siges, at K04 indeholder få beskyttelsesmekanismer og primært fokuserer på at føre kontrol med Leverandøren og pålægge denne så mange forpligtelser som muligt, hvilket er et udtryk for konventionel kontrahering, som behandlet i afsnit 2.3. Der består, som en del heraf, en række bestemmelser i K04, der må antages at kunne forøge risikoen for Kundens hold-up, herunder Kundens ret til opsigelse, jf. K04, pkt. 54.2, og Kundens udtrædelsesadgang i afklaringsfasen, jf. K04, pkt. 3.2.¹⁰⁷ Der kan dog argumenteres for at parternes relations-specifikke investeringer muligvis kan sikres ved den 5-årige kontraktperiode, som der lægges op til i K04, jf. K04 pkt. 54.1.¹⁰⁸

Som der lægges op til i afhandlingens problemformulering, er kontraktens incitamentsstruktur med hensyn til parternes commitment, i form af relations-specifikke investeringer, et af de primære omdrejningspunkter for den videre analyse i afhandlingens Del II, idet kontraktens nuværende incitamentsstruktur ikke kan anses at være i overensstemmelse med strategisk kontrahering.

4) Konfliktløsning

Kontraktparterne skal, ved strategisk kontrahering, i høj grad selv løse konflikter, med kontrakten som styringsmekanisme, i stedet for at involvere en tredjepart, i form af domstole eller voldgift.¹⁰⁹ Dette stammer fra argumentet om, at det største potentiale for relationsrente skabes ved effektiv governance gennem *self-enforcing mechanisms* og det faktum, at domstolene ikke nødvendigvis indregner parternes ønske om at fortsætte samarbejdet, i deres afgørelser.¹¹⁰ Strategisk kontrahering lægger desuden op til en proaktiv konflikthåndtering, gennem indarbejdelse af afhjælpende foranstaltninger i kontrakten.¹¹¹

K04 indeholder et omfattende afsnit om governance, jf. Aftalens kapitel III. Governancestrukturen heri, har i bred udstrækning karakter af at være et selvstændigt konfliktløsningssystem. Samarbejdsorganisationen er delt op i tre lag (Styregruppe, Transitions-/driftsgruppe og nøglemedarbejdere). Hvis der opstår en konflikt, skal denne eskaleres opad i samarbejdsorganisationen, hvis den ikke kan løses på det konkrete niveau.¹¹² Der er dog ikke taget konkret stilling til afhjælpende foranstaltninger i K04, som ellers må anses at være bredt anvendt ved strategisk kontrahering.

¹⁰⁷ De konkrete hold-up risici i K04 er nærmere beskrevet i afsnit 3.3 (Hold-up problemet)

¹⁰⁸ Som behandles i afsnit 5.3 (Længerevarende kontrakter)

¹⁰⁹ Petersen & Østergaard (2018), s. 270-271

¹¹⁰ Dyer & Singh (1998), s. 669-671

¹¹¹ Petersen & Østergaard (2018), s. 271

¹¹² Se K04, bilag 4.a

Udover governancestrukturen gennemgået ovenfor, indeholder K04 en række konfliktløsningsklausuler, der træder i kraft hvis konflikten ikke kan løses i samarbejdsorganisationen, jf. K04-kontraktens pkt. 56.

Governancestrukturen i K04 er til en vis grad et udtryk for *self-enforcing mechanisms*¹¹³, i overensstemmelse med strategisk kontrahering. Det skal dog senere i afhandlingens Del II diskuteres, hvordan der proaktivt kan forebygges konflikter gennem udvidet kommunikation mellem parterne og proaktive klausuler, for at tage højde for efterfølgende omstændigheder.

2.5. Delkonklusion

Det kan ud fra ovenstående analyse konkluderes, at K04 i vid udstrækning bygger på konventionel kontrahering. Ud fra en analyse af K04-kontraktens bestemmelser med udgangspunkt i PA-teorien og hidden-action modellen, blev det fremstillet, at K04 indeholder omfattende kontrolmekanismer for at beskytte Kunden mod Leverandørens opportunistiske adfærd.

De konkrete kontrolmekanismer i K04-kontrakten lader Kunden føre fysisk kontrol med Leverandøren og muliggør, at Kunden kan vurdere Leverandørens opfyldelse af K04-kontraktens servicemål. Hertil anvendes der en særlig kundevenlig tilgang til parternes forpligtelser i K04-kontrakten, hvorefter der er en tendens til, at Leverandøren pålægges skærpede forpligtelser, mens Kunden pålægges lempelige forpligtelser.

Den nuværende udformning af K04 må konkluderes at være uhensigtsmæssig for etablering af et gensidigt værdiskabende samarbejde, hvilket danner grundlag for afhandlingens Del II, hvor der fokuseres på strategisk kontrahering. K04 indeholder dog allerede en række bestemmelser, som stemmer overens med strategisk kontrahering, herunder med hensyn til kontraktens governance- og konfliktløsningsstruktur samt muligheden for at skabe et strategisk fit mellem parterne. Det er dog nødvendigt at optimere K04-kontrakten således, at denne i højere grad skaber incitamentsforenelighed mellem parterne og understøtter parternes evne til ubekymret at foretage relations-specifikke investeringer.

¹¹³ Dyer & Singh (1998), s. 669

Kapitel 3 – Kontraktuelle udfordringer i K04-relationen

3.1. Indledning

Frygten for modpartens opportunistiske adfærd er, som i Kapitel 2, ligeledes omdrejningspunktet for nærværende kapitel, som dog ikke tager afsæt i PA-teorien, men i stedet tages udgangspunkt i teorien om inkomplette kontrakter og transaktionsomkostningsteorien.

Når parterne ikke kan udarbejde komplette kontrakter på baggrund af deres begrænsede rationalitet, opstår der en række kontraktuelle udfordringer. De centrale udfordringer, der skal tages op i dette kapitel, er, som tidligere beskrevet, *hold-up problemet* og *manglende regulering af efterfølgende omstændigheder*. Begge disse problemer udspringer af det faktum, at K04 i sin natur udgør en inkomplet kontrakt.

Det findes derfor først relevant i afsnit 3.2 at beskrive, hvorfor kontrakter i virkelighedens verden er inkomplette, og hvilke implikationer, dette har for kontraktforholdet mellem Kunden og Leverandøren. Herefter behandles hold-up problemet i afsnit 3.3, fra et transaktionsomkostningsteoretisk synspunkt, hvor der skal tages højde for de konkrete hold-up risici i K04. Efterfølgende, i afsnit 3.4, behandles problemstillingen om manglende regulering af efterfølgende omstændigheder, hvor der skal tages stilling til konsekvenserne herved for K04-relationen. Hertil skal det undersøges, hvorvidt K04-kontraktens nuværende bestemmelser og/eller den danske baggrundsret på området for efterfølgende omstændigheder vil føre til et hensigtsmæssigt resultat, for parternes samarbejde.

Nærværende analyse tager primært udgangspunkt i argumenter, der stammer fra transaktionsomkostningsteorien, der som udgangspunkt baserer sig på interaktionen mellem private parter. En offentlig ordregiver er dog underlagt en række regulatoriske begrænsninger og er herudover motiveret af andre faktorer, end det kan gøres gældende for en privat part.¹¹⁴ Det findes derfor relevant at tage specifik stilling til omstændigheder omkring Kunden, som offentlig ordregiver, i afsnit 3.5, for at nuancere argumenterne i nærværende afhandling og sikre, at afhandlingens resultater forbliver virkelighedsnære. Afslutningsvis konkluderes der på kapitlets resultater i afsnit 3.6.

¹¹⁴ Tvarnø & Østergaard (2018), s. 15f.

3.2. Den inkomplette kontrakt

I virkelighedens verden, må en antagelse, om komplet rationalitet hos kontraktparterne og udarbejdelsen af tilnærmelsesvis komplette kontrakter anses at være urealistisk, især under komplekse transaktioner, da parterne umuligt kan tages højde for samtlige mulige omstændigheder i kontrakten.¹¹⁵ Med udgangspunkt i transaktionsomkostningsteorien anerkendes det derfor i nærværende kapitel, at der er transaktionsomkostninger forbundet med en transaktion mellem to parter¹¹⁶, og at parterne, ved koncipering af kontrakten, ikke kan tage højde for samtlige omstændigheder, der kan indtræde, som følge af parternes begrænsede rationalitet, hvorfor der kun kan udarbejdes inkomplette kontrakter.¹¹⁷

Transaktionsomkostningsteorien differentierer mellem fire forskellige faktorer, der kan skabe inkomplethed i kontrakten. *For det første* kan det i visse tilfælde være for omkostningsfuldt at udarbejde en tilnærmelsesvis komplet kontrakt, idet det vil medføre for høje transaktionsomkostninger ved komplekse forhold. Det må formentlig slutes, at denne faktor ikke har været overvejet i forbindelse med udarbejdelse af K04. *For det andet* kan det være svært at udarbejde en bare tilnærmelsesvis komplet kontrakt, idet parterne, i form af deres begrænsede rationalitet, ikke kan tage højde for alle mulige omstændigheder. *For det tredje* kan kontraktens bestemmelser være kontekst-afhængige, hvorefter parterne kan fortolke bestemmelser på hver sin måde, hvilket kan udnyttes af en opportunistisk part. Denne udfordring kan særligt, i K04-regi, opstå på baggrund af K04-kontraktens formålsbestemmelse, som vil blive behandlet yderligere i afhandlingens Kapitel 4. *For det fjerde* kan nogle vigtige omstændigheder i kontraktforholdet være observerbare, men ikke verificerbare, f.eks. ved en domstol.¹¹⁸ En meningsfyldt kontrakt regulerer derfor som udgangspunkt kun omstændigheder, som må antages at både kunne observeres og efterfølgende verificeres ved en domstol.¹¹⁹

Nedenfor skal der behandles to problemstillinger, der udspringer af K04 kontraktens inkomplethed. Her refereres der til hold-up problemet og problemstillingen vedrørende manglende regulering af efterfølgende omstændigheder. Hvis der alternativt var anlagt antagelsen om komplette kontrakter, ville der forventeligt aldrig forekomme hold-up problemer, da disse problemer opstår som følge af parternes udnyttelse af kontraktens inkomplethed, hvilket ligeledes gælder manglende regulering af efterfølgende omstændigheder, da der ville være taget stilling til disse omstændigheder i en komplet kontrakt.

¹¹⁵ Hendrikse (2003), s. 206

¹¹⁶ Herved forstås de 6 K'er, jf. Østergaard (2016), s. 440

¹¹⁷ Hendrikse (2003), s. 203-226

¹¹⁸ Ibid., s. 205-206

¹¹⁹ Ibid., s. 206

3.3. Hold-up problemet

3.3.1. Hold-up i et transaktionsomkostningsteoretisk perspektiv

Hold-up problemet udspringer generelt af inkomplette kontrakter og frygten for parternes opportunistiske adfærd, hvilket kan påvirke parternes incitament til at foretage relations-specifikke investeringer og udveksle strategisk viden.¹²⁰

Inkomplette kontrakter indebærer muligheder for ex post opportunistisk adfærd, ved at en part vælger at bryde eller genforhandle kontrakten for at maksimere sin egen nytte. Disse muligheder for opportunistisme skaber særligt problemer, når enten Kunden eller Leverandøren skal foretage relations-specifikke investeringer. Dette bunder i, at relations-specifikke investeringer, i sin natur, medfører en *sunk cost* for den, der foretager investeringen, idet at investeringen har sin højeste værdi i det specifikke kontraktforhold og ofte vil være irreversibel.¹²¹ I nogle tilfælde vil parternes investeringer have så specifik tilknytning til kontraktrelationen, at der vil være tale om *idiosynkratiske investeringer*, hvilket udgør en investering, der har *ingen* værdi i et alternativt forhold.¹²² Da det særligt er Leverandøren, der skal foretage relations-specifikke investeringer i K04-relationen, vil Leverandøren derfor til dels være bundet til kontraktforholdet, hvilket Kunden kan forsøge at udnytte, hvis der ikke er indbygget tilstrækkelige beskyttelsesmekanismer mod opportunistisk adfærd i kontrakten. Det er dog værd at bemærke, at det også er væsentligt, at Kunden foretager relations-specifikke investeringer, når der er tale om strategisk kontrahering.¹²³

En part kan udnytte sin styrkede forhandlingsposition ved at genforhandle kontrakten, og derved få del i den investerende parts kvasi-overskud. Kvasi-overskuddet består af den summerede værdi af den investerende part overskud og den *sunk cost*, der er bundet i de relations-specifikke investeringer, som er foretaget.¹²⁴ Modpartens mulighed for at genforhandle kontrakten udspringer af kontraktens inkomplethed, i de tilfælde, hvor kontrakten indeholder en række *retstomme huller*, og der således ikke er taget højde for alle mulige omstændigheder, eller hvor kontraktens bestemmelser kan fortolkes forskelligt af parterne.¹²⁵ Denne inkomplethed i kontrakten kan en part udnytte til at genforhandle kontrakten og dermed forsøge at tilegne sig en del af den investerende parts kvasioverskud. Idet særligt

¹²⁰ Hendrikse (2003), s. 203f.

¹²¹ Ibid., s. 206-207

¹²² Østergaard (2014A), s. 18

¹²³ Se her afsnit 4.3 (Credible commitment)

¹²⁴ Hendrikse (2003), s. 208

¹²⁵ Se her afsnit 3.2 (Den inkomplette kontrakt)

Leverandøren er stærkt bundet til kontraktforholdet, på baggrund af sine ekstensive relations-specifikke investeringer, vil Leverandøren ofte acceptere en ringere kontrakt ved genforhandling, efter investeringerne er foretaget, da konsekvensen ved kontraktens ophør, på baggrund af de tabte omkostningerne til investering i relationen, vil overstige tabet ved genforhandlingen. Den uafhængige parts opportunistiske udnyttelse af muligheden for genforhandling af kontrakten omtales også, som hold-up.¹²⁶

Risikoen for, at Leverandøren ender med at stå i en hold-up situation, som beskrevet ovenfor, kan skabe en kontraktuel udfordring. Denne består i, at Leverandøren vil tage risikoen for Kundens hold-up ex post med i betragtning, i det øjeblik der skal foretages relations-specifikke investeringer, ex ante. Frygten for Kundens ex post opportunistiske adfærd vil derfor ofte resultere i, at Leverandøren har incitament til at underinvestere i kontraktrelationen, da Leverandøren ønsker at undgå lock-in effekten af de relations-specifikke investeringer.¹²⁷ Relations-specifikke investeringer vil dog, som oftest, forøge værdien af kontraktforholdet som en helhed, hvorfor Leverandørens underinvestering udgør et inefficiënt resultat. Leverandørens underinvestering, som følge af den ovennævnte kontraktuelle udfordring, omtales også, som et hold-up problem.¹²⁸

3.3.2. Den specifikke hold-up risiko i K04

Hold-up problemet vil være et problem i det fleste inkomplette kontrakter, så længe denne ikke indeholder beskyttelsesmekanismer mod opportunistisk adfærd. Hold-up i K04-forholdet kan eksempelvis bestå i, at Kunden udnytter kontraktens vage bestemmelser og Leverandørens manglende forhandlingsmagt til at tilegne sig favorable priser, teknologiske opgraderinger eller urimelige opetider, uden at Leverandøren kompenseres tilstrækkeligt herfor. Herudover kan Leverandøren også handle opportunistisk, hvis Kunden har bundet sig til kontraktforholdet, hvilket Leverandøren kan udnytte til at tilegne sig en større del af overskuddet, i form af en bedre pris eller lavere indsats. Risikoen for at der kan opstå hold-up i K04-forholdet, må antages at være reel, på trods af de relativt omfattende bestemmelser i K04-kontrakten, da denne stadig udgør en inkomplet kontrakt, som resultat af parternes begrænsede rationalitet.¹²⁹

I tilknytning til ovenstående, indeholder K04-kontrakten en række specifikke karakteristika, der forstærker det generelle hold-up problem. Hold-up problemet i K04 forstærkes af 1) den høje

¹²⁶ Hendrikse (2003), s. 207-209

¹²⁷ Susarla et al. (2010), s. 37-38

¹²⁸ Hendrikse (2003), s. 209

¹²⁹ Susarla et al. (2010), s. 37f.

kompleksitet af ydelsen, der skal leveres, og 2) det store behov for særligt, at Leverandøren foretager relations-specifikke investeringer.

Det må lægges til grund, at Leverandøren skal levere en relativt kompleks ydelse under K04, hvilket gør kontrakten yderligere inkomplet. Kompleksiteten af de ydelser, der skal leveres under K04, består i at, it-driftsydelser er svære at definere på forhånd, som følge af Kundens skiftende behov og kompleksiteten af et it-system, hvilket gør det relativt svært at tage højde for samtlige mulige omstændigheder i kontrakten.¹³⁰ Herudover vil levering af it-driftsydelser generelt være underlagt en usikkerhed, idet der konstant sker udvikling af underlæggende teknologier og infrastrukturer i markedet, og kundernes krav til ydelsen vil forventeligt kun blive større, i takt hermed.¹³¹ Kompleksiteten af ydelsen i K04 og den dynamiske it-branche gør, at kontrakten er mere inkomplet, hvilket alt andet lige får hold-up risikoen til at stige, idet sandsynligheden, for at Kunden kan kræve en genforhandling af kontrakten, er relativt større.¹³²

Det må herudover lægges til grund, at der er et stort behov for, at Leverandøren foretager relations-specifikke investeringer i K04-relationen. Dette kan begrundes i, at it-systemer er særdeles specifikke for hver enkelt virksomhed, hvorfor Leverandøren, før der kan ske levering, skal gennemgå en omfattende proces, hvor ydelser og løsninger skal evalueres, hvilket kræver dybdegående viden om Kundens organisation. Dette vil desuden indebære massive investeringer, som har en høj grad af human aktivspecifitet, i oplæring af medarbejdere og oparbejdelse af den relevante know-how om Kundens systemer og organisation.¹³³ Idet Leverandørens relations-specifikke investeringer antageligt er irreversible, grundet deres tekniske og individualiserede karakter, vil Leverandøren være særligt eksponeret for Kundens hold-up. Denne eksponering forstærkes som udgangspunkt i takt med, at Leverandøren ensidigt foretager yderligere relations-specifikke investeringer. Det store behov for relations-specifikke investeringer fra Leverandørens side forværrer således hold-up problemet, idet Leverandøren ikke har de nødvendige incitamenter til at foretage de nødvendige relations-specifikke investeringer, som der ellers er stort behov for. Parterne går således glip af en stor mulighed for værdiskabelse i kontraktrelationen, som følge af hold-up problemet.¹³⁴

Sammenfattende må det siges, at hold-up problemet udgør en central problemstilling i K04, herunder som følge af den høje kompleksitet af ydelserne, der skal leveres, markedets dynamiske karakter og det

¹³⁰ Susarla et al. (2010), s. 39-40

¹³¹ Susarla (2012), s. 1390

¹³² Ydelsernes kompleksitet behandles nærmere i afsnit 5.2 (Ydelsens kompleksitet og omfang)

¹³³ Susarla et al. (2010), s. 39-40

¹³⁴ Ibid.

store behov for relations-specifikke investeringer. I nærværende afhandling argumenteres der for, at hold-up problemet kan mitigeres ved hjælp af værktøjer, som udspringer af teorirammen indenfor strategisk kontrahering. Her refereres særligt til teorien om credible commitment og indarbejdelse af hold-up safeguards i kontraktgrundlaget, som det behandles i afhandlingens Del II.

3.4. Efterfølgende omstændigheder

3.4.1. Problemstillingen vedrørende efterfølgende omstændigheder

Grundlæggende opstår problematikken vedrørende efterfølgende omstændigheder ved, at der, efter kontraktindgåelsen mellem Kunden og Leverandøren, opstår en uforudset omstændighed, som skaber en afgørende forskydning i balanceforholdet i kontrakten, eller som følge af, at opfyldelse af kontrakten er blevet væsentligt mere byrdefuld for én af parterne ex post.¹³⁵ Disse omstændigheder vil ikke være reguleret eksplicit i kontrakten, som følge af parternes begrænsede rationalitet, hvilket indebærer en manglende evne til at forudse alle fremtidige begivenheder.¹³⁶

En efterfølgende omstændighed kan både være af positiv og negativ karakter. Konkret, i forholdet mellem Kunden og Leverandøren, kan en positiv efterfølgende omstændighed eksempelvis være en uforudset innovation af de leverede ydelser, hvorimod en negativ omstændighed eksempelvis kan være en uforudset stor compliance omkostning, i forbindelse med ny lovgivning.¹³⁷ Problemet ved disse situationer vil ofte være, at den ikke-begunstigede part vil føle sig miskrediteret og derfor vil kræve en del af gevinsten, og *vice versa* ved en negativ efterfølgende omstændighed.

3.4.2. Manglende regulering af efterfølgende omstændigheder

Det er nødvendigt, at parterne tager tilstrækkelig højde for, hvordan de skal forholde sig til indtræden af afgørende efterfølgende omstændigheder i kontrakten, hvis parterne ønsker at beskytte sig behørigt imod dette.¹³⁸ Manglende regulering af efterfølgende omstændigheder kan især have to væsentlige økonomiske konsekvenser for kontraktforholdet, som opstår på forskellige tidspunkter i kontraktprocessen, som illustreret ved **Figur 1** nedenfor.¹³⁹

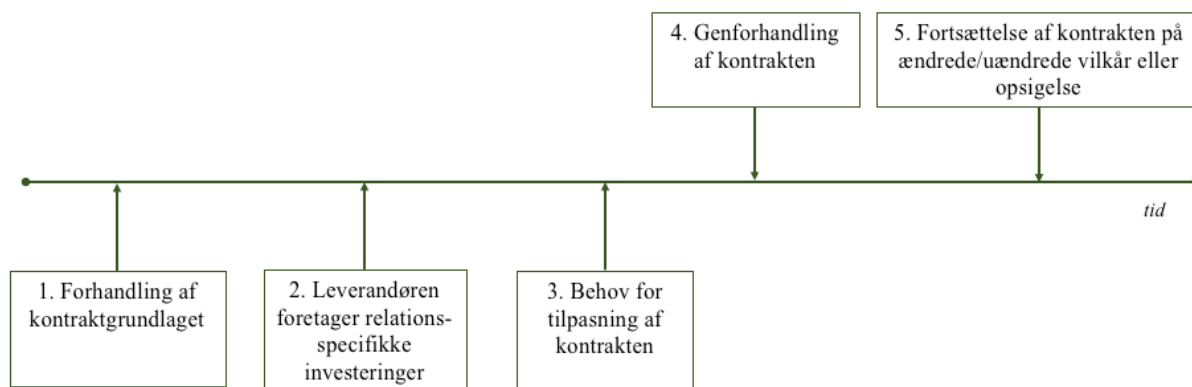
¹³⁵ UNIDROIT (2016) art. 6.2.2, Comment 2

¹³⁶ Østergaard (2016), s. 438

¹³⁷ Ibid., s. 437-438

¹³⁸ Gomard et al. (2015), s. 176

¹³⁹ Susarla (2012), s. 1390



Figur 1 – K04-kontraktens faser, egen tilvirkning med udgangspunkt i Susarla (2010), s. 39

Manglende eller mangelfuld tilpasning af kontrakten

For det første kan manglende regulering af efterfølgende omstændigheder i kontraktgrundlaget føre til *manglende eller mangelfuld tilpasning af kontrakten* ved indtræden af en efterfølgende omstændighed.¹⁴⁰ Ved indtræden af en efterfølgende omstændighed kan der opstå et behov for justering af kontrakten, som illustreret ved fase 3 i Figur 1. I den ideelle kontrakt, under antagelse om et muligt overskud, vil dette behov resultere i en genforhandling af kontrakten, jf. fase 4 i Figur 1, som vil stille begge parter bedre, end ved at lade kontrakten fortsætte eller afbryde samarbejdet.¹⁴¹

Problemet opstår dog, når den ellers efficiente genforhandling af kontrakten ikke sker. Dette kan dels være fordi, at kontrakten er for rigid og dermed ikke faciliterer en genforhandlingsproces, og til dels fordi, at parterne vil handle opportunistisk i genforhandlingen i fase 4 i Figur 1, ved at udnytte den lock-in effekt, som er forårsaget af den anden parts relations-specifikke investeringer.¹⁴²

I stedet for, at der sker en forbedrende ændring af aftalen, kan resultatet være, at aftalen fortsætter på uændrede vilkår, eller tilmed forringede vilkår for den ene part, som et resultat af den anden parts hold-up, hvilket generelt må konkluderes uhensigtsmæssigt. I nogle tilfælde vil forskydningen i balanceforholdet i kontrakten ved indtræden af en efterfølgende omstændighed være så stor, at kontraktssamarbejdet helt bryder sammen, når parterne ikke kan forhandle sig frem til en passende løsning.¹⁴³ Her går parterne helt glip af den fremtidige værdi af kontraktforholdet efter nedbrud af samarbejdet, det vil sige efter fase 5 i Figur 1.

¹⁴⁰ Susarla (2012), s. 1390

¹⁴¹ Ibid., s. 1391

¹⁴² Ibid., s. 1390

¹⁴³ Østergaard (2016), s. 443

Forstærkelse af hold-up problemet

For det andet kan manglende regulering af efterfølgende omstændigheder i K04 forstærke hold-up problemet, i form af Leverandørens underinvestering i kontraktforholdet i fase 2 i Figur 1. Dette rationale skyldes, at hvis Leverandøren forventer, at Kunden vil handle opportunistisk ex post, i forbindelse med uforudsete efterfølgende omstændigheder, og derved forsøge at forhandle sig til bedre vilkår, vil Leverandøren tage denne forventning i betragtning, når der skal foretages relations-specifikke investeringer i fase 2 i Figur 1, hvilket resulterer i en underinvestering.¹⁴⁴

Leverandørens underinvestering forstærkes ved en større risiko for, at efterfølgende omstændigheder indtræder ex post, og derved en større risiko for, at Kunden vil indgå i en inefficient forhandlingsproces herom, eller at samarbejdet helt bryder sammen.¹⁴⁵ Denne effekt må især antages at være signifikant i K04-forholdet, idet der foreligger en stor risiko for indtræden af efterfølgende omstændigheder, som følge af K04-forholdets dynamiske og komplekse karakter, som beskrevet i afsnit 3.3 ovenfor, der kan påvirke parterne, her især Leverandøren, negativt og/eller positivt.

Uforudsete gevinster, som vil udgøre positive efterfølgende omstændigheder, vil oftest udspringe af parternes relations-specifikke investeringer. Her må det lægges til grund, at Leverandøren vil være mindre tilbøjelig til at foretage relations-specifikke investeringer og innovere på de leverede ydelser, hvis denne ikke er sikker på at få del i gevinsten, der udspringer heraf. Det må tilmed sluttес, at en part vil være tilbageholdende med at foretage relations-specifikke investeringer, hvis denne bærer en uforholdsmæssig stor del af den kontraktuelle risiko.

Alt i alt skaber en manglende regulering af efterfølgende omstændigheder altså en forstærkelse af hold-up problemet, i form af Leverandørens underinvestering.

Implikationer for den videre analyse

Det er ud fra ovenstående argumentation åbenlyst, at en manglende regulering af efterfølgende omstændigheder kan have store konsekvenser for kontraktforholdet, i form af manglende tilpasning af kontrakten i fase 4 i Figur 1, og underinvestering i kontraktforholdet i fase 2 i Figur 1. Ovenstående problemstilling kan sandsynligvis løses proaktivt ved den optimale kontraktsammensætning, hvorfor K04-kontraktens regulering af efterfølgende omstændigheder behandles nedenfor.

¹⁴⁴ Susarla (2012), s. 1388f.

¹⁴⁵ Ibid., s. 1390-1391

For det tilfælde, at K04-kontrakten ikke tilstrækkeligt regulerer efterfølgende omstændigheder, er det relevant nedenfor at analysere, i hvilken grad den danske baggrundsret kan agere som juridisk *løftestang* ved efterfølgende omstændigheder, især når der er tale om en situation, hvor kontrakten bliver mere byrdefuld for den ene part, herunder særligt Leverandøren, og denne ønsker at blive frigjort fra sine forpligtelser.¹⁴⁶

3.4.3. Regulering af efterfølgende omstændigheder

3.4.3.1. K04 om efterfølgende omstændigheder

I K04 tages der begrænset stilling til spørgsmålet vedrørende efterfølgende omstændigheder. Denne stillingtagen består udelukkende i den indbyggende ændringshåndteringsbestemmelse i K04, pkt. 11, Force Majeure klausulen i K04, pkt. 48 samt indirekte gennem Kontraktens Benchmarking klausul i K04, pkt. 38.

Ændringshåndteringsbestemmelsen opstiller en procedure for parternes håndtering af anmodninger om ændringer af aftalen, hvilket forudsætter en saglig begrundelse.¹⁴⁷ Benchmarking klausulen regulerer ikke specifikke efterfølgende omstændigheder, idet bestemmelsen udelukkende fordeler den gevinst, der opstår som følge af, at Leverandøren opretholder konkurrencedygtige priser.¹⁴⁸ Da disse to bestemmelser ikke regulerer Kundens eller Leverandørens retsstilling ved ændrede omstændigheder, er det primært K04-kontraktens Force Majeure klausul, der reelt kan påvirke parternes retsstilling, i tilfælde af efterfølgende omstændigheder.

Begrebet force majeure er en overordnet betegnelse for den situation, hvorpå en eksogen faktor umuliggør én af parternes opfyldelse af kontrakten, som ikke kunne være hindret med almindelige afværgelsesforanstaltninger.¹⁴⁹

Force Majeure klausulen i K04 har følgende formulering: *”Ingen af Parterne er ansvarlige, herunder for betaling af bod, for manglende overholdelse af deres forpligtelser, når dette skyldes forhold, der ligger uden for Partens kontrol, og som Parten ikke ved Kontraktens underskrift burde have taget i*

¹⁴⁶ Østergaard (2016), s. 438

¹⁴⁷ Se her K04, Bilag 7

¹⁴⁸ Se her afsnit 2.3.5 (Konventionalitet og kundevenlighed i K04)

¹⁴⁹ Andersen (2019), s. 444

betragtning (herunder strejker, lockout, terror og sundhedskriser i form af pandemier) og ej heller burde have undgået eller overvundet.”¹⁵⁰

Anvendelsesområdet for K04-kontraktens Force Majeure klausul må anses at stemme godt overens med det baggrundsretlige udgangspunkt, da der skal være tale om forhold, der ligger uden for partens kontrol, som ikke burde have været taget i betragtning eller burde været undgået af den bebyrdede part.¹⁵¹ Der foreligger dog ikke et krav om artsumulighed¹⁵², som det f.eks. gælder efter kodificeringen af force majeure for løsørekøb i KBL § 24, som kan påberåbes i alle kontrakttyper.¹⁵³

Force Majeure begrebet i K04 må anses at have visse overlap med hardship. Idet K04-kontraktens Force Majeure klausul kun vil omfatte ekstraordinære situationer, så som strejker og pandemier, synes bestemmelsen dog ikke at omfatte alle relevante situationer, hvorpå der kan opstå efterfølgende omstændigheder mellem parterne. Hardship vil derimod omfatte omstændigheder, der forrykker balancen i kontrakten mellem parterne, således at ligevægten i kontrakten fundamentalt ændres, idet opfyldelse er blevet mere byrdefuldt.¹⁵⁴ En part vil derfor i tilfælde af hardship lettere kunne påberåbe sig et økonomisk tab, da den accepterede offergrænse under hardship er tillempet i forhold til klassisk force majeure.¹⁵⁵ Retsvirkningen af hardship kontra force majeure er tilmed forskellig, da en hardship klausul vil medføre til pligt til at parterne genforhandler kontrakten, hvorimod Force Majeure i K04 blot fritstiller den bebyrdede part for erstatning og/eller levering.¹⁵⁶

Det ønskelige resultat henset til strategisk kontrahering må være, at samarbejdet kan fortsætte, på trods af indtræden af en efterfølgende omstændighed. Dette muliggør Force Majeure klausulen dog ikke, da denne blot fritstiller den bebyrdede part fra at opfylde kontrakten. Herudover må det lægges til grund, at anvendelsesområdet for Force Majeure er relativt snævert sammenlignet med hardship, hvorfor Force Majeure klausulen i K04 kun i begrænset omfang tager højde for efterfølgende omstændigheder.

Den begrænsede stillingtagen til efterfølgende omstændigheder i kontrakten synes at være uhensigtsmæssig, i forhold til parternes evne til at fortsætte samarbejdet, i tilfælde af, at der opstår en gevinst eller risiko, som parterne er uenige om, hvordan skal fordeles. Der tages derfor i de følgende

¹⁵⁰ Se her K04-kontraktens pkt. 48.1

¹⁵¹ Andersen (2019), s. 444

¹⁵² Nørager-Nielsen & Theilgaard (2008), s. 419 f.

¹⁵³ Østergaard (2005), s. 219

¹⁵⁴ Andersen (2020), s. 250-252

¹⁵⁵ Se eksempelvis U.1940.214 SH, jf. Andersen (2020), s. 251-252

¹⁵⁶ Andersen (2020), s. 250

afsnit udgangspunkt i baggrundsretten, for at undersøge, hvorvidt applikation af disse regler vil nå frem til et ønskeligt resultat. Her må det altovervejende formål være, at samarbejdet kan fortsætte, på trods af den efterfølgende omstændigheds indtræden.

3.4.3.2. AFTL § 36

AFTL § 36 udgør én af ugyldighedsreglerne i lovens kapitel 3 og har karakter af at være en generalklausul.¹⁵⁷ En aftale kan således, med hjemmel i AFTL § 36, ændres eller tilsidesættes helt eller delvist af domstolene, hvis aftalen eller dele heraf fremstår urimelig, jf. AFTL § 36, stk. 1. Ved vurdering af om en aftale er urimelig, og hvorvidt AFTL § 36 kan benyttes som juridisk *løftestang* for indtræden af efterfølgende omstændigheder, som ikke er reguleret i K04, skal der primært tages hensyn til *senere indtrufne omstændigheder*, jf. AFTL § 36, stk. 2.¹⁵⁸

Problemet er dog, at AFTL § 36 har et begrænset anvendelsesområde for aftaler mellem erhvervsdrivende, da generalklausulen primært har til formål at beskytte forbrugere i aftaler med erhvervsdrivende.¹⁵⁹ I aftaler mellem erhvervsdrivende, herunder K04, antages det, at de professionelle parter vil indregne overvejelser om forretningsmæssige risici og økonomiske forhold i udarbejdelse af kontrakten.¹⁶⁰ Når en omstændighed ikke indregnes i kontrakten, kan det derfor, for domstolene, opfattes som en kalkuleret risiko for parterne, som det var tilfældet i U.2003.23H (*Tintin-dommen*), hvor Højesteret mente, at sagsøger på aftaletidspunktet havde accepteret en fraskrivelse af en fremtidig gevinstmulighed, ved at tage imod et fast vederlag, og derfor bevidst havde frakendt sig gevinsten ved den potentielt store succes, som Tintin hæfterne fik, i sidste ende.¹⁶¹

AFTL § 36 kan dog finde anvendelse i situationer, hvor forhandlingsmagten mellem Kunden og Leverandøren er i så væsentlig ubalance, at den begunstigede part kan tilegne sig urimeligt gunstige vilkår. Det er dog en klar forudsætning herfor, at dele af aftalen skal anses som urimelig og i strid med almindelig handlemåde, hvilket bl.a. holdt domstolene tilbage fra at tilsidesætte et aftalevilkår om royalties i U.2012.3007 H (*Pandora-dommen*). Et eksempel på anvendelse af AFTL § 36 i erhvervsforhold er f.eks. U.2004.2518V (*Den lejede mark-dom*), hvor lejeprisen over tid havde

¹⁵⁷ Andersen (2018), s. 218

¹⁵⁸ Ibid., s. 222-223 & 265

¹⁵⁹ Ibid., s. 218-224

¹⁶⁰ Ibid., s. 265

¹⁶¹ Se her U.2003.23 H, jf. Andersen (2018), s. 255

udviklet sig til at være urimelig grundet, at denne både var uproportionel og uforudset, hvorved domstolen endte med at skærpe lejerens forpligtelse med hjemmel i AFTL § 36.¹⁶²

AFTL § 36 kan således have relevans for tilsidesættelse af dele af kontrakten, med hensyn til efterfølgende omstændigheder, men denne mulighed er dog begrænset for aftaler mellem erhvervsdrivende. Da domstolenes fortolkning af AFTL § 36 primært baserer sig på en antagelse, om at parterne har påtaget en kalkuleret risiko, kan der opstå en del uforudsete omstændigheder, som følge af parternes begrænsede rationalitet, hvor AFTL § 36 ikke vil finde anvendelse, medmindre der foreligger en tydeligt urimelig aftale.

3.4.3.3. Forudsætningslæren

Forudsætningslæren er en uskreven retsgrundsætning i dansk ret, som omhandler, hvorvidt løftegiverens forudsætninger ved indgåelse af aftalen senere skal påvirke retsvirkningen af det afgivne løfte. Konsekvensen ved påberåbelse af forudsætningslæren vil være hel eller partiel ugyldighed af aftalen.¹⁶³

I forhold til efterfølgende omstændigheder, er det reglerne om *bristede forudsætninger*, der er relevante.¹⁶⁴ For at en part kan påberåbe sig, at en omstændighed udgør en forudsætning for indgåelse af aftalen, skal denne være *bestemmende* for løftegiverens adfærd, *kendelig* for løftemodtageren og *relevant*.¹⁶⁵ Hvis en parts forudsætning overholder disse betingelser og efterfølgende brister, vil denne part principielt kunne fritages fra sit løfte.¹⁶⁶

I praksis vil forudsætningslæren dog være svær at påberåbe sig, i kontrakter mellem erhvervsdrivende, lig argumentet for AFTL § 36. Domstolene har således haft en tendens til at afvise fritagelse af en professionel parts forpligtelser med hjemmel i både forudsætningslæren og AFTL § 36, med udgangspunkt i en antagelse om, at parterne har været fuld bekendt med de risici, der følger med aftalen. Dette ses bl.a. i dommen U.2014.558H, hvor Højesteret hverken kunne tilsidesætte aftalen med hjemmel i AFTL § 36 eller forudsætningslæren.¹⁶⁷ Det samme var tilfældet i en sag ved Sø- og

¹⁶² Andersen (2018), s. 238 & 269

¹⁶³ Andersen & Madsen (2017), s. 190-197

¹⁶⁴ Ibid., s. 190

¹⁶⁵ Ibid., s. 195-196

¹⁶⁶ Ibid., s. 192

¹⁶⁷ Se U.2014.558H, som omtalt i Andersen (2018), s. 275

Handelsretten, som begrundede afvisningen af sagsøgers påstand ved, at: ”(...) *der er tale om en aftale indgået mellem to professionelle parter.*”¹⁶⁸

Grundet domstolenes antagelse om, at professionelle parter påtager sig en kalkuleret risiko for, at den givne forudsætning brister, vil forudsætningslæren, lig AFTL § 36, ofte ikke kunne påberåbes for efterfølgende omstændigheder, der opstår i K04-relationen.

3.4.4.4. Nærmest til at bære risikoen

Udgangspunktet er, at en person bærer *risikoen* for sig selv og sine ejendele, hvilket bevirker at skaden bæres af den person, hvem skaden indtræder for.¹⁶⁹ Retsfiguren *nærmest til at bære risikoen* giver dog mulighed for at regulere spørgsmålet om *risikodeling*, i forbindelse med indtræden af uforudsete byrdefulde omstændigheder, da domstolen her kan tage stilling til, hvem af parterne, der lettest vil kunne bære risikoen fra et økonomisk synspunkt.¹⁷⁰

Generelt må lægges til grund, at i forholdet mellem Kunden og Leverandøren vil risikoen for forhold, som ingen af parterne kan bebrejdes, formentlig blive tillagt den part, som lettest vil kunne pulverisere betydningen af det tab, som risikoen har medført.¹⁷¹ Hvilken part, der lettest kan dette, må bero på en konkret vurdering.

Det har været diskuteret, hvorvidt retsfiguren *nærmest til at bære risikoen* kan anses for en obligationsretlig grundsætning, som er udviklet i retspraksis.¹⁷² Til trods for, at domstolene må anses at have brugt retsfiguren ret inkonsekvent, kan der udledes en række generelle tendenser.

En tendens i retspraksis er, at den professionelle part pålægges risikoen, hvilket bl.a. blev statueret i U.1997.994/2 Ø (*Den aflyste musikant*).¹⁷³ Dette må dog antages udelukkende at have relevans for K04, hvis der er tale om en situation, hvor en af parterne er underlagt en udvidet professionsnorm, da begge parter generelt agerer professionelt.

En øvrig tendens i retspraksis skal ses i sammenhæng med koncipistreglen, hvorved kontraktkoncipisten pålægges risikoen for visse omstændigheder ved udarbejdelse af kontrakten, idet

¹⁶⁸ Sø- og Handelsrettens dom 9. september 2014 i sag H-0097-10 og U-0003-11, s. 16

¹⁶⁹ Andersen (2020), s. 202

¹⁷⁰ Østergaard & Madsen (2017), s. 35

¹⁷¹ Andersen (2013), s. 456-469

¹⁷² Østergaard & Madsen (2017), s. 36

¹⁷³ Ibid., s. 41

denne part har påtaget sig en koncipistrisiko. Dette er eksemplificeret ved dommen U.2007.409H, hvor det blev fundet, at Comitec A/S, som havde udfærdiget en række vedligeholdelsesaftaler, var nærmest til at bære risikoen for mangler ved disse. Denne koncipistrisiko kan have relevans for K04, hvis Kunden herved kan pålægges risikoen for visse omstændigheder, som kontraktkoncipist.¹⁷⁴

Retsfiguren *nærmest til at bære risikoen* kan således i visse tilfælde benyttes til at fordele risikoen for efterfølgende omstændigheder til den, der nemmest kan bære denne risiko fra et økonomisk synspunkt. Dette skyldes, at parterne ikke kan regulere risikodeling ved forhold, som de ikke kendte ex ante.¹⁷⁵ Denne retsfigur må dog anses at være på et tidligt udviklingsstadium og have et begrænset anvendelsesområde, hvorfor den sandsynligvis kun kan påberåbes i begrænsede tilfælde.

3.4.4.5. Sammenfatning

Sammenfattende må det lægges til grund, at der til dels kan foretages aftalesupplering af K04, med udgangspunkt i de almindelige obligationsretlige grundsætninger, men at denne mulighed ikke kan anses at være tilstrækkelig, til at løse problemerne om Leverandørens underinvestering og manglende tilpasning af kontrakten ved efterfølgende omstændigheder.¹⁷⁶

Baggrundsretten dækker ikke alle former for efterfølgende omstændigheder, idet anvendelsesområdet for force majeure og nærmest til at bære risikoen er snævert og utilstrækkeligt. Derudover har AFTL § 36 samt forudsætningslæren et begrænset anvendelsesområde ved aftaler mellem professionelle parter. I øvrigt vil baggrundsretten sjældent føre til det mest efficiente økonomiske resultat, idet de ovennævnte juridiske løsninger ofte vil føre til, at aftalens forpligtelser ophører, og samarbejdet mellem parterne derved bryder sammen.¹⁷⁷ Dette strider grundlæggende mod tankegangen i nærværende afhandling, hvor samarbejdet mellem Kunden og Leverandøren søges konserveret, af hensyn til parternes mulighed for at opnå relationsrente.

Da baggrundsretten må erkendes ufuldstændig på området for efterfølgende omstændigheder, kan denne ikke løse de kontraktuelle udfordringer, som kan opstå i K04-relationen, hvorfor det i afhandlingens Kapitel 6 skal undersøges, hvorvidt disse kan imødegås gennem strategisk kontrahering, herunder ved brug af proaktive klausuler, i form af hardship- og gevinstklausuler.

¹⁷⁴ Østergaard & Madsen (2017), s. 38-39

¹⁷⁵ Østergaard (2014B), s. 140

¹⁷⁶ Østergaard & Petersen (2020), s. 204

¹⁷⁷ Østergaard (2016), s. 439

3.5. Kunden som offentlig ordregiver

3.5.1. Samfundshensyn og fællesoptimering

Økonomisk teori, om henholdsvis hold-up¹⁷⁸ og fællesoptimering¹⁷⁹, er primært baseret på transaktioner mellem private parter, hvis mål er at skabe profit. I dette afsnit inddrages Kunden karakteristika imidlertid, i form af at være offentlig ordregiver, for at nuancere de opstillede økonomiske problemstillinger. Formålet hermed er at skabe en mere virkelighedsnær gennemgang af muligheden for at fællesoptimere mellem parterne.

Det er imidlertid værd at nævne, at økonomisk teori omkring private parter generelt anses for applikabel på offentligretlige forhold, i praksis.¹⁸⁰ Det findes således ikke noget belæg for at anskue offentlige ordregivers indgåelse af eksempelvis K04, som filantropisk, hvilket også synes udtrykt i K04-kontraktens konventionelle delelementer, hvilket må anskues at udtrykke en vis grad af profitorientering.¹⁸¹ Det findes derfor relevant at påpege de forhold, der kan have indvirkning på Kundens adfærd ved kontrahering, og hvilken betydning de vil have i relation til afhandlingens applikerede teorier.

Offentlige ordregivere er underlagt en række regulatoriske rammer. Dette udelukker bl.a. muligheden for, at parterne kan indgå en aftale, om at etablere et joint venture og/eller en strategisk alliance mellem parterne, hvilket normalvis vil være en måde, hvorpå private virksomheder organiserer sig, i forbindelse med et strategisk samarbejde.¹⁸² Tankegangen bag disse partnerskaber anvendes dog af statslige institutioner, med stor succes, i form af at indgå i længerevarende værdiskabende samarbejder, herunder i form af et OPP.¹⁸³ Når K04 benyttes som kontraktgrundlag, er det næppe relevant at etablere et OPP mellem parterne, men den bagvedliggende tankegang om incitamentsforenelighed og mindsket behov for strafklausulering, må dog antages at kunne overføres til K04, med udgangspunkt i strategisk kontrahering.¹⁸⁴ Strategisk kontrahering må derfor generelt antages at kunne appliceres til at skabe

¹⁷⁸ Williamson (1985), som gennemgås i afsnit 3.3 (Hold-up problemet)

¹⁷⁹ Dyer & Singh (1998)

¹⁸⁰ Tvarnø & Østergaard (2018), s. 15-16

¹⁸¹ Andersen & Madsen (2017), s. 412-413

¹⁸² Tvarnø & Østergaard (2018), s. 18

¹⁸³ Et OPP kan betegnes som: ”en samarbejdsform, hvor den offentlige sektor og den private sektor arbejder sammen om et fælles projekt igennem en længere tidsperiode og deler gevinster og risici“, jf. Greve & Tvarnø (2012), s. 3

¹⁸⁴ Tvarnø & Østergaard (2018), s. 18

fællesoptimering, på trods af de regulatoriske begrænsninger, som den offentlige ordregiver er underlagt i forbindelse med anvendelsen af K04.¹⁸⁵

I det følgende skal der tages stilling til incitamentsstrukturen hos en offentlig ordregiver og herudover nuancere de fremstillede økonomiske problemstillinger.

3.5.2. Incitamentsstrukturen hos en offentlig ordregiver

Udgangspunktet i basal virksomhedsteori er, at private virksomheder vil søge at maksimere profit, da disse er forpligtet overfor deres aktionærer.¹⁸⁶ Denne tankegang må imidlertid nuanceres i forhold til, at Kunden er en offentlig ordregiver, da denne ikke nødvendigvis profitmaksimerer, men i stedet er fokuseret på maksimering af samfundsvelfærden, som udgangspunkt.¹⁸⁷

Selvom en offentlig ordregiver må anses at være fokuseret på maksimering af samfundsvelfærden, kan dennes beslutninger i praksis dog være påvirket af incitamenterne hos de konkrete beslutningstagere hos den offentlige ordregiver, da disse beslutningstagere ofte vil have et personligt incitament, som er af mere politisk karakter.¹⁸⁸ Ved begrebet beslutningstager hos den offentlige ordregiver, forstås den/de personer, som varetager den overordnede strategiske ledelse.

At Kunden i højere grad er motiveret af samfundsvelfærd og politiske interesser må antages at gøre det sværere for Leverandøren at forudsige Kundens handlinger, hvilket kan have indflydelse på Leverandørens tillid til Kundens fremtidige beslutninger. Denne manglende tillid besværliggør et velfungerende strategisk samarbejde, og sætter derfor større krav til opbyggelse af tillid mellem parterne, f.eks. igennem et credible commitment.¹⁸⁹

¹⁸⁵ Tvarnø & Østergaard (2018), s. 15

¹⁸⁶ Bagley (2019), s. 21-23

¹⁸⁷ Viscusi, Harrington & Vernon (2005), 505-506

¹⁸⁸ Ibid., s. 508

¹⁸⁹ Se her afsnit 4.3 (Credible commitment)

3.5.3. Nuancering af økonomiske problemstillinger

Med Kundens incitamentsstruktur i mente, er det relevant at nuancere de fremstillede økonomiske problemstillinger.

I ovenstående gennemgang af hold-up og efterfølgende omstændigheder, tages der udgangspunkt i en antagelse om, at parterne i høj grad handler opportunistiske, hvilket vil skabe hold-up problemer. Dette må antages at være en passende antagelse for aftaler mellem private parter, hvor der ikke er indbygget de fornødne incitamenter til at handle fællesoptimerende. Denne antagelse skal dog modificeres med hensyn til to omstændigheder omkring en offentlig ordregiver.

For det første er en offentlig ordregiver underlagt en række lovgivningsmæssige begrænsninger, som påvirker den offentlige ordregivers ageren på markedet. Dette skyldes hovedsagligt, at Kunden er underlagt en begrænset aftalefrihed og en lang række udbudsretlige regler¹⁹⁰, der besværliggør en kontraktproces.¹⁹¹ Forvaltningsretlige regler kan herudover også påvirke en offentlig ordregivers ageren i visse situationer, herunder særligt med hensyn til lighedsgrundsætningen, hvorefter offentlige myndigheder er underlagt et krav om, at der ikke må gøres forskel på ensartede tilfælde.¹⁹² Især udbudsreglerne begrænser her Kundens muligheder for at genforhandle kontrakten, hvilket må få risikoen for, at Kunden indleder en hold-up situation ex post, til at falde.

For det andet må det antages, at offentlige ordregivere, så som Kunden, i en mindre grad vil handle opportunistisk i visse situationer, sammenlignet med en tilsvarende privat kunde. Et argument herfor består i, at en offentlig ordregiver må antages i en mindre kalkuleret grad at fokusere på at maksimere profitten af en transaktion og i større grad vil være drevet af f.eks. opnåelse af en række politiske målsætninger eller vil søge at maksimere samfundsvelfærden, jf. ovenstående. Herudover kan Kundens fremtidige renommé have en stor betydning for dets valgte adfærd, idet en offentlig ordregiver må antages at være underlagt en skærpet hæderlighedsstandard overfor samfundet, set i forhold til private virksomheder. Kunden vil derfor have stort fokus på at undgå skandaler, der resulterer i dårlig omtale i medierne, herunder i form af en såkaldt *shitstorm*.¹⁹³

De gennemgåede omstændigheder omkring en offentlig ordregiver kan medvirke til, at Kunden i en mindre grad vil handle opportunistisk og skabe hold-up situationer, ved at udnytte, at Leverandøren har

¹⁹⁰ Se her afsnit 5.5 (Udbudsretlige begrænsninger) og 6.8 (Udbudsretlige begrænsninger af hardship- og gevinstklausuler)

¹⁹¹ Tvarnø & Østergaard (2018), s. 15

¹⁹² Bønsing (2013), s. 311-312

¹⁹³ Sappington & Sidak (2003), s. 184

foretaget relations-specifikke investeringer, til at forsøge at forhandle sig til bedre vilkår. Dette vil i så fald reducere omfanget af Leverandørens underinvestering.

At Kunden i mindre grad vil handle opportunistisk og er underlagt udbudsreglerne er dog ikke ensbetydende med, at der ikke kan forekomme hold-up problemer, ved brug af K04 i en kontraktrelation mellem en offentlig ordregiver og en privat leverandør. Her er det altovervejende argument, at der er tale om en kommerciel transaktion, hvor Leverandøren skal levere en vigtig tjenesteydelse for Kunden. Kunden vil derfor være interesseret i at få den bedst mulige ydelse, til den lavest mulige pris, hvilket essentielt er et udtryk for profitmaksimering. Dette afspejler sig i særdeleshed i den omtalte kundevenlighed i K04, hvor der er stort fokus på at minimere Kundens egen risiko og omkostninger.¹⁹⁴ Kunden handler således ikke kun ud fra etiske og samfundsmæssige hensyn, men også med mere kommercielle formål, da denne f.eks. stadig forventes at overholde et budget. Der består således stadig et hold-up problem i K04-relationen, som skal søges at løses gennem et strategisk samarbejde, herunder ved brug af hold-up safeguards.

I forhold til problemstillingen om efterfølgende omstændigheder, er det relevant at pointere, at denne problemstilling i mindre grad, end hold-up problemet, udspringer af Kundens opportunisme, og i højere grad udspringer af kontraktens inkomplette karakter. At Kunden handler mindre opportunistisk må imidlertid antages at forbedre succesraten af en forhandlingsproces mellem parterne, når der indtræder en efterfølgende omstændighed, som der ikke er taget højde for i kontrakten. Der vil fortsat være behov for at indføre hardship- og gevinstklausuler i kontraktgrundlaget, for at tage højde for efterfølgende omstændigheder ex ante, idet parterne ellers vil være nødsaget til at anvende den uhensigtsmæssige baggrundsret.¹⁹⁵

¹⁹⁴ Se her afsnit 2.3.5 (Konventionalitet og kundevenlighed i K04)

¹⁹⁵ Se her afsnit 3.4 (Regulering af efterfølgende omstændigheder)

3.6. Delkonklusion

Det kan ud fra den ovenstående analyse konkluderes, at parternes begrænsede rationalitet skaber inkomplette kontrakter, hvoraf der i K04 udspringer kontraktuelle udfordringer i form af hold-up problemer og manglende regulering af efterfølgende omstændigheder. Hold-up problemet i K04 opstår som følge af og forstærkes af kompleksiteten af ydelserne, der skal leveres, markedets dynamiske karakter og det store behov for relations-specifikke investeringer, hvilket kan resultere i at Leverandøren vil underinvestere i kontraktrelationen. Det kan i forhold til hold-up problemet tilmed konkluderes, at risikoen for at dette problem opstår reelt mindskes, men ikke elimineres, på baggrund af Kundens karakteristika, som offentlig ordregiver, da denne er underlagt skærpede regulatoriske begrænsninger og samfundsmæssige hensyn.

Det må konkluderes, at der i K04-kontrakten ikke er taget tilstrækkelig stilling til efterfølgende omstændigheder, og at baggrundsretten inden for sit begrænsede anvendelsesområde fører til et uhensigtsmæssigt resultat, i form af frafald af parternes forpligtelser. Manglende regulering af efterfølgende omstændigheder konkluderes at have store konsekvenser for K04-relationen, da dette forstærker hold-up problemet og ofte vil medføre manglende eller mangelfuld tilpasning af kontrakten.

Afslutningsvis konkluderes det, at Kunden og Leverandøren ikke har mulighed for at gøre brug af de samme samarbejdsorganisationer, som private virksomheder, men at grundprincipperne for strategisk kontrahering findes applikabel på samarbejdet, hvorfor parterne alligevel meningsfuldt kan fællesoptimere.

Del II – Problemløsning

Ud fra analysen i Del I, må det konkluderes, at K04 i sin nuværende udformning primært bygger på konventionel kontrahering, hvilket medfører visse kontraktuelle udfordringer for K04-relationen. Nærværende Del II udgør imidlertid afhandlingens *problemløsningsdel*, hvormed det skal undersøges, hvorvidt strategisk kontrahering, i bedste fald, kan løse de omtalte udfordringer, gennem samarbejdsfremmende foranstaltninger. Denne del af afhandlingen anlægger en normativ tilgang, hvorefter der skal opstilles mulige kontraktændringer, med det formål at danne et mere optimalt kontraktgrundlag for parternes samarbejde, der bygger på incitamentsforenelighed.

Den normative tilgang tager udgangspunkt i strategisk kontrahering, som især skaber stor værdi for parterne, når der består et stort behov for, at parterne foretager relations-specifikke investeringer, at parterne udveksler strategisk viden, og at der er et strategisk fit.¹⁹⁶ Ved strategisk kontrahering søges forenelighed af parternes incitamenter, ved at give parterne et fælles formål, i stedet for fokus på egenoptimering, herunder ved at beskytte parternes relations-specifikke investeringer og vidensudveksling mod opportunistisk adfærd, gennem kontraktuelle beskyttelsesmekanismer.¹⁹⁷

Afhandlingens Del II består af tre kapitler. I Kapitel 4 præsenteres strategisk kontrahering og nogle essentielle delelementer heri, herunder parternes credible commitment og krav til kommunikation. Dernæst, skal der i Kapitel 5 foretages en konkret analyse af en række mulige hold-up safeguards, som direkte modsvar til den mulige hold-up problematik, der kan opstå mellem parterne, jf. afsnit 3.3. I Kapitel 6 skal fordelene ved anvendelsen af hardship- og gevinstklausuler vurderes, med henblik på proaktivt at regulere uforudsete efterfølgende omstændigheder.

¹⁹⁶ Petersen & Østergaard (2018), s. 267

¹⁹⁷ Tvarnø, Ølykke & Østergaard (2013), s. 68-69

Kapitel 4 – Samarbejde, loyalitet og kommunikation

4.1. Strategisk samarbejde

Det generelle formål, ved at indgå i et strategisk samarbejde, er at skabe vedvarende konkurrencefordele for Kunden og Leverandøren, hvorved parterne kan opnå relationsrente over en længere periode.¹⁹⁸ Det må lægges til grund, at der er et stort potentiale for at skabe relationsrente i it-kontrakter, så som K04, idet der består en omfangsrig mulighed for at udnytte parternes komplementære ressourcer, ved at parterne dedikerer sig til den komplekse proces, der består i at drifte en offentlig myndigheds it-systemer.¹⁹⁹

K04 indeholder ikke, i sin nuværende udformning, de rette kontraktmekanismer og indbyggede incitamentsstrukturer for at facilitere en sådan værdiskabelse, som behandlet i dybden i afhandlingens Del I. Den nuværende udformning af K04 er således et udtryk for konventionel kontrahering, hvor det primære fokus lægges på at afdække Kundens forretningsmæssige risici og beskrive Leverandørens omfattende forpligtelser under kontrakten.²⁰⁰

Fokus i afhandlingen rettes derfor i nærværende kapitel mod kontraktbestemmelser, der fremmer og understøtter værdiskabelsen i relationen mellem parterne, i stedet for de konventionelle bestemmelser, der primært har til formål at fordele risici for omstændigheder, der er kendt for parterne allerede ved aftaleindgåelsen. Der skal således bruges en begrænset, men passende, mængde transaktionsomkostninger på reaktive bestemmelser, der ikke skaber merværdi. I stedet skal der indarbejdes proaktive kontraktbestemmelser, der lader parterne udnytte deres komplementære ressourcer og innovere, og som regulerer, hvordan gevinster fra denne innovation skal fordeles. Dette skyldes, at proaktiv klausulering generelt anvendes til at foregribe og aktivt fremme værdiskabelsen, samtidig med, at eventuelle udfordringer og/eller tvister søges undgået, for derved at opnå størst mulig forretningsmæssig succes.²⁰¹

Proaktive bestemmelser, f.eks. i form af hardship- og gevinstklausuler, kan, særligt i længerevarende forhold, være med til at forebygge konflikter mellem parterne, i forbindelse med efterfølgende

¹⁹⁸ Østergaard & Petersen (2020), s. 203

¹⁹⁹ Ibid., s. 204

²⁰⁰ Østergaard (2016), s. 16-18

²⁰¹ Østergaard (2014A), s. 9

omstændigheder.²⁰² Herudover kan proaktive bestemmelser opstille og understøtte processerne for et velfungerende samarbejde således, at kontrakten bliver et styringsværktøj for samarbejdet, i stedet for et ”*skuffedokument*”, der kun benyttes reaktivt, når der er opstået en konflikt.²⁰³

De kontraktuelle udfordringer i K04-relationen, som beskrevet i dybden i Kapitel 3, udspringer af parternes egenoptimering og opportunisme. Med udgangspunkt i strategisk kontrahering skal der derfor indarbejdes en række beskyttelsesmekanismer og samarbejdsfremmende klausuler i K04, for at få parterne til at bevæge sig mod fællesoptimering og for at skabe en større grad af incitamentsforenelighed mellem parterne.²⁰⁴ Sådanne kontraktmekanismer kan med fordel fokuseres på at skabe en større grad af tillid mellem parterne, gennem et credible commitment. Her vil parterne opnå et større tillid, jo mere de binder sig til samarbejdet, f.eks. gennem reciprokke relations-specifikke investeringer. Herover kan et større fokus på kommunikation, herunder gennem en forpligtelse til at dele strategisk viden i kontrakten understøtte parternes fællesoptimering.

For at kunne indarbejde de ovenstående værktøjer, kræves det dog, at der indbygges de fornødne beskyttelsesmekanismer i kontraktgrundlaget. Parterne vil således være tilbageholdende med at binde sig kontraktrelationen, ved at foretage relations-specifikke investeringer og udveksle strategisk viden, hvis disse ikke er beskyttet mod opportunistisk adfærd. Det er derfor relevant at indlejre beskyttelsesmekanismer, i form af hold-up safeguards, i K04-kontraktgrundlaget således, at parterne kan foretage den optimale mængde af relations-specifikke investeringer, som maksimerer relationsrenten i samarbejdet.

Ovenstående gennemgang udgør afhandlingens udgangspunkt, når det skal vurderes, hvordan K04 burde se, ud fra et formål om værdiskabelse i et strategisk samarbejde. Dette udgangspunkt giver anledning til at analysere en række omstændigheder omkring etablering af et strategisk samarbejde i K04-relationen lidt dybere.

Derfor er det relevant at kritisere en række konkrete bestemmelser i K04, som besværliggør værdiskabelsen, eller i alt fald er overflødige i en kontekst af strategisk kontrahering, og hvordan disse bestemmelser alternativt kan udfærdiges, med henblik på værdiskabelse i samarbejdet, i afsnit 4.2 nedenfor. Herefter skal teorien om credible commitment uddybes i afsnit 4.3, for at vurdere, hvordan der skabes større tillid mellem parterne. Herudover skal det i afsnit 4.4 vurderes, hvorvidt at en

²⁰² Østergaard (2005), s. 227-228

²⁰³ Østergaard (2016), s. 22

²⁰⁴ Tvarnø & Østergaard (2018), s. 12-15

udvidelse af loyalitetspligten kan understøtte værdiskabelsen i samarbejdet, herunder i form af en eksplicit kommunikationspligt og samarbejdspligt.

4.2. Kritik af bestemmelser i K04-kontrakten

4.2.1. Behov for kontrolmekanismer i K04-kontraktgrundlaget

Den nuværende udformning af K04 er primært udarbejdet med hensyn til problemstillinger, der stammer fra PA-teorien.²⁰⁵ Dette resulterer i omfattende kontrolmekanismer i kontraktgrundlaget og et stort fokus på at beskytte Kundens interesser. Behovet, for at kontrollere Leverandøren, opstår med udgangspunkt i den grundlæggende interessekonflikt, der antages at være mellem parterne i PA-teorien, og den asymmetriske information, som Leverandøren kan forsøge at udnytte.²⁰⁶ Ved udøvelse af strategisk kontrahering, kan der dog argumenteres for, at 1) der i mindre grad består en interessekonflikt mellem parterne, og 2) den asymmetriske information har et mindre omfang og en mindre betydning.

Interessekonflikt

Der vil, i sagens natur, bestå en mindre interessekonflikt ved strategisk kontrahering, i forhold til konventionel kontrahering, da parterne i vid udstrækning vil forsøge at fællesoptimere, særligt ved brug af K04-kontrakten, som et dynamisk styringsværktøj.²⁰⁷ Til at understøtte dette, vil parterne sikre et strategisk fit mellem Kunden og Leverandøren, gennem udarbejdelse af en fælles forretningsplan.²⁰⁸ For at parterne kan udarbejde en fælles forretningsplan, forudsættes det fordelagtigt, at parterne arbejder ud fra den samme generiske strategi, da parterne således lettere vil kunne tilpasse sig hinanden.²⁰⁹ Henset til den omfattende tekniske karakter af den outsourcete ydelse samt de betydelige krav til detaljeforståelsen, må Leverandørens generiske strategi at anses i det væsentligste at udgøre en *differentieringsstrategi*.²¹⁰ Det må imidlertid anerkendes betydeligt mere besværligt stålfast at fastlægge Kundens generiske strategi, men denne må forventes, i overensstemmelse med tankegangen bag strategisk kontrahering, at tilslutte sig Leverandørens generiske strategi, hvilket understøttes af parternes iboende ønske om at innovere, som led i samarbejdet.

²⁰⁵ Se her afsnit 2.3 (K04 i et PA-teoretisk perspektiv)

²⁰⁶ Hendrikse (2003), s. 90-93

²⁰⁷ Tvarnø & Østergaard (2018), s. 15

²⁰⁸ Petersen & Østergaard (2018), s. 268

²⁰⁹ Tvarnø & Østergaard (2018), s. 13

²¹⁰ Østergaard (2014A), s. 13

Parterne vil herudover i en bredere udstrækning, end det er tilfældet ved den konventionelle kontrakt, være bundet til samarbejdet, bl.a. gennem reciprokke relations-specifikke investeringer. At parterne binder sig til kontrakten, kan i sig selv udgøre et credible commitment, som kan skabe incitamentsforenelighed og derved mindske den grundlæggende interessekonflikt mellem parterne.²¹¹

Det kan dog ikke afvises, at Leverandøren stadig til en vis grad kan have incitament til at *free-ride* på kontrakten og yde en lavere indsats end, hvad Kunden ønsker. Risikoen, for at denne *free-riding* opstår, må antages at være betydeligt reduceret ved strategisk kontrahering, da der her er større incitamentsforenelighed, hvormed menes, at parterne i fællesskab ønsker at yde en god indsats, for at opnå relationsrente. Yderligere er der i strategisk kontrahering mere fokus på vidensudveksling, med henblik på fælles værdiskabelse.²¹²

Asymmetrisk information

For det første, må det lægges til grund, at der i mindre grad vil bestå asymmetrisk information mellem parterne i et strategisk samarbejde, da dette er baseret på en høj grad af frivillig og strategisk vidensudveksling. Parterne vil således have forbedrede incitamenter til at dele strategisk viden, her især hvis parternes vidensudveksling beskyttes mod opportunistisk adfærd, gennem beskyttelsesmekanismer i kontrakten.²¹³ Den asymmetriske information mellem parterne vil hertil kunne reduceres yderligere, ved at indarbejde en egentlig pligt for parterne til at kommunikere i kontrakten, som det skal behandles yderligere i afsnit 4.4 nedenfor. Der vil således generelt bestå en mindre grad af informationsasymmetri ved iagttagelse af strategisk kontrahering, end ved en konventionel kontrakt.²¹⁴

For det andet, må det lægges til grund, at den asymmetriske information, der alligevel må findes mellem parterne, i mindre grad skal opfattes som et problem ved strategisk kontrahering, og i større grad som et udtryk for komplementære ressourcer.²¹⁵ Det er således en præmis for, at parterne kan indgå i et meningsfuldt strategisk samarbejde, at disse har forskellige kompetencer og viden, for at komplementariteten af disse ressourcer kan benyttes til at skabe relationsrente. Strategisk kontrahering belyser således asymmetrisk information, som en naturlig del af et værdiskabende samarbejde, hvorfor asymmetrisk information, mellem parterne i et strategisk samarbejde, vil have en mindre betydning.

²¹¹ Se her afsnit 4.3 (Credible commitment)

²¹² Dyer & Singh (1998), s. 666

²¹³ En nærmere beskrivelse af hold-up safeguards foretages i Kapitel 5

²¹⁴ Petersen & Østergaard (2018), s. 267

²¹⁵ Se her Bilag 1

Behovet for kontrolmekanismer

At udelade visse kontrolmekanismer i K04 vil spare en række transaktionsomkostninger. For det første vil dette spare *kontrolomkostninger* ex post ved, at Kunden ikke skal føre kontrol, og Leverandøren ikke skal forholde til en sådan kontrol. Herudover vil en simplificering af bestemmelserne i K04 spare *kontraktudformnings- og kontrolforhandlingsomkostninger* ex ante ved, at parterne ikke skal definere kontrolmekanismerne i kontrakten og eventuelt indgå i forhandlinger om, hvorledes kontrollen skal udføres.²¹⁶

Alt i alt, består der, ved strategisk kontrahering, en mindre interessekonflikt mellem parterne og mindre asymmetrisk information, hvilket må anses at overflødiggøre nogle af de omfattende kontrolmekanismer, som er indbygget i K04.²¹⁷ Hertil gælder det, at Leverandøren i højere grad vil handle i overensstemmelse med Kundens interesser, og at Kunden i en højere grad vil modtage oplysninger fra Leverandøren om den leverede ydelse, gennem vidensdeling, som eller skulle indhentes gennem kontrol og inspektion.²¹⁸

Når der etableres et strategisk samarbejde mellem parterne, er der således i mindre grad behov for kontrolmekanismer i kontraktgrundlaget for K04. Det vil derfor være i overensstemmelse med grundtanken i strategisk kontrahering at udelade dele af de omfattende kontrolmekanismer i K04, for at spare transaktionsomkostninger, og i stedet bruge ressourcer på at indbygge proaktive bestemmelser og beskyttelsesmekanismer i kontrakten, for at understøtte værdiskabelsen i samarbejdet. En afledt effekt af at udelade kontrolmekanismer af kontraktgrundlaget kan tilmed være, at dette signalerer en øget tillid fra Kunden til Leverandøren, hvilket antageligt kan have en positivt afsmittende effekt på samarbejdet.²¹⁹

²¹⁶ Østergaard (2016), s. 439-440

²¹⁷ Se her afsnit 2.3.4 (Kontrolmekanismer i K04)

²¹⁸ Se her afsnit 4.2.1 (Behov for kontrolmekanismer i K04-kontraktgrundlaget)

²¹⁹ Dyer & Singh (1998), s. 669-670

4.2.2. K04-kontraktens formålsbestemmelse

4.2.2.1. Formålsbestemmelse som kontraktuelt værktøj

Et essentielt værktøj til at forstå kontrakter, såsom K04, er formålsbestemmelsen, som i udgangspunkt skal bibringe en generel tilkendegivelse af parternes formål med aftalen og ekspliciterer de interesser, som parterne tiltænkes at varetage med aftalen.²²⁰

Der kan let opstå uenigheder mellem parter i et kontraktforhold, om hvordan konkrete bestemmelser heri skal fortolkes, og hvordan parterne skal forholde sig til forhold, der ikke er taget højde for i kontrakten. Dette kan skyldes, at parterne har en forskellig opfattelse af formålet med og den konkrete betydning af kontraktens bestemmelser.²²¹ Sådanne problemstillinger kan opstå, som følge af, at der i kontrakten anvendes et kompliceret eller uhensigtsmæssigt sprogbrug, som medfører uklarhed om bestemmelsens hensigt og anvendelse.

Formålsbestemmelsen har en væsentlig betydning for, hvordan kontrakten vil blive fortolket i tilfælde af eventuelle tvister, da der i denne forbindelse vil blive lagt vægt på parternes indledende hensigt ved kontraktindgåelse.²²² I visse situationer, vil kontrakten således kunne fortolkes og/eller suppleres, hvor der ikke er taget specifikt stilling til den opståede konflikt i kontrakten. Med den rigtige udformning af formålsbestemmelsen vil de generelle problemstillinger, om fastlæggelse af parternes hensigt med kontraktindgåelse samt manglende regulering af efterfølgende omstændigheder, i visse tilfælde kunne løses gennem supplerende af kontraktens bestemmelser med udgangspunkt i kontraktens formålsbestemmelse.²²³

Ved fortolkning forstås den disciplin, hvor kontraktens indhold fastlægges, som suppleres af parternes tilstræbte hensigt. Konkret handler fortolkning om at "*læse og forstå*" kontrakten i lyset af den specifikke transaktion mellem parterne. Startpunktet for enhver aftalefortolkning er en subjektiv fortolkning af kontrakten, hvor denne anskues ud fra parternes fællesopfattelse. Her er bestemmelsens ordlyd og kontraktens formål relevant for at bestemme parternes fællesopfattelse og hensigt.²²⁴

Formålsbestemmelsen kan således spille en essentiel rolle i at forstå parternes hensigt, som kan lægges til grund ved fortolkning af bestemmelser i kontraktgrundlaget, hvor der foreligger fortolkningstvivel. Herudover må det antages, at når der indtræder begivenheder, som der ikke er taget højde for i

²²⁰ Andersen (2013), s. 314

²²¹ Gomard et al. (2015), s. 85-88

²²² Andersen (2019), s. 141

²²³ Andersen (2013), s. 314-315

²²⁴ Andersen & Madsen (2017), s. 352-353

kontrakten, vil kontraktens formål have betydning for fortolkning af parternes handlemuligheder hertil. Det er således ikke ubetydeligt, hvordan formålsbestemmelsen i K04 formuleres.

Et understøttende argument, for at udarbejde en velfunderet formålsbestemmelse, er, at dette eventuelt kan spare transaktionsomkostninger til *kontraktudformning* og *-forhandling* ved at overflødiggøre visse bestemmelser i kontrakten samt nedbringe usikkerhed. Dette består i, at parterne muligvis ikke behøver at tage stilling til visse omstændigheder i kontrakten, da en sådan omstændighed forhåbentligt vil fortolkes til fordel for samarbejdet med udgangspunkt i formålsbestemmelsen.²²⁵ At udfærdige en kortere kontrakt stemmer godt overens med udgangspunktet om inkomplette kontrakter, da parterne ikke kan tage højde for alle omstændigheder i kontrakten, og det må anses at være omkostningstungt at udarbejde visse kontraktbestemmelser, når det ses til kompleksiteten og omfanget af de driftsydelser, der skal leveres under K04-kontrakten.

Med henblik på, at parterne ønsker at indgå i et velfungerende strategisk samarbejde, ville det være ideelt, at formålsbestemmelsen i K04 beskrev dette, som det altovervejende formål med kontrakten. Dette er imidlertid ikke entydigt tilfældet, som det skal gennemgås nedenfor. Herefter skal der anlægges en normativ tilgang til formålsbestemmelsen i K04, hvor at vurdere hvordan bestemmelsen *burde* se ud, hvis denne skal være optimal for parternes samarbejde.

4.2.2.2. Den nugældende formålsbestemmelse i K04

K04-kontraktens formålsbestemmelse fremgår af Kontraktens pkt. 1. Formålsbestemmelsen i K04 har et todelt fokus, idet bestemmelsen både indeholder elementer, som tager afsæt i strategisk kontrahering, samarbejde og fællesoptimering, men samtidig også indeholder elementer af det modsatte, idet Kunden ønsker uafhængighed fra Leverandøren, som er en tankegang, der i højere grad kan sidestilles med konventionel kontrahering.²²⁶ Idet formålsbestemmelsen er tvetydig, kan der således opstå usikkerhed om forståelsen af kontraktens formål.

I forhold til de elementer, som kan refereres hen imod strategisk kontrahering, fremgår det af formålsbestemmelsen, at kontrakten skal have:” (...) *særlig fokus på etablering af et tæt samarbejde mellem Leverandøren og Kunden*” (egen fremhævnning). Dette stemmer overordnet set godt overens med tankegangen indenfor strategisk kontrahering henset til, at grundtanken hermed er, at parterne gennem et strategisk samarbejde kan opnå relationsrente.

²²⁵ Østergaard (2016), s. 440

²²⁶ Se her afsnit 2.3 (K04 i et PA-teoretisk perspektiv)

Af samme bestemmelse fremgår det at: *”Begge Parter skal **aktivt, loyalt, og ansvarsfuldt** bidrage til opfyldelsen af Kontrakten. Samarbejdet mellem Parterne forudsættes at være **baseret på indsigt** og skal herunder være **præget af kommunikation** og en forståelse for, at opfyldelsen af Kontrakten er et **fælles projekt, hvor både Leverandørens kompetencer og Kundens viden om Systemet nyttiggøres.**”* (egen fremhævnning).²²⁷

Denne del af formålsbestemmelsen beskriver, dybest set, at kontrakten er et fælles projekt, som skal være præget af kommunikation. Dette stemmer godt overens med strategisk kontrahering, da der her lægges stort fokus på samarbejdet og kommunikation i form af strategisk vidensdeling mellem parterne.²²⁸ Begge parter pålægges herudover aktivt at bidrage til opfyldelse af kontrakten, hvor Kundens viden om systemet, og Leverandørens ressourcer nyttiggøres. Dette stemmer godt overens med det store behov for, at parterne foretager relations-specifikke investeringer, og at parterne drager fordel af deres respektive komplementære ressourcer i det strategiske samarbejde. Samtidig ekspliciteres det, at parterne skal agere loyalt og ansvarsfulde, hvor samarbejdet skal bære præg af kommunikation og indsigt, hvilket, i bred udstrækning, må findes at lægge godt i tråd med vigtigheden af vidensdeling, i strategisk kontrahering, og den brede grad af loyalitet og gennemsigtighed, der er indlejret i et strategisk samarbejde, som det behandles yderligere i afsnit 4.4 nedenfor.

Såfremt den ovenfor beskrevne del af formålsbestemmelsen alene udgjorde K04-kontraktens formål, ville denne umiddelbart være i overensstemmelse med grundprincipperne for strategisk kontrahering, hvorefter parterne formentlig ikke kan være i tvivl om, at kontrakten har til formål at understøtte parternes værdiskabelse og loyale samarbejde.

Det ovenfor beskrevne udgør dog imidlertid kun den ene del af den todelte formålsbestemmelse, som væsentligt ændrer det ellers udmærkede udgangspunkt. I skarp kontrast til de ovenfor nævnte bestemmelser i K04-kontrakts pkt. 1, fremgår det nemlig ligeledes, at: *”Kunden ønsker at skabe **uafhængighed af leverandører** og produkter med henblik på at optimere udnyttelsen af sine ressourcer såvel økonomisk som forretningsmæssigt. Leverandøren skal derfor som led i opfyldelsen af Kontrakten bidrage aktivt og selvstændigt til realisering af dette mål, herunder **sikre Kundens mulighed for at genudbyde og overdrage ansvaret** for Ydelserne samlet eller hver for sig i overensstemmelse med Kontraktens krav.*” (egen fremhævnning).²²⁹

²²⁷ Se K04-kontraktens pkt. 1, stk. 4

²²⁸ Se her afsnit 4.4.3 (Udvidelse af delforpligtelserne)

²²⁹ Se K04-kontraktens pkt. 1, stk. 5

Denne del af K04-kontraktens formålsbestemmelse synes, modsat førstnævnte, at være et udtryk for Kundens ønske om en klar separation af Kunden og Leverandøren, hvilket bedst kan beskrives som konventionel kontrahering. Som det fremgår tydeligt af bestemmelsens ordlyd, er det **Kundens** økonomiske og forrentningsmæssige hensyn, som er i fokus, og ikke hensynet til det fælles projekt. Det er tydeligt, at formålet med denne ordlyd, er at skabe en øget grad af fleksibilitet for Kunden, idet Kunden må antages ikke at ville fastlåses i K04-relationen, hvis dette ikke er i overensstemmelse med dennes behov. Denne bestemmelse synes i fællesskab med kontraktens bestemmelser om Leverandørens ophørsassistance²³⁰ at være yderst byrdefuld for Leverandøren, da denne pålægges at være hjælpsom i forbindelse med sin egen udtræden af K04-relationen.

Den umiddelbare modstridenhed, i K04-kontraktens formålsbestemmelse, synes at være et udtryk for, at Kunden ønsker at få både Leverandørens fulde *commitment* til samarbejdet og en udpræget *fleksibilitet*. Kundens forventning, om Leverandørens fulde dedikation til samarbejdet, modsvares derved ikke af den fornødne grad af dedikation fra Kundens side, hvilket ikke kan anses for en fornuftig grad af reciprocitet. I stedet tages der, formålsbestemmelsen, primært hensyn til Kundens fleksibilitets- og udtrædelsesadgang, hvorfor formålsbestemmelsen ikke kan anses som et udtryk for et credible commitment fra Kundens side, som det uddybes i afsnit 4.3. Formålsbestemmelsens tvetydighed skaber en vis usikkerhed om, hvad parternes hensigt med kontrakten er, og derved hvorledes K04-kontrakten reelt skal fortolkes, hvilket kan skabe udfordringer ved konkrete tvister om fortolkningstvivel, herunder ved indtræden af efterfølgende omstændigheder.

4.2.2.4. Den normative tilgang til K04-kontraktens formålsbestemmelse

Det må lægges til grund, at den tvetydige formålsbestemmelse ikke vil udgøre et godt udgangspunkt for påbegyndelse af et langvarigt samarbejde mellem parterne, da der ikke består fuld gennemsigtighed omkring Kundens egentlige prioriteter.

Desuden udgør en inkomplet kontrakt, hvori der ligger en stor risiko for, at der indtræder uforudsete efterfølgende omstændigheder, hvorfor det synes at være uhensigtsmæssigt, at der ikke foreligger en klar og tydelig formålsbestemmelse, som parterne i forbindelse med tvister kan vende tilbage til, da det må antages at en tydelig affattet formålsbestemmelse vil lette konflikthåndteringen og derved spare parterne transaktionsomkostninger.²³¹

²³⁰ Se her bl.a. K04, pkt. 57

²³¹ Petersen & Østergaard (2018), s. 270-271

Der er derfor relevant at opstille en alternativ løsning, som skaber et bedre fundament for indgåelse af et strategisk samarbejde mellem Kunden og Leverandøren, end den nuværende delvist konventionelle formålsbestemmelse i K04.

Som alternativ løsning, til den nuværende formålsbestemmelse i K04, vil en udeladelse, af den konventionelle del²³² af K04-kontraktens pkt. 1, udgøre en væsentlig forbedring af forståelsen for kontraktens formål. Denne løsning strømliner bestemmelsens hensigt således, at det fremgår tydeligt, hvad det overordnede formål med kontrakten er. Herudover vil formålsbestemmelsen kun være fokuseret på at etablere et velfungerende samarbejde, baseret på kommunikation, hvilket stemmer godt overens med strategisk kontrahering.

At simplificere K04-kontraktens formålsbestemmelse, som beskrevet ovenfor, må antages at være en passende løsning, med hensyn til strategisk kontrahering. Herved skal kontraktens øvrige bestemmelser fortolkes til fordel for det gensidigt forpligtende samarbejde, hvis der opstår fortolkningstvivl. Den strømlinede formålsbestemmelse vil også i højere grad udgøre et credible commitment fra Kundens side, idet udsagnet om, at Kunden vil bidrage loyalt til samarbejdet, her fremstår mere troværdigt. Denne udformning af formålsbestemmelsen findes tilmed at spare parterne for en række transaktionsomkostninger, da denne både er kortere, simplere og mere i øjenhøjde med parternes grundlæggende formål.

Det skal dog bemærkes, at formålsbestemmelsen forsat er så vagt defineret, at den stadig vil være svært at benytte denne til at regulere uforudsete efterfølgende omstændigheder, hvorfor der i Kapitel 6 tilmed foreslås at indføre specifikt formulerede hardship- og gevinstklausuler i K04-kontraktgrundlaget.

²³² Herved forstås K04-kontraktens pkt. 1, stk. 5

4.3. Credible commitment

4.3.1. Introduktion

I dette afsnit, vil det blive analyseret, hvordan opbyggelse af tillid mellem Kunden og Leverandøren, med udgangspunkt i et *credible commitment*, som et positivt samarbejdssignal, kan forbedre værdiskabelsen og reducere omkostningerne ved at indgå i et strategisk samarbejde. Det skal således uddybes nedenfor, hvordan større tillid mellem parterne kan føre til mindre risiko for hold-up, lavere transaktionsomkostninger ex post og større innovationsskabelse, gennem incitamentsforenelighed og parternes relations-specifikke investeringer. Denne analyse skal til sidst udmunde i et konkret forslag til, hvordan der udvises et credible commitment til samarbejdet, i K04-kontrakten.

4.3.2. Incitamentsforenelighed og mindre risiko for hold-up

Det er en grundforudsætning for, at Kunden og Leverandøren i K04-relationen kan opnå relationsrente, at der foretages, i bedste fald reciprokke, relations-specifikke investeringer.²³³ Dette skyldes, at disse relations-specifikke investeringer, under antagelse af teorien om *den fundamentale transformation*, vil knytte de investerede parter stærkere til relationen, hvorved K04-relationen vil udvikle sig i retning af at være gensidigt forpligtende.²³⁴

Hvis Leverandøren frygter Kundens hold-up efter indgåelse af kontrakten, kan der dog opstå til et hold-up problem, hvorefter Leverandøren underinvesterer i K04-relationen ex ante. Her kan et credible commitment fra Kunden ex ante sikre incitamentsforenelighed, idet Kunden investerer i kontraktforholdet og i højere grad binder sig til kontrakten med Leverandøren, hvilket reducerer risikoen for Kundens hold-up ex post.²³⁵

Relations-specifikke investeringer er, i sig selv, en indikation for en parts villighed til at dedikere sig til samarbejdet, da disse har en positiv signalværdi overfor en medkontrahent.²³⁶ En parts relations-specifikke investeringer kan således udgøre et credible commitment²³⁷, hvis de relations-specifikke investeringer udgør en troværdig tilkendegivelse af dennes parts ønske om at påtage sig en vis risiko, ved at binde sig til samarbejdet, i håb om at opnå relationsrente på lang sigt. Når begge parter foretager

²³³ Østergaard & Petersen (2020), s. 214 & 216

²³⁴ Hendrikse (2003), s. 20

²³⁵ Susarla & Mykhopadhyay (2019), s. 934-935

²³⁶ Østergaard (2014), s. 18

²³⁷ Dyer (1997), s. 548

relations-specifikke investeringer, som et udtryk for credible commitment, vil disse fungere som reciprokke løfter, der understøtter et længerevarende samarbejde mellem parterne.²³⁸

Særligt Kundens egne relations-specifikke investeringer i samarbejdet med Leverandøren kan, som nævnt, reducere hold-up risikoen betydeligt, hvis disse investeringer udgør et signal om Kundens credible commitment til samarbejdet. I en K04 kontekst, kunne Kunden f.eks. investere i de specifikke teknologier og/eller platforme, som Leverandøren benytter til at levere ydelsen.²³⁹ Investeringer i denne teknologi, herunder oplæring af medarbejdere i denne, udgør relations-specifikke investeringer, som ville gå tabt i tilfælde af ophør af samarbejdet, og disse er desuden synlige for modparten, hvilket udgør grundantagelserne for et signal om credible commitment.²⁴⁰ Herudover kan Kunden etablere specialiserede konfliktløsningsmekanismer i samarbejde med Leverandøren, i form af en governancestruktur. At etablere en specialiseret governancestruktur, må antages at indeholde en række irreversible relations-specifikke investeringer for parterne, da der skal bruges ressourcer på at opstille governancestrukturen, med hensyn til parternes specifikke behov, og på oparbejdelse af erfaring om, hvordan de respektive parterne bedst kommunikerer og samarbejder i fællesskab. At etablere en specialiseret governancestruktur kan derfor udgøre et signal om credible commitment fra begge parter.²⁴¹ I K04 lægges der op i til etablering af en sådan specialiseret governancestruktur, herunder ved etablering af en samarbejdsorganisation, som tidligere gennemgået i afhandlingens Kapitel 2, jf. K04 pkt. 5.

K04-kontrakten tager derved allerede på nuværende udviklingsstadiet i vis grad stilling til én af Kundens muligheder for at signalere et credible commitment. Kundens nuværende signal om credible commitment, gennem dennes relations-specifikke investeringer, i form af etablering af en specialiseret governancestruktur, skaber som udgangspunkt en bedre incitamentsforenelighed mellem parterne og reducerer risikoen for hold-up ex post, hvilket forbedrer Leverandørens incitamenter til at foretage relations-specifikke investeringer ex ante. Det må dog sluttes, at der fortsat er plads til forbedring i forbindelse med Kundens investering i at forstå og oplære medarbejdere i den teknologi osv., som Leverandøren gør brug af.

Leverandøren vil, på baggrund af den forbedrede tillid til Kunden, i højere grad foretage relations-specifikke investeringer, som f.eks. kunne bestå i at investere i, og dedikere, konkrete medarbejdere til K04-relationen. En sådan investering vil udgøre et tydeligt signal om credible commitment fra

²³⁸ Susarla & Mykhopadhyay (2019), s. 934

²³⁹ Ibid., s. 935

²⁴⁰ Ibid., s. 934f.

²⁴¹ Ibid., s. 935

Leverandørens side. Investering i specifikt allokerede nøglemedarbejdere kan desuden have en selvforstærkende effekt for samarbejdet, da medarbejderne vil få dybdegående og kontinuerligt stigende kendskab til Kundens behov, hvorfor disse forventeligt over tid vil skabe øget merværdi over tid for Kunden. I takt med at begge parter foretager relations-specifikke investeringer, vil der ultimativt skabes en form for *gidselsituation*, hvormed begge parterne ved reciprocitet er knyttet til samarbejdet.²⁴² Her vil parterne have høje omkostninger ved at træde ud af samarbejdet og høj incitamentsforenelighed, hvilket vil resultere i en høj grad af tillid.

Det må desuden sluttes at nærværende opstilling af eksempler på henholdsvis Kunden og Leverandørens relation-specifikke ikke er udtømmende, da det generelt anbefales at parterne foretager ekstensive reciproke relations-specifikke investeringer, herunder i fælles oplæring af nøglemedarbejdere, som gennemgås nærmere nedefor i afsnit 4.3.5.

Til trods for, at parternes credible commitment mindsker hold-up risikoen, kan det ikke udelukkes, at der stadig kan opstå hold-up problemer. Selv når der består et credible commitment, kan det derfor være relevant at indlejre sikkerhedsforanstaltninger i kontrakten i form af hold-up safeguards, som det skal behandles i Kapitel 5.²⁴³

4.3.3. Lavere transaktionsomkostninger

Et samarbejde baseret på credible commitment fra begge parter må anses at medføre lavere transaktionsomkostninger på sigt, hvilket vil blive belyst nedenfor.

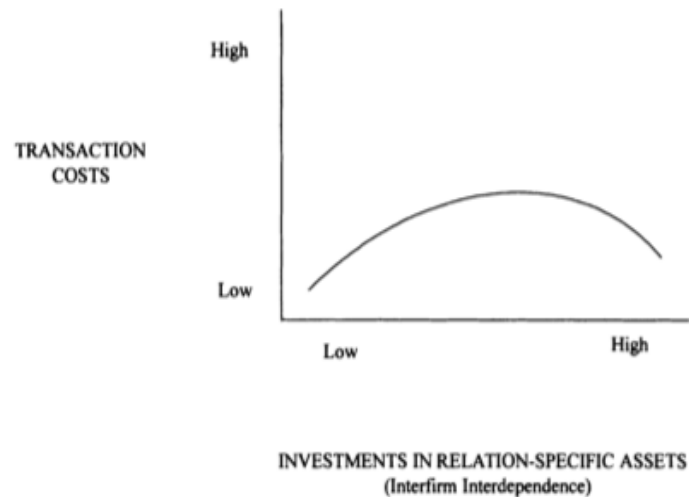
Intuitivt må transaktionsomkostningerne antages at være stigende i takt med at parterne foretager yderligere relations-specifikke investeringer.²⁴⁴ Dette udgangspunkt gælder dog ikke, når der, i takt med at parterne foretager relations-specifikke investeringer, opstår et credible commitment til parternes samarbejde. Dette skyldes, at de relations-specifikke investeringer vil have en selvforstærkende effekt, hvorved disse, ved egenskab af at være tillidsfremmende, vil nedbringe parternes behov for monitorering og derved vil mindske transaktionsomkostningerne ex post.²⁴⁵ Denne mekanik er fremstillet ved nedenstående **Figur 2**.

²⁴² Williamson (1983), s. 537

²⁴³ Dyer & Singh (1998), s. 69

²⁴⁴ Dyer (1997), s. 550

²⁴⁵ Ibid., s. 552



Figur 2 – Credible commitment, jf. Dyer (1997), s. 551.

Konkret illustrerer Figur 2 sammenhængen, mellem transaktionsomkostninger og relations-specifikke investering, i tilfælde af et credible commitment (den fornødne grad af tillid), som en konkav-kurve²⁴⁶, hvormed det tydeligt fremgår, at kontrolomkostningerne²⁴⁷ i K04-forholdet vil kunne nedbringes, såfremt der foretages relations-specifikke investeringer, som resulterer i en tilstand, som kan sidestilles med credible commitment. Dette stemmer godt overens med den tidligere analyse i afsnit 4.2.1 ovenfor, hvorefter der består et begrænset behov for kontrolmekanismer i K04, med baggrund i strategisk kontrahering, som bygger på et credible commitment, hvilket er et resultat af den øgede tillid og incitamentsforenelighed mellem parterne.

Effekten af credible commitment har tilmed en positiv indvirkning på transaktionsomkostningerne til kontraktjustering og kommunikation ex post.²⁴⁸ De lavere omkostninger til kontraktjustering bunder i, at parterne i højere grad vil være fællestænkende, i forbindelse med justering og/eller genforhandling af kontrakten, grundet den omfattende grad af tillid mellem parterne. Dette kan f.eks. være relevant ved indtræden af efterfølgende omstændigheder, hvor parterne i højere grad vil prioritere en løsning, som er i samarbejdets interesse, da disse fortsat ønsker den forventede mergevinst i form af relationsrente. En høj grad af tillid, som resultat af parterne credible commitment, må derfor bl.a. anses at være vigtig for effektiviteten af parternes genforhandlingsproces ved brug af hardship- og gevinstklausuler. Herudover vil den høje grad af tillid forventeligt nedbringe behovet for kommunikation vedrørende ikke-værdiskabende forhold, da der vil opstå færre konflikter, hvilket dog ikke må forveksles med en

²⁴⁶ Dyer (1997), s. 551

²⁴⁷ Østergaard (2016), s. 440

²⁴⁸ Ibid.

nedbringelse af strategisk vidensudveksling generelt, da dette er grundforudsætning for strategisk kontrahering.²⁴⁹

En høj grad af tillid, med baggrund i parternes credible commitment, vil således føre til lavere transaktionsomkostninger ex post, i forbindelse med kontrol, kontraktjustering og kommunikation, hvilket taler for, at der skal foretages reciprokke relations-specifikke investeringer i K04-relationen.

Som det fremgår af Figur 2, belønnes Leverandøren og Kunden i fællesskab ved at foretage yderligere reciprokke relations-specifikke investeringer, da transaktionsomkostningerne her er faldende. Ved allerede at ligestille parternes incitamenter ex ante, gennem reciprokke relations-specifikke investeringer, vil parternes relativt ubekymret kunne foretage yderligere relations-specifikke investeringer ex post, hvilket vil sikre en harmonisk adfærd fra både Kunden og Leverandøren, i K04-kontraktens løbetid.

4.3.4. Større mulighed for innovation

Parternes credible commitment er, som gennemgået ovenfor, et vigtigt værktøj til at overkomme nogle af de iboende kontraktuelle risici, der består ved outsourcing af it-drift, herunder om manglende incitamentsforenelighed og hold-up.²⁵⁰ Disse kontraktuelle risici kan begrænse parternes værdiskabelse og innovation, hvis parterne, som resultat heraf, ikke foretager de nødvendige relations-specifikke investeringer herfor eller ikke udveksler den nødvendige viden.

Parternes credible commitment kan fremme samarbejdet og facilitere udveksling af viden og ressourcer, gennem større incitamentsforenelighed og lavere omkostninger på sigt, hvilket er væsentligt for værdiskabelsen i K04.²⁵¹ Parterne er således mere tilbøjelige til at binde sig yderligere til kontraktforholdet, når der er den fornødne grad af tillid, ved at foretage relations-specifikke investeringer, med henblik på at finde nye muligheder, hvorpå der kan skabes værdi, f.eks. ved innovative og nyskabende løsninger.²⁵² Denne mulighed skal faciliteres ved, at der skabes incitamentsforenelighed både ex ante og ex post ved et iterativt samarbejde, som skal understøttes af en strategisk tilgang til kontraktudformningen.

²⁴⁹ Østergaard & Tvarnø (2018), s. 14

²⁵⁰ Susarla & Mykhopadhyay (2019), s. 929-930

²⁵¹ Williamson, (1983), s. 519

²⁵² Dyer (1997), s. 549

Et strategisk samarbejde centreret omkring drift af Kundens systemer må antages at kunne føre til stor værdiskabelse gennem innovation. Dette kan f.eks. bestå i proces innovation, som omfatter langsigtede forbedringer af Kundens operationelle effektivitet, forretningsprocesser og strategisk performance.²⁵³ I praksis, er parternes credible commitment afgørende for realiseringen af proces innovation, i aftaler om it-outsourcing.²⁵⁴ Dette hænger tæt sammen med, at parternes credible commitment tilskynder reciprok specialisering, hvorefter parternes vidensudveksling i højere grad muliggør udnyttelse af komplementær viden og udvider potentialet for innovation af Kundens processer. Herudover, vil den reducerede risiko for opportunistisk adfærd skabe de optimale rammer for realisering af værdiskabelse, som følge af innovation.²⁵⁵

Parternes credible commitment er således en forudsætning for en høj værdiskabelse i K04-relationen, som følge af innovation, idet der her skabes den nødvendige grad af tillid og vidensudveksling.

4.3.5. Anbefalinger til K04-kontrakten

Det må håndfast konkluderes, at det vil være til fordel for samarbejdet mellem Kunden og Leverandøren, at disse søger at udvise et signal om credible commitment til samarbejdet. Dette er, som anført, ikke nogen simpel disciplin, men desto tidligere i kontraktprocessen tillid etableres, desto flere relations-specifikke investeringer vil særligt Leverandøren kunne foretage, hvilket vil give den størst mulige værdi på lang sigt. Det skal her nævnes, at en simplificering af kontraktens formålsbestemmelse, som det blev anbefalet i afsnit 4.2.2, i højere grad vil skabe et credible commitment fra Kunden, idet Kunden herved fralægger det modstridende fokus på uafhængighed fra Leverandøren.

Det må herudover konkret anbefales, at parternes dedikation, til at foretage reciprokke relations-specifikke investeringer, i højere grad ekspliceres i K04-kontrakten, end på kontraktens nuværende stadie. Her kan der med fordel tages udgangspunkt i parternes allokerede nøglemedarbejdere og den know-how, som disse skal opbygge, idet dette må anses at udgøre en central ressource, for værdiskabelsen i samarbejdet. Det findes derfor relevant at indlejre en bestemmelse i K04, hvori Kunden og Leverandøren forpligter sig til i fællesskab at investere, i oplæring af de til samarbejdet allokerede nøglemedarbejdere hos Leverandøren. Et konkret forslag herfor er opstillet nedenfor i **Figur 3**.

²⁵³ Susarla & Mykhopadhyay (2019), s. 929

²⁵⁴ Ibid., s. 944

²⁵⁵ Ibid., s. 934 & 944

Oplæring og uddannelse af Nøglemedarbejdere

Parterne forpligter sig til i fællesskab at foretage oplæringen af de Allokerede Nøglemedarbejdere senest ved indtræden af Transition Ind, med henblik på at medarbejderne opnår det nødvendige vidensniveau om Systemet.

Stk. 2. *Herudover skal Parterne i fællesskab sikre den nødvendige løbende uddannelse af de Allokerede Nøglemedarbejdere, således at medarbejderne kontinuerligt besidder den relevante information og kan nyttiggøre denne.*

Stk. 3. *Såfremt Leverandøren ensidigt foretager oplæring og uddannelse af de Allokerede Nøglemedarbejdere, skal Kunden kompensere Leverandøren herfor.*

Figur 3 – Reciprokke relations-specifikke investeringer

I ovennævnte forslag til kontraktbestemmelsen, forpligtes parterne til at foretage reciprokke relations-specifikke investeringer, i oplæring af Leverandørens nøglemedarbejdere. Der er, af praktiske hensyn, taget højde for de tilfælde, hvor Leverandøren alligevel ensidigt foretager denne investering i stk. 3, hvorefter Kunden skal stilles, som om, at Kunden havde foretaget sin del af investeringen. Det er således tiltænkt, at uanset om oplæringen foretages af parterne i fællesskab eller, hvis Leverandøren påtager sig ansvaret herfor alene, så skal parterne dele de økonomiske investeringer hertil 50/50. Forpligtelsen omfatter oplæring ved indtræden af Transition Ind, da det er i denne fase, at Leverandøren påbegynder tilpasningen af sine ydelser til Kundens behov, jf. K04, pkt. 17. Herudover foreslås det med bestemmelsens stk. 2, at forpligtelsen også omfatter løbende uddannelse af Leverandørens nøglemedarbejdere, for at sikre, at der opbygges den nødvendige know-how over tid og skabes mulighed for innovation gennem brug af komplementære ressourcer, på baggrund af parternes credible commitment.

At indarbejde den ovennævnte bestemmelse i K04, må anses at udgøre et tydeligt signal om credible commitment fra Kunden ved brug af K04, idet Kunden allerede ex ante forpligter sig til at foretage relations-specifikke investeringer og derved binder sig til kontraktforholdet. Desuden findes klausulen tilstrækkeligt at understøtte parternes reciprokke behov for kontinuerlig at samarbejde om oparbejdelse af tidsvarende vidensbase.

4.4. Loyalitets- og kommunikationspligten

4.4.1. Loyalitetsgrundsætningen

Loyalitetsgrundsætningen udtrykker det generelle princip om, at parterne i en aftale skal varetage hinandens interesser uagtet, at det overordnede formål for virksomheder er at profitmaksimere. Loyalitetsgrundsætningen må anskues, som en dynamisk obligationsretlig grundsætning, da rækkevidden og det eksakte indhold af grundsætningen ikke kan beskrives klart og præcist. Loyalitetsgrundsætningen består således af en række delforpligtelser, hvis relevans og indhold er forskellig afhængig den konkrete kontrakttype.²⁵⁶

Hvilke delforpligtelser, der gælder for kontrakten og hvad disse vil indeholde, kan udledes af en eventuel *lex specialis* og kontraktens *naturalia negotii*.²⁵⁷ Det er således ikke en forudsætning for, at parterne er underlagt de relevante delforpligtelser, at forpligtelserne fremgår eksplicit af aftalegrundlaget, selvom dette ofte vil være tilfældet i praksis, hvilket også gør sig gældende i K04-kontrakten. Delforpligtelsernes relevans og indhold vil herudover afhænge af, hvor i parterne befinder sig i kontraktens livscyklus, som kan opdeles i den prækontraktuelle fase (*ex ante*), kontraktens løbetid og tiden efter kontraktophør (*ex post*).²⁵⁸

I det følgende skal det, med udgangspunkt i K04-kontraktens indhold og kontraktens *naturalia negotii*, udledes, hvilke relevante delforpligtelser, parterne er underlagt, hvor der tages hensyn til kontraktens karakteristika og kontraktens livscyklus. Herudover er det relevant at vurdere, hvorvidt der er behov for at udvide parternes delforpligtelser under kontrakten, med henblik på at udøve strategisk kontrahering.

4.4.2. Relevante delforpligtelser under loyalitetsgrundsætningen

Der kan, for det første, til dels udledes en samarbejdsforpligtelse, som en delforpligtelse under loyalitetsgrundsætningen, af K04-kontrakten, henset til at denne ”(...) har et særligt fokus på etablering af et tæt samarbejde mellem Leverandøren og Kunden”, jf. Kontraktens pkt. 1 (Formålsbestemmelsen).²⁵⁹ Samarbejdsforpligtelsen vil især være relevant i kontraktens løbetid, hvor parternes værdiskabelse ligger i samarbejdet og anvendelse af komplementære ressourcer. I K04 er der lagt op til etablering af en Samarbejdsorganisation, jf. Kontraktens pkt. 5 og Bilag 4.a. Denne

²⁵⁶ Østergaard & Madsen (2019), s. 1

²⁵⁷ Andersen & Madsen (2017), s. 355

²⁵⁸ Østergaard & Madsen (2019), s. 1

²⁵⁹ Se her K04-kontraktens pkt. 1, stk. 4

samarbejdsorganisation har dog mere karakter af en governancestruktur, til at håndtere opståede konflikter i kontraktrelationen, end en egentlig pligt for parterne, til at samarbejde om at skabe fælles værdi. En egentlig samarbejdspligt kan dog eventuelt udledes af kontraktens karakteristika, hvis der fokuseres på strategisk kontrahering, som der lægges op til i denne afhandling, idet parterne her, i bred udstrækning, baserer kontraktens opfyldelse på det strategiske samarbejde.²⁶⁰ Dette vil især gøre sig gældende, såfremt parterne vælger at indarbejde de i afhandlingens afsnit 4.2.2 anførte ændringsforslag til K04-kontraktens formålsbestemmelse.

For det andet, kan der generelt udledes en underretningspligt, i løbende kontrakter, af kontraktens *naturalia negotii*, som er en delforpligtelse under loyalitetsgrundsætningen. Parterne skal således underrette om forhold, som en af parterne har eller burde have kendskab til, og som påvirker opfyldelsen af kontrakten, både i den prækontraktuelle fase og under kontraktens løbetid.²⁶¹ Parternes underretningspligt er ekspliciteret i K04, i forbindelse med parternes konstatering af en mangel og Leverandørens forventning om forsinkelse.²⁶² Det følger herudover af kontraktens formålsbestemmelse, at samarbejdet mellem parterne ”forudsættes at være **baseret på indsigt** og skal herudover **være præget af kommunikation** (...), hvor både Leverandørens kompetencer og Kundens viden om systemet nyttiggøres.”(egne fremhævelser)²⁶³, som nærmere behandlet i afsnit 4.2.2 ovenfor. Kommunikation mellem parterne tillægges således en vis værdi, og der tages højde for, at *begge* parter har noget at bidrage med til samarbejdet. Denne formulering må anses at være relativt vag, og det er derfor tvivlsomt, hvorvidt parterne, på baggrund af denne, er underlagt en egentlig *pligt til at kommunikere* i K04.

Herudover vil parterne være underlagt en tavshedspligt, som ekspliciteret i K04-kontraktens pkt. 54.1 og en generel pligt til ikke at handle illoyalt, som begge udgør delforpligtelser under loyalitetsgrundsætningen.²⁶⁴

I tilfælde af én af parternes overtrædelse af loyalitetspligten på et generelt plan, eller ved overtrædelse af en af de indeholdte delforpligtelser, vil modparten kunne påberåbe sig obligationsrettens almindelige misligholdelsesbeføjelser.²⁶⁵

²⁶⁰ Østergaard & Madsen (2019), s. 6

²⁶¹ Ibid.

²⁶² Se her K04, pkt. 43.1 og 42.1

²⁶³ Se her K04, pkt. 1, stk. 4

²⁶⁴ Østergaard & Madsen (2019), s. 5-6

²⁶⁵ Ibid., s. 10-11

4.4.3. Udvidelse af delforpligtelserne

En af forudsætningerne, for udøvelse af strategisk kontrahering, består i et stort behov for vidensudveksling og samarbejde mellem parterne, idet udveksling af viden er en vigtig kilde til relationsrente, ved brug af komplementære ressourcer, og ved at mindske asymmetrisk information.²⁶⁶

Det er således væsentligt, at parternes vidensudveksling fokuseres omkring essentiel strategisk viden således, at der opstår den størst mulige know-how, hvilket kan lede til en kontinuerlig konkurrencefordel.²⁶⁷

Betydningen af parternes udveksling af strategisk information er influeret af parternes begrænsede evne til at indse værdien af ny og ekstern information, assimilere denne og afslutningsvis applikere denne i kommercielle sammenhæng, hvilket omtales *absorptive capacity*. Det vil derfor være at foretrække, for Kunden og Leverandøren, at de, gennem en tværorganisatorisk læring, opnår *partner-specific absorptive capacity*, som forudsætter, at parterne (1) har udviklet en fælles vidensbase, og (2) parterne har udviklet omfattende rutiner for vidensudveksling. Muligheden for at opnå *partner-specific absorptive capacity* vil stige i takt med, at medarbejdere, på tværs af organisationerne, opbygger personlige relationer og tillid, som resultat af parternes credible commitment. Opnåelse, af *partner-specific absorptive capacity* i K04-relationen, vil forudsætte, at Leverandøren opnår dybdegående indsigt i Kundens it-systemer, og at Leverandøren deler omfattende oplysninger, om de leverede ydelser og driftens status. Parterne kan derfor opnå relationsrente og konkurrencefordele ved at indbygge effektive mekanismer til udveksling af strategisk viden i kontraktgrundlaget.²⁶⁸

De delforpligtelser, til loyalitetsgrundsætningen, der allerede er indlejret i K04, kan umiddelbart ikke anses at understøtte parternes vidensudveksling og opnåelse af *partner-specific absorptive capacity* tilstrækkeligt, idet parterne ikke er direkte forpligtet til at udveksle al relevant strategisk viden, men udelukkende den information, der kan udledes af underretningspligten og samarbejdspligten i K04-kontrakten.

Det findes derfor, med udgangspunkt i strategisk kontrahering, relevant at indføre en *eksplicit kommunikationspligt* i kontraktgrundlaget, for at sikre, at parterne udveksler den fornødne strategiske information. Denne kan med fordel defineres, som en gensidig kommunikationspligt, således, at begge parter er forpligtet, til loyalt at udveksle al relevant information, for at aktivere og forøge værdien af parternes komplementære ressourcer.

²⁶⁶ Petersen & Østergaard (2018), s. 267

²⁶⁷ Dyer & Singh (1998), s. 665

²⁶⁸ Ibid., s. 664-666

For en sikkerheds skyld, kan parternes kommunikationspligt suppleres af en eksplicit samarbejdspligt, for at sikre, at Leverandøren og Kunden yderligere er forpligtet, til rent faktisk at samarbejde, selvom dette sandsynligvis kan udledes af kontraktens *naturalia negotii*. Selvom det, i vid udstrækning, allerede er indlejret i loyalitetspligten, at parterne skal varetage hinandens interesser, synes det værd at ekspliciterere parternes samarbejdsforpligtelse i K04-kontrakten, herunder som en påmindelse for parterne, om vigtigheden af samarbejde.

En eksplicitering af en gensidig kommunikationspligt og samarbejdsforpligtelse i kontrakten, udvider således parternes delforpligtelser, som en del af loyalitetsgrundsætningen, under K04, idet den supplerer den loyale oplysningspligt og samarbejdsforpligtelsen. Udvidelse af delforpligtelserne, må antages at forbedre parternes mulighed for at skabe relationsrente og vedvarende konkurrencefordele.²⁶⁹ For at beskytte parternes vidensudveksling og relations-specifikke investeringer mod opportunistisk adfærd, er det dog relevant at indføre beskyttelsesmekanismer herfor i kontrakten, som det skal behandles i Kapitel 5.

²⁶⁹ Tvarnø, Østergaard & Schleimann (2017), s. 14

4.5. Delkonklusion

På baggrund af ovenstående analyse, kan det generelt konkluderes, at der ved en normativ tilgang til K04 med fordel kan tages udgangspunkt i strategisk kontrahering, hvori der lægges et større fokus på proaktive bestemmelser og beskyttelsesmekanismer, hvilket fremmer parternes evne til at foretage relations-specifikke investeringer og opnå relationsrente gennem forenelighed af parternes incitamenter. Nærværende kapitel har således fremstillet en række vigtige ændringsforslag til K04-kontrakten.

Formålsbestemmelsen i K04 konkluderes at have en uhensigtsmæssig tvetydighed karakter, hvorfor det foreslås at simplificere bestemmelsens ordlyd for at skabe et entydigt fokus på parternes samarbejde. Herudover er der i begrænset omfang behov for kontrolmekanismer ved strategisk kontrahering i K04, hvor parterne handler mindre opportunistisk og i højere grad vidensdeler. Dette findes at kunne understøttes af parternes credible commitment og udvidede loyalitetspligt, hvorfor det anbefales at bruge transaktionsomkostninger på at indarbejde disse beskyttelsesforanstaltninger i stedet for de omfattende kontrolmekanismer.

Parternes credible commitment konkluderes at skabe tillid mellem parterne, hvilket resulterer i en mindsket hold-up risiko, lavere transaktionsomkostninger ex post og større værdiskabelse, som følge af innovation. Dette forener i høj grad parternes incitamenter og mindsker parternes ønske om at bryde samarbejdet. Det anbefales derfor at indarbejde en konkret bestemmelse i K04, hvorefter Kunden og Leverandøren gensidigt forpligtes til at foretage reciprokke relations-specifikke investeringer i oplæring af medarbejdere, som et tydeligt signal om parternes credible commitment til samarbejdet.

Afslutningsvis konkluderes der at være et stort behov for, at parterne handler loyalt i samarbejdet. Derfor findes det relevant at eksplicitere indholdet af konkrete delforpligtelser under loyalitetsgrundsætningen i kontrakten, således at parterne er gensidigt *forpligtet* til at kommunikere og samarbejde, hvilket vil optimere udvekslingen af strategisk information mellem parterne.

Kapitel 5 – Hold-up safeguards

5.1. Relevansen af beskyttelsesmekanismer

Der vil, i komplekse aftaler om outsourcing af it-drift, såsom K04, kunne opstå et hold-up problem. Dette kan medføre, at Leverandøren underinvesterer i samarbejdsrelationen og/eller, at parterne indgår i en eller flere inefficente forhandlingsprocesser (*inefficient bargaining*).²⁷⁰

Leverandørens underinvestering kan grundlæggende forekomme, som følge af de to følgende scenarier: (1) at Leverandøren ikke har de fornødne incitamenter til at foretage relations-specifikke investeringer, og/eller (2) Leverandøren forventer at Kunden vil indgå i en inefficent forhandlingsproces, om kvasi-overskud i kontrakten.²⁷¹

Teoretisk set, ville sidstnævnte scenarie kunne undgås, ved at parterne forpligter ved sig til, ved aftale, ikke at indgå i sådanne inefficente forhandlinger. Dette vil dog ikke kunne lade sig gøre i praksis, da kontrakter i sin natur er inkomplette, og parterne, i form af deres egenoptimerende grundindstilling, ikke troværdigt kan forpligte sig til ikke at handle opportunistiske ex post.²⁷² Det må dog anerkendes, at denne trussel reelt formindskes, i takt med, at parternes strategiske samarbejde intensiveres og i højere grad får kendetegn af et reelt partnerskab, som har en større totaløkonomisk gevinst, end parternes individuelle gevinst ved opportunistisk adfærd.²⁷³ Der vil dog stadig kunne bestå et vis hold-up problem, og når parterne ikke kan aftale sig direkte ud af hold-up problematikken, må der i stedet ses til alternativet, i *hold-up safeguards*. Sådanne safeguards er vigtige i K04, da der stilles store krav til Leverandørens relations-specifikke investeringer, og parterne kan herigennem optimere mængden af sådanne investeringer, ved at beskytte mod opportunistisk adfærd.

I dette kapitel, skal der således tages specifikt stilling til en række løsninger, på et potentielt hold-up problem i K04-relationen, i form af hold-up safeguards. Her skal der tages højde for begge parter frygt for modpartens opportunistiske adfærd, som resultat af den *lock-in effekt*, som det strategiske samarbejde og de relations-specifikke investeringer skaber. I vurderingen af mulige hold-up safeguards, tages der især udgangspunkt i artiklen *Susarla et al. (2010)*, som er baseret på en empirisk undersøgelse

²⁷⁰ Hendrikse (2003), s. 223-226

²⁷¹ Susarla et al. (2010), s. 43

²⁷² Ibid., s. 38

²⁷³ Greve & Tvarnø (2012), s. 15

af sammenhængen mellem forskellige kontraktmekanismer med hensyn til hold-up, med udgangspunkt i omfattende og komplekse it-transaktioner.²⁷⁴ Den altovervejende hypotese, i denne artikel, er, at en forventning om et længerevarende samarbejde, og dermed fremtidige *payoffs*, kan give en leverandør forbedrede incitamenter til at investere i kontraktrelationen og vil formindske sandsynligheden for, at parterne vil handle opportunistiske og indgå i inefficente forhandlinger. Denne grundtanke udmønter sig i konkrete eksempler på hold-up safeguards i form af **længerevarende kontrakter** og en **kontraktforlængelsesret**, som vil blive behandlet nærmere nedenfor.²⁷⁵

Hvilke kontraktmekanismer, der i praksis vil forbedre parternes incitamenter, i forbindelse med et potentielt hold-up problem, afhænger af kontraktens karakteristika, herunder i form af ydelsens *kompleksitet* og *omfang*.²⁷⁶ Disse to ydelseskarakteristika analyseres derfor først i afsnit 5.2, til brug for den videre analyse i dette kapitel. Herefter skal det i afsnit 5.3 diskuteres, hvilken effekt kontraktens længde har på parternes incitamenter, hvor der i denne sammenhæng menes *kontraktens løbetid*²⁷⁷, og i hvilken grad en længerevarende kontrakt kan mitigere hold-up risikoen i K04-relationen. Herefter tages der i afsnit 5.4 udgangspunkt i en anden hold-up safeguard, i form af tildeling af en option, om forlængelse af kontrakten, til Kunden, hvorved det analyseres, hvordan en sådan bestemmelse vil påvirke parternes incitamenter og hold-up.

Da Kunden, i form af at være en offentlig ordregiver, er begrænset af forskellige lovgivningsmæssige rammer, som gennemgået i afsnit 3.5, skal der i afsnit 5.5 tages højde for udbudsrettens begrænsninger af muligheden, for at indføre de konkrete hold-up safeguards, der er fremstillet i afsnit 5.3 og 5.4, i K04. Analysen heraf vil således tage udgangspunkt i udbudsrettens regler, om begrænsning af kontraktens længde, og regler, om efterfølgende ændringer af kontrakter, herunder i samspil med brug af optioner. Afslutningsvis konkluderes der på kapitlet i afsnit 5.6.

²⁷⁴ Susarla et al. (2010), s. 47

²⁷⁵ Ibid., s. 39-44

²⁷⁶ Ibid., s. 38

²⁷⁷ Forståelse af *kontraktens løbetid* sker i overensstemmelse med Østergaard & Madsen (2019), s. 1

5.2. Ydelsens kompleksitet og omfang

Når der er tale om levering af it-drift, må det antages, at ydelsens karakteristika vil variere alt efter, hvilken kunde der leveres til, og hvilke behov denne kunde har. To ydelseskarakteristika, der især påvirker risikoen for hold-up, og derved behovet for hold-up safeguards, er ydelsens *kompleksitet* og *omfang*.²⁷⁸ Dette afsnit har til formål at uddybe disse to begreber, for at inddrage denne viden, i den videre analyse af effektiviteten af mulige hold-up safeguards i K04.

5.2.1. Ydelsens kompleksitet

Kompleksiteten af en ydelse skal her forstås, som graden af usikkerhed omkring, hvordan ydelsen skal leveres, som et resultat af en unøjagtig sammenhæng mellem målet for ydelsen og de tilgængelige midler til at levere ydelsen. En kompleks ydelse vil derfor i højere grad kræve generering af ny viden, i stedet for genbrug af eksisterende viden, til at opfylde kontraktens forpligtelser.²⁷⁹

En kompleks ydelse vil, i sin natur, i højere grad føre til inkomplette kontrakter, da det er svært at beskrive en kompleks ydelse og regulere de usikre omstændigheder heromkring. Det store behov, for generering af ny viden ved komplekse ydelser, udgør således et stort behov for relations-specifikke investeringer i kunde- og/eller ydelses-specifik viden.²⁸⁰ Der er således en positiv sammenhæng mellem ydelsens kompleksitet og kontraktens inkomplethed, som giver parterne udvidet mulighed for at handle opportunistisk, og ligeledes er der en positiv sammenhæng mellem ydelsens kompleksitet og behovet for relations-specifikke investeringer, hvilket gør problemet om Leverandørens underinvestering mere alvorligt. Ydelsens kompleksitet forstærker således både hold-up risikoen og gør hold-up problemet mere alvorligt.²⁸¹

Når der skal tages stilling til kompleksiteten af de ydelser, der skal leveres under K04-kontrakten, må udgangspunktet være, at ydelsernes kompleksitet vil variere afhængig af, hvilke driftsydelser den offentlige ordregiver har behov for. Der vil således ikke kunne opstilles en generel og præcis målestok, for kompleksiteten af ydelserne under K04-kontrakten, da denne kan være af mere eller mindre kompleks karakter. Imidlertid, kan der udledes nogle generelle betragtninger, om kompleksiteten af de it-driftsydelser, der skal leveres under K04, i sammenligning med andre it-outsourcing kontrakter.

²⁷⁸ Susarla et al. (2010), s. 37f.

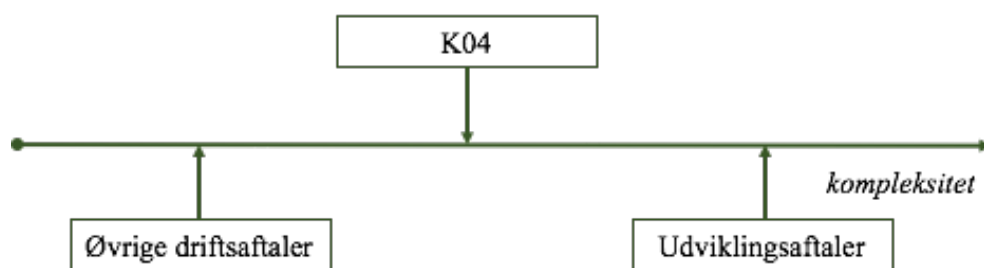
²⁷⁹ Ibid., s. 40

²⁸⁰ Dyer & Singh (1998), s. 665-666 og Østergaard (2014), s. 18, om human aktivspecifitet i form af specialiseret viden

²⁸¹ Susarla et al. (2010), s. 40

For det første, må det lægges til grund, at ydelserne, der skal leveres under K04, i de fleste tilfælde vil være mere komplekse end ved mange andre aftaler om levering af it-drift, når der bl.a. tages højde for de omfattende ydelsesbeskrivelser i K04.²⁸² K04-kontraktens omfattende karakter og de store omkostninger, ved at leve op til kontraktens krav, må betyde, at K04-kontrakten primært vil blive benyttet ved relativt store udbud, som antageligt vil medføre en relativ høj kompleksitet.

For det andet, må det lægges til grund, at de driftsydelser, der skal leveres under K04, vil have en lavere kompleksitet, end det er tilfældet ved aftaler om levering af rene udviklingsydelser (udviklingsaftaler). I udviklingsaftaler, skal en leverandør levere specialudviklet programmel eller tilpasning af standardprogrammel til kundens behov. Et kendetegn for udviklingsaftalen er derfor, at ydelsen ikke eksisterer på aftaletidspunktet, hvilket gør det vanskeligt at definere ydelsen ex ante.²⁸³ Levering af it-driftsydelser må, sammenlignet med levering af udviklingsopgaver, anses at være mindre kompleks, selvom der også i K04 vil være visse krav, om tilpasning af ydelsen til Kundens behov. Sammenhængen, mellem kompleksitet i forskellige typer af it-kontrakter, er skildret i nedenstående **Figur 4**.



Figur 4 – Kompleksitet for forskellige it-kontrakter

Selvom der ikke kan konkluderes noget endeligt om kompleksiteten af ydelserne under K04, må kompleksiteten af disse ydelser generelt anses at ligge i et spektrum, mellem de mere simple aftaler om it-driftsydelser og udviklingsaftaler, som skildret i Figur 4. Dette synes at tale for, at K04 oftest vil udgøre en relativ inkomplet kontrakt, med en relativt stor risiko for hold-up.

²⁸² Se her afsnit 2.3.4 (Kontrolmekanismer i K04)

²⁸³ Udsen (2019), s. 19-20

5.2.2. Ydelsens omfang

Omfanget af en ydelse skal her forstås som, i hvilken grad der skal iagttages et bredt spektrum af aktiviteter under kontrakten. Dette vil især være tilfældet, når ydelserne, der skal leveres, har adskillige opfyldelseskriterier og dækker op til flere aktiviteter.²⁸⁴ En omfangsrig ydelse vil i højere grad medføre, at Leverandøren skal foretage relations-specifikke investeringer i læring om Kundens organisation, hvilket indikerer, at risikoen for Kundens hold-up stiger ved mere omfangsrige ydelser.²⁸⁵ Herudover vil det, når der er mange dimensioner af Leverandørens performance og mange alternative resultater stammende herfra, være svært for Kunden at vejlede om udførelsen af opgaver og evaluere disse resultater.²⁸⁶ Dette medfører et forøget behov for at specificere de aktiviteter, der skal iagttages af Leverandøren, for at levere den korrekte ydelse, og indføre mekanismer, der gør det nemmere at evaluere på Leverandørens performance, når der er tale om en omfangsrig ydelse. Omfangsrige ydelser vil derfor medføre et behov, for mere udførlige kontrakter og detaljerede kontraktbestemmelser.

Når der skal tages stilling til omfanget af de specifikke ydelser, der skal leveres under K04, vil udgangspunkt være, at dette vil variere fra kontrakt til kontrakt. Fra et generelt synspunkt, må det dog antages, at omfanget af ydelserne i K04 er relativt bredt, idet der i K04-kontrakten lægges op til en lang række løbende ydelser.²⁸⁷ Som en del heraf, lægges der op til omfattende ydelsesbeskrivelser i K04-kontraktens bilag, hvilket stemmer godt overens med behovet for udførlige kontraktbestemmelser ved omfangsrige ydelser, som beskrevet ovenfor.²⁸⁸ Da Leverandøren således skal iagttage et bredt spektrum af aktiviteter under kontrakten, som et udtryk for omfangsrige ydelser, vil der være et stort behov for, at Leverandøren foretager investeringer i Kundens organisation. Som tidligere behandlet, synes der også at foreligge en reel mulighed for, at der kan opstå innovation, som følge af K04-samarbejdet, hvilket potentielt kan udvide ydelsens omfang.

I de følgende afsnit skal der tages højde for, hvordan ydelsens kompleksitet og omfang påvirker effektiviteten af de konkrete hold-up safeguards.

²⁸⁴ Susarla et al. (2010), s. 40

²⁸⁵ Ibid., s. 42

²⁸⁶ Ibid., s. 40

²⁸⁷ Se her K04, pkt. 18-24 og Bilag 12 og Bilag 12.a-f

²⁸⁸ Se her K04 Bilag 12 og Bilag 12.a-f

5.3. Længevarende kontrakter

5.3.1. Længerevarende kontrakt som hold-up safeguard

Etablering af et strategisk samarbejde medfører en lang række omkostninger ex ante, herunder i forbindelse med skabelse af strategisk fit, dog med henblik på lavere transaktionsomkostninger og større værdiskabelse ex post. Muligheden, for at skabe relationsrente, og incitamentet, til at foretage relations-specifikke investeringer, må antages at være større i et længerevarende samarbejde, idet længden af parternes, antageligt økonomisk rentable, samarbejde forlænges, og transaktionsomkostningerne forbundet hermed vil falde, i takt med at samarbejdet vil få karakter af et credible commitment, som behandlet i afsnit 4.3. Dette synes at tale for, at en længevarende kontrakt alt andet lige vil være at foretrække ved et strategisk samarbejde, især når der tages hensyn til det store behov, for relations-specifikke investeringer og omfattende etableringsomkostningerne, ex ante.²⁸⁹

Udover at en længerevarende kontrakt stemmer godt overens med grundtanken i strategisk kontrahering, kan en længerevarende kontrakt fungere som en sikkerhedsforanstaltning mod hold-up. Her er essensen, at parterne, i en længerevarende kontrakt, har en forventning om en længerevarende relation, hvilket forbedrer parternes incitamenter, til at foretage relations-specifikke investeringer. Når Leverandøren skal foretage relations-specifikke investeringer i K04-relationen, vil Leverandøren således være motiveret af payoffs fra gentagende og fremtidig interaktion. En længerevarende kontrakt kan herved nedbringe risikoen for Leverandørens underinvestering, gennem et tilsagn om en langsigtet interaktion mellem Kunden og Leverandøren. En længerevarende kontrakt faciliterer således en bedre forenelighed af Leverandørens interesser, med Kundens, ved at give Leverandøren en del i den fremtidige værdiskabelse, hvilket reducerer risikoen for Leverandørens underinvestering.²⁹⁰

En anden fordel ved at anlægge en længerevarende kontrakt, er at denne i højere grad giver parterne mulighed, for at investere i kvaliteten af samarbejdet mellem parterne. Dette stemmer godt overens med udgangspunktet i strategisk kontrahering, idet parterne herigennem, over tid, i højere grad vil skabe incitamentsforenelighed og formindske risikoen for hold-up.²⁹¹ Idet parterne, som følge af den langvarige interaktion, har mulighed for at danne tættere relationer, er der mulighed for at fremme tilliden mellem parterne, hvilket er en af grundforudsætningerne for et credible commitment.²⁹² En større tillid mellem parterne over tid, som resultat af et credible commitment, skaber

²⁸⁹ Dyer & Singh (1998), s. 664

²⁹⁰ Susarla et al. (2010), s. 38

²⁹¹ Ibid., s. 42

²⁹² Dyer (1997), s. 550

incitamentsforenelighed og reducerer derved opportunistisk adfærd. Herudover vil parterne over tid blive bedre til at drage fordel af parternes komplementære ressourcer, hvorved disse, gennem et strategisk samarbejde, kontinuerligt vil kunne udvikle en meningsfuld sammenkobling af kompetencer og ressourcer.²⁹³

5.3.2. Hensyn til kontraktens kompleksitet og omfang

Det er herefter relevant at diskutere, hvorvidt *kompleksiteten* og *omfanget* af de ydelser, der skal leveres under K04, påvirker brugbarheden af en længerevarende kontrakt, som hold-up safeguard i K04.

En mulig udfordring, ved længerevarende kontrakter, er, at Kunden kan være tilbageholdende med at binde sig over en længere periode, i frygt for Leverandørens hold-up og manglende performance. Dette vil især være et problem, når der er tale om en relativ kompleks ydelse, hvor kontrakten samtidig vil være relativ inkomplet, og Leverandøren derved har stor mulighed for at handle opportunistisk, og hvor der vil være et stort behov for relation-specifikke investeringer.²⁹⁴ Kunden vil således være mindre tilbøjelig til at tilbyde en længerevarende kontrakt, jo mere kompleks ydelsen er, i frygt for Leverandørens opportunistiske adfærd i længerevarende forhold.²⁹⁵

Et andet problem, som muligvis kan indtræde som følge af en lang kontraktlængde, er risikoen for, at Leverandøren, over tid, mister motivationen til at levere høj performance, hvilket især vil opstå ved komplekse ydelser og særligt inkomplette kontrakter, hvis der ikke er indlejret de rette incitamenter til at opretholde en høj performance over en lang kontraktperiode. På baggrund af dette, er en lang kontraktlængde formentlig ikke at foretrække i forhold til at sikre, at Leverandøren ”*holdes til ilden*”.

Som illustreret ved Figur 4 ovenfor, må kompleksiteten af ydelsen, der skal leveres under K04, antages generelt at ligge i et mellemstadium mellem simple driftskontrakter og udviklingsaftaler. Jo mindre kompleks ydelsen er, desto mere effektiv vil en længerevarende kontrakt være som hold-up safeguard, jf. argumentationen ovenfor. Hvis ydelsens kompleksitet derimod nærmer sig den, som vil være udtrykt i udviklingsaftaler, vil Kunden nok næppe tilbyde Leverandøren en længerevarende kontrakt, i frygt for Leverandørens hold-up. Kundens frygt for Leverandørens opportunistiske adfærd begrænser således

²⁹³ Dyer & Singh (1998), s. 668

²⁹⁴ Susarla et al. (2010), s. 42

²⁹⁵ Ibid., s. 49

brugbarheden af en længerevarende kontrakt som hold-up safeguard ved komplekse ydelser, selvom denne potentielt kunne forebygge Leverandørens underinvestering.

Når det kommer til ydelsens omfang, ses der, ifølge Susarla (2010), en positiv sammenhæng mellem omfanget af ydelsen og længerevarende kontrakter i praksis.²⁹⁶ Som nævnt ovenfor, vil en omfangsrig ydelse medføre, at Leverandøren i højere grad skal foretage investeringer i læring om Kundens organisation. Med forventningen om et længevarende samarbejde giver en længerevarende kontrakt Leverandøren forbedrede incitamenter til at foretage disse investeringer.²⁹⁷ Herudover vil en mere omfangsrig ydelse, der omfatter mange forskellige aktiviteter, stille større krav til detaljegraden af kontraktbestemmelserne. Det må her kunne sluttes, modsat argumentet for ydelseskompleksitet ovenfor, at kontrakten herved bliver mindre inkomplet, hvorfor hold-up risikoen her er lavere. Herudover vil parterne kunne økonomisere transaktionsomkostningerne forbundet med at udarbejde en mere detaljeret kontrakt.²⁹⁸

Forbedrede incitamenter for investering i læring og en mindre risiko for hold-up i form af mere omfattende kontraktbestemmelser medfører således, at en længerevarende kontrakt vil være en passende hold-up safeguard, hvis der alene ses på ydelsens omfang. Som gennemgået i afsnit 5.2, må ydelserne, der skal leveres under K04, ud fra et generelt perspektiv anses at være relativt omfangsrige. Omfanget af ydelserne, der skal leveres under K04, taler derved for, at en længerevarende kontrakt giver mening i K04-forholdet, jf. argumentationen ovenfor.

5.3.3. K04 som længerevarende kontrakt

Samlet set, kan en længerevarende kontrakt være en effektiv hold-up safeguard for K04-relationen, idet der gives bedre incitamenter til at lade Leverandøren investere i læring og kundespecifik viden, gennem en forventning, om en længere værdiskabende interaktion over tid mellem parterne. Dette udgangspunkt gælder dog kun så længe, at der ikke er tale om en meget kompleks ydelse, hvorefter Kunden næppe vil være interesseret i at tilbyde Leverandøren en længerevarende kontrakt, i frygt for Leverandørens hold-up.²⁹⁹

²⁹⁶ Susarla et al. (2010), s. 49

²⁹⁷ Ibid., s. 42

²⁹⁸ Ibid., s. 42-43

²⁹⁹ Ibid., s. 42

I den nuværende udformning af K04, er der lagt op til en kontraktlængde på 5 år, jf. K04, pkt. 54.1, stk. 1. En kontraktlængde på 5 år må anses at udgøre en mellemlang kontrakt, når der tages hensyn til at parterne skal indgå i et strategisk samarbejde. Det kunne derfor være relevant at udvide rammerne for kontraktens løbetid yderligere, for at sikre incitamentsforenelighed mellem parterne.³⁰⁰ Hvor lang en løbetid, der kan anlægges i kontrakten, kan dog være begrænset af de udbudsretlige regler, som det skal gennemgås i afsnit 5.5.

K04 indeholder herudover en opsigelsesret til Kunden, med 12 måneders varsel, jf. K04, pkt. 54.2. Denne opsigelsesret må anses at være uhensigtsmæssig, hvis K04 rent faktisk skal udgøre en længerevarende kontrakt, som beskytter mod Kundens hold-up og udgør et credible commitment fra Kunden. Med hensyn til parternes samarbejde og incitamentsforenelighed, vil det derfor være anbefalelsesværdigt at udlade eller indskrænke Kundens opsigelsesret, i pkt. 54.2, fra K04. Selvom Kunden her mister adgangen, til at udtræde af kontrakten ved opsigelse, er denne anbefaling i fuld tråd med strategisk kontrahering, idet Kunden i højere grad binder sig til samarbejdet.³⁰¹

5.4. Kundens kontraktforlængelsesret

5.4.1. Kundens kontraktforlængelsesret som hold-up safeguard

En alternativ, til længerevarende kontrakter, er at tildele Kunden en option om forlængelse af kontrakten. En sådan option vil ligeledes have fokus på en længerevarende interaktion, idet det ønskelige scenarie for begge parter vil være, at Kunden forlænger kontrakten, således at parterne kan fortsætte det værdiskabende samarbejde og derved drage kontinuerlig fordel af relationsrenten.

En kontraktforlængelsesret til Kunden skal forstås, som en option, hvorefter Kunden kan vælge at forlænge kontrakten, med et prædefineret tidsrum, uden at dette skal forhandles med Leverandøren. Da Kunden kan være tilbageholdende med at tilbyde en længerevarende kontrakt, som beskrevet ovenfor, er ideen, bag benyttelsen af en kontraktforlængelsesret, at beskytte Kunden mod Leverandørens hold-up, ved at allokere en beslutningsrettighed til Kunden. Kunden har derved ret til at beslutte, at kontrakten skal forlænges, uden at dette skal forhandles med Leverandøren, hvilket giver Kunden et *strategic lever*. Optionen skal være med til at sikre, at Leverandøren i en mindre grad vil have incitament til at handle opportunistisk, da der er en eventuel forlængelse af kontrakten på spil.³⁰²

³⁰⁰ Susarla (2012), s. 1388

³⁰¹ Petersen & Østergaard (2018), s. 270

³⁰² Susarla et al. (2010), s. 38

En kontraktforlængelsesret til Kunden vil modvirke Leverandørens underinvestering, som et tilsagn om en langsigtet interaktion mellem Kunden og Leverandøren. Den elementære forskel, fra en længerevarende kontrakt, er dog, at den langsigtede interaktion kun finder sted, hvis Kunden forlænger kontrakten. En kontraktforlængelsesret vil derfor umiddelbart ikke i samme grad, som en længerevarende kontrakt, være udtryk for et credible commitment, da Kunden ikke binder sig på en lige så definitive måde til samarbejdet. Anvendelsen, af en kontraktforlængelsesret, vil derfor kræve et øvrigt commitment fra Kunden, for at komme op på det samme niveau af tillid mellem parterne, som ved længerevarende kontrakter.³⁰³

Udover forventningen om et langsigtet samarbejde, må det antages, at Leverandøren i en højere grad motiveres til at performe og foretage relations-specifikke investeringer, når Kunden tildeles en option om forlængelse af kontrakten, sammenlignet med en længerevarende kontrakt. Denne motivation består i, at Leverandøren vil iagttage den adfærd, der resulterer i den størst mulige sandsynlighed for, at Kunden forlænger kontrakten. En sådan adfærd vil bestå i høj performance og omfattende investeringer, så længe disse to faktorer er målbare. Kontraktforlængelsesretten er således en måde, hvorpå Leverandøren i højere grad ”holdes til ilden“, da Leverandøren vil optimere sin performance for at sikre, at Kunden udnytter forlængelsesoptionen.³⁰⁴

Leverandøren vil også i mindre grad frygte Kundens hold-up, i takt med, at der foretages relations-specifikke investeringer, idet disse investeringer vil forøge værdien af Leverandørens ydelser for Kunden, og derved få Kundens skifteomkostninger til at stige. Dette vil reducere sandsynligheden for at Kunden vil handle opportunistisk og vælge Leverandøren fra, når der skal tages stilling til om kontrakten skal forlænges.³⁰⁵

5.4.2. Hensyn til kontraktens kompleksitet og omfang

Der er ifølge Susarla (2010) en positiv sammenhæng mellem eksistensen af en kontraktforlængelsesret til Kunden i kontrakten og henholdsvis ydelsens kompleksitet og ydelsens omfang i praksis. Dette hænger tæt sammen med, at komplekse ydelser medfører et øget behov, for at Leverandøren foretager relations-specifikke investeringer, mens at omfangsrige ydelser medfører et øget behov, for læring om Kundens organisation. Disse behov støtter en kontraktforlængelsesret til Kunden op omkring, da den

³⁰³ Se her afsnit 4.3.5 (Anbefalinger til K04-kontrakten)

³⁰⁴ Susarla et al. (2010), s. 43

³⁰⁵ Ibid.

giver Leverandøren forøget incitament til at foretage relations-specifikke investeringer og beskytter mod Kundens hold-up.³⁰⁶

Komplekse ydelser medfører ikke, lige som ved længerevarende kontrakter, at Kunden vil være tilbageholdende med at tilbyde Leverandøren en kontrakt, med en forlængelsesoption, idet Kunden er beskyttet mod Leverandørens opportunistiske adfærd. Det modsatte må faktisk gøres gældende, idet Kundens behov, for beskyttelse mod Leverandørens opportunistiske adfærd, stiger i takt med, at kontrakten bliver inkomplet, idet Leverandøren her har en bredere mulighed for at handle opportunistisk.³⁰⁷ Når ydelserne, der skal leveres under K04, må antages at være relativt komplekse, vil det derfor give god mening at benytte en kontraktforlængelsesret, som hold-up safeguard i K04. Ligeledes må K04 anses at omfatte relativt omfangsrige ydelser, hvilket også taler for at effektiviteten af en kontraktforlængelsesret, som hold-up safeguard i K04.

5.4.3. Kontraktforlængelsesret sammenlignet med en længerevarende kontrakt

Ovenstående analyse af sammenhængen mellem ydelsens kompleksitet ift. brugbarheden af kontraktforlængelsesretten, som hold-up safeguard, er illustreret i **Figur 5**, hvor kontraktforlængelsesretten udgør den mest passende hold-up safeguard ved meget komplekse ydelser. Ved lav kompleksitet og højt omfang vil en længerevarende derimod være en passende safeguard, da Leverandøren i mindre grad kan handle opportunistisk, og parterne er sikret en længerevarende interaktion. Ved lav kompleksitet og omfang vil der i begrænset omfang opstå hold-up situationer.³⁰⁸

Anbefalede hold-up safeguards		
Kompleksitet/Omfang	Lav	Høj
Lav	Begrænset behov	Længerevarende kontrakt
Høj	Kontraktforlængelsesret	Kontraktforlængelsesret

Figur 5 - Anbefalede hold-up safeguards

³⁰⁶ Susarla et al. (2010), s. 49-50

³⁰⁷ Ibid., s. 42-43

³⁰⁸ Ibid., s. 37f.

Fordelen ved kontraktforlængelsesretten er således, at den i højere grad end en længerevarende kontrakt hånd om Leverandørens opportunistiske adfærd, især ved meget komplekse ydelser, som illustreret i Figur 5. Ved sammenligningen af en kontraktforlængelsesret med længerevarende kontrakter, skal det dog holdes i mente, at dette i mindre grad udgør et credible commitment fra Kunden, end hvis Kunden tilbød Leverandøren en længerevarende kontrakt. Leverandøren vil således ikke have den samme tillid til, at parterne rent faktisk vil opnå en længerevarende interaktion. Kunden kan dog opnå denne tillid, ved at forpligte sig til at foretage relations-specifikke investeringer i oplæring af Leverandørens medarbejdere, som foreslået i afsnit 4.3.5.

5.4.4. Udvidelse af kontraktforlængelsesretten i K04

Sammenfattende, må det siges, at tildeling af en option til Kunden om forlængelse af kontrakten (1) beskytter mod Kundens hold-up gennem forventningen om et længerevarende samarbejde, lig længerevarende kontrakter, (2) beskytter mod Kundens hold-up i takt med Leverandørens relations-specifikke investeringer, som følge af Kundens skifteomkostninger og (3) beskytter mod Leverandørens opportunistiske adfærd og lave performance, ved at forene Leverandørens incitamenter med henblik på forlængelse af kontrakten.³⁰⁹

K04-kontrakten indeholder allerede en forlængelsesret til Kunden på 12 måneder, jf. K04, pkt. 54.1, stk. 2. Kunden kan, ifølge samme bestemmelse, efterfølgende forlænge kontrakten med yderligere 12 måneder, mens den samlede maksimale forlængelse er 24 måneder.

Selvom denne bestemmelse kan skabe bedre incitamentsforenelighed i K04-relationen, kan bestemmelsen ikke anses at være optimal, som hold-up safeguard. Det må her lægges til grund, at Kundens forlængelsesret, i K04-kontrakten, primært er indarbejdet i kontrakten, med henblik på brug i situationer, hvor Kunden ikke kan nå at indgå en ny kontrakt, før den eksisterende kontrakt udløber eller lignende, og ikke med henblik på at forlænge det strategiske samarbejde.³¹⁰ For at en option om forlængelses kan fungere som hold-up safeguard i praksis, må det antages, at Kunden skal have mulighed for at forlænge kontrakten med omkring 3-4 år, for at parterne reelt har mulighed for at skabe værdi i forlængelsesperioden.³¹¹

Ud fra den ovenstående analyse af en forlængelsesoption til Kunden, som hold-up safeguard, må det anses at skabe incitamentsforenelighed at tildele Kunden en sådan option. Da der allerede er indarbejdet

³⁰⁹ Susarla et al. (2010), s. 41-43

³¹⁰ Ahrenholt (2020)

³¹¹ Susarla (2012), s. 1395-1396

en forlængelsesoption på 12 måneder i K04-kontrakten, må det anbefales at udvide denne option til en ret om forlængelse på 3-4 år, med mulighed for efterfølgende yderligere forlængelse. Det er dog tvivlsomt, hvorvidt påberåbelse af en sådan bestemmelse vil være foreneligt med udbudsretten, som det skal diskuteres nedenfor. Selvom anvendelsen af en kontraktforlængelsesret ikke i sig selv udgør et credible commitment fra Kunden, skal denne anbefaling ses i sammenhæng med den foreslåede forpligtelse, til at Kunden investerer i oplæring af Leverandørens medarbejdere, i afsnit 4.3.5.

5.5. De udbudsretlige begrænsninger

5.5.1. Introduktion

Som gennemgået ovenfor i afsnit 5.3 - 5.4, kan der være en række incitamentsforeneligende fordele, ved at indføre konkrete hold-up safeguards i K04-kontraktgrundlaget. Imidlertid, er der ikke fuld aftalefrihed for offentlige myndigheder, ved anvendelse af K04, da en offentlig myndighed skal agere inden for grænserne, af de udbudsretlige rammer.³¹² Dette kan være uhensigtsmæssigt, da det indenfor strategisk kontrahering, ideelt set, vil være at foretrække, at parterne tillægges en bred partsautonomi.

I dette afsnit, skal der tages højde for de begrænsninger, som udbudsretten medfører, for de ovenfor anførte hold-up safeguards.

5.5.2. Udbudsretlige regler om kontraktlængde

Ved vurderingen, af hvorvidt en længerevarende kontrakt er forenelig med udbudsretten, skal fordelene, ved at indgå i en længerevarende kontrakt, holdes over for hensynet, til konkurrencen på markedet, således at en potentiel tilbudsgiver ikke bliver forbigået, fordi kontrakten ikke sendes i udbud ofte nok.³¹³ Denne hensynsafvejning ses tydeligt i EU-domstolens praksis, som gennemgås nedenfor.

Først er det dog relevant at nævne, at Udbudsdirektivet³¹⁴ kun indeholder få eksplicitte regler om varigheden af kontrakten, hvilket for så vidt også gælder UBL.³¹⁵ Disse eksplicitte regler begrænser f.eks. varigheden af kontrakter vedrørende visse supplerende leverancer til tre år.³¹⁶ Herudover er

³¹² Se her afsnit 3.5 (Kunden som offentlig ordregiver)

³¹³ Ølykke & Nielsen (2017), s. 388 f.

³¹⁴ Direktiv 2014/24 EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud

³¹⁵ Ølykke & Nielsen (2017), s. 388

³¹⁶ jf. Udbudsdirektivet art. 32, stk. 3, litra b og stk. 5, som er implementeret ved § 81, stk. 2, i UBL

varigheden af rammeaftaler generelt begrænset til fire år.³¹⁷ K04 kan dog næppe karakteriseres som en rammeaftale, hvorfor der ikke findes eksplicitte regler om varigheden af en kontrakt, som K04.

EU-domstolen har, i sin praksis, haft anledning til at vurdere foreneligheden, af *meget langvarige* og i nogle tilfælde *tidsubegrænsede* kontrakter, med udbudsretten. Her er EU-domstolen noget tvetydig, herunder i Pressetext-dommen (C-454/06). Her udtaler domstolen, for det første, at en aftale, for en tidsubegrænset periode, som sådan ikke er en del af ordningen om, og formålet med, EU-reglerne for offentlige kontrakter, jf. dommens præmis 73.³¹⁸ I dommens næste præmis, udtaler domstolen dog: *"Der er imidlertid ikke på EU-rettens nuværende udviklingstrin noget til hinder for indgåelsen af tidsubegrænsede offentlige tjenesteydelsesaftaler"*.³¹⁹

I den senere Helmut Müller sag (C-451/08), fortolkes ovenfor beskrevne præmis 73 i Pressetext-sagen til støtte for, at tidsubegrænsede kontrakter er forbudt, eller i hvert fald er ved at blive det, idet EU-domstolen udtaler, at der er: *" (...) under alle omstændigheder tungtvejende grunde, herunder særligt opretholdelsen af konkurrencen, som taler for at betragte en tidsubegrænset kontrakt som værende i strid med EU-retten"*.³²⁰ Denne sag synes at tale for, at *tidsubegrænsede aftaler* er i strid med udbudsreglerne, selvom EU-domstolens praksis her må anses at være tvetydig.³²¹

Den relevante vurdering, i nærværende afhandling, må dog være, hvorvidt det vil være i strid med udbudsretten, hvis der indgås en kontrakt, med en relativ lang løbetid, mellem parterne, som ikke udgør en tidsubegrænset kontrakt.

Spørgsmålet er således, hvor lange kontrakter, der kan udarbejdes mellem parterne. Konkurrencestyrelsen anbefaler i denne forbindelse, at offentlige kontrakter ikke bør have en varighed på mere end 3-5 år.³²² Dette stemmer godt overens med, at tærskelværdien, ved tidsubegrænsede kontrakter, beregnes ud fra værdien i 48 måneder, hvorfor det må anses at være det mest almindelige, at kontrakter begrænses til max 4-5 år. Det skal dog her bemærkes, at det er EU-reglerne, der har lovskraft i Danmark ved udbud, ikke de danske myndigheders opfattelse af hvor hyppigt der bør ske udbud.³²³

Da der kan bestå tydelige fordele, ved at udvide kontraktens løbetid i K04, som gennemgået i afsnit 5.3,

³¹⁷ Jf. Udbudsdirektivet art. 33, stk. 1, som er implementeret ved § 95, stk. 2 i UBL

³¹⁸ C-454/06, pr. 73

³¹⁹ C-454/06, pr. 74

³²⁰ C-451/08, pr. 79

³²¹ Ølykke & Nielsen (2017), s. 388f.

³²² Konkurrencestyrelsens Vejledning om udbudsdirektiverne (juni 2006) afsnit 8.6

³²³ Nielsen (2010), s. 185

må det anses som relativt sandsynligt, at en sådan kontrakt vil ses som forenelig med udbudsretten, så længe at dennes løbetid ikke bliver uforholdsmæssig lang, jf. EU-domstolens praksis gennemgået ovenfor. At benytte en kontrakt, med en løbetid på mere end 5 år, kan dog udgøre en standpunktsrisiko for Kunden, idet der hverken i udbudsreglerne eller i retspraksis er taget specifik stilling til foreneligheden af sådanne kontrakter.

Sammenfattende, må det lægges til grund, at Kunden og Leverandøren i teorien kan indgå en længerevarende kontrakt, da dette ikke er udelukket, ifølge de udbudsretlige regler, jf. ovenfor. Hvorvidt det er en realistisk antagelse, at en offentlig ordregiver i praksis vil benytte en længerevarende kontrakt, er dog et andet spørgsmål, henset til, at Kunden her påtager sig en standpunktsrisiko, for den begrænsede retssikkerhed omkring foreneligheden af længerevarende kontrakter med udbudsretten, jf. EU-domstolens praksis, og henset til, at Konkurrencestyrelsen anbefaler at sende kontrakter i udbud hver 3-5 år. Det må anses at være uhensigtsmæssigt, i forhold til strategisk kontrahering, hvis Kunden holder sig fra at benytte længerevarende kontrakter på baggrund af Kundens begrænsede partsautonomi. Som gennemgået i afsnit 5.3, kan der dog være yderligere grunde til at Kunden ikke vil benytte længerevarende kontrakter, idet Kunden ofte vil frygte Leverandørens opportunistisk adfærd, især ved komplekse ydelser.

5.5.3. Udbudsretlige regler om forlængelse af kontrakten

I dette afsnit, skal de udbudsretlige begrænsninger, for at forlænge en kontrakt med udgangspunkt i en option til Kunden, gennemgås. I den forbindelse er der behov for kort at gennemgå de overordnede rammer for ændringer af kontrakter efter tildeling af denne, som følge af udbudsproces.

Det altovervejende udgangspunkt i udbudsretten er, at hvis der foretages ændringer af grundlæggende elementer i kontrakten, vil dette udgøre en ny kontrakt, som udløser ny udbudspligt, jf. UBL § 178, stk.

1. Der er tale om en ændring af grundlæggende elementer, når ændringen bevirker, at kontraktens karakter er væsentlig forskellig fra den oprindelige kontrakt, jf. UBL § 178, stk. 2, hvilket beror på en konkret vurdering. En ændring, der ville have medført enten, at en anden tilbudsgiver ville have været i stand til at vinde kontrakten, eller at andre potentielle tilbudsgivere ville have været i stand til at ansøge om deltagelse i udbuddet, vil uden tvivl udgøre en ændring af grundlæggende elementer, jf. UBL § 24, nr. 37.³²⁴ En forlængelse af kontrakten må, som udgangspunkt, antages at udgøre en ændring af

³²⁴ Se her også Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens Vejledning om udbudsreglerne (Januar 2016), pkt. 11.3

grundlæggende elementer, da dette kunne have påvirket en (potentiel) tilbudsgivers valg om at byde på opgaven.

Selvom muligheden for ændringer af kontrakter er begrænset ved UBL § 178, oplistes der i UBL §§ 179 – 183 en række kontraktændringer, som ikke betragtes som ændringer af grundlæggende elementer, og som derfor ikke medfører ny udbudspligt.

Her er især UBL § 179, om ændringer i medfør af kontrakten, relevant i forbindelse med kontraktforlængelse, idet bestemmelsen giver mulighed for at indføre klausuler, der proaktivt regulerer senere ændringer af kontrakten, som herefter ikke vil udgøre en ændring af grundlæggende elementer, jf. UBL § 179, 1. pkt. En sådan klausul kan generelt udgøres af en option eller ændringsklausul.³²⁵

Der gælder dog en række krav for, at påberåbelse af en option vil være omfattet af UBL § 179 og derved ikke medføre fornyet udbudspligt. Det altovervejende krav er her, at optionen har været en del af konkurrencen om hovedkontrakten, således at alle (potentielle) tilbudsgivere har kunne tage højde for værdien af optionen.³²⁶ Der stilles derfor høje krav til detaljegraden, i forbindelse med anvendelsen af optioner i kontrakten, da der skal være tale om klare, præcise og entydige klausuler, og klausulen skal derfor fastsætte omfanget og arten af eventuelle ændringsmuligheder, og betingelserne for deres anvendelse, jf. UBL § 179. Sag 2008-0018332 ved Klagenævnet for Udbud er illustrativ herfor, idet muligheden for forlængelse af kontrakten ikke her var beskrevet indgående nok i udbudsmaterialet, hvorfor forlængelse af kontrakten ansås som direkte tildeling af kontrakten i strid med udbudsreglerne.³²⁷

Med UBL § 179, lægges der op til, at der kan benyttes optioner i offentlige kontrakter, uden at udnyttelse af disse vil medføre fornyet udbudspligt. Det må lægges til grund, at der kan indarbejdes en option til Kunden om forlængelse af K04-kontrakten, som er forenelig med udbudsretten, idet der er indarbejdet en sådan option, med mulighed for 12 måneders forlængelse, i K04, pkt. 54.1. Det kan dog ikke udelukkes, at kontraktforlængelsesretten i K04 er forenelig med udbudsretten, alene af den grund, at denne har begrænset længde og er indført på baggrund af legitime hensyn til Kundens behov, i forbindelse med situationer, hvor Kunden ikke kan nå at indgå en ny kontrakt, før den eksisterende kontrakt udløber.³²⁸ Det er derfor uafklaret, hvorvidt det vil være foreneligt med udbudsretten at indarbejde en option, om ret til forlængelse af kontrakten med 3-4 år, idet der her vil gå længere tid, før

³²⁵ Ølykke & Nielsen (2017), s. 395f.

³²⁶ Ibid., s. 395

³²⁷ Klagenævnet for Udbud - kendelse af 16. oktober 2009, J.nr.: 2008-0018332

³²⁸ Ahrenholt (2020)

kontrakten igen bliver sendt i udbud. Vurdering af en hvorvidt en forlængelsesret på 3-4 år er forenelig med udbudsretten, må dog tage udgangspunkt i UBL § 179, hvorfor det som sådan ikke er udelukket at indføre en sådan option i kontrakten, så længe omfanget og betydningen af denne er klart beskrevet i udbudsmaterialet, jf. ovenfor.

Samlet set, foreligger der flere fordele ved at udvide Kundens forlængelsesret i K04-kontrakten til 3-4 år. Selvom udbudsretten, på sit nuværende udviklingstrin, ikke udelukker brugen af optioner i kontrakter ved UBL § 179, består der dog en juridisk gråzone, i forbindelse med, hvor omfattende en sådan forlængelsesret må være. Herudover stilles der høje detaljekrav til en sådan bestemmelse, som alt i alt besværliggør brugen af optioner i praksis, hvilket må siges at være uønskeligt set fra et synspunkt om strategisk kontrahering.

5.6. Delkonklusion

Som resultat af ovenstående analyse, kan det konkluderes, at der meningsfuldt kan indarbejdes hold-up safeguards i K04-kontrakten, som løsning til de udfordringer, der udspringer af parternes grundlæggende adfærd og kontraktens karakteristika, ved at skabe en forventning om et længerevarende samarbejde og sikkerhed for parternes relations-specifikke investeringer.

En længerevarende kontrakt findes at udgøre en effektiv hold-up safeguard ved at give Leverandøren forbedrede incitamenters til at investere i læring og kundespecifik viden, gennem en forventning om en længerevarende værdiskabende interaktion mellem parterne. En længerevarende kontrakt sluttet tilmed at være et yderst virkningsfuldt signal om credible commitment. Det kan derfor være relevant at udvide rammerne for K04-kontraktens løbetid eller i alt fald at udelade Kundens opsigelsesret fra kontraktgrundlaget. Udbudsretten findes uklar på spørgsmålet om maksimal kontraktlængde, men udelukker ikke definitivt brugen af længerevarende kontrakter. Det må dog konkluderes, at Kunden vil være tilbageholdende med at tilbyde Leverandøren en sådan kontrakt, både af hensyn til udbudsretten og i frygt for Leverandørens hold-up, hvilket især gælder ved komplekse ydelser.

At tildele en option til Kunden om forlængelse af K04-kontrakten findes herudover at beskytte mod begge parter hold-up, idet der består en forventning om et længerevarende samarbejde, samt at Leverandøren i højere grad vil handle i overensstemmelse med Kundens interesser for at sikre, at kontrakten forlænges. K04 indeholder allerede en forlængelsesret på 12 måneder. Hvorvidt det vil være foreneligt med til udbudsretten at udvide denne ret til f.eks. 3-4 år er uklart, hvilket synes uhensigtsmæssigt med hensyn til parternes samarbejde, da en forlængelsesperiode på 12 måneder må anses at være for kort til at skabe egentlig værdi og beskytte mod hold-up.

Hvorvidt, der skal anvendes en længerevarende kontrakt eller en kontraktforlængelsesret, konkluderes at afhænge af den specifikke sammenhæng mellem ydelsens kompleksitet og omfang i K04-kontrakten. Her skal det eksempelvis lægges til grund, at kontraktforlængelsesretten må anses at udgøre den passende hold-up safeguard ved høj kompleksitet, henset til risikoen for Leverandørens hold-up. Hertil findes det, at en kontraktforlængelsesret i højere grad sikrer, at Leverandøren *“holdes til ilden”*, da Leverandøren her motiveres til at levere høj performance, hvorfor denne løsning findes mest anvendelig i praksis.

Kapitel 6 – Hardship- og gevinstklausuler

6.1. Indledning

Der er en iboende risiko for, at der kan opstå tvister, i forbindelse med indtræden af efterfølgende omstændigheder, i K04-relationen, som følge af teorien om inkomplette kontrakter. Der kan således opstå tvister om, hvorledes eventuelle gevinster opstået i kontraktens løbetid skal deles, samt hvordan mulige omkostninger ex post skal allokeres imellem Kunden og Leverandøren, når der ikke er taget stilling til disse omstændigheder i kontrakten. Dette kan være en trussel for parternes strategiske samarbejde, da der må antages at kunne opstå omfattende uenigheder, som i værste fald kan lede til et ophør af samarbejdet.

Grundet den nugældende dansk baggrundsrets regulering af efterfølgende omstændigheders manglende evne, til at facilitere det videre samarbejde mellem parterne, jf. analysen heraf i afsnit 3.4, findes det relevant at foretage en nærmere analyse af, hvorledes der kan indlejres hardship- og gevinstklausuler i K04-kontrakten, som, gennem en proaktiv tilgang til efterfølgende omstændigheder, i højere grad kan forebygge konflikter mellem parterne. Hertil må det generelt anerkendes, at teorien omkring hardship- og gevinstklausuler i dansk ret er relativt sparsom, hvorfor der i nærværende kapitel skal fremstilles alternative og nytænkende forslag til, hvordan hardship- og gevinstklausuler meningsfuldt kan indlemmes i K04-kontraktgrundlaget, under hensyntagen til kontraktens *lex causae* og karakteristika.

Begreberne hardship og gevinstmuligheder introduceres i afsnit 6.2. Dernæst analyseres det økonomiske rationale for anvendelsen af hardship- og gevinstklausuler, i en K04-kontekst, i afsnit 6.3. Herefter behandles det obligationsretlige udgangspunkt for hardship- og gevinstklausuler, i henholdsvis afsnit 6.4 og 6.5. Dernæst tages der konkret stilling, til konkrete strategiske overvejelser om, hvorvidt en hardshipklausul skal omfatte endogene forhold, og hvorvidt der skal ske fordeling af risici og gevinster med udgangspunkt i fordelingsnøgler. Analysen skal udmunde i et praktisk orienteret afsnit, hvori en række konkrete forslag, til udformning af hardship- og gevinstklausuler i K04, skal opstilles i afsnit 6.7. Afslutningsvis opsummeres de mest centrale pointer i kapitlet, i afsnit 6.8.

6.2. Hardship og gevinstmuligheder

I henhold til Østergaard & Petersen (2020), kan en hardshipbegivenhed defineres som: ”a (*ex post*) circumstance in which either it becomes more onerous to fulfill the contract or the equilibrium of the contract fundamentally changes.”.³²⁹

På nuværende udviklingsstadiet findes der imidlertid ikke, i juridisk teori, nogen fast definition af en gevinstmulighed.

Konkret vil en hardshipbegivenhed i K04-kontrakten fra Leverandørens perspektiv kunne komme til udtryk, ved at it-driftsydelsen er blevet mere omkostningstung at levere.³³⁰ Fra Kundens perspektiv vil hardship konkret tage sig ud som, at Kunden vil være væsentligt bebyrdet i forhold til at opfylde sin betalingspligt, eller at efterfølgende omstændigheder markant forringer værdien af ydelserne, for Kunden.

Da efterfølgende omstændigheder ikke er defineret i dansk ret, tages der her udgangspunkt i den definition af efterfølgende omstændigheder, der udspringer af *lex mercatoria*. Der skal derfor henvises til relevante dele af *lex mercatoria*, som udgør en række internationale handelssædvaner, der har karakter af *soft law*.³³¹ Her fokuseres der på *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*³³² (herefter benævnt ”**UNIDROIT**”) og *Principles of European Contract Law*³³³ (herefter benævnt ”**PECL**”), da disse udgør internationalt anerkendte principper, og da disse konkret forholder sig til indtræden af efterfølgende omstændigheder, herunder hardship.³³⁴ Udgangspunktet for anvendelsen af disse modellove er, at det forudsætter, at de er indarbejdet i parternes aftale, hvorfor det vil være relevant at overveje, hvorvidt disse med fordel kunne implementeres i K04-kontrakten.³³⁵

Med udgangspunkt i *lex mercatoria*, her specifikt UNIDROIT art. 6.2.2 og PECL art. 6:111, kan der opstilles en række kumulative betingelser for, hvornår der indtræder en hardship begivenhed.

³²⁹ Østergaard & Petersen (2020), s. 204

³³⁰ Andersen (2020), s. 252

³³¹ Andersen (2019), s. 139 & 467-468

³³² UNIDROIT Principles of International Contracts 2016 som udarbejdet af International Institute for Unification of Private Law

³³³ The Principles of European Contract Law 2002 (Parts I, II and III) (PECL), er en modellov udarbejdet af the Commission on European Contract Law

³³⁴ Østergaard & Petersen (2020), s. 206-207

³³⁵ Andersen (2019), s. 468

Betingelserne applikeres analogt, med visse tilpasninger, i tilfælde af gevinstmuligheder, til trods for, at hverken UNIDROIT eller PECL indeholder eksplicit regulering af gevinstmuligheder.

For det første, skal der være tale om en efterfølgende omstændighed, som ikke var kendt af parterne på kontraktindgåelsestidspunktet.³³⁶ Denne betingelse skal ses i nær tilknytning til teorien om inkomplette kontrakter og parternes begrænsede rationalitet. Såfremt parterne havde mulighed for at tage stilling til samtlige forhold *ex ante*, ville behovet for hardship- og gevinstklausuler formentlig anses for begrænset, da parterne dermed ville kunne regulere sig ud af de omfattede begivenheder og derved præge risikobilledet heraf efter deres individuelle behov. Denne betingelse gælder både for hardshipbegivenheder og gevinstmuligheder, da disse definatorisk ikke vil være kendt for parterne på kontraktindgåelsestidspunktet. En del af vurderingen, af om en begivenhed var kendt på kontraktindgåelsestidspunktet, må bero på, om det med rimelighed kan lægges til grund, at den bebyrdede part burde have taget højde for omstændigheden i kontrakten.³³⁷

For det andet, skal den efterfølgende omstændighed forrykke balancen i kontrakten mellem parterne således, at ligevægten i kontrakten fundamentalt ændres.³³⁸ For at der kan være tale om hardship, skal kontrakten være blevet mere byrdefuld, som følge af øgede omkostninger til kontraktopfyldelse, for mindst én af parterne, og der skal være tvivl om, hvem der skal bære risikoen, for denne øgede omkostning. Det vil her typisk være realdebitor, der rammes af hardship (i K04-regi Leverandøren). Betingelsen kan anvendes analogt på gevinstmuligheder, da mindst én af parterne herved opnår en uforudset og efterfølgende gevinst, som parterne skal tage stilling til, hvordan skal deles. Grundlæggende bevirker denne betingelse, at parterne skal genforhandle kontrakten, i tilfælde af, at *status quo* i kontrakten er blevet forandret, som følge af en efterfølgende omstændighed. Det må imidlertid anerkendes, at parterne må acceptere mindre udsving i balanceforholdet, hvorfor der består en form for økonomisk minimumstærskel for, hvornår der kan være tale om en hardship eller gevinstmulighed.

For det tredje, skal den efterfølgende omstændighed være af eksogen karakter, som synes at være uafværgelig og uden for den bebyrdede parts kontrol.³³⁹ Denne betingelse synes dog kun at gælde for hardshipbegivenheder, da en gevinstmulighed også kan opstå inden for en parts kontrol. Rationalet, bag denne betingelse, er, at det findes naturligt, at parterne selv skal bære risikoen for forhold, som ligger inden for deres indflydelsesfelt. Til trods for at ordlyden af UNIDORT art. 6.2.2, stk. 1, litra c, tydeligt

³³⁶ UNIDROIT art. 6.2.2, stk. 1, litra a og PECL Art. 6:111, stk. 2, litra a

³³⁷ Se her UNIDROIT Art. 6.2.2, stk. 1, litra b og PECL Art. 6:111, stk. 2, litra b

³³⁸ UNIDROT art. 6.2.2, stk. 1

³³⁹ UNIDROIT, art. 6.2.2, stk. 1, litra c

statuerer, at der skal være tale om en eksogen begivenhed, skal der i nærværende afhandling argumenteres for, at der, med udgangspunkt i strategisk kontrahering og K04-kontraktens specifikke karakteristika, med fordel kan ske en udvidelse af anvendelsesområdet for hardship begrebet til at omfatte endogene forhold.³⁴⁰ Dette er der til dels taget højde for i PECL Art. 6:111, da der her ikke differentieres mellem eksogene og endogene begivenheder.³⁴¹

Sammenfattende, må det lægges til grund, at de ovenstående tre betingelser, stammende fra lex mercatoria, skal være opfyldt, for at der kan være tale om en hardshipbegivenhed. Imidlertid skal kun de to førstnævnte betingelser være opfyldt for, at der er tale om en gevinstmulighed. En hardshipbegivenhed eller gevinstmulighed vil give en part mulighed for at påberåbe den tilhørende klausul, under forudsætning af at der er indført hardship- og gevinstklausuler i kontrakten. Det er derfor, i det følgende, relevant at analysere det økonomiske rationale bag anvendelsen af hardship- og gevinstklausuler.

6.3. Økonomisk rationale for anvendelsen af hardship- og gevinstklausuler

6.3.1. Økonomiske forudsætninger

Kunden og Leverandøren er ude af stand til at forudsige samtlige forhold, der kan opstå i K04-kontraktens løbetid, og som kan have indvirkning på dennes opfyldelse. Skulle den iboende udfordring i forbindelse med efterfølgende omstændigheder løses ud fra et reaktivt perspektiv, ville dette medføre uforholdsmæssigt store transaktionsomkostninger, hvilket, i lyset af strategisk kontrahering, må anses at være uhensigtsmæssigt. I stedet, skal der således, i nærværende afhandling, tages udgangspunkt i en proaktiv tilgang til efterfølgende omstændigheder, ved brug af hardship- og gevinstklausuler.³⁴²

Hardship- og gevinstklausuler kan anvendes, som justeringsværktøj, til at tilbagebringe den oprindelige ligevægt mellem parterne, når der opstår en forskydning af balanceforholdet mellem Kunden og Leverandøren, som følge af en efterfølgende omstændighed. Dette er dog den reaktive del af sådanne bestemmelser, hvor det primære formål med hardship- og gevinstklausuler ligger i den proaktive klausulering, til at foretage optimal allokering af risici og fremtidige gevinster, på baggrund af parternes karakteristika og indsats, således at der foretages værdimaksimerende ændringer af kontrakten.³⁴³

³⁴⁰ Som behandles i afsnit 6.6.1 (Genforhandlingspligt for endogene forhold)

³⁴¹ Østergaard (2005), s. 217

³⁴² Østergaard & Petersen (2020), s. 204

³⁴³ Susarla (2012), s. 1392f.

Forinden der foretages en videre analyse af hardship- og gevinstklausuler, synes det først og fremmest nærliggende at analysere, hvornår disse, ud fra et økonomisk synspunkt, meningsfuldt kan implementeres i kontraktgrundlaget. I Østergaard & Petersen (2020) opstilles tre kumulative betingelser herfor, hvilket udgør, at (1) det er uøkonomisk for parterne at specificere samtlige forhold i kontrakten ex ante, (2) parterne har et betydeligt ønske om at bibeholde det strategiske samarbejde, og (3) muligheden for at indgå et joint venture er udelukket.³⁴⁴

I forhold til første betingelse, må det anerkendes, at parterne er begrænset rationelle, hvorfor disse umuligt kan indregne samtlige efterfølgende omstændigheder ex ante. Desuden ville det indbefatte uforholdsmæssigt høje transaktionsomkostninger for parterne at forsøge at indregne samtlige forhold i kontrakten ex ante. På baggrund af denne realisation, må det anerkendes, at første betingelse, hvormed hardship- og gevinstklausuler kan anvendes meningsfuldt er opfyldt. En relevant bemærkning hertil er, at det ligeledes må antages, at parterne ex ante kan indse deres begrænsede rationalitet og derfor overlagt vælge at lade visse dele af kontrakten være ukomplet, for derved at spare unødvendige transaktionsomkostninger.³⁴⁵

Anden betingelse, om parternes ønske om at bibeholde et strategisk samarbejde, synes tilmed opfyldt, i forholdet mellem Kunden og Leverandøren, idet det antages, at parterne vil foretage omfattende relations-specifikke investeringer. Parterne vil således ønske at bibeholde det strategiske samarbejde, i håb om at opnå relationsrente, især når der består en mulighed for en mergevinst, i forbindelse med innovation i samarbejdet, som følge af opbygget know-how, og fordi investeringerne, der er lavet i samarbejdet, har højest værdi heri.

Afslutningsvis, synes det, ift. tredje betingelse, at være afdækket i afsnit 3.5, at Kunden og Leverandøren ikke meningsfyldt kan etablere et joint-venture, da forestillinger om denne type aftaler må siges at være utopiske, eftersom Kunden er en offentlig ordregiver.³⁴⁶

Sammenfattende synes alle tre betingelser, som opstillet af Østergaard & Petersen (2020), at være opfyldt, hvorfor det er meningsfuldt at anvende hardship- og gevinstklausuler i K04-kontraktgrundlaget, fra et økonomisk synspunkt.

³⁴⁴ Østergaard & Petersen (2020), s. 212

³⁴⁵ Ibid., s. 203f.

³⁴⁶ Ibid., s. 212

6.3.2. Transaktionsomkostninger

Det må anerkendes, at implementering af hardship- og gevinstklausuler i kontraktgrundlaget ikke er gratis, da der unægtelig vil være en række ex ante transaktionsomkostninger, forbundet med at indarbejde disse, ved koncipering af kontrakten. Hertil må udformning af hardship- og gevinstklausuler anses at være relativt kompleks for Kunden, da der ikke er nogen eksisterende dansk standardbestemmelse, og idet bestemmelserne skal udarbejdes inden for Kundens regulatoriske rammer, hvorfor parterne må forventes at skulle investere betydeligt i udformning af disse.³⁴⁷

Kontraktjustering, ved anvendelse af hardship- og hardshipklausuler, vil medføre transaktionsomkostninger mellem parterne ex post. Disse omkostninger må dog antages at være af lavere betydning, end de potentielle omkostninger ved manglende regulering af efterfølgende omstændigheder. Konsekvensen heraf kan, i værste tilfælde, være, at parterne ikke kan nå til enighed om, hvordan konflikten, vedrørende den efterfølgende omstændighed, skal håndteres, og parternes samarbejde derfor kolliderer, og muligheden for at opnå relationsrente frafalder.³⁴⁸ Anvendelsen af hardship- og gevinstklausuler har derfor den fordel, at disse, qua deres proaktive karakter, forebygger konflikter mellem parterne ex post, ved indtræden af efterfølgende omstændigheder, hvilket ellers ville have haft betydelige konsekvenser for parterne.

Spørgsmålet ved anvendelsen af gevinst- og hardship, i et transaktionsomkostningsteoretisk perspektiv, for Kunden og Leverandøren, er derfor, om disse forventer, at de ex ante kontraktudfærdigelsesomkostninger kan opvejes, af de forventede sparede ex post omkostninger, i forbindelse med konflikter. Anskues dette, ud fra strategisk kontrahering, må denne afvejning slutes positivt, da anvendelsen af et proaktivt udgangspunkt er at foretrække for parterne, af hensyn til samarbejdet.

³⁴⁷ Østergaard (2005), s. 224

³⁴⁸ Ibid., s. 222-223

6.4. Hardshipklausuler

Østergaard definerer en hardshipklausul som: *“En kontraktbestemmelse, hvorefter kontrahenterne er forpligtet til at genforhandle dele af kontraktens indhold, idet opfyldelsen heraf er blevet byrdefuld som følge af efterfølgende eksogen omstændighed, som kontrahenterne ikke på kontraktindgåelsestidspunktet kunne forudsige som følge af begrænset rationalitet eller skulle alternativt afholde uforholdsmæssige mange transaktionsomkostninger til at kunne fastlægge indholdet heraf.”*³⁴⁹

Grundlæggende vedrører en hardshipklausul parternes anerkendelse af, at der muligvis kan opstå uforudsete hændelser, som bibringer en af parterne et urimeligt tab, som parterne ønsker at løse gennem genforhandling.³⁵⁰ Anvendelsen af hardshipklausuler bevirker, at parterne foretager, hvad der må opfattes som en retfærdig reallokering, af den økonomiske risiko, både *ex nunc* og *ex tunc*.³⁵¹ Hardshipklausuler fungerer, som et proaktivt kontraktværktøj, hvorved parterne grundlæggende indikerer, og i en vis grad forpligter sig til, at ville genskabe den ligevægt, som bestod mellem parterne, forud for indtrædelsen af hardshipbegivenheden.³⁵² Parterne udviser således et ønske om at genforhandle kontrakten, og muligvis påtage sig en del af tabet, for at sikre, at samarbejdet ikke kollapser, da det strategiske samarbejde over tid forventes at skabe en større værdi, end den påtagne risiko. Desuden udgør tankegangen, om anvendelsen af proaktive klausuler, en af de grundlæggende forudsætninger for strategisk kontrahering og dermed parternes adgang til relationsrente.³⁵³

Henset til, at hardshipklausuler har til formål at reallokere økonomisk risiko mellem parterne, findes det interessant, at der, på nuværende udviklingsstadiet, i *lex mercatoria* ikke tages konkret stilling til, hvordan parterne skal foretage denne fordeling. Det må anerkendes, at det vil være fordelagtigt for anvendelsen af en hardshipklausul, at der her tages specifikt stilling til, hvordan parterne skal fordele risiko. Dette kunne f.eks. forekomme i form af anvendelsen af fordelingsnøgler eller ved at tage stilling til parternes karakteristika og evne til bedst muligt at bære det økonomiske tab, hvor der tages højde for tankegangen i strategisk kontrahering, om parternes symmetriske forpligtelse til at dele risiko.³⁵⁴

³⁴⁹ Østergaard (2016), s. 441

³⁵⁰ Andersen (2019), s. 444-445

³⁵¹ Østergaard & Petersen (2020), s. 207

³⁵² Ibid., s. 205

³⁵³ Ibid., s. 204

³⁵⁴ Østergaard (2016), s. 447

Der består en vis sammenhæng mellem anvendelsen af hardshipklausuler og parternes loyalitetsforpligtelse, som behandlet i afsnit 4.4. Dette skyldes, at en genforhandlingspligt formentlig må anses at være en kontraktuel udvidelse af parternes samarbejdspligt. Implikationerne heraf må derfor være, at parterne er forpligtet til at handle loyalt i forbindelse med genforhandlingen, hvorfor en decideret obstruktion af denne proces vil udgøre et brud på loyalitetspligten, hvorved der vil kunne være tale om ansvar for *culpa in contrahendo*.³⁵⁵

Anskues anvendelsen af hardshipklausuler ud fra et juridisk perspektiv, forudsætter påberåbelsen af denne genforhandlingsoption, at parterne har indarbejdet dette i kontraktgrundlaget, da hardship ikke er en del af den danske baggrundsret.³⁵⁶ Idet hardshipklausulen indeholder en kontraktuel genforhandlingsret og -pligt, så bevirker klausulen essentielt en fravigelse af grundantagelsen om aftalers retlige binding, da aftalegrundlaget under visse forudsætninger kan modificeres ex post.³⁵⁷ I praksis, ses hardship klausuler oftest indarbejdet i kontrakter, der regulerer længerevarende kontraktforhold, idet der her består en relativt høj risiko for, at der efter kontraktens indgåelse opstår begivenheder, der ændrer omstændighederne ved at opfylde kontrakten, hvorigennem der med en hardshipklausul i en vis grad proaktivt kan tages stilling til denne kommercielle usikkerhed.³⁵⁸ Henset til, at hardshipklausuler bibringer størst værdi i langvarige kontraktforhold, vil det være anbefalelsesværdigt for parterne at indlejre enten en lang kontraktlængde eller en kontraktforlængelsesret, som anført i Kapitel 5.³⁵⁹

³⁵⁵ Andersen (2020), s. 250

³⁵⁶ Andersen (2019), s. 400 og Østergaard (2016), s. 441

³⁵⁷ Østergaard & Petersen (2020), s. 205

³⁵⁸ Andersen (2020), s. 250-251

³⁵⁹ Østergaard (2005), s. 227-228

6.5. Gevinstklausuler

Som pendant til hardshipklausuler, har gevinstklausuler til formål at regulere de tilfælde, hvor en af parterne, eller parterne i fællesskab, har realiseret en økonomisk gevinst, som ikke var anticiperet ex ante, grundet parternes begrænsede rationalitet, hvorfor det ikke var muligt at indarbejde gevinsten i kontraktgrundlaget. Gevinst-klausulen skal fungere som et proaktivt værktøj for parterne, således at disse kan allokere udbyttet af den økonomiske gevinst retfærdigt.³⁶⁰

Eksempler på tilfælde, hvor gevinstklausuler vil være relevant i K04-regi kunne være, at der, på baggrund af Leverandørens indgribende know-how omkring Kundens systemer, sker innovation af f.eks. et kundespecifikt programmel, som gør det billigere for Leverandøren at levere sin ydelse. Herudover vil Leverandøren, på baggrund af sit oparbejdede kendskab til Kundens organisation, potentielt kunne innovere og optimere Kundens organisatoriske processer, hvilket skaber en uforudset gevinst for Kunden.³⁶¹ I begge disse eksempler udspringer gevinsten af parternes samarbejde og relations-specifikke investeringer, hvorfor gevinsten er et resultat af endogene omstændigheder. Alternativt kan en gevinst opstå som følge af en udefrakommende begivenhed, eksempelvis hvis der sker en udvikling i den tilgængelige teknologi på markedet, hvilket medfører en besparelse for Leverandøren eller, at Leverandøren kan levere en ydelse, der har større værdi for Kunden. Uanset om en økonomisk gevinst udspringer af kontraktforholdet eller en udefrakommende omstændighed, kan den uforudsete gevinst med fordel reguleres af en gevinstklausul.

Vigtigheden, af at indarbejde en gevinstklausul i kontraktgrundlaget, kan eksemplificeres ved U.2003.23H (*Tintin-dommen*), hvor der kan argumenteres for, at det havde været at foretrække, at parterne havde indarbejdet en gevinstklausul i kontrakten, da der ikke var taget stilling til efterfølgende gevinstmuligheder i kontrakten. Konkret vedrørte sagen en uforudset stor succes, ved salg af Tintin-tegneserier oversat fra fransk til dansk. Oversætteren af tegneserierne sagsøgte forlaget, da han mente at han var berettiget til en del af denne gevinst (500.000 kr.), hvilket Højesteret afviste, idet sagsøger allerede havde modtaget et fast vederlag for oversættelsen. Dog anerkendte Højesteret, at der reelt var tale om en gevinstmulighed, som var opstået som følge af efterfølgende omstændigheder.³⁶² Denne sag illustrerer den risiko, der kan være forbundet med ikke at tage stilling til spørgsmålet vedrørende gevinstmuligheder, som følge af efterfølgende omstændigheder. Det må formentlig kunne slutes, at

³⁶⁰ Østergaard (2016), s. 437-441

³⁶¹ Susarla (2012), s. 1390

³⁶² Østergaard (2016), s. 447

sagsøger havde kunne få del i gevinsten, oprindende fra Tintin-hæfternes store succes, som følge af en genforhandling af kontrakten, hvis der var indført en gevinstklausul i kontraktgrundlaget.³⁶³

Der skal i det følgende differentieres mellem *regulære* og *irregulære gevinstklausuler*, hvor det altovervejende udgangspunkt må være, at regulære gevinstklausuler skaber den største værdi i strategisk kontrahering.³⁶⁴

En irregulær gevinstklausul omfatter de tilfælde, hvor parterne, allerede ved koncipering af kontrakten, har en forventning om, at der vil indtræde en økonomisk gevinst efter kontraktindgåelsen. Denne forventede gevinst kan parterne f.eks. regulere gennem en royalty-bestemmelse, som eksempelvis kan bestå i en flad eller progressiv royaltybetaling.³⁶⁵ Et eksempel på en irregulær gevinstklausul kan bl.a. illustreres ved U.2012.3007 H (*Pandora-dommen*). Den irregulære gevinstklausul bestod her i, at Pandora skulle betale 12,5% af den samlede nettoomsætning på salg af glas perler til Lise Aagard, uagtet hvem der havde designet disse.³⁶⁶ Som anført i afsnit 3.4.3.2, er denne dom et eksempel på, at domstolene er tilbageholdende med at tilsidesætte aftalevilkår mellem erhvervsdrivende, jf. AFTL § 36, idet aftalevilkåret, om betaling af royalties, ikke blev tilsidesat af Højesteret.

Det må lægges til grund at irregulære gevinstklausuler ikke skaber særlig stor værdi i et strategisk samarbejde, idet der er tale om en gevinstmulighed, som parterne allerede forventede på kontraktindgåelsestidspunktet. Hvordan denne gevinst skal fordeles, må derfor anses som en rent kommerciel beslutning, som ikke reelt påvirker samarbejdet mellem parterne.

En regulær gevinstklausul tager dog i højere grad højde for den manglende information, der kan bestå omkring fremtidige gevinstmuligheder, ved indgåelse af kontrakten. Østergaard & Petersen (2020) definerer en regulær gevinstklausul som: ”a mutual obligation to exchange strategic information during the course of the contract in order to achieve relational rents or even supernormal relational rents that the parties were not able to articulate before signing the contract”.³⁶⁷

Udover parternes forpligtelse til at udveksle strategisk information, vil en regulær gevinstklausul også omfatte en gensidig forpligtelse til at genforhandle eksisterende dele af kontrakten eller supplere denne

³⁶³ Østergaard & Petersen (2020), s. 209-211

³⁶⁴ Ibid., s. 208

³⁶⁵ Ibid., s. 208

³⁶⁶ Ibid., s. 208-210

³⁶⁷ Ibid., s. 204

på baggrund af en efterfølgende indtrådt økonomisk gevinstmulighed, som ikke er reguleret i kontrakten *ex ante*.³⁶⁸

Parterne kan, ved anvendelsen af regulære gevinstklausuler, imødekomme udfordringen vedrørende inkomplette kontrakter, hvorefter alle opståede gevinstmuligheder på sigt indarbejdes i kontraktgrundlaget, gennem genforhandling af kontrakten, og muligheden for at opnå relationsrente konserveres.³⁶⁹ Regulære gevinstklausuler kan derfor skabe stor værdi i strategisk kontrahering og kan, i sammenspil med en hardshipklausul, udgøre et strategisk styringsredskab, som parterne kan anvende til at sikre fælles optimering og fordele risiko og gevinster mellem parterne.³⁷⁰

Det er også værd at nævne, at gevinstklausuler i højere grad kan skabe incitamentsforenelighed mellem parterne. Dette skyldes, at gevinsten herved skal fordeles på baggrund af parternes bidrag, og i mindre grad på baggrund af parternes forhandlingsposition, som resultat af lock-in effekten af de relations-specifikke investeringer. Det må derfor erkendes, at gevinstklausuler generelt kan være samarbejdsfremmende ud fra et strategisk kontraheringssynspunkt.³⁷¹

6.6. Strategiske overvejelser

6.6.1. Genforhandlingspligt for endogene forhold

Efterfølgende omstændigheder kan indtræde som følge af både eksogene og endogene forhold, hvor eksogene forhold definatorisk ligger uden for parternes kontrol, og endogene forhold ligger inden for parternes kontrol. Hertil opstår spørgsmålet om, hvorvidt en hardshipklausul i K04 skal omfatte begge tilfælde, eller om denne udelukkende skal finde anvendelse, i tilfælde af eksogene forhold.³⁷²

Eksogene faktorer vil, som oftest, udgøres af det, som i traditionel økonomisk teori beskrives som *eksternaliteter*, som f.eks. skatter og afgifter.³⁷³ Desuagtet at eksogene faktorer ligger udenfor parternes påvirkning, kan parterne i begrænset omfang tage højde for disse i kontrakten, hvilket bl.a. kommer til udtryk i K04-kontraktens force majeure klausul. Her er hardshipklausuler imidlertid et bedre værktøj, til proaktivt at regulere uforudsete efterfølgende omstændigheder.

³⁶⁸ Østergaard (2016), s. 449

³⁶⁹ Østergaard & Petersen (2020), s. 209

³⁷⁰ Østergaard (2016), s. 448

³⁷¹ Østergaard & Petersen (2020), s. 204

³⁷² Se eksempelvis PECL No. VIII. 1, hvormed en hardship begivenhed antages at være af eksogen karakter

³⁷³ Hendrikse (2003), s. 66

Udgangspunktet i *lex mercatoria* er, at hardship kun omfatter omstændigheder, der er af eksogen karakter, jf. UNIDROIT Art. 6.2.2, stk. 1, litra c. Med udgangspunkt i parternes aftalefrihed, er der dog ikke noget i vejen for, at parterne kan indlejre en hardshipklausul i K04-kontraktgrundlaget, der omfatter omstændigheder af endogen karakter.

Den primære årsag til, at det er relevant at overveje, om en hardshipklausul i K04 også skal omfatte endogene forhold, består i, at der består en række endogene forhold i K04-relationen, som må antages at have stor betydning for parterne. Dette kan begrundes i, at der skal leveres en specialiseret driftsydelse, hvor parterne skal foretage en række essentielle relations-specifikke investeringer, som er centreret omkring humanaktivitet, i form af investering i oparbejdelse af den nødvendige know-how hos allokerede nøglemedarbejdere.³⁷⁴ Det er netop *disse* højt kvalificerede og specialiserede nøglemedarbejdere, som udgør K04-relationens mest værdifulde aktiv, hvorfor eventuelle problemer med disse, der opstår som følge af endogene forhold, må antages at være væsentlige.³⁷⁵

Der kan således være behov for, at der i kontrakten er taget proaktiv stilling til, hvad der skal ske, hvis der indtræder en uforudset efterfølgende omstændighed centreret omkring nøglemedarbejdere, herunder hvis en nøglemedarbejder fratræder, bliver langtidssygemeldt, går på barselsorlov eller i værste fald skulle gå bort. Da sådanne omstændigheder må anses at være af endogen karakter, vil en klassisk hardshipklausul, der kun omfatter eksogene forhold, ikke være applikabel. Fordelen, ved at lade en hardshipklausul i K04 omfatte endogene faktorer, vil således være, at denne vil regulere en række væsentlige efterfølgende omstændigheder, som bl.a. omfatter omstændigheder centreret omkring nøglemedarbejdere.³⁷⁶

I K04-kontrakten, er der allerede indlagt en række forpligtelser for parterne, i forbindelse med udskiftning af nøglemedarbejdere hos Leverandøren, i K04, pkt. 9. Leverandøren er således, i tilfælde af udskiftning af nøglemedarbejdere, forpligtet til at ansætte en ny nøglemedarbejder, med minimum de samme faglige kompetencer, og sikre overlevering af viden, så Kunden ikke oplever et videnstab hos Leverandøren, jf. K04 pkt. 9.1, stk. 5-6. Denne forpligtelse må anses at være relativ byrdefuld for Leverandøren, da dette udgør en ensidig forpligtelse til at genoprette de relations-specifikke investeringer, der er foretaget i den udskiftede medarbejder. Leverandøren bærer således hele tabet

³⁷⁴ Østergaard (2016), s. 444-445

³⁷⁵ Østergaard & Petersen (2020), s. 216

³⁷⁶ Østergaard (2016), s. 444-445

ved udskiftning af medarbejdere, hvilket må anses at være en uhensigtsmæssig fordeling af risiko, med hensyn til udgangspunktet i strategisk kontrahering, om lige fordeling af risici og gevinster.³⁷⁷

Ideelt set, skulle parterne, i det strategiske samarbejde, dele risikoen for udskiftning af nøglemedarbejdere, hvor omkostningerne, til at overlevere viden til en ny medarbejder og sikre, at der ikke opstår et videnstab, deles mellem parterne. Hvis udskiftningen af en nøglemedarbejder opstår som følge af forhold, der ikke med rimelig kunne forventes af Leverandøren, vil det derfor, i overensstemmelse med strategisk kontrahering, i stedet være passende, at parterne indgår i en forhandling om, hvem der bedst kan bære tabet for udskiftningen af medarbejderen, hvilket muliggøres af en hardshipklausul, der omfatter endogene forhold. At lade en hardshipklausul også gælde for endogene forhold, synes tilmed at være et udtryk for solidaritet, da Kunden i givet fald vil påtage sig yderligere risiko.³⁷⁸

Ud fra et udgangspunkt om strategisk kontrahering, må det derfor anses for ønskeligt at erstatte K04-kontraktens regulering af udskiftning af medarbejdere i pkt. 9.1, stk. 5-6 med en hardshipklausul, der omfatter endogene forhold. En sådan hardshipklausul kunne eventuelt suppleres af bestemmelser, der specifikt regulerer fordelingen af tabet, ved indtræden af visse efterfølgende omstændigheder, der resulterer i udskiftning af nøglemedarbejdere, hvis dette kan specificeres uden uforholdsmæssige høje transaktionsomkostninger. I så fald, skulle en sådan supplerende foretages, med hensyn til, at de relations-specifikke investeringer i nøglemedarbejdernes know-how, må anses at være meget væsentlige for værdiskabelsen i K04-relationen.

Diskussionen af hvorvidt en hardshipklausul skal omfatte både endogene og eksogene forhold er mindre relevant for gevinstklausuler, da gevinster må antages primært at udspringe af endogene forhold, i forbindelse med parternes samarbejde. Herudover er anvendelsesområdet for gevinstklausuler ikke, på samme måde som hardshipklausuler, allerede defineret i *lex mercatoria*.

6.6.2. Fordeling af risici og gevinster

Strategisk kontrahering bygger som udgangspunkt på en symmetrisk forpligtelse til at dele risici og gevinster.³⁷⁹ Det findes derfor relevant at indføre *både* en hardshipklausul og en gevinstklausul i K04. Argumentet herfor består i, at klausulerne afdækker forskellige former for efterfølgende

³⁷⁷ Østergaard (2016), s. 447

³⁷⁸ Østergaard & Petersen (2020), s. 207-208

³⁷⁹ Østergaard (2016), s. 447

omstændigheder, idet hardshipklausulen omfatter uforudsete omstændigheder, der medfører et tab, og gevinstklausulen omfatter uforudsete gevinster. Ved indarbejdelse af begge klausuler kan parterne således proaktivt forebygge de konflikter, der kan opstå som følge af både positive og negative efterfølgende omstændigheder, som i værste tilfælde kan føre til ophør af samarbejdet.³⁸⁰

Det kan overvejes at aftale på forhånd, hvordan risici og gevinster skal fordeles, ved påberåbelse af enten hardship- eller gevinstklausuler, med udgangspunkt i fordelingsnøgler, for at undgå at parternes genforhandling bryder sammen, som følge af, at parterne kan blive enige ex post, om hvordan tab og gevinster skal fordeles. Ud fra det generelle princip, om lige fordeling af risici og gevinster, i strategisk kontrahering, kunne det overvejes at indarbejde en statisk fordelingsnøgle i hardship- og gevinstklausulerne, hvor risici og gevinster fordeles 50/50 mellem parterne hver gang. En sådan statisk fordelingsnøgle må dog for begge klausuler anses at være for rigid, som det uddybes nedenfor.

I forhold til fordeling af tabet ved indtræden af hardship, må det antages, at der kan opstå situationer, hvor det ikke vil være rimeligt, at parterne skal fordele det økonomiske tab herved ligeligt. Dette vil eksempelvis være tilfældet, hvis hardshipbegivenheden er så byrdefuld, at den bebyrdede part ikke vil kunne bære halvdelen af tabet. En mere passende vurdering af, hvordan tabet skal fordeles ved sådanne begivenheder, må derfor være baseret på, hvilken part, der bedst kan bære tabet. Fordeling af risiko, baseret på hvilken part, der bedst kan bære tabet, må anses at være det bedste udgangspunkt i strategisk kontrahering.³⁸¹ Der kan dog opstå situationer, hvor parterne ikke kan blive enige om hvilken part, der bedst kan bære tabet, hvorfor det kan give mening at indføre en statisk fordelingsnøgle, baseret på lige fordeling, som *fall back option* herfor.

I forhold til fordeling af gevinster, må det lægges til grund, at det ofte vil være uhensigtsmæssigt at fordele gevinsten ligeligt, da en sådan statisk fordelingsnøgle ikke i tilstrækkelig grad tager højde for parternes bidrag til gevinsten. Hvis Leverandøren således har foretaget en lang række relations-specifikke investeringer og, af egen drift, har skabt innovativ værdi for Kunden, vil Leverandøren, højest sandsynlig, ikke finde det rimeligt, at Kunden får halvdelen af gevinsten herved.

I stedet for en statisk fordelingsnøgle vil det derfor give mening at anlægge en mere dynamisk kontraktmekanisme til fordeling af gevinster, som er baseret på de respektive parterers bidrag.³⁸² Da det i visse tilfælde må antages at være svært at bestemme parternes bidrag til gevinsten, kan det give mening at benytte en statisk fordelingsnøgle, baseret på lige fordeling, som *fall back option*, hvor

³⁸⁰ Se her afsnit 3.4.1 (Problemstillingen vedrørende efterfølgende omstændigheder)

³⁸¹ Se her Bilag 1 om risikodeling

³⁸² Se her Bilag 1 om gevinstdeling

parterne ikke kan blive enige om en fair fordeling, baseret på parternes bidrag. Herudover kan parterne med fordel aftale statiske fordelingsnøgler for specifikke kategorier af gevinstmuligheder, hvor det generelt må anses at være svært at vurdere parternes bidrag til gevinsten, og en lige fordeling af gevinsten generelt ikke må anses at være rimelig.

6.7. Forslag til hardship- og gevinstklausulering i K04-kontrakten

6.7.1. Indledning

Følgende afsnit vil anlægge en normativ tilgang til K04-kontraktgrundlaget, på baggrund af ovenstående analyse af teori om efterfølgende omstændigheder samt henholdsvis hardship- og gevinstklausuler. Som anført i kapitlets indledning, vil der i dette afsnit blive opstillet specifikke klausuler, med henblik på at fremme proaktiviteten samt forbedre incitamentsforeneligheden i K04-relationen.

Henset til, at anvendelsen, af hardship- og gevinstklausuler i praksis, må anses for overvejende begrænset, vil nærværende afsnit erlægge en nytænkende tilgang ved præsentation af specifik klausulering. Forslagene vil dog lade sig inspirere af *lex mercatoria* samt øvrigt teori om proaktiv klausulering, hvilket appliceres specifikt, med hensyn til K04-kontraktens særlige karakteristika.

6.7.2. Forslag til hardshipklausul i K04-kontrakten

Der gælder ikke nogen specifikke regler for, hvorledes en hardshipklausul bør tage sig ud, da det vil afhænge af parternes behov. Generelt påpeges det dog, at denne med fordel kan opstille *retsfaktum*, hvorved forstås i hvilke tilfælde, at klausulen kan påberåbes, samt *retsfølgen*, hvormed forstås konsekvensen af at hardship indtræder.³⁸³ Derudover må det, på lige fod med øvrig kontraktklausulering, anbefales, at bestemmelsen skal fremstilles klart og tydeligt, hvormed risiko for fortolkningsvanskeligheder minimeres.

Inspirationskilderne til udarbejdelsen af den specifikke hardshipklausul findes i PECL art. 6:111 og UNIDROIT art. 6.2. Disse bestemmelser synes dog ikke at indregne samtlige relevante forhold, som kan have indflydelse i forbindelse med indtræden af en hardshipbegivenhed, i forhold til K04-relationen, herunder særligt, at hardship også skal omfatte endogene omstændigheder, og hvordan parterne bedst fordeler det økonomiske tab imellem sig. En proaktiv stillingtagen til disse to faktorer

³⁸³ Andersen (2020), s. 252

må anses at have en positiv indflydelse på parternes evne til at fortsætte det strategisk samarbejde. Ved udformningen af den specifikke hardshipklausul, skal der desuden tages højde for dennes sammenhæng med K04-kontraktens øvrige bestemmelser.

Forslaget til udformning af ordlyden til en hardshipklausul skal her opstilles, hvorefter formålet og de strategiske overvejelser, bag den valgte ordlyd, uddybes nedenfor. Forslaget følger af **Figur 6** nedenfor.

Hardshipklausul
<i>Parterne forpligter sig til loyalt at genforhandle kontrakten ved indtræden af en omstændighed, som har gjort opfyldelse af kontrakten mere byrdefuld, end forventet ved kontraktindgåelse, for én af parterne, eller som fundamentalt forskyder ligevægten i kontraktforholdet, hvis;</i> <i>(a) omstændigheden indtræder efter indgåelse af kontrakten,</i> <i>(b) den bebyrdede part kunne ikke med rimelighed have indregnet den mulige indtræden af omstændigheden på tidspunktet for kontraktindgåelsen, og</i> <i>(c) den bebyrdede part har ikke allerede påtaget sig risikoen for omstændigheden.</i> Stk. 2. <i>Parternes pligt til at genforhandle kontrakten gælder uanset om omstændigheden lægger uden for den bebyrdede parts kontrol eller omstændigheden udspringer af parternes kontraktforhold.</i> Stk. 3. <i>Parterne genforhandling af kontrakten skal, som udgangspunkt, ske med henblik på at skabe de bedst mulige forudsætninger for fortsættelsen af samarbejdet, medmindre dette må anses at være for byrdefuldt for en af parterne. I tilfælde af, at Parterne ikke kan fremkomme med en meningsfuld fordeling af det økonomiske tab, skal dette fordeles ligeligt, medmindre andet er specifikt aftalt mellem Parterne.</i> Stk. 4. <i>Parternes genforhandling af kontrakten skal ske i overensstemmelse med aftalens pkt. 56.</i>

Figur 6 – Hardshipklausul med inspiration fra UNIDROIT og PECL

Bestemmelsens stk. 1 beskriver udgangspunktet for klausulens *retsfaktum* og *retsfølge*.

Bestemmelsens *retsfaktum*, hvilket vil sige de tilfælde, hvor klausulen kan påberåbes, tager udgangspunkt i UNIDROIT's definition af hardship, i dennes artikel 6.2.2. Denne formulering er valgt, for både at tage højde for, at kontrakten kan blive for byrdefuld for en af parterne, og tilfælde, hvor ligevægten i kontrakten væsentligt forskydes, i forhold udgangspunktet ex ante (UNIDROIT art. 6.2.2, stk. 1, som indført i bestemmelsens stk. 1). Herudover stemmer rimelighedskravet, for den bebyrdede parts indregning af den efterfølgende omstændighed (UNIDROIT art. 6.2.2, som indført i bestemmelsens stk. 1, litra b), godt overens med udgangspunktet i strategisk kontrahering, om at der ikke skal bruges uforholdsmæssigt høje transaktionsomkostninger, på at opregne alle mulige fremtidige omstændigheder. Bestemmelsens stk. 1 litra a og c udgør en eksplicitering af, at der skal være tale om en efterfølgende omstændighed, som der ikke allerede er reguleret i kontrakten.

Retsfølgen, ved at der opstår hardship, er, at parterne forpligter sig til loyalt at genforhandle kontrakten, jf. bestemmelsens stk. 1, 1. pkt. Forpligtelsen til at indgå i forhandlinger fremgår ligeledes af PECL art. 6:111, stk. 2 og må anses at være den oplagte retsfølge i forbindelse med hardship, da sådanne begivenheder vil variere, og der kan opstå behov for at justere kontrakten på baggrund af begivenheden.³⁸⁴ Fordelen, ved en mekanisme som denne, er, at den vil styrke K04-kontraktens robusthed og dermed fungere som et bedre strategisk værktøj for parterne som led i samarbejdet.³⁸⁵

Hertil findes det relevant at eksplicitere parternes loyalitetspligt i forbindelse med genforhandlingen, for at gøre parterne særligt opmærksomme på, at de er forpligtede til at samarbejde og agere loyalt i forhandlingsprocessen, jf. bestemmelsens stk. 1, 1. pkt. Parternes loyalitetspligt, i forbindelse med genforhandlingen, vil dog højst sandsynligt allerede kunne udledes af kontraktens karakteristika, når der indlejres en hardship klausul i kontrakten, som en udvidelse af samarbejdsforpligtelsen.³⁸⁶

Bestemmelsens stk. 2 har primært til formål at eksplicitere, at klausulen både omfatter eksogene og endogene begivenheder, som en del af bestemmelsens *retsfaktum*. En traditionel hardshipklausul vil som udgangspunkt kun omfatte eksogene begivenheder, som det fremgår af definitionen i UNIDROIT art. 6.2.2, litra c. Som diskuteret i dybden i afsnit 6.6.1, består der dog en række fordele ved også at lade endogene begivenheder, der har karakter af hardship, være omfattet af en hardshipklausulen i K04. Det er derfor ekspliciteret, at klausulen også omfatter omstændigheder, der udspringer af parternes

³⁸⁴ Susarla (2012), s. 1391

³⁸⁵ Andersen (2020), s. 400

³⁸⁶ Se her afsnit 6.4 (Hardshipklausuler)

kontraktforhold. Det anbefales herudover at denne hardshipklausul erstatter K04 kontraktens pkt. 9.1, stk. 5-6 om nøglemedarbejdere, som fremstillet i afsnit 6.6.1 ovenfor.

Man kunne alternativt have benyttet samme tilgang som i PECL art. 6:111, hvor der modsat UNIDROIT ikke opstilles noget krav om, at omstændigheden skal lægge uden for den bebyrdede parts kontrol. Bestemmelsen kan derfor fortolkes som, at den også omfatter endogene begivenheder, da det ikke udelukkes. Det findes dog relevant at eksplicitere de endogene begivenheder i hardshipklausulen, for at sikre, at der ikke opstår fortolkningstvivil om hvorvidt disse er omfattet af bestemmelsen.

Bestemmelsens stk. 3 har primært til formål at opstille de optimale rammer for genforhandling af kontrakten, således at det økonomiske tab, der opstår som resultat af hardshipbegivenheden, fordeles på bedste vis, af hensyn til samarbejdet mellem Kunden og Leverandøren. Det altovervejende formål i genforhandlingen, med hensyn til strategisk kontrahering, må være, at samarbejdet kan fortsætte, på trods af den opståede hardshipbegivenhed. Det er derfor direkte angivet at genforhandling skal ske med henblik på at skabe de bedste forudsætninger for, at samarbejdet kan fortsætte, jf. stk. 3. Indlejret, i dette, er hensynet til, at tabet skal bære af den part, der bedst kan bære tabet, for at samarbejdet kan fortsætte.³⁸⁷

Der kan dog opstå situationer, hvor opfyldelse af kontrakten ikke vil være efficient, med udgangspunkt i teorien om *det efficiente kontraktbrud*.³⁸⁸ Sådanne situationer kan f.eks. opstå, når omkostningerne ved opfyldelse af kontrakten forøges drastisk, som følge af en efterfølgende omstændighed. Hvis omkostningerne herved overgår den potentielle relationsrente, der kan opnås ved at fortsætte samarbejdet, vil det således ikke være passende at fordele det økonomiske tab mellem parterne og lade samarbejdet fortsætte, men i stedet at lade samarbejdet ophøre. Derfor er der indsat en undtagelse til udgangspunktet om, at parterne skal søge at lade samarbejdet fortsætte, hvis dette må anses at være for byrdefuldt for en af parterne.

I bestemmelsens stk. 3, sidste pkt. er indsat en fordelingsnøgle for fordeling af det økonomiske tab, som skal finde anvendelse, hvor parterne ikke, af egen drift, kan fastlægge og/eller blive enige om en passende fordeling. Denne *fall back option* er indsat med hensyn til den relativt vage beskrivelse af den optimale fordeling af tabet i bestemmelsens stk. 3, 1. pkt., idet det må antages, at der kan opstå situationer, hvor parterne ikke kan blive enige om, hvordan tabet skal fordeles.³⁸⁹ Der tages her

³⁸⁷ Se her afsnit 6.6.2 (Fordeling af risici og gevinster)

³⁸⁸ Edlin, (1998), s. 2

³⁸⁹ Se her afsnit 6.6.2 (Fordeling af risici og gevinster)

udgangspunkt i en fordelingsnøgle, hvor parterne fordeler tabet ligeligt, idet strategisk kontrahering bygger på en symmetrisk forpligtelse til at dele risici og gevinster.³⁹⁰

Bestemmelsens stk. 4 referer til K04-kontraktens konfliktløsnings- og governancestruktur, for at nyttiggøre denne ved indtræden af hardship. Dette findes relevant, for proaktivt at opstille rammerne for genforhandlingsprocessen.³⁹¹

Det fremgår således af K04-kontraktens pkt. 56.1, at parterne er forpligtet til at indgå i forhandlinger med en positiv, samarbejdende og ansvarlig holdning, med henblik på at løse tvisten. Dette skal ses i sammenhæng med governancestrukturen, da forhandlingen skal foregå i den samarbejdsorganisation, der etableres mellem parterne, jf. K04, pkt. 5. Hvis parterne ikke kan blive enige i forhandlingen, er der indarbejdet en *konfliktløsningstrappe* i K04-kontraktens pkt. 56, således at konflikten skal søges løst ved mediation, jf. pkt. 56.2, før tvisten ultimativt kan søges løst ved voldgift, jf. pkt. 56.4.

Den ovenfor beskrevne konfliktløsningsstruktur må anses at være relativ proaktiv, da den i høj grad lader parterne løse den opståede hardship konflikt selv, hvilket i høj grad må anses at være i overensstemmelse med strategisk kontrahering, som beskrevet i afhandlingens afsnit 2.4.³⁹² Alternativt kunne man have indarbejdet løsningen i PECL Art. 6:111, stk. 3, hvor der lægges op til at kontrakten kan ændres eller tilsidesættes af domstolene. Dette må dog anses at være et udtryk for reaktiv konfliktløsning, som i vid udstrækning har karakter af konventionel kontrahering. Derfor tages i der i hardshipklausulens stk. 4 udgangspunkt i K04's eksisterende konfliktløsningsstruktur.

6.7.3. Forslag til gevinstklausul i K04-kontrakten

Selvom det må lægges til grund, at K04-kontrakten er tavs for gevinstklausuler, indeholder kontraktens benchmarking-klausul et element af fordeling af gevinst ved efterfølgende forhold, i form af kravet om konkurrencedygtige priser. Ordlyden af denne klausul, i K04-kontraktens pkt. 38 er: *"Såfremt Leverandøren ikke på Kundens anmodning herom kan fremlægge dokumentation for, at Leverandørens vederlag (...) er konkurrencedygtigt i forhold til markedspriserne, er Kunden berettiget til at gennemføre en benchmarkinganalyse"*.

Benchmarking-klausulen er baseret på et særligt karakteristikum ved it-ydelser, da det må antages, at it-ydelser bliver billigere at levere over tid, på baggrund af den konstante teknologiske udvikling i

³⁹⁰ Østergaard (2016), s. 447

³⁹¹ Se her K04 pkt. 5 og 56

³⁹² Se her Bilag 1 om konfliktløsning

markedet. Benchmarking-klausulen fokuserer dog ikke på gevinsten ved denne teknologiske udvikling, men i stedet på at justere Leverandørens vederlag efter de forhøjede standarder. Dette må anses at være relativt byrdefuldt for Leverandøren, da Leverandøren herved forventes at indarbejde tendenser i markedet i opfyldelse af kontrakten, som Kunden får hele gevinsten for, da vederlaget ikke opjusteres ved en forbedring af ydelsen, men i stedet nedjusteres hvis ydelsen følger kontraktens status quo.³⁹³

Benchmarking-klausulen tager sammenfattende højde for gevinster, der kan opstå ved indarbejdelse af generelle teknologiske udviklinger i markedet, men med en fordelingsnøgle, som i bred grad tilgodeser Kunden. Klausulen resulterer i, at Kunden er den eneste kontraktpart, som har en reel gevinst som følge af teknologiske udviklinger på markedet, uden hensyntagen til parternes individuelle indsats i kontraktforholdet. Denne skævvridning, i fordeling af gevinsten mellem parterne, må anses at være uhensigtsmæssigt ved strategisk kontrahering. Benchmarking-klausulen vil forventeligt opsluge store dele af Leverandørens overskud ved kontrakten, da der konstant sættes højere krav til konkurrencedygtigheden af Leverandørens ydelser og/eller vederlag. Dette kan resultere i, at Leverandøren, i værste fald, reelt ikke har mulighed for at opnå en meningsfuld kompensation for sine relations-specifikke investeringer.

En gevinstklausul vil kunne omfatte de gevinster, som den nuværende Benchmarking-klausul regulerer, og der vil herigennem i højere grad tages proaktivt til en fair fordeling af disse gevinster mellem parterne. Herudover vil en fordeling af gevinster mellem parterne i højere grad tilgodeses innovation i samarbejdet. Det foreslås dermed at erstatte K04-kontraktens Benchmarking-klausul med en regulær gevinstklausul, som affattes nedenfor.

Nedenfor præsenteres et specifikt forslag til, hvordan en gevinstklausul, der passer til K04-kontraktens specifikke karakteristika, kan se ud. Forslaget følger af **Figur 7** nedenfor.

³⁹³ Se her K04 Bilag 20.b

Gevinstklausul

Parterne forpligter sig til loyalt at genforhandle kontrakten, når der opstår en gevinst efter indgåelse af kontrakten, som ingen af parterne kendte eller burde kende til ved kontraktindgåelsen, og hvor der ellers ikke er taget stilling til fordeling af gevinsten i kontrakten.

Stk. 2. *Nærværende bestemmelse omfatter gevinster, der opstår som følge af omstændigheder, som udspringer af parternes samarbejde, eller som resulterer i en omkostningsbesparelse i forbindelse med opfyldelse af kontrakten. Gevinsten er begrænset til den værdi, den har i kontraktforholdet.*

Stk. 3. *Gevinsten skal, som udgangspunkt, fordeles mellem Parterne på baggrund af en konkret vurdering af parternes investeringer og indsats, for at vurdere parternes bidrag til realiseringen af den givne gevinst. I tilfælde af, at Parterne ikke kan fremkomme med en meningsfuld fordeling af gevinsten, skal denne fordeles ligeligt, medmindre andet er specifikt aftalt mellem Parterne.*

Stk. 4. *Parternes genforhandling af kontrakten skal ske i overensstemmelse med aftalens pkt. 56.*

Figur 7 – Gevinstklausul

Bestemmelsens stk. 1 beskriver gevinstklausulens *retsfaktum* og *retsfølge*, som har betydelige fællesnævner med hardshipklausulen ovenfor.

Bestemmelsens *retsfølge* er, at parterne er forpligtet til at indgå i genforhandling af kontrakten, for at tage højde for den opståede gevinst. Her findes det ligeledes relevant at eksplicitere parternes loyalitetspligt i forbindelse med genforhandlingen.

Bestemmelsens *retsfaktum* omfatter gevinster, der opstår efter indgåelse af kontrakten, og som parterne ikke kendte eller burde kende ved kontraktindgåelsen. Denne formulering er valgt, for at sikre, at gevinstklausulen ikke omfatter gevinster, som parterne kendte til ved indgåelse af kontrakten, idet parterne i sådanne tilfælde kunne have indregnet gevinsten i kontrakten, ved hjælp af en irregulær gevinstklausul. Grænsen sættes her ved gevinster, som en af parterne *burde kende*, for at lette

bevisbyrden for vurderingen af hvilke gevinster, der er omfattet.³⁹⁴ Hensigten med nærværende gevinstklausul er dermed, at denne definatorisk skal forstås som en regulær gevinstklausul.³⁹⁵ Sidste sætning i bestemmelsens stk. 1 ekspliciterer, at øvrige bestemmelser i K04-kontrakten, der regulerer fordeling af specifikke gevinster, skal have forrang for denne gevinstklausul, da det antages at parterne kan have behov for at tage specifik proaktiv stilling til fordeling af gevinster, som udspringer af specifikke forhold.

Bestemmelsens stk. 2 præciserer bestemmelsens retsfaktum og har således til formål at afgrænse hvilke gevinster, der er underlagt genforhandlingspligten, både positivt og negativt.

For det første, består der her en positiv afgrænsning af gevinster, der opstår som følge af omstændigheder, der udspringer af parternes samarbejde. Denne formulering har til formål at omfatte de gevinstmuligheder, der naturligt vil opstå, som følge af parternes relations-specifikke investeringer og vidensdeling, idet det må antages, at der består en udpræget mulighed for at skabe innovation og uforudsete gevinster i K04-relationen, ved anvendelse af strategisk kontrahering. For det andet består der en positiv afgrænsning af gevinster, der opstår som følge af omstændigheder, som resulterer i en omkostningsbesparelse, i forbindelse med opfyldelse af kontrakten. Denne formulering har til formål at omfatte de resterende relevante gevinstmuligheder, der kan opstå i K04-forholdet, som opstår uden for parternes samarbejde. Dette kunne bl.a. bestå i generelle teknologiske udviklinger på markedet, som i den nuværende kontrakt er reguleret i Benchmarking-klausulen, eller lavere priser på materialer hos en underleverandør. Denne bestemmelse skal tilmed omfatte parternes innovation i øvrige forhold, som bringes over i det specifikke K04-forhold, som en omkostningsbesparelse, hvilket dog skal ses i nær sammenhæng med nedenstående.

Afslutningsvis afgrænses gevinster, der er underlagt genforhandlingspligten, negativt til den værdi, som gevinsten har i selve kontraktforholdet. Det er således kun den værdi, som en innovation har inden for kontraktforholdet, som skal fordeles mellem parterne. Formålet hermed, er at modparten ikke skal have del i gevinster, som består i andre kontraktforhold, selvom disse udspringer af en innovation fra parternes samarbejde. Selvom dette til dels bryder med grundtanken i strategisk kontrahering om lige fordeling af risici og gevinster, findes afgrænsningen alligevel relevant, med hensyn til, at parterne i praksis må antages at være tilbageholdende med at indarbejde gevinstklausulen i kontraktgrundlaget, hvis der er for stor risiko for at modparten får del i uforholdsmæssigt mange gevinster.

³⁹⁴ Denne formulering anvendes f.eks. også i KBL § 80, stk. 1, nr. 3, i forbindelse med sælgerens erstatning over for forbrugere for mangler ved løsøre

³⁹⁵ Østergaard & Petersen (2020), s. 204

Bestemmelsens stk. 3 regulerer parternes fordeling af den omhandlede gevinst. Her tages der udgangspunkt i en dynamisk fordelingsnøgle, der afhænger af parternes bidrag til realisering af gevinsten, som følge af en *case-by-case* vurdering, jf. bestemmelsens stk. 3, 1. pkt. Der foreslås hertil, at vurderingen af parternes bidrag til realisering af gevinsten, skal baseres på parternes relations-specifikke investeringer og indsats. Den dynamiske fordelingsnøgle sikrer, at gevinster fordeles på den mest retfærdige vis, som beskrevet i afsnit 6.6.2.³⁹⁶ Hvis Leverandøren således foretager en lang række investeringer og yder en stor indsats i at skabe en nytænkende ydelse til Kunden, vil Leverandøren herved få en stor del af gevinsten. Herudover vil gevinster, der opstår som følge af omstændigheder, der ligger uden for parternes indflydelse, i praksis skulle fordeles ligeligt, henset til at ingen af parterne har bidraget til realisering af gevinsten.

I bestemmelsens stk. 3, 2. pkt., er der, lig hardshipklausulen, indsat en *fall back option* i tilfælde af, at parterne ikke kan blive enige om, hvordan gevinsten skal fordeles, hvorefter gevinsten deles 50/50. Denne undtagelse er især relevant for de tilfælde, hvor det er svært at opgøre parternes respektive investeringer samt indsats og bestemme, hvorvidt disse har ført til realisering af gevinsten. Herudover lægges der i bestemmelsens stk. 3 op til, at parterne kan aftale andre fordelingsnøgler om specifikke gevinster. Dette kunne eksempelvis være relevant i forbindelse med gevinster, der må forventes primært at opstå som følge af den ene parts investeringer og indsats, men hvor disse er svære at måle og opgøre.

Bestemmelsens stk. 4 referer, lig hardshipklausulen, til den allerede indbyggede konfliktløsningsstruktur i K04, som gennemgået ovenfor. Denne opstiller således proaktivt rammerne for genforhandlingsprocessen.

6.8. Udbudsretlige begrænsninger af hardship- og gevinstklausuler

Ovenfor er der opstillet konkrete forslag til hardship- og gevinstklausuler, som kan skabe stor værdi i K04-relationen. I tillæg til den tidligere analyse af de udbudsretlige regler i afsnit 5.5, er der tilmed en mulig konflikt mellem regulering af hardship- og gevinstklausuler i K04-kontrakten og de udbudsretlige begrænsninger for senere ændring af kontrakten.

Udgangspunktet er, at der ved ændring af grundlæggende elementer i kontrakten skal ske genudbud, jf. UBL § 178, hvor der opstilles en række undtagelser herfor i UBL §§ 179 – 183. I denne sammenhæng,

³⁹⁶ Bilag 1 om gevinstdeling

synes det relevant at vurdere, hvorvidt der kan ske genforhandling af kontrakten med hjemmel i UBL §§ 179 og 183.³⁹⁷

Af UBL § 179, som nærmere præciseret i afsnit 5.5.3, fremgår det, at en ændring af kontrakten, med udgangspunkt i en klausul i kontrakten, udelukkende fritages fra genudbud, hvis denne er 1) tilstrækkeligt præcis, 2) klar og 3) entydig, hvormed disse har indgået i konkurrence om kontrakten ved det oprindelige udbud. Denne undtagelse kunne være relevant for ændring af kontrakten med udgangspunkt i hardship- og gevinstklausuler, men bestemmelsen må dog i praksis anses at være for ufleksibel herfor. Dette skyldes, at de anførte klausulforslag sandsynligvis er for vagt beskrevet til at opfylde kravene i UBL § 179, med henblik på, at det ellers ville være svært at opfange samtlige relevante efterfølgende omstændigheder. Det synes svært at tilpasse ovenstående klausuleringsforslag på en sådan måde, at disse bevarer sin proaktive natur, samtidig med, at disse opfylder de relativt restriktive præcisionskrav opstillet i UBL § 179. Det er hertil svært at forestille sig, at (potentielle) tilbudsgivere vil kunne forudse den egentlige værdi af de hardshipbegivenheder og gevinstmuligheder, som klausulerne omfatter, hvorfor det ikke kan lægges til grund at omstændighederne omkring klausulerne rent faktisk kan indgå i konkurrence om kontrakten. Dette udelukker som udgangspunkt brugen af UBL § 179.³⁹⁸

Imidlertid synes undtagelsesadgangen i UBL § 183 at udvide muligheden for at ændre kontrakten, som følge af efterfølgende omstændigheder, da denne er tiltænkt at regulere *uforudsete omstændigheder*. Denne bestemmelse tillader i udgangspunktet, at der ikke sker genudbud, såfremt 1) ændringsbehovet ikke har kunne forudses af en påpasselig ordregiver, 2) ændringen ikke berører kontraktens overordnede karakter, og 3) en eventuel værdiændring ikke overstiger mere end 50% af den oprindelige kontrakt. Denne bestemmelse synes således, i højere grad end UBL § 179, at lade parterne genforhandle en kontrakt, med udgangspunkt i hardship- og gevinstklausuler i K04-kontrakten. Det vil dog afhænge af det konkrete tilfælde, hvorvidt den konkrete begivenhed kan anskues at opfylde bestemmelsens krav.³⁹⁹

At der i UBL § 179 tages hensyn til, at der skal kunne ske ændringer af kontrakten, som følge af indarbejdede ændringsbestemmelser i kontrakten, og at der i UBL § 183 tages højde for behovet for ændring af kontrakter ved efterfølgende omstændigheder, kunne tale for, at disse bestemmelser i samspil kunne lade ændringer af kontrakten, i medfør af hardship- eller gevinstklausulen, være forenelige med udbudsretten. Da der ikke er taget specifikt stilling til dette spørgsmål på udbudsrettens nuværende udviklingsstadium, må dette dog anses som en juridisk gråzone. Det må anses at være

³⁹⁷ Ølykke & Nielsen (2017), s. 393-394

³⁹⁸ Ibid., s. 395-396

³⁹⁹ Ibid., s. 398-400

uhensigtsmæssigt, for parternes mulighed for at udøve strategisk kontrahering, at der ikke foreligger fuld retssikkerhed for anvendelsen af hardship- og gevinstklausuler i offentlige kontrakter, da sådanne proaktive klausuler kan bibringe stor værdi for parterne.

6.9. Delkonklusion

Ud fra ovenstående analyse, konkluderes det, at der skal tages proaktiv stilling til efterfølgende omstændigheder i K04 ved indarbejde de foreslåede hardship- og gevinstklausuler. Dette begrundes i, at de generelle betingelser for anvendelsen af hardship- og gevinstklausuler er opfyldt i K04-forholdet, og at der synes at foreligge en reel sandsynlighed for, at der kan opstå efterfølgende omstændigheder, som forskyder den grundlæggende ligevægt i kontrakten.

Det kan konkluderes, at hardshipklausulen i høj grad kan opstilles med udgangspunkt i den generelle definition heraf i lex mercatoria. Dette udgangspunkt skal dog modificeres således, at hardshipklausulen også omfatter endogene forhold, herunder særligt omkring nøglemedarbejdere, da disse er centrale, henset til K04-kontraktens karakteristika og samarbejdets afgørende betydning. I denne forbindelse anbefales det at lade hardshipklausulen erstatte K04-kontraktens regulering af udskiftning af nøglemedarbejdere, da denne indeholder en uhensigtsmæssig fordeling af risiko. Herudover konkluderes det at være meningsfuldt at regulere specifikt i hardshipklausulen, hvordan tabet skal fordeles mellem parterne ved indtræden af hardship, for at undgå at parterne bliver uenige herom i forhandlingsprocessen.

Det kan herudover konkluderes, at Benchmarking klausulen i K04 indeholder en uhensigtsmæssig fordeling af gevinster, hvorfor denne skal erstattes af den affattede regulære gevinstklausul. I denne gevinstklausul tages der specifik stilling til parternes fordeling af uforudsete gevinster, således at denne fordeles med udgangspunkt i parternes bidrag. For både hardship- og gevinstklausulerne findes det meningsfuldt at indlejre en fall-back option, med deling af risici og gevinster 50/50, i kontrakten, henset til at klausulerne skal have en praktisk anvendelighed, såfremt parterne ikke kan fastlægge den respektive parts indsats eller evne til at bære tab.

På trods af ovenstående, konkluderes det dog, at muligheden for at ændre kontrakten med udgangspunkt i hardship- og gevinstklausuler kan være begrænset af de udbudsretlige regler. En sådan ændring kan potentielt være forenelig med udbudsretten med hjemmel i UBL §§ 179 og 183. Den mulige begrænsning i parternes aftalefrihed findes uafklaret, hvilket anses for uhensigtsmæssig i forhold til strategisk kontrahering.

Kapitel 7 – Konklusion

Det er i nærværende afhandling behandlet, hvorledes anvendelsen af principperne for strategisk kontrahering kan optimere K04-kontrakten som alternativ til det nuværende konventionelle kontraktgrundlag således, at der opnås sammenfaldende incitamenter til at foretage relations-specifikke investeringer samt i forbindelse med uforudsete efterfølgende omstændigheder.

Afhandlingens Del I fremstiller det nuværende K04-kontraktgrundlag fra et PA-teoretisk perspektiv, hvorved K04 konkluderes i udpræget grad at have karakter af konventionel kontrahering. Dette viser sig tydeligt i den omfattende brug af kontrolmekanismer og den ulige tilgang til parternes forpligtelser i K04-kontrakten. Herudover er der i afhandlingen udledt en række kontraktuelle udfordringer vedrørende parternes incitamenter, hidrørende fra den inkomplette kontrakt, herunder i form af hold-up og efterfølgende omstændigheder, som der ikke, i en ønskelig grad, er taget højde for i K04-kontrakten.

Sammenfattende konkluderes det i afhandlingens Del 1, at K04 ikke i tilstrækkelig grad faciliterer et værdiskabende samarbejde mellem Kunden og Leverandøren, hvorfor afhandlingen underbygger samt tilslutter sig den brede kritik af K04.

Afhandlingens Del II udgør den normative tilgang til K04-kontraktgrundlaget, hvorefter det konkluderes, at K04-kontrakten kan optimeres med udgangspunkt i strategisk kontrahering. Med baggrund i analysen af henholdsvis de uhensigtsmæssige kontraktbestemmelser i K04, kan det konkluderes, at der, ved at erstatte en række af kontraktens nuværende bestemmelser med relevante proaktive klausuler samt sikkerhedsforanstaltninger, i højere grad etableres incitamentsforenelighed mellem parterne. Afhandlingens samlede ændringsforslag til K04 er opsummeret i **Figur 8** nedenfor.

K04-kontrakten		Erstatning/ændringer	
Kontrolmekanismer, pkt. 12-16	→	Forlængelsesret / længerevarende kontrakt	Incitamentsforenelighed
	→	Reciprok investering i oplæring af medarbejdere	
	→	Gensidig kommunikationspligt og samarbejdspligt	
Tvetydig formålsbestemmelse, pkt. 1	→	Forsimplet formålsbestemmelse	Efterfølgende omsændigheder
Udskiftning af nøglemedarbejdere, pkt. 9.1, stk. 5-6	→	Hardshipklausul (inkl. endogene forhold)	
Benchmarking klausul, pkt. 38	→	Gevinstklausul	

Figur 8 – Afhandlingens ændringsforslag til K04

Det konkluderes, at de omfattende kontrolmekanismer i K04 bør erstattes med en række relevante beskyttelsesforanstaltninger og proaktive klausuler, idet der i strategisk kontrahering består et mindre behov for kontrol og et større behov for at understøtte parternes værdiskabelse. I forbindelse hermed anbefales det *for det første* at indarbejde konkrete hold-up safeguards i kontraktgrundlaget, hvilket som anbefalet kan tage form af enten en længerevarende kontrakt eller en forlængelsesret til Kunden, hvor kontraktforlængelsesretten dog i højere grad må siges at skabe incitamentsforenelighed. *For det andet* anbefales det at indlejre en gensidig forpligtelse til, at parterne foretager reciproke relations-specifikke investeringer i oplæring af nøglemedarbejdere, da dette kan udgøre et klart signal om credible commitment til samarbejdet, som skaber tillid, mindsker transaktionsomkostninger og understøtter innovation. *For det tredje* anbefales det, at parternes pligt til at kommunikere og samarbejde ekspliciteres i kontrakten, for proaktivt at forebygge konflikter og sikre udnyttelse af komplementære ressourcer og viden i form af strategisk vidensudveksling.

Det kan herudover konkluderes, at K04-kontraktens formålsbestemmelse har en uhensigtsmæssig tvetydighed, hvilket skaber unødvendig tvivl om parternes hensigt og forpligtelser. Det anbefales, på denne baggrund, at simplificere ordlyden af denne bestemmelse således, at kontraktens formål entydigt tilkendegiver en hensigt om samarbejde og loyalitet, parterne i mellem.

Det kan slutteligt konkluderes, at de i afhandlingen affattede K04-specifikke hardship- og gevinstklausuler skal indarbejdes i kontraktgrundlaget, for proaktivt at regulere uforudsete efterfølgende omstændigheder. Hardshipklausulen skal, som anbefalet, omfatte endogene forhold og samarbejdsfremmende fordele risikoen mellem parterne. I gevinstklausulen anlægges der som udgangspunkt en dynamisk fordelingsnøgle, hvorefter gevinster deles på baggrund af parternes bidrag. Hertil anbefales det at udelade den uhensigtsmæssige regulering af udskiftning af nøglemedarbejdere og Benchmarking klausulen, da disse bestemmelser ensidigt fordeler risici og gevinster til fordel for Kunden.

Afhandlingens samlede konklusion er, at de foreslåede ændringer samt tilføjelser til K04-kontrakten samlet set vil skabe incitamentsforenelighed i kontrakten og sikre parternes relations-specifikke investeringer, hvorved der opstilles de optimale rammer for parternes opnåelse af relationsrente på baggrund af et credible commitment, som beskytter parterne mod opportunistisk adfærd, og hvor parternes vidensdeling samt fordeling af risici og gevinster ved efterfølgende omstændigheder proaktivt reguleres i K04.

Litteraturliste

Artikler

Bergen (2001) – Bergen, Mark; Dutta, Shantanu; Walker, Orville C. Jr. (2001), *Agency relationship in marketing: A review of the implications and applications of agency and related theories*, Journal of Marketing, 56(1), s. 1-24.

Dyer (1997) - Dyer, Jeffrey H. (1997), *Effective Interfirm Collaboration: How Firms Minimize Transaction Costs and Maximize Transaction Value*, Strategic Management Journal, Vol. 18 (7), s. 535-556

Dyer & Singh (1998) - Dyer, Jeffrey H., Singh, Harbir (1998), *The relational view: Cooperative strategy and sources of inter-organizational competitive advantage*, Academy of management Review, 23(4), s. 660-679.

Edlin (1998) - Edlin, Aaron S. (1998), *Breach Remedies*, National Bureau of Economic Research

Greve & Tvarnø (2012) – Greve, Carsten; Tvarnø, Christina D. (2012), *Offentlige-private partnerskaber og totaløkonomi: Et notat til Forsikring & Pension om OPP*, Forsikring & Pension.

Petersen & Østergaard (2018) – Petersen, Bent; Østergaard, Kim (2018), *Reconciling formal contracts and relational governance through Strategic Contracting*, Journal of Business and Industrial Marketing, Vol. 3 (3), s. 265-276.

Sappington & Sidak (2003) - Sappington, David E. M.; Sidak, J. George (2003), *Incentives for Anticompetitive Behavior by Public Enterprises*, Review of Industrial Organizations 22, s. 183-206.

Susarla (2012) - Susarla, Anjana (2012), *Contractual Flexibility, Rent Seeking, and Renegotiation Design: An Empirical Analysis of Information Technology Outsourcing Contracts*, Management Science, July 2012, Vol. 58, No. 7 (July 2012), s. 1388-1407. <https://www.jstor.org/stable/41499563>

Susarla et al. (2010) - Susarla, Anjana; Subramanyam, Ramanath & Karhade, Prasanna (2010), *Contractual Provisions to Mitigate Holdup: Evidence from Information Technology Outsourcing*, Information Systems Research 21(1), s. 37-55. <https://doi.org/10.1287/isre.1080.0204>

Susarla & Mykhopadhyay (2019) - Susarla, Anjana; Mukhopadhyay, Tridas (2019): *Can Outsourcing of Information Technology Foster Innovations in Client Organizations? An Empirical Analysis*, MIS quarterly, January 2019, Vol.43, No. 3, s. 929-949

Tvarnø, Ølykke & Østergaard (2013) - Tvarnø, Christina D; Ølykke, Grith Skovgaard; Østergaard, Kim (2013), *Vækst og værdiskabelse via nye former for innovationssamarbejder og partnerskaber*, Copenhagen Business School Press.

Tvarnø, Østergaard & Schleimann (2017) - Tvarnø, Christina D., Østergaard, Kim og Schleimann, Henriette (2017), *Relational Maritime Contracts: A Cost and Risk Perspective*, CBS Maritime.

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

Williamson (1983) - Williamson, Oliver (1983): *Credible Commitments: Using Hostages to Support Exchange*, The American Economic Review, Vol. 73 (4), s. 519-540.

Williamson (1985) - Williamson, Oliver E. 1985. *The Economic Institutions of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracting*, New York: Free Press.

Østergaard (2003) - Østergaard, Kim (2003), *Metode på cand.merc.jur. studiet*, Julebog 2003, København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s. 269-285.

Østergaard (2005) - Østergaard, Kim (2005), *Anvendelsen af hardshipklausuler i et erhvervsjuridisk perspektiv*, I Julebog 2005, København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s. 213-228.

Østergaard (2014A) - Østergaard, Kim (2014), *Relevans af interdisciplinær forskning og empiri i samfundsvidenskaben: Et eksempel på hvorledes den erhvervsøkonomiske forskning kan medvirke til at kvalificere indholdet i forhandlerkontrakter og dermed den retsdogmatiske forskning og empiri, hvorved der er mulighed for at opnå kvasirente*, Retfærd, 37(3/19), s. 3-24.

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

Østergaard (2016) - Østergaard, Kim (2016), *Strategisk kontrahering - efterfølgende omstændigheder om anvendelsen af hardship- og gevinstklausuler som kontraktjusteringsmekanismer*, I N. Jul Clausen, m.fl., *Ikke kun retsfilosofi: Festskrift til Sten Schaumburg-Müller*: 435-449. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag. 1. udgave, s. 435-449.

Østergaard & Madsen (2017) - Østergaard, Kim; Madsen, Christian Frank (2017): *Nærmest til at bære risikoen i kontraktretten – en overset obligationsretlig grundsætning?*, Juristen nr. 2 (2017).

Østergaard & Madsen (2019) - Østergaard, Kim & Madsen, Christian Frank (2019): *Loyalitetsgrundsætningen i dansk ret – indhold og retsvirkninger ved tilsidesættelse*, Karnov Group, ET.2019.116.

Østergaard & Petersen (2020) - Østergaard, Kim; Petersen, Bent (2020), *The application of hardship and gain provisions in strategic contracting*, Journal of Strategic Contracting and Negotiation 2018, vol. 4(4), s. 203-218.

Bøger

Andersen (2013) - Andersen, Mads Bryde (2013), *Grundlæggende aftaleret*, Gjellerup, 4. udgave.

Andersen (2018) - Andersen, Lennart Lynge (2018), *Aftalelovens § 36 – fra kontraktfrihed til urimeligedskontrol*, Ex Tuto Publishing, 1. udgave.

Andersen (2019) - Andersen, Mads Bryde (2019), *Praktisk aftaleret*, Gjellerup, 5. udgave.

Andersen (2020) - Andersen, Mads Bryde (2020), *Lærebog i obligationsret I: Ydelsen, Beføjelser*, Karnov Group, 5. udgave.

Andersen & Madsen (2017) - Andersen, Mads Bryde, Madsen, Palle Bo (2017), *Aftaler og mellemænd*, Karnov Group, 7. udgave.

Bagley (2019) - Bagley, Constance E. (2019), *Managers and the Legal Environment*, Cengage Learning EMEA, 4. udgave.

Bønsing (2013) - Bønsing, Sten (2013), *Almindelig forvaltningsret*, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 3. udgave.

Gomard et al. (2015) – Gomard, Bernhard; Pedersen, Hans Viggo Godsk; Ørgaard, Anders (2015), *Almindelig kontraktsret*, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 5. udgave.

Hendrikse (2003) - Hendrikse, George (2003), *Economics and Management of Organisations: Co-ordination, Motivation and Strategy*, McGraw-Hill Education.

Knudsen (1994) - Knudsen, Christian (1994), *Økonomisk metodologi – Bind 1: Videnskabsteori & forklaringstyper*, København: Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 2. udgave

Nielsen (2010) - Nielsen, Ruth (2010), *Udbud af offentlige kontrakter*, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 4. reviderede udgave.

Nørager-Nielsen & Theilgaard (2008) - Nørager-Nielsen, Jacob; Theilgaard, Søren (2008), *Købeloven: Med kommentarer*, 3. udgave.

Tvarnø & Nielsen (2017) - Tvarnø, Christina D; Nielsen, Ruth (2017), *Retskilder og retsteorier*, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 5. reviderede udgave.

Udsen (2019) - Udsen, Henrik (2019), *IT-ret*, Ex Tuto Publishing, 4. udgave.

Udsen (2020) - Udsen, Henrik (2020), *IT-kontraktret*, Ex Tuto Publishing, 2. udgave.

Viscusi, Harrington & Vernon (2005) - Viscusi, W. Kip; Harrington, Joseph E. Jr.; Vernon, Hohn M. (2005), *Economics of Regulation and Antitrust*, Massachusetts Institute of Technology, fourth edition.

Ølykke & Nielsen (2017) - Ølykke, Grith Skovaard; Nielsen, Ruth (2017), *EU's udbudsregler – i dansk kontekst*, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 2. udgave

Østergaard, Lyngsie & Mortensen (2016) - Østergaard, Kim; Lyngsie, Jacob; Mortensen, Bent Ole (2016), *Rets- og kontraktøkonomi - En antologi*, København: Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 1. udgave.

Regulering

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

Danske lov - Danske lov, Kong Christian den Femtis Lov af 15. april 1683, som ændret ved lov nr. 336 af 15. maj 1992, lov nr. 469 af 30. juni 1993, lov nr. 383 af 22. maj 1996 og lov nr. 552 af 6. juni 2007.

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

PECL (2002) - Lando, Ole, m.fl.: Principles of European Contract Law

Udbudsdirektivet - Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv (Udbudsdirektivet) 2004/18/EF EØS-relevant tekst

Udbudsloven, Lov nr. 1564 af 15/12/2015.

UNIDROIT (2016) - International Institute for Unification of Private Law (2016): *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2016*

Standardkontrakter

Digitaliseringsstyrelsens standardkontrakt (25. august 2020), K04 – Standardkontrakt for levering af drift og øvrige løbende ydelser til it-systemer.

Juridiske vejledninger

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning om udbudsreglerne (Januar 2016).

Konkurrencestyrelsens vejledning om udbudsdirektiverne (Juni 2006).

Domme

BS 7-38/2011, Dom af Retten i Odense af 12. Maj 2015, *CoMaSyS ApS mod Decom A/S*.

C-454/06, *pressetext Nachrichtenagentur GmbH mod Republik Österreich (Bund), APA-OTS Originaltext-Service GmbH, APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung (Pressetext-dommen)*.

C-451/08, *Helmut Müller GmbH mod Bundesanstalt für Immobilienaufgaben (Helmut Müller sag)*

H-0097-10 og U-0003-11, Sø- og Handelsretsdommen 9. september 2014, *A/S Deres Design mod Smartguy A/S*.

Klagenævnet for Udbud kendelse af 16. oktober 2009, *Konkurrencestyrelsen mod Region Sjælland og Region Hovedstaden*, J.nr.: 2008-0018332.

U.1940.214 SH, *Varehuset Karo mod Kulkompagniet Sterling*.

U.1997.994/2 Ø, *Musiker M mod B, (Den aflyste musikan-dom)*.

U.2000.656 H, *Det Kongelige Teater og Kapel mod Knud Christensen og Edition Wilhelm Hansen A/S (Sebastian-dommen)*

U.2002.681 Ø, *Nordisk Factoring A/S mod Danske Bank A/S*.

U.2003.23 H, *Jørgen Sonnergaard mod Forlaget Carlsen A/S (Tintin-dommen)*.

U.2004.2518 V, *Niels Tarpgaard Nielsen mod Evald Skarregård (Den lejede mark-dom)*.

U.2007.409 H, *Comitec A/S (tidligere Nordic Computer A/S) mod BCP A/S*.

U.2010.332 Ø, *Tryg Forsikring A/S mod G4S Security A/S (Rullegitter-dommen)*.

U.2012.3007 H, *Lise Aagaard Copenhagen A/S mod Pandora Production Co. Ltd. (Pandora-dommen)*

U.2014.558 H, *A ApS mod B SARL og S*.

Internethenvisninger

Ahrenholt (2020) – Ahrenholt, Kathrine (2020), *Udbudsreglernes mulighed for forlængelse af eksisterende kontrakter*, DAHL Advokatfirma (besøgt d. 16. maj 2021).

<https://www.dahllaw.dk/nyheder/604/30-jun-2020-udbudsreglernes-muligheder-for-forlaengelse-af-eksisterende-kontrakter/>

Borre (2020) - Borre, Bjørn (2020), *K04: Som kaldet fra himlen eller har den allerede tabt til skyen?*, IT-branchen (besøgt d. 16. maj 2021).

<https://itb.dk/nyheder/k04-som-kaldet-fra-himlen-eller-har-den-allerede-tabt-til-skyen/>

Digitaliseringsstyrelsens pressemeddelelse (25. august 2020) (besøgt d. 16. maj 2021).

https://digst.dk/nyheder/nyhedsarkiv/2020/august/ny-standardkontrakt-for-it-drift/?fbclid=IwAR3F-72LysqBIXsCeOOTZEwRpBNrvaeXdTY7ozOebk9Hm49KTcqit_3kGNs

Digitaliseringsstyrelsens statusrapport for statens outsourcete it-drift (2014) (besøgt d. 16. maj 2021).

<https://digst.dk/media/12848/statusrapport-for-it-drift-foerste-halvaar-2014.pdf?fbclid=IwAR1iIrdJY8Uhc6TTL5wirojz9vj8qNYA4FXnUCxgtPjL17OghKDNpEbBA9E>

Langmark & Jørgensen (2020) - Langemark, Jesper; Jørgensen, Lau Normann (2020), *K04: Ny standardkontrakt for it-drift langt om længe offentliggjort*, Bird & Bird Advokatpartnerselskab (besøgt d. 16. maj 2021).

https://www.twobirds.com/da/news/articles/2020/denmark/k04---ny-standardkontrakt-for-it-drift-langt-om-laenge-offentliggjort?fbclid=IwAR3oIgzjF4QBcC2hwqzYJG1ZDW5gBMuyekcnwvVZDyQnzHWu9AMVS_h3kSEI

Nyhedsartikel af Digitaliseringsstyrelsen (16. oktober 2020) (besøgt d. 16. maj 2021).

<https://digst.dk/nyheder/nyhedsarkiv/2020/oktober/danmark-er-blandt-de-bedste-lande-til-offentlig-digitalisering-ifoelge-oecd/>

OECD Digital Government Index (2019) (besøgt d. 16. maj 2021).

<http://www.oecd.org/gov/digital-government/oecd-digital-government-index-2019.htm>

Pedersen et al. (2021) - Pedersen, Annelouise Dalgaard, Elkjær-Holm, Anne Katrine, Jakonsen, Anders (2021), K04 – Ny standardkontrakt til It-drift, Horten Advokatpartnerselskab (besøgt d. 16. maj 2021).

https://www.horten.dk/nyhedsliste/2020/september/k04-ny-standardkontrakt-til-it-drift?fbclid=IwAR2sWwpFJBfiKR-7gLWajy7vkuQHN0_9qe-qCmHddMAV96R5rOMBP3mLiCA

Sørensen & Nielsen (2020) - Sørensen, Claus; Nielsen, Tim Krarup (2020), *K04- "Game changer" eller "game over"?*, Dahl Advokatfirma (besøgt d. 16. maj 2021).

<https://www.dahllaw.dk/nyheder/657/23-sept-2020-k04-game-changer-eller-game-over/>

Forsidebillede

Hentet fra Clemens Law (besøgt d. 16. maj 2021). <https://www.clemenslaw.dk/standardkontrakt-for-it-drift-k04/>

Bilag 1 – Grundprincipperne for strategisk kontrahering

Dimension	Konventionel kontrahering	Strategisk kontrahering	
Fokus	Værdideling ved aftaleophør.	Værdiskabelse (generering af relationsrente).	Almindelige del
Målopfyldeelse	Enighed om <u>hvad</u> de fælles mål er.	Enighed om <u>hvordan</u> de fælles mål nås (<i>strategisk fit</i>).	
Gevinstdeling	Fastlægges suverænt af parterne ved kontraktindgåelse.	Sker i overensstemmelse med de respektive parterers bidrag.	
Risikodeling	Minimering af egen risiko.	Risikodeling efter parternes formåen til at bære risiko.	
Grad af aktivspecifitet	Tenderer at være lav på grund af risiko for <i>hold-up</i> .	Høj grad af aktivspecifitet befordres af <i>hold-up safeguards</i> .	
Informationsasymmetri	En risikofaktor. Kan udnyttes på opportunistisk vis.	En fordel. Udnyttelse af komplementære ressourcer.	
Usikkerhed	Søges minimeret gennem diverse opsigelsesklausuler.	Søges minimeret gennem incitamentsforenelighed.	Specielle del
Konfliktløsning	Overvejende reaktiv - konfliktløsning overlades til 3. part (domstolene).	Overvejende proaktiv - løses så vidt muligt at parterne selv.	
Efterfølgende omstændigheder	Ingen kontraktlig regulering.	Reguleres gennem gevinst- og hardship-klausuler.	
Aftaleophør	Det stipuleres i kontrakten, hvornår den udløber.	Realoption eller shoot-out klausul i stedet for kontraktudløb.	

Egen tilvirkning med udgangspunkt i materiale tilsendt af vejledere