



Gensidig samarbejdsforpligtelse i K03- og Schlüter kontrakten

- *med særligt fokus på byrdefulde efterfølgende
omstændigheder*

A mutual obligation to cooperate within the standard contracts K03-
and Schlüter – *with a specific focus on burdensome subsequent
circumstances*

Kandidatafhandling på cand.merc.(jur.)

Gruppemedlemmer:

Katrine Ravn

Studie nr.: 111536

Magnus Klitgaard Lundstrøm

Studie nr.: 110346

Vejledere:

Bent Petersen

Kim Østergaard

Antal anslag: 227.122 (102/120 sider inkl. indholdsfortegnelse)

Dato: 17. maj 2021

Abstract

Studies have shown that collaborations between private and public sectors often fall short. This has been ascribed to a lack of goal congruence and efficient cooperation. Therefore, this thesis investigates if a mutual obligation to cooperate within the standard contracts K03- and Schlüter can improve the parties' ability to navigate burdensome subsequent circumstances to make the contracts proactive tools.

First, this thesis examined the standard contracts K03- and Schlüter to determine contractual similarities and differences. It was found that the contracts are similar from a contractual view. Both contracts tend to seek reactive- instead of proactive solutions when it comes to determining the parties' obligations to cooperate and navigate burdensome subsequent circumstances.

Next, the thesis determined how Danish private law resolves disputes related to burdensome subsequent events. Although the law has a wide range of measures to resolve such events, the application of these does not seem to be efficient in the circumstances related to the contracts in question. Also, the analysis dealt with the parties' obligations to cooperate based on the contracts and a legal principle about loyalty from private law. It was concluded that the contracts lack an explicit and proactive obligation to cooperate. Hereafter, the incentives of the parties to cooperate and make relation-specific investments was investigated using economic theory. The purpose was to establish relational rent between the parties and determine the effect of an explicit obligation to cooperate. It was found that the contracts indeed will need an explicit obligation to cooperate to incentivize the parties to make relational-specific investments and minimize opportunistic behavior.

Based on economic theory and within the legal framework, the thesis used principles from strategic contracting to make recommendations on how this obligation to cooperate could look like in both contracts. This was followed by recommendations on proactive provisions, specifically knowledge-sharing routines, and hardship. Conclusively, an ideal reference for both contracts on how to manage burdensome subsequent circumstances and secure relational rent was proposed.

Indholdsfortegnelse

1	Indledning	1
1.1	Problemstilling	1
1.2	Problemformulering	3
1.3	Synsvinkel	4
1.4	Afgrænsning	5
1.5	Metode	6
1.6	Erhvervsjuridisk metode	6
1.7	Juridisk metode	8
1.8	Økonomisk metode	10
1.9	Struktur for afhandlingen	12
2	Strategisk kontrahering som teoriramme	14
3	Kontrakterne	17
3.1	Introduktion	17
3.2	K03-kontrakten	17
3.2.1	Formålet ved K03	18
3.2.2	Den agile udviklingsmodel	19
3.2.3	Adgangen til ændringer i K03	21
3.2.4	Bestemmelser om samarbejdsforhold i K03	22
3.2.5	Medarbejdernes udskiftning eller fratrædelse	23
3.3	Schlüter kontrakten	24
3.3.1	Formålet ved Schlüter kontrakten	25
3.3.2	Adgangen til ændringer i Schlüter kontrakten	27
3.3.3	Bestemmelser om samarbejdsforhold i Schlüter kontrakten	27
3.3.4	Medarbejdernes udskiftning eller fratrædelse	28
3.4	Sammenfatning	28
4	Juridisk Analyse	31
4.1	Introduktion	31
4.2	Aftalen som omdrejningspunkt	31
4.3	It-kontraktretten	31
4.4	Det privatretlige perspektiv for forskersamarbejdskontrakten	34
4.5	Obligationsretten	36
4.6	Standardkontrakten	36
4.7	Fortolkning & Udfyldning	38
4.7.1	Aftaletypen	39
4.7.2	Aftalens form	39
4.8	Sammenfatning på fortolkning og udfyldning	41
4.9	Aftalelovens § 36	42

4.10	Forudsætningslæren	43
4.11	Nærmest til at bære risikoen	45
4.12	Loyalitetsgrundsætningen	47
4.12.1	Loyalitetsgrundsætningens delforpligtelser	48
4.12.1.1	Samarbejdsforpligtelsen	48
4.12.1.2	Den loyale underretningspligt	52
4.12.1.3	Loyalitetsgrundsætningen i K03-kontrakten	53
4.12.1.4	Loyalitetsgrundsætningen i Schlüter kontrakten	56
4.12.2	Sammenfatning på loyalitetsgrundsætningerne i K03- og Schlüter kontrakten	59
4.13	Muligheden for en hardshipklausul	60
4.14	Delkonklusion	61
5	Økonomisk analyse	64
5.1	Introduktion	64
5.2	Transaktionsomkostningsteorien	65
5.2.1	Transaktionsomkostninger forbundet med K03- og Schlüter kontrakten	65
5.2.2	Kontraktuelle foranstaltninger til at mitigere transaktionsomkostninger	66
5.3	Kontrakter som referencepunkter	68
5.3.1	'Shading' i Kontrakter som referencepunkter.....	69
5.3.2	Den økonomiske model	70
5.3.3	Fleksible og rigide kontrakter.....	72
5.3.4	Afvejningen mellem fleksibilitet og rigiditet for K03- og Schlüter kontrakten.....	74
5.4	Inkorporering af en loyalitetsforpligtelse i kontrakten	77
5.4.1	Modellen	77
5.4.2	Aktivering af loyalitetsforpligtelsen ex ante og ex post	81
5.5	Delkonklusion	84
6	Analyse i Strategisk Kontrahering	86
6.1	Introduktion	86
6.2	Proaktive tiltag	86
6.2.1	Formål om at samarbejde	86
6.2.2	Loyalitetsforpligtelsen i jura og økonomi.....	89
6.2.3	Gensidig loyalitets- og samarbejdsforpligtelse	91
6.2.4	Human aktivspecifitet i et samarbejde.....	94
6.2.5	Behovet for safeguards i kontrakten.....	97
6.2.6	En hardshipklausul	99
6.3	Idealreference	102
6.4	Delkonklusion	104
7	Konklusion	106
8	Perspektivering og bidrag til fremtidige undersøgelser	108
9	Litteraturliste	109

1 Indledning

1.1 Problemstilling

I de seneste 10-15 år er offentlige-private partnerskaber blevet en mere udbredt samarbejdsform i Danmark.¹ Denne stigning i offentlige-private partnerskaber har medført koncipering af standardkontrakter på tværs af forskellige brancher. Her har fokus været på at etablere langsigtede samarbejder med formålet at dele viden, ressourcer, risici og gevinster.² Alligevel har samarbejder mellem den offentlige og private sektor imidlertid været præget af samarbejdsvanskeligheder grundet begrænset tillid, mangelfuld kommunikation og en uklar fordeling af ansvar.³ Samarbejdsvanskelighederne synes især at komme til udtryk i it- og medicinalbranchen (herunder er den farmaceutiske industri særligt relevant)⁴. Derfor vil nærværende afhandling tage udgangspunkt i disse brancher. Hertil vil afhandlingen have et specifikt fokus på K03-kontrakten om fællesoffentlige agile it-projekter⁵ (herefter "K03-kontrakten") og 'Aftale om samfinansieret forskning (to parter)'⁶ (herefter "Schlüter kontrakten").

I 2019 havde it-branchen en samlet omsætning på 239 mia. kr. og har således stor indflydelse på Danmarks økonomi og velstand, og det forventes, at it-branchen vil gennemgå yderligere vækst over de næste årtier.⁷ I 2020 offentliggjorde FN en ny måling (E-Government Survey 2020), hvor Danmark for anden gang i træk tager titlen som 'verdensmestre i offentlig digitalisering'.⁸ Til trods for dette bliver den nuværende

¹ Brogaard, L., & Petersen, O. H. (2015). Drivkræfter og barrierer i offentlige-private partnerskaber (OPP): En procesevaluering af det første kommunale OPP-projekt om erhvervsudvikling, vækst og arbejdsplaser. Politik, 18(2), s. 51

² Ibid. s. 51

³ Ibid. s. 60

⁴ Medicinalbranchen og den farmaceutiske industri anses i denne afhandling som at indgå i samme branchebetegnelse

⁵ <https://digst.dk/styring/standardkontrakter/k03-standardkontrakt-for-agile-it-projekter/>

⁶ <https://ufm.dk/forskning-og-innovation/samspil-mellem-viden-og-innovation/viden-netvaerk-og-kommercialisering-til-virksomheder/fa-hjaelp-til-kommercialisering/modelaftaler/samarbejde-og-rettighedsaftaler/samfinansieret-forskning-to-parter>

⁷ <https://itb.dk/tema/branchen-i-tal/#:~:text=IT%2DBranchen%2Obest%C3%A5r%20af%204.327,fordelt%20p%C3%A5%2094.298%20ansatte>

⁸ <https://digst.dk/nyheder/nyhedsarkiv/2020/juli/ny-fn-maaling-danmark-er-fortsat-verdensmestre-i-offentlig-digitalisering/>

danske regering kritiseret grundet manglende politiske tiltag, der imødekommer de nuværende behov for en sammenhængende og fremadskuende strategisk plan for offentlig digitalisering.⁹ Det menes derfor, at der er behov for en politisk og demokratisk dialog om, hvorvidt Danmark i det hele taget bør digitalisere, hvem der er de ansvarlige parter, hvad det underlæggende formål er, samt hvordan digitaliseringen skal udføres.¹⁰ Dette behov stiger yderligere, da offentlige digitaliserings- og udviklingsprojekter til flere milliarder danske kr. ofte går galt. Dette kan menes at skyldes mangel på målkongruens, nøglemedarbejdere fyres, projekterne bliver for store og komplekse, samt mangel på produktivt samarbejde og tilstrækkelig koordinering.¹¹ Disse problematikker er centrale elementer som afhandlingen ønsker at adressere ved analyse af tidligere nævnte K03-kontrakt, eftersom den angiveligt ikke afdækker disse problematikker i et tilstrækkeligt omfang.

Medicinalbranchen (den farmaceutiske industri) er én af handelsbalancens største bidragsydere inden for forsknings- og udviklingssektorer med en vareeksport på 151 mia. kr. i 2020¹², hvorfor branchen ligeledes har stor indflydelse på Danmarks samlede økonomi og velstand. Til trods for vækst kan branchen stadig anses som udfordret økonomisk, bl.a. grundet manglende innovation og strenge lovmæssige krav.¹³ Ved forskningssamarbejder er branchen yderligere udfordret, eftersom kontrakter (bl.a. Schlüter kontrakten) med det offentlige kan anses for værende strengt orienteret mod offentlighed og rettighedsallokeringer.¹⁴ Dette anses især ved manglende fokus på fælles målsætning, fælles optimering og dialogbaserede løsninger.¹⁵ Eftersom disse problematikker er tilsvarende udfordringerne i it-branchen, vil afhandlingen gøre brug af denne lighed til at skabe et grundlag for en analyse af én kontrakt fra hver branche.

På linje med lighederne mellem medicinal og it-branchen, kan K03- og Schlüter kontrakten ligeledes anses som værende tilsvarende til trods for et forskelligt

⁹<https://www.berlingske.dk/kronikker/historierne-om-kuldsejlede-offentlige-it-projekter-hober-sig-op-mens#>

¹⁰ Ibid.

¹¹ <https://di.ku.dk/nyheder/2019/ny-teknologi-skal-forhindre-offentlige-it-fiaskoer-i-fremtiden/>

¹² Strategi for LifeScience (2021), s. 4

¹³ Tvarnø, C. D., Ølykke, G. S. & Østergaard, K. (2013) Vækst og værdiskabelse via nye former for innovationssamarbejder og partnerskaber, s. 36

¹⁴ Ibid. s. 75

¹⁵ Ibid. s. 72

genstandsfelt. Fælles for kontrakterne er, at de begge regulerer komplekse, videnstunge og længerevarende samarbejder mellem private og offentlige institutioner med et centralt element af specialiserede medarbejdere. Dette giver anledning til, at nærværende afhandling kan anlægge fokus på samarbejdsforpligtelsen mellem kontraktparterne tilknyttet K03- og Schlüter kontrakten.

Med to brancher, hvor tidligere nævnte samarbejdsvanskeligheder er gennemgående, samt to standardkontrakter med tilsvarende kontraktuelle problematikker, har afhandlingen mulighed for at belyse disse nærmere samt fremsætte potentielle proaktive tiltag til at forbedre kontrakterne i offentlige-private partnerskaber. Dette er ikke blevet afdækket betydeligt i den eksisterende juridiske og økonomiske litteratur. Derfor vil en analyse af to kontrakter på tværs af to brancher lede til såvel akademiske som praktiske iagttagelser, der ikke nødvendigvis kun er relevante for én branche eller standardkontrakt. Denne analyse vil gøre brug af strategisk kontrahering som den gennemgående teoriramme for at undersøge, hvorvidt en inkorporering af en gensidig samarbejdsforpligtelse og proaktive tiltag, kan gøre kontrakterne til proaktive styringsværktøjer for håndtering af byrdefulde efterfølgende omstændigheder. Hertil vil det blive undersøgt, om dette kan danne grundlag for en fælles idealreference for K03- og Schlüter kontrakten. En idealreference skal i nærværende afhandling forstås som kontraktbestemmelser og proaktive tiltag, der er relevante at inkorporere i både K03- og Schlüter kontrakten.

1.2 Problemformulering

Samarbejdsvanskelighederne mellem den offentlige og private sektor synes at give anledning til antagelsen, at K03- og Schlüter kontrakten ikke har tilstrækkelig fokus på samarbejdsgrundlaget, hvorfor samarbejdet mislykkes ved byrdefulde efterfølgende omstændigheder.

På baggrund heraf opstilles følgende problemformulering for nærværende afhandling:

Hvorledes kan K03- og Schlüter kontrakten gennem en gensidig samarbejdsforpligtelse og inden for teorirammen af strategisk kontrahering forbedres

til et mere proaktivt styringsværktøj for håndtering af byrdefulde efterfølgende omstændigheder?

For at besvare denne problemformulering fremstilles følgende underspørgsmål:

- 1. Hvorledes adskiller K03- og Schlüter kontrakten sig sammenholdt med den almindelige obligationsret med henblik på byrdefulde efterfølgende omstændigheder?*
- 2. Hvilke forpligtelser følger der af den almindelige obligationsret sammenholdt med K03- og Schlüter kontrakten i relation til at samarbejde om forhold, der påvirker kontraktens opfyldelse?*
- 3. Hvorledes kan proaktive tiltag for samarbejde i K03- og Schlüter kontrakten medvirke til, at der opnås relationsrente mellem parterne set i lyset af strategisk kontrahering?*
- 4. I hvilket omfang er der en fælles idealreference om samarbejde og håndtering af byrdefulde efterfølgende omstændigheder for K03- og Schlüter kontrakten?*

1.3 Synsvinkel

Afhandlingens problemstilling vedrører samarbejdsforpligtelser ved længerevarende, komplekse og videnstunge samarbejder, hvorfor det anses relevant, at afhandlingen tager udgangspunkt i kontraktparterne som synsvinkel. Kontraktparterne udgør den offentlige institution og private virksomhed (herefter parterne), der indgår et samarbejde ved henholdsvis K03- og Schlüter kontrakten.

Parterne i kontraktrelationen indgår i et samarbejde om udførelse af et givent projekt, hvorfor det må anses at være i parternes fælles interesse at regulere i hvilket omfang samarbejdsforpligtelser skal prioriteres ved aftaleindgåelsen. Når der gennem afhandlingen undersøges mulige proaktive tiltag til håndtering af byrdefulde

efterfølgende omstændigheder, skal det ses som et udtryk for, at målet er at skabe største samlede kontraktuelle værdi og ikke kun for den ene part i kontraktrelationen.

Ud fra ovenstående fokus på parterne og parternes relation, vil der i afhandlingen foretages analyse på kontraktniveau, hvor hensigten vil være at belyse, hvordan parterne i K03- og Schlüter kontrakten kan øge en samlet kontraktuel værdi ved samarbejdsforpligtelser og proaktive tiltag.

1.4 Afgrænsning

K03- og Schlüter kontrakten befinder sig i et krydsfelt mellem offentlig- og privatret. Herunder gælder blandt andet udbudsretlige spørgsmål og hensyn, der kan sætte begrænsninger for kontraktrummet mellem en offentlig og privat part. Analyserne vil i afhandlingen tage afsæt i den privatretlige aftalefrihed og kontraktautonomi, der i overvejende grad eksisterer mellem parterne for at inkorporere en gensidig samarbejdsforpligtelse og proaktive tiltag. Obligationsretten vil derfor udgøre det væsentligste retsgrundlag for parternes forpligtelser ved byrdefulde efterfølgende omstændigheder, hvorfor den offentlige ret som ellers kunne gøre sig gældende ved både K03- og Schlüter kontrakten afgrænses.

Det bemærkes, at K03- og Schlüter kontrakten er underlagt databeskyttelsesretten. Herunder gælder Databeskyttelsesforordningen¹⁶ og Databeskyttelsesloven¹⁷ om behandling af personoplysninger. Det bemærkes særligt for Schlüter kontrakten, at sundhedsloven¹⁸ og komitéloven¹⁹ gælder forud for databeskyttelsesloven ved anvendelsen af sundhedsdata fra en klinisk biobank i et offentlig-privat forskningsprojekt. Det er imidlertid mindre relevant at inddrage lovgivningerne,

¹⁶ Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) 2016/679 af 27. april 2016 om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger og om fri udveksling af sådanne oplysninger og om ophævelse af direktiv 95/46/EF (generel forordning om databeskyttelse)

¹⁷ Lov om supplerende bestemmelser til forordning om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger og om fri udveksling af sådanne oplysninger (databeskyttelsesloven), nr. 502 af 23/05/2018

¹⁸ Bekendtgørelse af sundhedsloven, nr. 903 af 26/08/2019

¹⁹ Bekendtgørelse af lov om videnskabsetisk behandling af sundhedsvidenskabelige forskningsprojekter og sundhedsdatavidenskabelige forskningsprojekter, nr. 1338 af 01/09/2020

eftersom nærværende afhandling ikke har fokus på konkret deling af data, hvorfor disse afgrænses.

I relation til afhandlingens inddragelse af proaktive tiltag for håndtering af byrdefulde efterfølgende omstændigheder, introduceres muligheden for en hardshipklausul i kontrakterne. Det er vigtigt at holde sig for øje, at der tilsvarende eksisterer gevinstklausuler, som kan håndtere gevinstmuligheder, der opstår under kontraktens løbetid som parterne ligeledes ikke var bekendte med ved aftaleindgåelsen. Gevinstklausuler vil dog ikke blive inddraget yderligere i nærværende afhandling, da fokus er på byrdefulde efterfølgende omstændigheder.

1.5 Metode

Nærværende afhandling vil udlede gældende ret ved brug af den retsdogmatiske metode samt anvende eksisterende teori indenfor ny institutionelle økonomi. Dertil vil den erhvervsjuridiske metode med udgangspunkt i strategisk kontrahering som teoriramme anvendes. Denne vil blive brugt til at udlede, hvorledes økonomiske modeller og teorier kan sammenholdes med henblik på forbedring og supplerung af den institutionelle ramme i juraen. Derudover vil analysen gennemgående have fokus på forskelle og ligheder mellem K03- og Schlüter kontrakten, således der skabes et potentielt grundlag for en fælles idealreference. Overordnet set vil dette skabe den metodiske ramme for besvarelse af afhandlingens problemformulering. Følgende afsnit vil nærmere belyse de metodiske overvejelser, der ligger til grund for dette metodevalg.

1.6 Erhvervsjuridisk metode

Den erhvervsjuridiske metode er afhandlingens overordnede metode, hvorfor denne vil komme til udtryk igennem hele afhandlingen. Den erhvervsjuridiske metode udspringer fra den retsdogmatiske metode, men er nærmere karakteriseret som en tværdisciplinær metode, der bidrager til en kombination af jura og økonomi som en selvstændig videnskabelig indsats.²⁰

²⁰ Østergaard, Kim. (2003) "Metode på cand.merc.jur studiet" Julebog (2003), s. 285

Modsat den retsdogmatiske metode, hvor udgangspunktet for analyseniveauet er på et samfundsmæssigt niveau og er aktørafhængig, har den erhvervsjuridiske metode fastlagt en given virksomhed som problemejer, hvortil denne er aktiv på et marked med fastlagte aktørforudsætninger.²¹ Hertil fastlægger den erhvervsjuridiske metode gældende ret som et grundlag for beslutninger i virksomheder.²²

Specifikt er den erhvervsjuridiske metode relevant, da den juridiske ramme for afhandlingen vil tage udgangspunkt i de privatretlige deklatoriske regler om aftalefrihed i kontrakter. Disse deklatoriske regler tillader, at økonomiske modeller og teorier inddrages i samspil med gældende ret for at opnå fælles optimering samt minimere risici for retskonflikter mellem parterne i et fremadrettet præventivt perspektiv.²³ Inddragelsen af økonomi tillader at anvende jura som et styringsinstrument i forbindelse med, at en virksomhed skal træffe kvalificeret beslutninger.²⁴

I overensstemmelse med nærværende afhandlings problemformulering, hvor strategisk kontrahering er den overordnede teoriramme, er den erhvervsjuridiske metode tillige relevant. Teorirammen strategisk kontrahering har grundsten i den proaktive jura og anvender herunder økonomiske teorier til at analysere, hvordan brugen af proaktive klausuler i en kontrakt kan skabe strategiske partnerskaber.²⁵ Endvidere tilsigter strategisk kontrahering, at kontrakten kan anvendes som et aktivt styringsredskab, der løbende kan anvendes indenfor kontraktens varighed. Teorirammen strategisk kontrahering i samspillet med anvendelsen af den erhvervsjuridiske metode synes derfor relevant for at belyse effekten af en gensidig samarbejdsforpligtelse og proaktive tiltag i K03- og Schlüter kontrakten. Fokus vil være på at udlede, hvorvidt disse elementer kan forbedre kontrakterne, således de bliver til mere proaktive styringsværktøjer for håndtering af byrdefulde efterfølgende omstændigheder.

²¹ Østergaard, Kim. (2003) "Metode på cand.merc.jur studiet" Julebog (2003), s. 280

²² Ibid. s. 280

²³ Ibid., s. 284

²⁴ Ibid. s. 281

²⁵ Petersen, B. & Østergaard, K. (2018), Reconciling formal contracts and relational governance through strategic contracting. *Journal of Business and Industrial Marketing*, 33(3), s. 266

Den erhvervsjuridiske metode vil endvidere særligt komme til udtryk i afhandlingens analyse i strategisk kontrahering, hvor det tilsigtes at opstille en gensidig samarbejdsforpligtelse og proaktive tiltag i K03- og Schlüter kontrakten. Hertil er formålet at identificere en fælles idealreference for kontrakterne.

På baggrund af ovenstående anses den erhvervsjuridiske metode som væsentlig og relevant for nærværende afhandling sammenholdt med den ny institutionelle økonomi.

1.7 Juridisk metode

Den retsdogmatiske metode vil overordnet anvendes til at fastlægge og udlede gældende ret. I metodisk henseende vil dette indebære at analysere, systematisere og fortolke på relevante retskilder, som det må forventes en dommer vil lægge til grund for en afgørelse i en given sag.²⁶

Afhandlingens juridiske del vil indledningsvist indtage et privatretligt perspektiv, hvor udgangspunktet er aftalefrihed og kontraktautonomi mellem parterne. De to primære retskilder vil i afhandlingen være K03- og Schlüter kontrakten som er vedtaget mellem kontraktparterne. Navnlige fastsætter kontrakterne vilkår og retsvirkninger, som er bindende for kontraktparterne, jf. aftalelovens § 1²⁷, jf. DL 5-1-1 og DL-5-1-2²⁸.

Med afsæt i det privatretlige perspektiv vil særlige retlige hensyn fra it-retten sammenholdt med K03-kontrakten blive analyseret kort. Derudover vil tilsvarende relevante privatretlige hensyn, der gør sig gældende i kontraktrummet²⁹ for Schlüter kontrakten blive undersøgt. Overordnet vil dette have til formål at belyse, hvilke særlige hensyn, der skal iagttages ved en it- og en forskningskontrakt.

Den retsdogmatiske metode vil i nærværende analyse særligt anvendes til at udlede kontraktparternes retsstilling, når der indtræder en byrdefuld efterfølgende omstændighed, der ikke reguleres af kontraktgrundlaget. Dette er relevant, idet

²⁶ Petersen, B. & Østergaard, K. (2018), Reconciling formal contracts and relational governance through strategic contracting. *Journal of Business and Industrial Marketing*, 33(3), s. 276

²⁷ Lovbekendtgørelse 2016-03-02 nr. 193 om aftaler og andre retshandler på formuerettens område

²⁸ Danske Lov: Kong Christian Den Femtis Danske Lov nr. 11000 af 15. april 1683

²⁹ Hertil forstås muligheder og begrænsninger

afhandlingens formål er at undersøge, hvorvidt K03- og Schlüter kontrakten gennem en gensidig samarbejdsforpligtelse kan blive bedre styringsværktøjer til håndtering af byrdefulde efterfølgende omstændigheder.

Med afsæt i ovenstående tages udgangspunkt i den klassiske retskildelære, hvorunder retskilderne: regulering, retspraksis, retsfigurer og sædvaner iagttages. I denne forbindelse vil afhandlingen tage et særligt fokus på den almindelige obligationsret og en udvalgt retsfigur for at fastlægge parternes forpligtelser, når andet ikke fremgår af parternes aftale.

Herunder analyseres fortolkning og udfyldning for K03- og Schlüter kontrakten. Dette er relevant, skulle en byrdefuld omstændighed indtræde, hvorved kontrakterne forholder sig delvist eller helt tavs. I denne forbindelse foretages sondring om aftalernes type, form og karakter for at nærmere fastlægge et fortolkningsparadigme, der ligger til grund for kontrakterne. Hertil undersøges hvorvidt aftalelovens § 36, forudsætningslæren og retsfiguren *nærmest til at bære risikoen* kan have relevans for håndtering af byrdefulde efterfølgende omstændigheder ved K03- og Schlüter kontrakten.

For at udlede hvilke forpligtelser parterne har til at samarbejde ved indtrædelse af en byrdefuld efterfølgende omstændighed inddrages særligt obligationsrettens loyalitetsgrundsætning. For at udlede loyalitetsgrundsætningens betydning i standardkontrakterne vil en norsk dom³⁰ blive inddraget som fortolkningsbidrag. Årsagen hertil er, at det er vanskeligt at finde relevant retspraksis fra Danmark, der behandler samarbejdsforpligtelsen i standardkontrakter. Der kan opstå tvivl om, hvorvidt en dansk domstol ville komme til samme afgørelse, hvorfor præjudikatsværdien af dommen er tvivlsom. Hertil er dommen på nuværende tidspunkt anket til sidste instans, hvorfor det endelige udfald ikke kan fastlægges. Ikke desto mindre synes indsigterne i dommen at være interessante med henblik på at vurdere betydningen af en samarbejdsforpligtelse i en standardkontrakt herunder særligt for K03-kontrakten.

³⁰ Oslo Tingsrett dom den 31. januar 2020 i sagen Samferdselsdepartementet mod IBM: Grindgut-dommen. Se hertil bilag 1.

Obligationsrettens loyalitetsgrundsætning vil derefter blive sammenholdt med K03- og Schlüter kontrakten med henblik på at udlede omfanget af loyalitetsforpligtelsen i kontraktens nuværende form. Relevant retspraksis vil hertil blive inddraget for at belyse indholdet og betydning af loyalitetsgrundsætningen.

Overordnet set vil denne juridiske fremgangsmåde bidrage til at fastlægge, hvorledes dansk ret og kontrakterne i deres nuværende form håndterer byrdefulde efterfølgende omstændigheder samt parternes forpligtelser til at samarbejde. Dermed skabes et grundlag for at undersøge de økonomiske implikationer af nuværende eller alternative måder at håndtere byrdefulde efterfølgende omstændigheder.

1.8 Økonomisk metode

Der findes to væsentlige økonomiske metoder herunder den ny institutionelle økonomiske metode og den neoklassiske metode.

Metoderne har tilfælles, at markedet er analyseniveauet, og virksomheden er den centrale analyseenhed.³¹ Alligevel adskiller de to metoder sig ved aktørforudsætningerne. For den neoklassiske metode bunder forudsætningerne i, at aktørerne på et marked er fuldt rationelle, har perfekt information, og at de indbyrdes beslutninger i virksomheden kan analyseres uafhængigt af hinanden.³² Disse forudsætninger kan anses som værende for begrænset til at adressere nærværende afhandlings problemstilling.

I modsætning til den neoklassiske metode bygger den ny institutionelle økonomi på antagelsen om, at aktørerne på markedet er begrænset rationelle individer, der gerne handler opportunistisk, hvis givet muligheden for at maksimere egen nytte.³³ Eftersom denne afhandling berører kontraktuelle forhold, hvorved parterne ikke kan forudse samtlige efterfølgende omstændigheder ved aftaleindgåelse, må denne metode anses som nærmere relevant for afhandlingens overordnede problemfelt. Endvidere berører

³¹ Østergaard, Kim. (2003) "Metode på cand.merc.jur studiet" Julebog (2003), s. 272

³² Ibid. s. 272

³³ Ibid. s. 273

ny institutionelle økonomi centrale underteorier, som vil blive anvendt i den økonomiske analyse.

Transaktionsomkostningsteorien vil indledningsvist blive inddraget med formålet at belyse transaktionsomkostninger forbundet med transaktionerne, der foretages i it- og samfinansieret forskning i en kontraktrelation. Disse omkostninger kan variere alt efter graden af frekvens, aktivspecifitet samt usikkerhed. Derfor er disse centrale elementer at vurdere, hvilket vil blive gjort ud fra Williamson, 1985³⁴. Afvejningen om transaktionsomkostninger forbundet med K03- og Schlüter kontrakten er relevant, da dette kan have betydning for parternes incitament til at foretage relationsspecifikke investeringer. Incitamentet til at foretage relationsspecifikke investeringer er centralt for nærværende afhandling, idet relationsspecifikke investeringer set i lyset af strategisk kontrahering er væsentlige for at opnå relationsrente mellem parterne.

Kontrakternes eksisterende foranstaltninger til at begrænse transaktionsomkostninger vil derefter blive vurderet. Her vil særligt de underlæggende antagelser i ny institutionel økonomi være fremtrædende, særligt om begrænset rationalitet og imperfekt information³⁵. Disse skaber grundlaget for at opstille kontraktuelle økonomiske problematikker som både kontrakternes nuværende foranstaltninger og transaktionsomkostninger leder til.

Endvidere vil der blive lavet afvejn timer af effekten af disse nuværende foranstaltninger i henhold til håndtering af byrdefulde efterfølgende omstændigheder samt incitamentet til at foretage relationsspecifikke investeringer. Dette vil blive gjort ved at foretage en sondring mellem fleksible og rigide tiltag. Til at vurdere effekten af fleksible tiltag vil Oliver Hart og John Moores³⁶ artikel *"Contracts as reference points"* blive inddraget. Dertil vil afvejningen af rigide og fleksible tiltag i kontrakterne blive vurderet med udgangspunkt i Kim Østergaards artikel *"Strategisk kontrahering – efterfølgende omstændigheder, om anvendelsen af hardship- og gevinstklausuler som*

³⁴ Williamson, O. E. (1985) *The Economic Institutions of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracting*. The Free Press.

³⁵ Østergaard, K. (2014) *Relevansen af Interdisciplinær forskning og empiri i samfundsvidenskaben*, s. 6.

³⁶ Hart, O. & Moore, J. (2008) *Contracts as reference points*

kontraktjusteringsmekanismer".³⁷ Afhandlingen vil således foretage en sontring om, hvorvidt det er rentabelt, at K03- og Schlüter kontrakten er rigide eller fleksible for at håndtere efterfølgende omstændigheder.

Analysen indsnævres yderligere med fokus på inkorporeringen af en gensidig samarbejdsforpligtelse til at bedre håndtere negative elementer forbundet med fleksible kontrakter. Her vil David Frydlinger og Oliver Harts³⁸ teori om inkorporering af bestemmelser, der beskæftiger sig med loyalitet og kommunikation blive inddraget. Denne teori kan bidrage til vurderingen om, hvorvidt loyalitetsforpligtelsen kan styrke samarbejdet og skabe incitamentsforenelighed mellem parterne.

Overordnet set vil denne metodiske fremgangsmåde bidrage til at vurdere validiteten af en loyalitets- og samarbejdsforpligtelse samt dennes effekt på parternes ageren i et samarbejde inden for økonomisk teori. Dermed skabes et grundlag for at iagttage, hvilke økonomiske aspekter en kontrakt skal tage stilling til for at muliggøre en dannelse af relationsrente ved at opstille proaktive tiltag herunder en samarbejdsforpligtelse. I overensstemmelse med den erhvervsjuridiske metode vil inddragelse af ovenstående økonomiske betragtninger og analyse skabe grundlag for, at økonomi kan forbedre og supplere den institutionelle ramme i juraen.

1.9 Struktur for afhandlingen

Indledning (Kapitel 1): Afhandlingens første kapitel har til formål at introducere læseren til afhandlingens problemfelt ved en indledende introduktion til emnefeltet, efterfulgt af en problemformulering, synsvinkel og afgrænsning. Hertil introduceres afhandlingens metoder der ligger til grund for afhandlingens analyser.

Strategisk kontrahering som teoriramme (Kapitel 2): Strategisk kontrahering og tilhørende centrale begreber vil være gennemgående i afhandlingens analyser, hvorfor dette kapitel har til formål at introducere læseren til teorirammen.

³⁷ Østergaard, K. (2016) Strategisk kontrahering – efterfølgende omstændigheder, om anvendelsen af hardship- og gevinstklausuler som kontraktjusteringsmekanismer, s. 440

³⁸ Frydlinger, D. & Hart, O. D. (2019) Overcoming Contractual Incompleteness: The Role of Guiding Principles

Introduktion til Kontrakterne (Kapitel 3): Afhandlingens tredje kapitel har til formål at introducere læseren til bestemmelser i K03- og Schlüter kontrakten, som er relevante set i lyset af afhandlingens problemfelt. Hertil udledes ligheder og forskelle mellem kontrakterne i deres nuværende form, som vil blive iagttaget i efterfølgende analyser.

Juridisk analyse (Kapitel 4): Afhandlingens fjerde kapitel har til formål at introducere læseren til den retlige ramme for K03- og Schlüter kontrakten. Den juridiske analyse vil hertil belyse, hvorledes kontrakterne adskiller sig fra den almindelige obligationsret med henblik på håndtering af byrdefulde efterfølgende omstændigheder. Hertil vil den juridiske analyse fastlægge, hvilke forpligtelser der følger af den almindelige obligationsret for parterne i K03- og Schlüter kontrakten i relation til at samarbejde om forhold, der potentielt påvirker kontrakternes opfyldelse.

Økonomisk analyse (Kapitel 5): For at opnå relationsrente mellem to parter i en længerevarende kontraktrelation, hvor formålet er et fælles samarbejde, er det centralt at parterne foretager relationsspecifikke investeringer. Afhandlingens økonomiske analyse har i denne forbindelse overordnet fokus på at belyse de problematikker, der kan forhindre parterne i at foretage relationsspecifikke investeringer og dermed opnåelsen af relationsrente mellem parterne i K03- og Schlüter kontrakten. Endvidere vil den økonomiske analyse afslutningsvist belyse, hvilken effekt en samarbejdsforpligtelse har på parternes ageren og incitamentet i et samarbejde.

Analyse i strategisk kontrahering (Kapitel 6): Afhandlingens sjette kapitel udgør afhandlingens analyse i strategisk kontrahering. På baggrund af gældende ret og den økonomiske analyse fremsættes konkrete forslag til en gensidig samarbejdsforpligtelse og proaktive tiltag, der kan danne relationsrente mellem parterne. Samarbejdsforpligtelsen og de proaktive tiltag opstilles endvidere med formålet at identificere en fælles idealreference på tværs af kontrakterne.

2 Strategisk kontrahering som teoriramme

Strategisk kontrahering er den primære teoriramme med henblik på at besvare afhandlingens problemstilling. I nærværende kapitel vil der således kort foretages en introduktion til strategisk kontrahering med formålet at danne grundlag for afhandlingens senere analyser.

Gennem de seneste årtier er der kommet mere fokus på proaktive klausuler og deres relevans i en kontraktrelation. Den proaktive tilgang til kontrakter handler i sin essens om at bevæge sig væk fra tanken om, at kontrakter blot er en formalitet og nærmere i retning af, at kontrakter kan bruges som aktive styringsredskaber.

En proaktiv klausul er defineret således:

*”En proaktiv klausul afventer ikke, men forsøger at foregribe og aktivt fremme det, der er ønskeligt, samtid med at juridiske risici og tvister søges undgået, for dermed at opnå forretningsmæssig succes.”*³⁹

Den proaktive tilgang bliver i nyere litteratur også omtalt som strategisk kontrahering og udgør teorirammen, hvorpå denne afhandling bygger. Under strategisk kontrahering er der tre overordnede mål. Navnlige; værdiskabelse, skabelsen af relationsrente⁴⁰, proaktiv håndtering og prævention af konflikter.⁴¹ Disse mål kan sættes i kontrast med konventionel kontrahering, der karakteriseres som en tilgang til kontraktkoncipering, hvor fokus er egen optimering og egen sikring. Konventionel kontrahering anvender herunder reaktive kontraktklausuler, der har til formål at overføre flest mulige risici til medkontrahenten. Hertil regulerer den konventionelle kontrakt primært, hvordan tvister skal løses, forholdene for ophør af kontrakten og hertil, hvordan diverse materielle og immaterielle aktiver skal deles mellem parterne.⁴²

³⁹ Østergaard, K. (2014), Relevansen af interdisciplinær forskning og empiri i samfundsvidenskaben. Retfærd, 37(3), s. 9

⁴⁰ Relationsrente omtales også ”kvasirente” og skal forstås som den merværdi to parter opnår ved at indgå i et strategisk partnerskab, og som ikke er opnåelig for en part isoleret set, eller i den næstbedste alternative kontraktrelation.

⁴¹ Petersen, B. & Østergaard, K. (2018), Reconciling formal contracts and relational governance through strategic contracting. Journal of Business and Industrial Marketing, 33(3), s. 266

⁴² Ibid. s. 267

Strategisk kontrahering søger væk fra konventionel kontrahering, hvor kontrakten anses som en formalitet, imod et strategisk partnerskab, hvor kontrakten kan anvendes proaktivt til at skabe merværdi. Strategisk kontrahering kan dermed karakteriseres som en strategi, hvorunder målet er at opnå relationsrente. Denne realiseres ved implementering af re- og proaktive klausuler, som gennem komplementære ressourcer og et strategisk fit, sikrer vidensdeling og relationsspecifikke investeringer mod opportunistisk adfærd.⁴³

Komplementære ressourcer kan anvendes på tværs af to virksomheder. Herunder forstås, at den ene virksomheds komplementære ressourcer f.eks. kan anvendes mere brugbart af den anden virksomhed og derved opnå merværdi.⁴⁴ Endvidere skal der foreligge et strategisk fit, hvilket indebærer, at virksomhederne skal afholde søgeomkostninger ex ante for at finde en strategisk partner, der har samme generiske strategi og komplementære ressourcer.⁴⁵ Med henblik på K03- og Schlüter kontrakten er det en forudsætning fremadrettet, at der foreligger komplementære ressourcer og hertil et strategisk fit mellem parterne. Denne antagelse synes at være naturlig, da parterne indgår i samarbejder, hvor hver part kan bidrage med ressourcer til at opnå et fælles mål. At der foreligger komplementære ressourcer og et strategisk fit mellem parterne i K03- og Schlüter kontrakten medfører, at parterne kan investere i effektive vidensdelingsrutiner⁴⁶, herunder relationsspecifikke investeringer.⁴⁷ Ved relationsspecifikke investeringer forstås investeringer, der er specifikt foretaget til at supportere en transaktion, hvorfor de ikke kan udtages af en kontraktrelation og bruges i andre sammenhænge. Tillige iagttages hvilke safeguards, der skal implementeres i kontrakterne for at minimere opportunistisk adfærd.

⁴³ Petersen, B. & Østergaard, K. (2018), Reconciling formal contracts and relational governance through strategic contracting. *Journal of Business and Industrial Marketing*, 33(3), s. 267

⁴⁴ Dyer, J. H., & Singh, H. (1998) The relational view: Cooperative strategy and sources of inter-organizational competitive advantage. 23(4), s. 666

⁴⁵ Petersen, B. & Østergaard, K. (2018), Reconciling formal contracts and relational governance through strategic contracting. *Journal of Business and Industrial Marketing*, 33(3), s. 267-269

⁴⁶ Dette sikrer hyppig deling af viden (herunder strategisk viden), hvortil komplementær viden fremmer opbyggelsen af specialiseret viden

⁴⁷ Dyer, J. H., & Singh, H. (1998) The relational view: Cooperative strategy and sources of inter-organizational competitive advantage. 23(4), s. 663-664

I strategisk kontrahering er nøgleordet altså strategi. Kontraktkoncipering og forhandling skal tjene en langsigtet strategi, der gennem incitamentsfremmende tiltag⁴⁸, hvor deling af diverse risici bidrager til at forene to parter mål. Dette medfører, at der opstår målkongruens mellem parterne, hvilket skaber rammen for at opnå konkurrencemæssige fordele og relationsrente.⁴⁹

På baggrund af ovenstående findes det overbevisende, at strategisk kontrahering kan bidrage til at besvare afhandlingens overordnede problemformulering, eftersom der er fokus på at undersøge både implikationerne og rentabiliteten af inkorporere specifikke elementer fra strategisk kontrahering i K03- og Schlüter kontrakten for at bedre at håndtere byrdefulde efterfølgende omstændigheder samt skabe relationsrente.

⁴⁸ Incitamentsfremmende tiltag eller incitamentsforenelighed, relaterer sig til parternes incitamenter til at samarbejde. Incitamentsforenelighed opnås ved at indføre tiltag der fremmer parternes lyst til og mulighed for at udnytte deres komplementære ressourcer, således at samarbejdet kommer i førersædet.

⁴⁹ Petersen, B. & Østergaard, K. (2018), Reconciling formal contracts and relational governance through strategic contracting. *Journal of Business and Industrial Marketing*, 33(3), s. 265-276

3 Kontrakterne

3.1 Introduktion

I dette kapitel introduceres K03- og Schlüter kontrakten i deres nuværende form, hvilket vil være omdrejningspunktet for analyserne i nærværende afhandling. Grundet kontraktens relativt brede omfang er fokus indsnævret til relevante bestemmelser for afhandlingens problemfelt. De bestemmelser der vil blive fremhævet, er vurderet til at være særligt relevante for at belyse, hvorledes kontrakterne i deres nuværende form håndterer byrdefulde efterfølgende omstændigheder. Dertil vil der være et skærpet fokus på at bestemmelser, der omhandler formål og samarbejde, eftersom den teoriramme (strategisk kontrahering), der blev introduceret i afsnit 2, primært har fokus på dette.

3.2 K03-kontrakten

Der omsættes årligt it-ydelser i Danmark for et trecifret milliardbeløb, hvor ydelserne spænder fra mange forskellige formål, herunder udvikling, vedligeholdelse, drift af komplekse systemer, salg af software, rådgivning og konsulentbistand.⁵⁰ Omsætningen viser hvordan den generelle informationsteknologi har en afgørende og vigtig betydning for virksomheder, offentlige myndigheder, privatpersoner og dermed samfundet som helhed.⁵¹ Dette indikerer endvidere, at det kan have store konsekvenser, hvis noget går galt. Ovenstående er årsagen til, at K03-kontrakten inddrages som analyseenhed i nærværende afhandling.

En it-leverance kan generelt være alt fra levering af enkle 'standard programmer' via store netværk og/eller løsninger til udviklingssamarbejder og tjenester, jf. ovenstående.⁵² En typisk it-kontrakt vil dække en kombinationsydelse, hvor ydelsen både vil bestå af en leverance, et dataprogram og en række tjenester.⁵³ Samme gør sig gældende ved K03-kontrakten, hvor ydelsen består af en it-leverance i nær sammenhæng med køb af rådgivning og projektledelse. It-kontrakter har derfor

⁵⁰ Udsen, H. (2016) IT-ret, Ex Tuto, s. 471

⁵¹ Ibid. s. 471

⁵² Torvund, O. (1997) Kontraksregulering: IT-kontrakter, s. 22

⁵³ Ibid. s. 23

generelt sine specielle særtræk, der er et resultat af it-branchens udvikling, hvilket adskiller sig fra andre brancher.⁵⁴ Samtidig findes betydelige fællestræk til andre kontrakttyper, da de fleste kontrakter er baseret på den almindelige kontraktsret, som i stor udstrækning udledes ved generel praksis.⁵⁵

I 2012 færdiggjorde Digitalstyrelsen den nye agile standardkontrakt K03-kontrakten med bistand fra Kammeradvokaten.⁵⁶ K03-kontrakten er udarbejdet som en standardkontrakt for længerevarende it-projekter baseret på en agil metode⁵⁷, hvorfor kontrakten også velegner sig til udviklings- og implementeringsydelser. Derfor er K03-kontrakten særligt velegnet til den fællesoffentlige it-projektmodel.⁵⁸ Det er værd at bemærke at K03-kontrakten ikke er tiltrådt af en leverandørorganisation, hvorfor K03-kontrakten ikke har karakter af et *agreed document*.⁵⁹

Efter K-kontrakternes offentliggørelse i 2012, har Digitalstyrelsen anført, at kontrakterne på enkelte områder ikke længere er tidssvarende, hvorfor der nødvendigvis må foretages tilpasninger ved den enkelte kontrakt.⁶⁰

3.2.1 Formålet ved K03

Formålet med udarbejdelsen af K03-kontrakten var at gøre det nemmere for vilkårlige kontraktparter at indgå kontrakter om køb af it-systemer og samtidig skabe et bredt accepteret paradigme for den generelle udarbejdelse af it-kontrakter.⁶¹ K03-kontrakten er herunder et supplement til de tidligere K-kontrakter (K01 og K02).⁶²

Leverandøren i K03-kontrakten vil som regel være en privat virksomhed, hvortil det er en forudsætning, at kunden helst er en dansk statsinstitution. Er kunden ikke en dansk

⁵⁴ Torvund, O. (1997) Kontraktsregulering: IT-kontrakter, s. 26

⁵⁵ Ibid. s. 26

⁵⁶ K03-vejledning, s. 1

⁵⁷ Ibid. s. 1

⁵⁸ Ibid. s. 3

⁵⁹ Udsen, H. (2019) IT-ret, Ex Tuto, s. 591

⁶⁰ <https://digst.dk/styring/standardkontrakter/>, besøgt d. 27/03/2021

⁶¹ K03-vejledning, s. 2

⁶² Ibid. s. 2

statsinstitution, vil det kræve tilpasninger i kontrakten.⁶³ K03-kontrakten vil i afhandlingen analyseres under den antagelse, at kunden er en dansk statsinstitution.

K03-kontrakten kontraktens vejledning angiver endvidere, at kontrakten har til formål at tage højde for en økonomisk ramme, som gør sig gældende for staten. Herunder er formålet, at projektet færdiggøres inden for en på forhånd fastlagt tidsramme, hvorfor fleksibiliteten i kontrakten er bundet i ydelsen.⁶⁴ K03-kontrakten er således ikke egnet til it-projekter, hvor fleksibiliteten er tilknyttet i tid eller pris.

Til trods for at projektet skal færdiggøres inden for en på forhånd fastlagt tidsramme, angiver K03-kontrakten ikke et tidspunkt for kontraktens ophør, da det forudsættes at udviklingsfasen har en vis længde. Dette er i overensstemmelse med formålet om, at K03-kontrakten velegner sig til længerevarende it-projekter.

3.2.2 Den agile udviklingsmodel

K03-kontrakten bygger på den agile udviklingsmodel, hvor det er centralt, at udviklingen gennemføres i en række kortere delforløb i et tæt samarbejde mellem kunden og leverandøren.⁶⁵ Idéen med den agile udviklingsmodel er at give bedre mulighed for at reagere på ændringsbehov samt tillade, at kravspecifikationen ikke er endelig ved aftaletidspunktet.⁶⁶ Parterne vælger selv, hvilken agil metode de vil anvende i K03-kontrakten, hvorfor den agile metode ikke er defineret i selve kontrakten.⁶⁷ Det vil sige, at selvom kontrakten bygger på den agile udviklingsmodel er kontrakten blot en neutral ramme for agil udvikling.

Den agile udviklingsmodel introduceres alligevel i K03-kontrakten som en mulighed for at løse et kontraktkisma, da det ofte sker, at ydelsen der skal leveres, ikke er fuldt defineret ved aftalens indgåelse.⁶⁸ Dette gør aftalen kompleks. Aftalen kompliceres

⁶³ K03-vejledning, s. 4

⁶⁴ Ibid. s. 5

⁶⁵ Udsen, H. (2016) IT-ret, Ex Tuto, s. 485

⁶⁶ Ibid. s. 485

⁶⁷ K03-vejledning, s. 7

⁶⁸ Udsen, H. (2016) IT-ret, Ex Tuto, s. 484

yderligere ved, at kunden ofte ikke har fuld klarhed og overblik over sine egne behov, hvorfor kunden oftest vil ændre sit udgangspunkt under samarbejdets forløb.⁶⁹

For at imødekomme ovenstående problemstillinger er inkorporeringen af den agile udviklingsmetode et forsøg på at facilitere et iterativt samarbejde mellem kunden og leverandøren. Følgende vil derfor introducere de relevant agile tiltag i K03-kontrakten.

Den agile metode kommer overordnet til udtryk i K03-kontrakten gennem følgende:

- I. Parternes projektledelses- og udviklingsmetode for leverancen.
- II. Det fælles ansvar for gennemførelse af projektet.
- III. Det tætte samarbejde.
- IV. Prioritering af kundens krav.
- V. At kundens krav ved aftaleindgåelse er overordnet og kan specificeres undervejs.
- VI. Udviklingen foretages i iterationer.
- VII. Kunden har ret til udtrædelse på hvilket som helst tidspunkt.⁷⁰

Set i lyset af ovenstående er det således centralt, at parterne definerer projektet i delforløb samt angiver tidsfrister for delleverancer.

I overensstemmelse med den agile udviklingsmetode er der ikke begrænsning på antallet af delleverancer, da det anses som værende en fordel styringsmæssigt at have relativt mange. Det fremgår hertil af K03-vejledningen, at parterne skal definere projektets faser for bedre at kunne iagttage princippet om *"fast to failure"*.⁷¹ Ved princippet *"fast to failure"* forstås, at kunden har mulighed for at lave løbende evaluering af *"value for money"*.⁷² Vurderer kunden, at der ikke længere er *"value for money"*, opfordres kunden til at foretage revurdering af sine prioriteter eller udtræde. K03-kontrakten har i denne forbindelse inkorporeret en opsigelsesadgang for kunden,

⁶⁹ Udsen, H. (2016) IT-ret, Ex Tuto, s. 484

⁷⁰ K03-vejledning, s. 6

⁷¹ Ibid. s. 41

⁷² Ibid. s. 41

der giver kunden ret til at udtræde kontrakten på hvilket som helst tidspunkt med skriftlig varsel på mindst 20 dage.⁷³

3.2.3 Adgangen til ændringer i K03

For så vidt angår ændringer i K03-kontrakten er det værd at bemærke at kontrakten er genstand for EU-udbudsreglerne.⁷⁴ Udbudsrettens betydning for K03-kontrakten er imidlertid afgrænset for nærværende afhandling, hvorfor der vil være fokus på ændringer i overensstemmelse med den agile udviklingsmetode.

K03-kontrakten sonderer mellem ændringer i medfør af kontrakten som *agile tilpasninger*, hvilke er ønskelige og nødvendige uden økonomisk betydning og kan let gennemføres på skriftligt grundlag.⁷⁵ Modsætningsvis er ændringer af kontrakten anset som *egentlige ændringer*, der har økonomiske konsekvenser for projektets gennemførelse.

Disse egentlige ændringer omhandler som regel levering, tid og pris. Disse er underlagt længere retningslinjer og de udbudsretlige regler, hvorfor udbudsmaterialet må genbesøges og kunden opfordres til at overveje nøje, hvorvidt det er noget som kunden er interesseret i.⁷⁶ Desuagtet må det fremhæves, at kunden har en konkret adgang til at foretage egentlige ændringer ved ændringsanmodning til leverandøren.⁷⁷ Hertil kan leverandøren igennem sin rådgivningspligt rådgive kunden om at fremsætte ændringsanmodninger.⁷⁸ Det er således ikke umuligt at foretage ændringer i K03-kontrakten så længe både kunden og leverandøren er enige herom. Er kunden uenig i leverandørens vurdering af en ændring kan K03-kontrakten kontraktens bestemmelse 37.3 håndhæves, hvor kunden og leverandøren kan forhandle med henblik på at løse denne uenighed.⁷⁹

⁷³ K03-kontrakten, bestemmelse 34.1

⁷⁴ Udbudsreglerne har regler for ændringer og tilpasninger som kan foretages ud fra et væsentlighedskriterium

⁷⁵ K03-vejledning, s. 30

⁷⁶ Ibid. s. 31

⁷⁷ K03-kontrakten, bestemmelse 6.3.3

⁷⁸ K03-kontrakten, bestemmelse 6.3.3.2

⁷⁹ K03-kontrakten, bestemmelse 37.3

Det må imidlertid kunne udledes, at ændringer i kontrakten primært skal ses i forbindelse med agile tilpasninger. Centralt i denne forbindelse er, at K03-kontrakten bygger på væsentlige sondringer mellem kundens absolutte krav og øvrige krav, hvor sondringen nærmere er et udtryk for en prioritering i forbindelse med udarbejdelse af en kravliste.⁸⁰ De absolutte krav anses som uundværlige krav for opfyldelse af kundens mål og behov, hvor øvrige krav pr. definition er undværlige.⁸¹ Det er som udgangspunkt kun kundens øvrige krav, der er genstand for agile tilpasninger.

3.2.4 Bestemmelser om samarbejdsforhold i K03

Centralt for nærværende afhandling er K03-kontrakten kontraktens bestemmelser om samarbejdsforhold og bemanning. Ved K03-kontrakten forpligter parterne sig til at samarbejde med en positiv, professionel og ansvarlig holdning, og dertil yde en særdeles betydelig indsats for at opnå opfyldelse af kontrakten.⁸² Endvidere stilles der krav til fleksibilitet med henblik på en agil udvikling.

Parterne forpligter sig til at deltage loyalt i henhold til samarbejdsorganisationen, som udgøres af en partsbestemt struktur, roller og bemyndigelser.⁸³ Her er leverandøren initiativtager og ansvarlig for projektstyring, hvor kunden særligt skal varetage en aktiv rolle. Dertil har leverandøren forpligtet sig til at forsyne kunden med løbende status information og rådgivning.⁸⁴ Samarbejdet er overordnet et fælles ansvar, hvor der foreligger indsatsforpligtelser for begge parter.

Formålet med samarbejdet i K03-kontrakten er at skabe åbenhed om projektet. Behovet for åbenhed skal ses i sammenhæng med begge parters forpligtelse til at påpege fejl⁸⁵ eller øvrige forhold, der kan have en reel betydning for kontraktens opfyldelse.⁸⁶

⁸⁰ K03-vejledning, s. 13

⁸¹ Ibid. s. 13

⁸² K03-kontrakten, bestemmelse 8.1

⁸³ K03-kontrakten, bestemmelse 8.1

⁸⁴ K03-vejledning, s. 60

⁸⁵ Fejl har i K03-kontrakten samme definition som en mangel

⁸⁶ K03-vejledning, s. 59

K03-kontraktens vejledning opfordrer endvidere til, at parterne overvejer medarbejderes fysiske placeringer for at sikre det tætte samarbejde.⁸⁷ Det er centralt for det tætte samarbejde, at parterne ofte er i kontakt og, at de samarbejder på forskellige niveauer på tværs af parternes organisationer.⁸⁸

3.2.5 Medarbejdernes udskiftning eller fratrædelse

Parterne allokerer medarbejdere til projektet, som vil udgøre projektets bemanning. Herunder er allokering af nøglemedarbejdere centralt som for leverandøren særligt består af den udpegede projektleder.⁸⁹ Konkret skal parterne for så vidt muligt undgå at udskifte deres nøglemedarbejdere, men hvis det er nødvendigt med henblik på gennemførelse af projektet, er det en mulighed. En udskiftning af en medarbejder må dog ikke påvirke udførelse af opgaverne i projektet og som resultat medføre en forsinkelse.⁹⁰ Omkostninger ved udskiftning dækkes af den individuelle part, der udskifter en medarbejder.

Leverandøren kan ikke udskifte en nøglemedarbejder forud for godkendelse af driftsprøve for den sidste delleverance uden kundens skriftlige samtykke og uden forudgående fremsendelse af CV for den pågældende nye nøglemedarbejder til kunden.⁹¹ Giver kunden ikke samtykke, er der vederlags konsekvenser for leverandøren, og leverandøren kan ikke fakturere for den nye medarbejders løn for de første antal timer, han/hun arbejder på projektet.⁹² Formålet med denne bestemmelse er at skabe incitament for leverandøren til at fastholde nøglemedarbejdere.

Pågældende bestemmelser finder anvendelse medmindre, at udskiftningen af en nøglemedarbejder skyldes medarbejderens egen fratrædelse, ophør af ansættelsesforhold, orlov, sygdom, mv.⁹³ På baggrund heraf må leverandøren gerne udskifte en medarbejder uden forudgående fremsendelse af CV.⁹⁴

⁸⁷ K03-vejledning, s. 59

⁸⁸ Ibid. s. 12

⁸⁹ Ibid. s. 13

⁹⁰ Ibid. s. 62

⁹¹ K03-kontrakten, bestemmelse 8.4.3.1

⁹² K03-vejledning, s. 63

⁹³ K03-kontrakten, bestemmelse 8.4.3.1

⁹⁴ K03-kontrakten, bestemmelse 8.4.3.1

Kunden kan udskifte nøglemedarbejdere, så længe projektet kan forløbe uændret, hvorfor kunden har videre adgang til udskiftning af nøglemedarbejdere end leverandøren.⁹⁵ Dog kræver dette en ændringsanmodning til leverandøren.⁹⁶ Der findes i denne forbindelse ikke en procedure for projektets midlertidige fortsættelse, når en medarbejder fratræder.

Afslutningsvis sætter K03-kontrakten i modsætning til K01 og K02 krav til parternes medarbejderressourcer og bemanning. Herunder skal medarbejderne have de fornødne kompetencer og kvalifikationer til at varetage deres roller.⁹⁷ Særligt for leverandørens bemanning er der et krav vedrørende nødvendig uddannelse, viden og erfaring. Det bemærkes hertil, at det er et krav at leverandørens projektleder har erfaring med gennemførelse af projekter med anvendelse af den agile metode som anvendes til det konkrete projekt.⁹⁸ Der pålægges desuden leverandøren en ekstra forpligtelse om revurdering af bemanning og allokering af yderligere ressourcer ved forsinkelse eller risiko for forsinkelse i relation til kundens absolutte krav.⁹⁹

3.3 Schlüter kontrakten

Den farmaceutiske industri (under medicinalbranchen) omsætter hvert år for et trecifret milliard beløb, hvorfor industrien har stor indflydelse på Danmarks økonomi og velstand. Omsætningen taler hertil for, at det kan have store konsekvenser hvis forskningen eller udviklingen går galt. For at et forskningssamarbejde mellem en privat virksomhed og en offentlig institution skal være bæredygtigt og bibringe økonomisk værdi er det afgørende, at parterne indgår i en samarbejdsmodel, der inddrager fleksibilitet. Tillige skal finansieringen være fastlagt og fordelt, og begge parter skal belønnes rimeligt for deres indsats i projektet.¹⁰⁰ Lykkes det parterne at få sådan aftale

⁹⁵ K03-kontraktens bestemmelse 8.4.3.2

⁹⁶ K03-vejledning, s. 63

⁹⁷ Ibid. s. 61

⁹⁸ Ibid. s. 61

⁹⁹ Ibid. s. 61

¹⁰⁰ Tvarnø, C. D., Ølykke, G. S. & Østergaard, K. (2013) Vækst og værdiskabelse via nye former for innovationssamarbejder og partnerskaber, s. 49

på plads, er forudsætningerne for at bidrage med innovation øget, og hertil har parterne mulighed for at formindske risici ved at dele omkostninger og ressourcer.¹⁰¹

Et forskningssamarbejde mellem en privat virksomhed og en offentlig institution kan derfor anses som fordelagtigt for begge parter. Den offentlige institution vil få gavn af et samarbejde ved at opnå adgang til ressourcer; herunder især teknologi, laboratorier, udstyr, data, studier mv., hvor den private virksomhed drager fordel af institutionens viden, herunder blandt andet nye tilgange til innovation og kompetencer.¹⁰² Er samarbejdet succesfuldt mellem parterne kan den private virksomhed opnå en potentiel konkurrencefordel.¹⁰³

3.3.1 Formålet ved Schlüter kontrakten

Schlüter kontrakten er udarbejdet af Johan Schlüter-udvalget og er offentliggjort af Uddannelses- og Forskningsministeriet, hvor de seneste ændringer og tilpasninger blev foretaget i 2019.¹⁰⁴ Kontrakten er udarbejdet med det formål at gøre det lettere for en offentlig institution og en privatvirksomhed at indgå i et samarbejde om samfinansieret forskning. Schlüter udvalgets modelaftaler¹⁰⁵ er generelt konciperet til at kunne dække alt forskningssamarbejde med alle typer virksomheder, hvorfor modelaftalerne er meget generelle.¹⁰⁶ Modelaftalen er derfor som udgangspunkt tænkt som et paradigme, hvorfor Schlüter-udvalget altid opfordrer til tilpasning af kontrakten efter konkrete omstændigheder.¹⁰⁷

¹⁰¹ Tvarnø, C. D., Ølykke, G. S. & Østergaard, K. (2013) Vækst og værdiskabelse via nye former for innovationssamarbejder og partnerskaber, s. 49

¹⁰² Ibid. s. 50

¹⁰³ Ibid. s. 50

¹⁰⁴ <https://ufm.dk/forskning-og-innovation/samspil-mellem-viden-og-innovation/viden-netvaerk-og-kommercialisering-til-virksomheder/fa-hjaelp-til-kommercialisering/modelaftaler>, besøgt d. 27/03/2021

¹⁰⁵ Der blev udarbejdet fem forskellige modelaftaler vedr 1) Rekvireret forskning 2) *Samfinansieret forskning (to parter)* 3) Samfinansieret forskning (flere parter) 4) Samfinansieret forskning ph.d.-uddannelse og 5) Erhversph.d.-projekt.

¹⁰⁶ Aftale om forskningssamarbejde – vejen gennem den gode forhandling, Uddannelses- og Forskningsudvalget 2014-15 (2. samling), s. 12

¹⁰⁷ Manual til Aftale om samfinansieret forskning (to Parter), s. 1

Ved Schlüter kontrakten er formålet endvidere, at både virksomheden og den offentlige institution bidrager med ressourcer for at nå opfyldelse af kontrakten.¹⁰⁸ Disse ressourcer vil især omhandle baggrundsviden, finansiering, medarbejdere og udstyr.¹⁰⁹ Samarbejdet er herunder karakteriseret ved, at begge parter deltager aktivt og udøver fælles forskning med henblik på at sikre en fælles optimering og opfyldelse af fælles mål.¹¹⁰ Formålet med forskningens resultater er herunder, at disse skal offentliggøres eller patenteres.

Schlüter kontraktens overordnede genstand må udledes at være opfindelsen som parterne potentielt finder i fællesskab. Opfindelsen defineres som en nyskabelse som ikke er kendt på tidspunktet for nyskabelsen og vedrører tillige frembringelser som kan beskyttes efter lov om brugsmodeller.¹¹¹ Definitionen afspejler sig også i almindelige immaterialretlige definitioner af begrebet, dog med en undladelse af væsentlighedskriteriet for at give parterne mulighed for at foretage vurdering af væsentlighed og patenterbarheden af opfindelsen.¹¹² Opfindelsen er ikke defineret ved aftaleindgåelse, da parterne indgår i kontrakten med det formål at tilegne sig ny viden inden for et bestemt fagområde, og er derfor uvidende om, hvad de potentielt finder.

Til trods for dette har Schlüter kontrakten primær fokus på at regulere overdragelsen af rettigheder for den opfindelse, parterne potentielt finder i fællesskab. Opfindelsen er afhængig af projektet og kontraktens opfyldelse, hvorfor parterne skal definere projektet med en "kort" og dermed relativ vag beskrivelse, som nærmere kan angives i bilag 1 med nøje udførlighed.

Bemærkelsesværdigt er det, at Schlüter kontrakten kan anses at have inspiration fra den agile udviklingsmodel ved bestemmelsen i bilag 1 om projektets tidsplan, hvor

¹⁰⁸ <https://ufm.dk/forskning-og-innovation/samspil-mellem-viden-og-innovation/viden-netvaerk-og-kommercialisering-til-virksomheder/fa-hjaelp-til-kommercialisering/modelaftaler/samarbejde-og-rettighedsaftaler/samfinansieret-forskning-to-parter>, besøgt d. 14/03/2021

¹⁰⁹ Manual til Aftale om samfinansieret forskning (to Parter), s. 1

¹¹⁰ Tvarnø, C. D., Ølykke, G. S. & Østergaard, K. (2013) Vækst og værdiskabelse via nye former for innovationssamarbejder og partnerskaber, s. 239

¹¹¹ Aftale om samfinansieret forskning (to parter), § 1

¹¹² Manual til Aftale om samfinansieret forskning (to Parter), s. 3

parterne har mulighed for at opdele projektet i milepæle eller faser.¹¹³ Relevant er i denne forbindelse Schlüter kontraktens § 3.2, hvor parterne har mulighed for at indstille samarbejdet. Såfremt parternes aftale budget ikke kan overholdes, og dette ikke skyldes fejl eller forsømmelser, kan parterne i fællesskab foretage en ny vurdering om, hvorvidt projektet skal føres til ende eller indstilles.¹¹⁴

3.3.2 Adgangen til ændringer i Schlüter kontrakten

Adgangen til ændringer i Schlüter kontrakten kommer til udtryk ved en klassisk bestemmelse om ændring af aftalen i § 17.1. Heraf fremgår det, at en ændring af aftalen skal være skriftlig og være underskrevet af begge parter.¹¹⁵ I § 17.2 findes en bestemmelse om genforhandling. Begge parter forpligter sig herved til at genforhandle aftalen, såfremt en part kan godtgøre, at væsentlige eller kendelige forudsætninger for aftalens indgåelse er svigtet.¹¹⁶ Denne bestemmelse skal ses i sammenhæng med tidligere nævnte § 3.2, hvor parterne kan foretage fornyet vurdering af projektet, skulle budgettet ikke kunne overholdes.

3.3.3 Bestemmelser om samarbejdsforhold i Schlüter kontrakten

I Schlüter kontraktens § 2 fremgår parternes forpligtelser til at samarbejde samt parternes forpligtelser til at handle i overensstemmelse med kontraktens ordlyd og formål. Parterne der indgår i samarbejdet, forpligter sig til at udføre deres arbejde efter bedste evne med iagttagelse af god skik for videnskabeligt arbejde.¹¹⁷

Relevant for parternes samarbejde er bestemmelsen i § 4.2 om projektledelse. En projektleder har det overordnede ansvar for gennemførelse af projektet og står for henholdsvis ledelse og fremdrift.¹¹⁸ En væsentlig forudsætning for parterne er, at projektledelsen deltager aktivt i gennemførelsen af projektet.¹¹⁹ Projektledelsen har

¹¹³ Aftale om samfinansieret forskning (to parter), bilag 1 pkt. 3

¹¹⁴ Aftale om samfinansieret forskning (to parter), § 3.2

¹¹⁵ Aftale om samfinansieret forskning (to parter), § 17.1

¹¹⁶ Aftale om samfinansieret forskning (to parter), § 17.2

¹¹⁷ Aftale om samfinansieret forskning (to parter), § 15.2

¹¹⁸ Aftale om samfinansieret forskning (to parter), § 4.2

¹¹⁹ Aftale om samfinansieret forskning (to parter), § 4.2

herunder bemyndigelse til selv at angive terminer og mødefrekvenser under projektets gennemførelse.¹²⁰ Endvidere er øvrige medarbejdere der er sat på Projektet angivet i bilag 1. Der er dog ikke fastsat nærmere regler for projektledelsen i Schlüter kontrakten.

3.3.4 Medarbejdernes udskiftning eller fratrædelse

Udskiftes en projektleder skal der foreligge samtykke medmindre, at udskiftningen sker på baggrund af en sagligt begrundet opsigelse herunder fratrædelse, vedkommende bliver uarbejdsdygtig over en længere periode eller afgår ved døden.¹²¹ De saglige begrundelser skal forstås i overensstemmelse med funktionærloven og hertil omfattende domspraksis.¹²² Udskifter en part en projektleder af anden årsag uden samtykke fra medparten, betragtes dette som væsentlig misligholdelse jf. § 13.1.¹²³

Schlüter kontrakten har i overensstemmelse med ovenstående fokus på at regulere parternes retsstilling i tilfælde af udskiftning af en projektleder (også anset som en nøglemedarbejder). Schlüter kontrakten tager ikke yderligere stilling til en procedure for at finde en ny projektleder, eller hvordan forskningen kan fortsætte midlertidigt.

3.4 Sammenfatning

I ovenstående afsnit blev K03- og Schlüter kontrakten introduceret i deres nuværende form med henblik på at danne grundlag for afhandlingens senere analyse. En vigtig betragtning er, at kontrakterne ikke deler samme genstandsfelt og har hertil en forskellig opbygning. Der hersker ingen tvivl om, at begge kontrakter har fokus på samarbejde, men desuagtet er dette fokus forskelligt af natur.

Samarbejdet ved K03-kontrakten synes at være markant præget af leverandør-kunde forhold, hvor leverandøren har et større professionelt ansvar for it-leverancen. Samarbejdet kan herunder anses som værende sekundært til levering af ydelsen, men

¹²⁰ Manual til Aftale om samfinansieret forskning (to Parter), s. 5

¹²¹ Aftale om samfinansieret forskning (to parter), § 4.2

¹²² Manual til Aftale om samfinansieret forskning (to Parter), s. 5

¹²³ Ibid. s. 5

ikke desto mindre, er samarbejdet centralt for at nå opfyldelse af kontrakten. Ved Schlüter kontrakten synes samarbejdet mellem den offentlige institution og den private virksomhed at fokusere mere på, at begge parter agerer som ligeværdige professionelle parter for at nå opfyldelse af kontrakten og potentielt gøre en opfindelse. At samarbejdet i K03- og Schlüter kontrakten adskiller sig af natur, er en betragtning som iagttages gennem afhandlingens senere analyser.

Til trods for at samarbejdet i kontrakterne er forskellige af natur, synes det alligevel muligt at udlede ligheder mellem kontrakterne i deres nuværende form og hertil forhold som begge kontrakter regulerer. Centralt er, at begge kontrakter regulerer 'ydelse' (for Schlüter kontrakten, forskning) som er vanskelige at specificere ved aftaleindgåelse, hvorfor specificeringen i høj grad må foretages under kontraktens løbetid som parternes usikkerheder bliver mere kendte.

Både K03- og Schlüter kontrakten synes at have "*positive*" kontrakt elementer med henblik på rigtig opfyldelse af kontrakterne ved et samarbejde. Begge kontrakter forsøger at iagttage en agil metode, og opfordrer til at projekterne inddeles i faser for udvikling og forskning for at gøre projekterne mere overskuelige. Endvidere er der ikke et konkret ophørstidspunkt konciperet i kontrakterne, da slutperioden ikke kan udledes ved aftaleindgåelse. Ovenstående kunne identificeres som et forsøg på at være proaktiv, da parterne anerkender usikkerheder ved aftaleindgåelse givet, at kontrakterne kan have ukendte varigheder.

Derudover har kontrakterne også 'reaktive' elementer. Særligt har K03-kontrakten kundens opsigelsesadgang ved 20 dages varsel. Schlüter kontrakten giver hertil parterne adgang til at indstille samarbejdet uden dette skyldes fejl eller forsømmelser. Endvidere synes K03- og Schlüter kontraktens bestemmelser om at samarbejde at være reaktive, da K03-kontrakten blandt andet påpeger, at denne forpligtelse skal ses i overensstemmelse med at påpege fejl. Hertil skal parterne i Schlüter kontrakten først foretage genforhandling efter det er konstateret, at budgettet ikke kan overholdes.

Endvidere synes kontrakternes bestemmelser at være ens med henblik på parternes retstillinger og rettigheder skulle en nøglemedarbejder fratræde. Hertil udledes, at

hverken K03- eller Schlüter kontrakten tager stilling til en midlertidig procedure for at sikre samarbejdet ikke går i stå mens nøglemedarbejder problematikken forestår, hvorfor bestemmelserne ikke er proaktive. Dette er en problematik, da det antageligt kan være svært at finde nye 'nøglemedarbejdere' ved K03- og Schlüter kontrakten.

Antagelsen om at det kan være svært at finde nye medarbejdere, skyldes blandt andet K03-kontraktens strenge krav til medarbejdernes kvalifikationer, erfaringer og kompetencer. Kravene er yderest specifikke, hvilket gør det vanskeligt at finde en ny nøglemedarbejder, der passer profilen. Tilsvarende for Schlüter kontrakten kan antallet af forskere med de nødvendige erfaringer og kompetencer være begrænset i særlige fagområder. Forskere er hertil som regel meget specialiseret inden for en niche, hvorfor søgningen på en ny medarbejder kan tage tid og være forbundet med omkostninger.

I lyset af ovenstående synes der at være mindre skævvridning mellem kontraktens anerkendelse af usikkerheder ved et samarbejde og kontraktens egentlige udformning. Navnlig kan der argumenteres for at være en overvægt af reaktive kontraktbestemmelser, selvom et længerevarende succesfuldt samarbejde egentlig kræver proaktive kontraktbestemmelser set i lyset af strategisk kontrahering. I denne forbindelse synes de 'proaktive' bestemmelser om en agil metode, og at kontrakterne ikke har en ophørsdato, ikke at være tilstrækkeligt.

Ovenstående opidser således kort de overordnede problemstillinger kontrakterne giver anledning til at analysere. Navnlig anses kontrakterne som værende primært reaktive i deres nuværende form, hvorfor der ikke fuldstændig faciliteres en struktur, der gavner et længerevarende samarbejde og en relationsrente mellem parterne. På baggrund heraf er det derfor relevant at yderligere undersøge mulighederne for at revidere kontrakterne ved en gensidig samarbejdsforpligtelse med en inkorporering af proaktive tiltag i kontrakterne. Alligevel er det indledningsvist relevant at analysere, hvorledes dansk ret og kontraktens nuværende bestemmelser håndterer byrdefulde efterfølgende omstændigheder. Dette skaber de overordnede rammer for at gøre kontrakterne til mere aktive styringsværktøjer for håndtering af endogene og eksogene byrdefulde efterfølgende omstændigheder.

4 Juridisk Analyse

4.1 Introduktion

I nærværende kapitel undersøges, hvorledes dansk ret og K03- og Schlüter kontraktens nuværende bestemmelser håndterer byrdefulde efterfølgende omstændigheder. Formålet med analysen er at belyse, hvorledes K03- og Schlüter kontrakten adskiller sig fra den almindelige obligationsret med henblik på håndtering af byrdefulde efterfølgende omstændigheder. Hertil undersøges, hvilke forpligtelser der følger af den almindelige obligationsret sammenholdt med K03- og Schlüter kontrakten i relation til at samarbejde om forhold, der påvirker kontraktens opfyldelse.

4.2 Aftalen som omdrejningspunkt

Der er i dansk ret aftalefrihed, hvorunder aftalefrihed i økonomiske forhold betyder, at virksomheder (såvel som enkeltpersoner) frit kan indgå de aftaler, de ønsker, som et retligt bindende grundlag.¹²⁴ Aftalefriheden er bundet i DL¹²⁵ 5-1-1, 5-1-2, samt aftalelovens¹²⁶ § 1 med forbehold for aftalen ikke strider imod præceptive regler. Parterne i en kontraktrelation kan således selv tage stilling til, hvordan bestemte omkostninger, herunder risici, skal fordeles mellem parterne ved aftaleindgåelse.¹²⁷

4.3 It-kontraktretten

I nærværende afsnit vil it-kontraktretten kort behandles med henblik på K03-kontrakten. Formålet er at udlede, om der er specielle retlige hensyn at iagttage med henblik på baggrundsret og fortolkning.

Ved en it-kontrakt vil udgangspunktet for reguleringen mellem parternes indbyrdes forhold være aftalen indgået mellem dem. Hvis aftalen mellem parterne er uklar, vil retstilstanden mellem parterne afgøres ved en fortolkning af aftalen.¹²⁸ I de tilfælde, hvor det omtvistede spørgsmål *slet ikke* er reguleret af aftalen mellem parterne, vil

¹²⁴ Andersen, L. L. & Madsen P. B. (2012) Aftaler og mellemænd. Karnov Group, s. 19

¹²⁵ Danske Lov: Kong Christian Den Femtis Danske Lov nr. 11000 af 15. april 1683

¹²⁶ Lovbekendtgørelse 2016-03-02 nr. 193 om aftaler og andre retshandler på formuerettens område

¹²⁷ Madsen, C. F. & Østergaard, K. (2017) Nærmest til at bære risikoen i kontraktretten: En overset obligationsretlig grundsætning? Juristen, 99(2), s. 35

¹²⁸ Udsen, H. (2019) IT-ret, Ex Tuto s. 587-588

spørgsmålet behandles ved baggrundsretten som primær retskilde.¹²⁹ Endvidere under omstændighederne, hvor aftalen kun indirekte eller perifært tager stilling til en problemstilling, vil baggrundsretten tillægges en betydning for selve fortolkningen af aftalen.¹³⁰ Hertil må særligt bemærkes, at hvis en it-leverance er omfattet af præceptiv lovgivning, vil denne lovgivning gå forud for aftalen.

Obligationsretten udgør det væsentligste retsgrundlag, når parternes forpligtelser i forbindelse med en it-leverance skal fastlægges og ikke følger af parternes aftale.¹³¹ I tilfælde af, at svaret på en given problemstilling ikke kan udledes af den almindelige obligationsret, må svaret nærmere søges med udgangspunkt i obligationsretlige argumentationsmønstre og hensynsafvejninger.¹³² I disse situationer kan sædvaner og standardkontrakter på it-kontraktrettens område få betydning for fastlæggelsen af baggrundsretlige regulering.¹³³ Det må hertil bemærkes, at der findes beskeden retspraksis for parternes forpligtelser ved levering af komplekse og længerevarende ydelser, da især hyppigt anvendte K-kontrakter har bestemmelser om at behandle tvister ved voldgift.¹³⁴ Således kan det endvidere være vanskeligt at få overblik og svar på de obligationsretlige spørgsmål, der opstår ved levering af it-ydelser.

Sædvaner betragtes som en handlemåde, der almindeligvis følges af en kreds af aktører inden for et bestemt område.¹³⁵ En sædvane i sig selv er ikke bindende for parterne og kan ikke tilsidesætte et aftalt vilkår. Dog kan sædvanen angå alle typer forhold, herunder bl.a. leverance- og kontraktuelle forhold. Sædvanen vil således kunne få betydning som inspirationsgrundlag i forbindelse med, hvordan parternes aftale skal fortolkes og udfyldes.¹³⁶ Hertil kan sædvanen få betydning for fastlæggelsen af baggrundsretten, inden for sædvanens område i det tilfælde baggrundsretten er uklar.¹³⁷

¹²⁹ Udsen, H. (2019) IT-ret, Ex Tuto, s. 587

¹³⁰ Ibid. s. 587

¹³¹ Ibid. s. 588

¹³² Ibid. s. 590

¹³³ Ibid. s. 590

¹³⁴ Ibid. s. 589

¹³⁵ Ibid. s. 592

¹³⁶ Ibid. s. 592

¹³⁷ Ibid. s. 592

It-leverancer kan i visse tilfælde kan være omfattet af købeloven¹³⁸, hvis der er tale om former for køb af standardsoftware eller programmer.¹³⁹ I det omfang hvor it-leverancen har nærmere karakter af en tjenesteydelse, herunder ved aftaler om udvikling, drift og vedligeholdelse vil it-leverancen dog ikke være omfattet af købeloven.¹⁴⁰ Det findes, at hvor købeloven ikke finder anvendelse direkte eller analogt, vil den almindelige obligationsret være udgangspunktet for et tvistsspørgsmål.¹⁴¹

Hvorvidt købeloven finder anvendelse på K03-kontrakten vil derfor afhænge af den specifikke ydelse. Som udgangspunkt finder købeloven vanskelig anvendelse ved udvikling- og implementeringsydelser, da kundens kravspecifikation ikke tager udgangspunkt i allerede eksisterende programmer. Det kan dog hænde, at kunden bestiller et standardprogrammel med mindre tilpasninger, hvorefter købeloven vil finde anvendelse på K03-kontrakten.

Købelovens regler kan i et vidt omfang anses som værende en kodificering af de almindelige obligationsretlige grundsætninger, hvorfor retstilstanden i mange tilfælde vil være den samme, uanset om købeloven eller obligationsretten finder anvendelse.¹⁴² Købelovens regler vil i den forbindelse ikke behandles yderligere, da udgangspunktet ved K03-kontrakten er kundens særlige kravspecifikation, som ikke tager udgangspunkt i eksisterende programmer.

Det centrale for K03-kontrakten er, at obligationsretten udgør det væsentlige retsgrundlag. Det bemærkes dog, at andre retsgrundlag også kan have relevans afhængigt af karakteren for it-leverancen. Herunder iagttages bl.a. ophavsretten¹⁴³, entrepriseretten, persondataretten, ansættelsesret og udbudsretten. Disse juridiske discipliner vil dog ikke blive behandlet nærmere i nærværende afhandling. Fokus er på en samarbejdsforpligtelse i K03-kontrakten, hvorfor der fremadrettet tages

¹³⁸ Lovbekendtgørelse om lov om køb, nr. 140 af 17/02/2014

¹³⁹ Udsen, H. (2019) IT-ret, Ex Tuto, s. 588

¹⁴⁰ Ibid. s. 588

¹⁴¹ Ibid. s. 589

¹⁴² Ibid. s. 634

¹⁴³ Edb-programmer er beskyttet herigennem

udgangspunkt i den almindelige obligationsret. Det bemærkes i denne forbindelse, at sædvanen kan have stor betydning for fortolkning og udfyldning af it-kontrakter, hvis en kontrakt forholder sig tavs til en givent forhold.

4.4 Det privatretlige perspektiv for forskersamarbejdskontrakten

I nærværende afsnit vil det privatretlige perspektiv for forskerkontrakten behandles kort med henblik på Schlüter kontrakten. Formålet er at afdække ”kontraktrummet”, hvori Schlüter kontrakten navigerer. Ved kontraktrummet forstås begrænsninger og muligheder en privat virksomhed har, når de indgår en aftale med en offentlig institution om forskning.

Ved Schlüter kontrakten indgår en privat virksomhed og en offentlig institution i et forskningssamarbejde på et privatretligt grundlag, hvorfor det almindelige princip om aftalefrihed gælder.¹⁴⁴ Ved en forskningskontrakt må udgangspunktet for reguleringen mellem parternes indbyrdes forhold, derfor være aftalen indgået mellem dem. Hvis aftalen er uklar, vil retstilstanden mellem parterne afgøres ved en fortolkning af aftalen. I de tilfælde, hvor aftalen mellem parterne slet ikke indeholder bestemmelser, der regulerer det omtvistede spørgsmål, vil spørgsmålet behandles ved baggrundsretten som en primær retskilde. På lige fod med it-kontrakten vil obligationsretten udgøre det væsentligste retsgrundlag, hvis parternes forpligtelser ikke kan fastlægges eller følger af parternes aftale.

Aftalefriheden i Schlüter kontrakten må dog bemærkes at kunne begrænses i et privatretligt perspektiv.¹⁴⁵ I et aftaleretligt perspektiv påvirkes kontraktfriheden ved Schlüter kontrakten indledningsvist af loven om offentlige forskningsinstitutioners kommercielle aktiviteter og samarbejde med fonde¹⁴⁶. Dette skyldes, at der i lovens § 3 stilles krav om, at en offentlig forskningsinstitutioners aftaler med erhvervsdrivende skal indgås på tilsvarende vilkår som på det private marked.¹⁴⁷ Der findes ikke

¹⁴⁴ Tvarnø, C. D., Ølykke, G. S. & Østergaard, K. (2013) Vækst og værdiskabelse via nye former for innovationssamarbejder og partnerskaber, s. 118

¹⁴⁵ Ibid. s. 118

¹⁴⁶ Bekendtgørelse af lov om offentlige forskningsinstitutioners kommercielle aktiviteter og samarbejde med fonde nr. 580 af 01/06/2014

¹⁴⁷ Tvarnø, C. D., Ølykke, G. S. & Østergaard, K. (2013) Vækst og værdiskabelse via nye former for innovationssamarbejder og partnerskaber, s. 118-119

grundlag for, at forskningsinstitutioner ikke skulle forfølge denne prissætning, hvorfor det må anses at være relevant for parterne i Schlüter kontrakten. Loven vil dog ikke behandles yderligere i nærværende afhandling.

Forskningskontrakten som hertil har til formål at skabe nye patenter skal ligeledes i kontraktuelt perspektiv identificere, om der er særlige juridiske hensyn at tage ift. Patentloven¹⁴⁸ (PL). Patentloven regulerer en lang række aspekter i forhold til patenter, hvad der kan opnås patent til, og hvilken procedure, der foreligger for at opnå et patent.¹⁴⁹ Patentloven behandles ikke yderligere i nærværende afhandling, da rettighederne til patentet er reguleret i Schlüter kontraktens nuværende form med henblik på den private virksomhed som patenthaver.

Endvidere hvor en privatvirksomhed agerer egenskab som arbejdsgiver, er det relevant at være opmærksom på lov om arbejdstageres opfindelser¹⁵⁰ (AOL). Dette er relevant, da der i forhold til medarbejderne er begrænsninger, som finder anvendelse, idet "*opfindelsen*" i lovens forstand enten er et patent eller en brugsmode.¹⁵¹ AOL finder hertil anvendelse på alle ansættelsesforhold, uagtet om forholdet er en privat eller offentlig ansættelse jf. AOL § 1, stk. 2. Det må dog bemærkes, at AOL § 1, stk. 3 indeholder en undtagelse til lovens anvendelsesområde, hvor medarbejdere, der er omfattet af forskerpatentloven¹⁵² (FPL), ikke er omfattet af AOL. FPL har herunder anvendelsesområde, hvor en offentlig institution agerer i egenskab af arbejdsgiver overfor en ansat forsker. FPL kan i denne forbindelse identificeres som *lex specialis* ift. AOL.¹⁵³

De respektive lovgivninger er relevante, da en arbejdsgiver-arbejdstager situation mellem en privat virksomhed og en offentlig institution kan anses som værende det

¹⁴⁸ Lovbekendtgørelse nr. 90 af 29/01/2019, Patentloven

¹⁴⁹ Tvarnø, C. D., Ølykke, G. S. & Østergaard, K. (2013) Vækst og værdiskabelse via nye former for innovationssamarbejder og partnerskaber, s. 122

¹⁵⁰ Bekendtgørelse af lov om arbejdstageres opfindelser nr. 104 af 24/01/2012

¹⁵¹ Tvarnø, C. D., Ølykke, G. S. & Østergaard, K. (2013) Vækst og værdiskabelse via nye former for innovationssamarbejder og partnerskaber, s. 119

¹⁵² Bekendtgørelse af lov om opfindelser ved offentlige forskningsinstitutioner nr. 210 af 17/03/2009

¹⁵³ Tvarnø, C. D., Ølykke, G. S. & Østergaard, K. (2013) Vækst og værdiskabelse via nye former for innovationssamarbejder og partnerskaber, s. 85

centrale underliggende kontraktforhold som kan påvirke opfyldelsen af kontrakten.¹⁵⁴ Dette skyldes til dels, at kontrakterne i høj grad bygger på human aktivspecifitet og viden hos arbejdstagere.¹⁵⁵ Både AOL og FPL vil gøre sig gældende for Schlüter kontrakten, da hver part har arbejdsgiver ansvar for deres egne medarbejdere. Det er imidlertid ikke muligt inden for rammerne af nærværende afhandling at foretage en længere analyse af betydningen af PL, FPL og AOL for Schlüter kontrakten.

Opsummeringsvist er det centrale, at obligationsretten udgør det væsentlige retsgrundlag, når parternes forpligtelser ikke fremgår af parternes aftale. Hertil opridser PL, FPL og AOL det privatretlige kontraktum¹⁵⁶, hvori Schlüter kontrakten navigerer mellem muligheder og begrænsninger.¹⁵⁷

4.5 Obligationsretten

K03- og Schlüter kontrakten er ikke omfattet af *lex specialis*, hvorfor obligationsretten udgør det mest betydelige retsgrundlag, når parternes forpligtelser ikke er fastlagt i den indgåede aftale. Det synes dog vanskeligt fuldstændigt at fastlægge klare obligationsretlige retningslinjer for komplekse og længerevarende samarbejder, da retspraksis er begrænset og konflikter som regel løses ved voldgiftsretten.

4.6 Standardkontrakten

K03- og Schlüter kontrakten er standardkontrakter. Ifølge teorien tjener standardkontrakter et rationaliseringsbehov.¹⁵⁸ Kontrakterne må således anses at være en praktisk nødvendighed som resultat af, at antallet af samarbejdsaftaler om it- og forskning stiger mellem det private og offentlige.

Der forekommer delte meninger om standardkontrakternes fortolkningsdygtighed da standardkontrakter, som udgangspunkt, ikke bygger på et subjektivt fælles grundlag

¹⁵⁴ Tvarnø, C. D., Ølykke, G. S. & Østergaard, K. (2013) Vækst og værdiskabelse via nye former for innovationssamarbejder og partnerskaber, s. 119

¹⁵⁵ Ibid. s. 119

¹⁵⁶ Ved kontraktum forstås muligheder og begrænsninger i forbindelse med indgåelse af en samarbejdsaftale mellem en privat virksomhed og en offentlig institution

¹⁵⁷ Tvarnø, C. D., Ølykke, G. S. & Østergaard, K. (2013) Vækst og værdiskabelse via nye former for innovationssamarbejder og partnerskaber, s. 148

¹⁵⁸ Andersen, L. L. & Madsen P. B. (2012) Aftaler og mellemmand, 6. udg., s. 25

mellem parterne.¹⁵⁹ Navnlig har parterne ikke selv konciperet kontrakten, hvorfor kontrakten i teoretisk henseende ikke kan anses som et direkte udtryk for parternes partsvilje.¹⁶⁰

Desuagtet kan standardkontrakterne anses som værende effektive i de scenarier, hvor en virksomhed, som led i sin erhvervsudøvelse, udbyder den samme vare eller ydelse igen og igen. Her vil standardkontrakten endvidere anses som værende fortrolig med forretningsmæssige og juridiske problemstillinger, hvorfor kontrakten er hensigtsmæssig for parterne og afspejler branchen. Ydermere anses, at der faciliteres en øget mulighed for at forebygge problemers opståen gennem kontraktens løbetid.¹⁶¹

Set i lyset af ovenstående, kan en standardkontrakt udtrykke en branchesædvane eller en branchekutyme. En branchesædvane eller en branchekutyme vil navnlig tillægges betydning ved fortolkning af parternes aftale og kan hertil også få betydning ved fastlæggelse af baggrundsretten for standardkontrakter.¹⁶²

Hertil er standardkontrakter ofte særdeles detaljerede dokumenter, som søger mange scenarier løst i kontrakten selv. Ved standardkontrakterne synes det tydeligere, at fortolkning derfor må ske ud fra andre data end parternes partsvilje. Hertil synes retsordenens ønske om, for så vidt muligt, at give aftaler mere rimeligt indhold at blive væsentligt.¹⁶³ Det fremgår i denne forbindelse, at problematikken ikke altid vedrører aftalesupplering eller udfyldning, men nærmere at skelne mellem skærpet krav til vedtagelsen af vilkåret i kontrakten, indskrænkende fortolkning af vilkåret eller tilsidesættelse af vilkåret som ugyldigt.¹⁶⁴ Skellet herimellem er ikke altid særligt klart, hvorfor dette undersøges nærmere med henblik på K03- og Schlüter kontrakten i følgende afsnit.

¹⁵⁹ Torvund, O. (1997) Kontraksregulering: IT-kontrakter. Tano Aschehoug, s. 55

¹⁶⁰ Ibid. s. 55

¹⁶¹ Andersen, L. L. & Madsen P. B. (2012) Aftaler og mellemmænd. Karnov Group, s. 25

¹⁶² Udsen, H. (2016) IT-ret, Ex Tuto, s. 47

¹⁶³ Madsen, P. B (1983) Aftalefunktioner: om aftalers indgåelse, retsvirkninger og bindende virkning. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s. 13

¹⁶⁴ Ibid. s. 13

4.7 Fortolkning & Udfyldning

En aftale fastlægger en bindende retsstilling mellem aftalens parter, hvorfor der opstår et såkaldt partsbestemt retsgrundlag. Hvis der opstår tvivl eller uenighed mellem parterne om, hvad der er aftalt, eller hvis der opstår en omstændighed som parterne ikke har taget stilling til, anvendes fortolkning og udfyldning for at klarlægge aftalens nærmere indhold. Der er således forskel på, hvornår egentlig fortolkning og udfyldning anvendes ved tvivlssituationer mellem parterne, selvom formodningsreglerne har ophav i samme fortolkningsvirksomhed.¹⁶⁵

Hvis parternes aftale har taget stilling til tvivlsforholdet, vil fortolkning anvendes for at klarlægge, hvordan ord og vilkår, som er uklare eller tvetydige, skal forstås i lyset af hele aftalesituationen. Den snævre fortolkning vil således prøve at fremfinde parternes konkrete vilje og hensigt med aftalen ift. selve udlægningen af aftalen. Dette sker på et grundlag af generelle overvejelser og hensyn.¹⁶⁶

Aftalefortolkningen fordrer en social og psykologisk forståelse samt et juridisk overblik for at kunne se det enkelte aftaleforhold i lyset af særlige principper, der gælder den specialdisciplin, retsområde eller kontrakttype, som aftalen hører under.¹⁶⁷

Hertil er det vigtigt at fremhæve, at hvor fortolkning støttes på branchekutymmer eller sædvaner, får fortolkningen oftest karakter af egentlig udfyldning.¹⁶⁸ Dette forhold gør sig særligt relevant ved K03-kontrakten, set i lyset af afsnit 4.3, men må også formodes at have betydning for fortolkning af Schlüter kontrakten.

Udfyldning vil anvendes, hvor parternes aftale ikke har taget stilling til tvivlsforholdet, således tvivlsforholdet og dermed retsstillingen heraf fastlægges mellem parterne.¹⁶⁹ Udfyldningsregler kan være lovregler, sædvaner, kutymmer eller blot almindelig skik og brug, hvorfor udfyldningsreglerne giver resultater, som begge parter har tilsigtet eller

¹⁶⁵ Andersen, L. L. & Madsen P. B. (2012) Aftaler og mellemmand. Karnov Group, s. 340-342

¹⁶⁶ Ibid. s. 342

¹⁶⁷ Ibid. s. 342

¹⁶⁸ Ulfbeck, V., & Hansen, O. (2014) Lærebog i Aftaleret, Jurist- og Økonomforbundet, s. 86

¹⁶⁹ Ibid. s. 66

har accepteret på forhånd.¹⁷⁰ Dette skyldes endvidere, at de udfyldende deklatoriske regler må formodes at afspejle en rimelig byrdefordeling set i lyset af parternes gennemsnitlige interesser.¹⁷¹

For konkret at kunne fortolke og udfylde ved K03- og Schlüter kontrakten, kræves der kendskab til sagens faktum. Det er ikke muligt at udlede et konkret faktum, hvorfor analysen primært vil ske på baggrund af fortolkningsmetodikker, der formodes relevante for standardkontrakterne. Der findes i dansk ret forskellige fortolkningsmetoder, herunder subjektiv, objektiv og normativ fortolkning. Sondringen mellem objektiv og subjektiv fortolkning ved standardkontrakter kan dog være vanskelig, hvorfor der vil blive taget udgangspunkt i *aftaletypen* og *aftalens form* for at udlede, hvilke fortolkningsmetodikker, der kan gøre sig gældende for kontrakterne.

4.7.1 Aftaletypen

Fortolkningen vil kunne påvirkes af *aftaletypen*. I længerevarende kontraktforhold mener litteraturen, at der kan gå lang tid, før et fortolkningsproblem melder sig.¹⁷² Af denne årsag vil parternes forestillinger ved aftaleindgåelsen falde i baggrunden for fortolkningen, og der må lægges større vægt på den senere udvikling, kontraktdata og parternes efterfølgende handlinger.¹⁷³ Dette betyder, at fortolkningens "*faktiske referenceramme*" må korrigeres for at opfylde kontraktens formål således, at fortolkningen der normalt gives ved aftaleindgåelsen, må erstattes af forholdene på opfyldelsestidspunktet, altså fortolkningstidspunktet.¹⁷⁴ I denne forbindelse fremhæves, at både K03- og Schlüter kontrakten kan have en varighed over en længere årrække. Det må derfor formodes, at hvis et fortolkningsproblem melder sig efter flere år, må senere udvikling, kontraktdata og handlinger vægtes ved fortolkning.

4.7.2 Aftalens form

¹⁷⁰ Andersen, L. L. & Madsen P. B. (2012) Aftaler og mellemmand. Karnov Group, s. 424

¹⁷¹ Ibid. s. 424

¹⁷² Ibid. s. 395

¹⁷³ Ibid. s. 396

¹⁷⁴ Ibid. s. 395

Aftalens form og dertil tilblivelsesmåde er af central betydning for fortolkningen. Ved aftalens form sondres der mellem mundtlige, skriftlige og standardaftaler.¹⁷⁵ Da der er tale om standardiserede kontrakter, som er udarbejdet ud fra konkrete typesituationer, kan parterne antages at have et meget fjernt forhold til aftaleteksten med risici for, at parterne slet ikke har læst aftalen før underskrift.¹⁷⁶ Hvorfor standardkontrakterne i højere grad vil fortolkes objektivt og dertil "løsrevet" fra parternes individuelle forestillinger.¹⁷⁷

For standardkontrakter om komplicerede it-udviklingsaftaler som K03-kontrakten gælder endvidere, at formålsangivelser ofte har særlig vægt ved fortolkning.¹⁷⁸ Ydelsen for kontrakten eksisterer ikke på tidspunktet for aftaleindgåelse, hvilket gør aftalen kompleks. Hertil har kunden ikke altid fuld klarhed over sine egne behov. Klarhed om selve ydelsen vil således realiseres under projektets løbetid, hvorfor en formålsangivelse må vægte stort ved fortolkning. Endvidere er der risiko for fortolkningsudfordringer ved komplicerede udviklingsaftaler, da kontrakten som regel drager elementer fra flere traditionelle kontrakttyper. Dette kan yderligere gøre det vanskeligt at identificere relevant baggrundsret.¹⁷⁹

Ved Schlüter kontrakten er "ydelsen" (opfindelsen) ligeledes ikke altid kendt ved aftaleindgåelse. Den private virksomhed og den offentlige institution vil dog have tilstrækkelig klarhed over det fagområde, som de ønsker at udvide deres viden inden for. Hertil fastlægges, at virksomheden ønsker at udnytte dens forgrundsviden¹⁸⁰. Der foretages derfor en beskrivelse af projektet, hvorfor det må formodes, at formålsangivelsen ligeledes vil have en central betydning ved fortolkning.

Med henblik på standardkontrakternes tilblivelse må følgende hertil iagttages. Schlüter kontrakten er offentliggjort af Uddannelses- & Forsknings Ministeriet, men udarbejdet af Schlüter udvalget under Forsknings- og Innovationsstyrelsen. K03-kontrakten er hertil udarbejdet af Digitalstyrelsen, hvorfor det anses i litteraturen,

¹⁷⁵ Andersen, L. L. & Madsen P. B. (2012) Aftaler og mellemmand. Karnov Group, s. 397

¹⁷⁶ Ibid. s. 398

¹⁷⁷ Ibid. s. 397-398

¹⁷⁸ Ibid. s. 395

¹⁷⁹ Ibid. s. 395

¹⁸⁰ Al den viden som generes under samarbejdet om Projektet

at kontrakterne er "blåstemplet" af offentlige institutioner. Relevant er i dette henseende, at der støttes en præsumtion for vilkårenes rimelighed som forventeligt mindsker behovet for restriktiv fortolkning.¹⁸¹ Det findes yderligere, at der evt. kan hentes støtte i fortolkningsprincipper, som gælder for fortolkning af love og forvaltningsakter.¹⁸² Fortolkning af love og forvaltningsakter vil dog ikke uddybes nærmere i nærværende afhandling.

4.8 Sammenfatning på fortolkning og udfyldning

Det blev udledt, at særligt *aftaletypen* og *aftalens form* er relevant for at belyse fortolkning af K03- og Schlüter kontrakten, hvis der opstår tvivl eller uenighed mellem parterne om, hvad der er aftalt eller såfremt der indtræder en omstændighed som parterne ikke har taget stilling til. I denne forbindelse vil kontrakterne som udgangspunkt fortolkes objektivt, da de er standardkontrakter.

Den objektive fortolkning synes dog at afhænge af, at parterne ikke foretager markante ændringer i kontrakterne. Under forudsætningerne, at parterne ændrer indholdet og bestemmelserne i kontrakterne efter egne behov, må standardkontrakterne nærmere fortolkes subjektivt ved indtrædelse af en byrdefuld efterfølgende omstændighed. Her synes koncipistreglen¹⁸³ at kunne være relevant.

Det kunne hertil udledes, at formålsangivelser må vægte stort ved fortolkning af komplekse kontrakter om udvikling og forskning. I overensstemmelse med aftalens type og kontrakternes varighed må den "*faktiske referenceramme*" for fortolkning dog korrigeres i tilfælde af, at der er gået mange år siden aftaleindgåelse. Under hensynet at både K03- og Schlüter kontrakten er standardkontrakter, som kan have varighed over flere år, må dette hensyn iagttages. Formålsangivelserne må dog stadig anses som værende relevant for standardkontrakterne, da kontrakterne ikke er uden betydning under den forudsætning, at der er gået lang tid siden aftaleindgåelse.

¹⁸¹ Andersen, L. L. & Madsen P. B. (2012) Aftaler og mellemænd. Karnov Group, s. 398

¹⁸² Ibid. s. 398

¹⁸³ Fortolkningen drejer sig generelt imod den, der burde have afklaret en bestemt uklarhed. Dette vil typisk være den, der har konciperet aftalen.

Hertil må det iagttages, at kontrakterne er udarbejdet af offentlige myndigheder, hvorfor særlige fortolkningsmetodikker kan gøre sig gældende. Navnlig kan der støttes en præsumption om vilkårenes rimelighed, som forventeligt mindsker behovet for restriktiv fortolkning.

Slutteligt bemærkes, at sædvaner og branchekutymmer kan gøre sig gældende ved fortolkning. I de tilfælde hvor fortolkning støttes på branchekutymmer eller sædvaner, får fortolkningen oftest karakter af egentlig udfyldning. Dette anses tillige som et relevant aspekt af fortolkning og udfyldning af K03- og Schlüter kontrakten, skulle en byrdefuld efterfølgende omstændighed indtræde som parterne ikke har taget stilling til.

Som tidligere fremhævet er det ikke altid, at fortolkning eller udfyldning vil være relevant, i de tilfælde, hvor en omstændighed indtræder, som parterne ikke har taget stilling til i kontrakten. En retsorden kan også vælge at fokusere på et vedtaget vilkår, hvorfor aftalelovens § 36, forudsætningslæren og *nærmest til at bære risikoen* følgelig vil blive inddraget.

4.9 Aftalelovens § 36

Følgende afsnit har til formål at undersøge, hvorvidt generalklausulen i aftalelovens § 36 kan finde anvendelse på henholdsvis K03- og Schlüter kontrakten.

Efter generalklausulen i aftalelovens § 36, stk. 1 kan en aftale ændres eller tilsidesættes helt eller delvis, hvis det vil være urimeligt eller i strid med redelig handlemåde at gøre aftalen gældende. Hertil gælder ligeledes andre retshandler.¹⁸⁴ Af aftalelovens § 36, stk. 2 følger, at afgørelsen ved stk. 1 skal tage hensyn til forholdene ved aftalens indgåelse, aftalens indhold og senere indtrufne omstændigheder.¹⁸⁵ Særlig relevant for nærværende afhandling er senere indtrufne omstændigheder. Generalklausulen har til formål at indbygge en

¹⁸⁴ Andersen, L. L. & Madsen P. B. (2012) Aftaler og mellemænd. Karnov Group, s. 198

¹⁸⁵ Ibid. s. 198

rimelighedsbetragtning, hvorefter der i et videre omfang end efter gældende ret gives mulighed for at tilsidesætte urimelige vilkår.¹⁸⁶

Ulempen ved anvendelsen af aftalelovens § 36 er, at bestemmelsen i langt højere grad finder anvendelse på forbrugeres aftaler med erhvervsdrivende end på erhvervsdrivendes aftaler indbyrdes.¹⁸⁷ Dette danner som udgangspunkt ikke belæg for, at bestemmelsen ikke kan eller bør finde anvendelse på kontrakter mellem erhvervsdrivende, men det har vist sig vanskeligt at finde grundlag herfor i retspraksis.¹⁸⁸

Dette kommer til udtryk ved, at der udvises særlig tilbageholdenhed med at ændre aftalevilkår i rene erhvervsforhold, hvor en aftale mellem parterne primært bygger på økonomiske og risikomæssige overvejelser.¹⁸⁹ Hertil findes det, at parter i et erhvervsforhold må anses som værende i stand til at kunne overskue og bære retlige såvel som økonomiske konsekvenser af mere usikre, risikofyldte og ubalancerede aftaler.¹⁹⁰ At parterne i et erhvervsforhold og hertil er professionelle parter spiller en central rolle ift. tilbageholdenhed af anvendelsen af aftalelovens § 36, da det må antages at parterne bevidst har påtaget sig en risiko.¹⁹¹

Det vurderes, at aftalelovens § 36 vanskeligt kan finde anvendelse ved K03- og Schlüter kontrakten, idet parterne er professionelle erhvervsdrivende og en offentlig institution. Derfor må det antages, at parterne er i stand til at bære økonomiske konsekvenser af mere usikre, risikofyldte og ubalancerede aftaler. Dette er endvidere en vurdering foretaget i lyset af manglende retspraksis om en ændring, en helt eller delvis tilsidesættelse af aftalen mellem to ligeværdige professionelle parter.

4.10 Forudsætningslæren

Eftersom det vurderes, at aftalelovens § 36 vanskeligt finder anvendelse for K03- og Schlüter kontrakten, undersøges nærmere forudsætningslæren. Forudsætningslæren

¹⁸⁶ Andersen, L. L. & Madsen P. B. (2012) Aftaler og mellemænd. Karnov Group, s. 200

¹⁸⁷ Ibid. s. 204

¹⁸⁸ Ibid. s. 204

¹⁸⁹ Karnovs noter til aftalelovens § 36

¹⁹⁰ Ulfbeck, V., & Hansen, O. (2014) Lærebog i Aftaleret. Jurist- og Økonomforbundet, s. 118

¹⁹¹ Karnovs noter til aftalelovens § 36

udgør en undtagelse til hovedreglen om, at aftaler skal overholdes.¹⁹² Herunder statueres, at en løftegiver kan have interesse i at blive frigjort fra sit løfte ved henvisning til, at forudsætningerne for selve løftet svigtede.¹⁹³ At forudsætningerne svigtede kan enten relatere sig til at i) forholdene var anderledes, da løftet blev afgivet (urigtige forudsætninger) eller ii) forholdene udviklede sig på en anden måde, end man kunne have regnet med (bristende forudsætninger).¹⁹⁴ Forudsætningslæren kan derfor begrunde, at løftegiver ikke er bundet af sit løfte under visse omstændigheder.

For at forudsætningslæren kan finde anvendelse, må følgende betingelser være opfyldt. Forudsætningen for løftegiver skal være væsentlig og løftemodtageren måtte have vidst, at denne forudsætning var væsentlig ved aftalens indgåelse.¹⁹⁵ Dertil skal der foretages en afvejning om, hvorvidt det er rimeligt, at løftemodtager skal kunne pålægges risikoen, der følger af løftegivers forudsætning.¹⁹⁶

Særligt for K03-kontrakten vil det på aftaletidspunktet være vanskeligt at forudsige og fastlægge alle forudsætninger for aftalens indgåelse.¹⁹⁷ Dette betyder, at forudsætningslærens betingelse om; at løftemodtageren vidste, at en forudsætning var væsentlig ved aftalens indgåelse, er vanskelig at opfylde. Dette gør det som udgangspunkt også vanskeligt for forudsætningslæren at finde anvendelse, desuagtet kan det ikke anfægtes at forudsætningslæren kunne anvendes ved K03-kontrakten i praksis. Ved Schlüter kontrakten, synes tilsvarende problematik at gøre sig gældende. At alle forudsætningerne for parterne kan tilkendegives ved aftaleindgåelse af et forskningsprojekt, synes at være svært, da forskningsprojektet højst sandsynlig vil udvikle sig med tiden, hvorfor det må være vanskeligt at fastlægge alle forudsætninger ved aftaleindgåelse. Sammenholdt med K03-kontrakten, formodes det derfor vanskeligt, at forudsætningslæren kan finde anvendelse. På baggrund heraf vurderes, at forudsætningslæren vil have begrænset betydning for kontrakterne.

¹⁹² Andersen, L. L. & Madsen P. B. (2012) Aftaler og mellemænd. Karnov Group, s. 188

¹⁹³ Ibid. s. 188

¹⁹⁴ Ibid. s. 188

¹⁹⁵ Ulfbeck, V. & Hansen, O. (2014) Lærebog i Aftaleret, s. 106-107

¹⁹⁶ Ibid. s. 106-107

¹⁹⁷ Udsen, H. (2019) IT-ret. Ex Tuto, s. 586

4.11 Nærmest til at bære risikoen

Slutteligt undersøges hvorvidt retsfiguren *nærmest til at bære risikoen* kan finde anvendelse for K03- og Schlüter kontrakten. *Nærmest til at bære risikoen* er en retsfigur som både kan anvendes til aftalefortolkning¹⁹⁸ og udfyldning.¹⁹⁹

Nærmest til at bære risikoen er i nærværende afhandling relevant i sammenhæng med, at en kontrakt ikke kan koncipere for en efterfølgende byrdefuld omstændighed. Hertil må den byrdefulde efterfølgende omstændighed bevirke, at retsfaktum er vanskelig at subsumere under en given retsregel eller obligationsretlige lempelsesregler.²⁰⁰ Endvidere får *nærmest til at bære risikoen* en selvstændig betydning i forbindelse med kontraktudfyldning ved siden af force majeure, forudsætningslæren og aftalelovens § 36.²⁰¹

Ved *nærmest til at bære risikoen* må der foretages en stillingtagen til, hvem af parterne i en aftalerelation, der må kvalificeres som *nærmere* til at bære en given omkostning af en byrdefuld efterfølgende omstændighed sammenholdt med medparten.²⁰² Således får retsfiguren en dynamisk og relativ natur, og grunder i en concrete-vurdering af to parteretsposition - alene eller enten i samspil med andre retskilder.²⁰³ Retsvirkningen for retsfiguren er, at kontrakten opretholdes, men risikoen for en given omstændighed allokeres til én af parterne, hvorfor kontrakten kan blive mere byrdefuld for den éne part.²⁰⁴

Parterne i K03- og Schlüter kontrakten er professionelle. Anvendelsen af *nærmest til at bære risikoen* i relation til den professionelle part er aktuel for nærværende analyse, da den professionelle part anses at være bedre til at kvalificere og kvantificere

¹⁹⁸ Herunder afledt anvendelse af fortolkningsparadigmet og koncipistreglen

¹⁹⁹ Madsen, C. F., & Østergaard, K. (2017). Nærmest til at bære risikoen i kontraktretten: En overset obligationsretlig grundsætning? *Juristen*, 99(2), s. 35

²⁰⁰ Obligationsretlige grundsætninger, herunder force majeure, forudsætningslæren, aftalelovens § 36 eller en specialitetsgrundsætning

²⁰¹ Madsen, C. F., & Østergaard, K. (2017). Nærmest til at bære risikoen i kontraktretten: En overset obligationsretlig grundsætning? *Juristen*, 99(2), s. 36

²⁰² *Ibid.* s. 36

²⁰³ *Ibid.* s. 36

²⁰⁴ *Ibid.* s. 42

efterfølgende risici.²⁰⁵ Der findes hertil en forudsætning om, at den professionelle part har eller bør have bedre mulighed for at forudsige risici, afværge risici og minimere en risicis negative påvirkning.²⁰⁶ Med afsæt i K03-kontraktens bestemmelser indestår leverandøren som udgangspunkt med det overordnede leveranceansvar, og hertil har leverandøren ansvar for styring med en forudsætning om kundens aktive deltagelse. Endvidere skal leverandøren løbende rådgive kunden om leverancens egnethed ift. at imødekomme kundens mål og behov. Det kan på baggrund heraf udledes, at leverandøren som udgangspunkt agerer som den professionelle part ift. it-ydelsen i samarbejdet. Leverandøren har endvidere mest viden om it-ydelsen og udviklingen, hvorfor leverandøren umiddelbart handler i egenskab af sin professionelle udøvelse af sin kerneforretning.²⁰⁷ Det kan på baggrund heraf formodes, at leverandøren vil være *nærmest til at bære risikoen* for en byrdefuld efterfølgende omstændighed i relation til it-ydelsen og ville dermed pålægges professionsrisikoen. Denne formodning må dog ses i sammenhæng med konkrete omstændigheder i praksis. Det kan således ikke udelukkes, at der kan være byrdefulde efterfølgende omstændigheder og risici som kunden var nærmest til at forudsige, afværge eller minimere, og dermed er nærmest til at bære risikoen for.

Ved Schlüter kontrakten er sondringen om den professionelle part en smule mere vanskelig under hensynet, at begge parter egentlig er realdebitorer. Samarbejdet mellem parterne bygger på, at begge parter tilfører professionelle kompetencer, viden, erfaring samt udstyr. Under forudsætningen, at virksomheden i samarbejdet har forretningsmæssig udnyttelse af forgrundsviden for øje, kunne professionsrisikoen evt. være nærmest virksomheden. Virksomheden formodes hertil at indgå i samarbejdet med den hensigt, at professionelt udøve sin kerneforretning.²⁰⁸ Under den forudsætning må virksomheden bedre kunne kvalificere og kvantificere risici og minimere betydningen af en byrdefuld efterfølgende omstændighed end den offentlige institution. Selve anvendelsen af *nærmest til at bære risikoen* på Schlüter kontrakten, må dog bero på konkrete omstændigheder. Dette indebærer, at den part i

²⁰⁵ Madsen, C. F., & Østergaard, K. (2017). Nærmest til at bære risikoen i kontraktretten: En overset obligationsretlig grundsætning? Juristen, 99(2), s. 40

²⁰⁶ Ibid. s. 40

²⁰⁷ Ibid. s. 40

²⁰⁸ Ibid. s. 40

samarbejdet, som var bedre egnet til at kunne forudse en risici og minimere betydningen af en byrdefuld efterfølgende omstændighed i at indtræde, må være nærmest til at bære risikoen.

Nærmest til at bære risikoen må på baggrund af ovenstående anses at være mere relevant end aftalelovens § 36 eller forudsætningslæren ved kontrakterne. Det synes dog vanskeligt at udlede retsfigurens konkrete anvendelse ved kontrakterne, set i lyset af, at der som udgangspunkt ikke foreligger retspraksis om *nærmest til at bære risikoen* ved længerevarende, komplekse samarbejder mellem det private og offentlige.

På baggrund af ovenstående analyse må det udledes at aftalelovens § 36, forudsætningslæren og *nærmest til at bære risikoen* vanskeligt finder anvendelse for K03- og Schlüter kontrakten. Dette må indikere at skulle en byrdefuld efterfølgende omstændighed indtræde, som parternes aftale slet ikke eller kun delvist tager stilling til, må parternes retstilling søges løst ved obligationsrettens fortolkningsmetodikker. Anvendelsen af aftalelovens § 36, forudsætningslæren og *nærmest til at bære risikoen*, synes endvidere ikke at gavne parternes samarbejde. Dette hensyn taler for, at kontrakterne må blive bedre styringsværktøjer for at håndtere byrdefulde efterfølgende omstændigheder i sig selv.

4.12 Loyalitetsgrundsætningen

Fokus vil i nærværende afsnit rettes mod, hvilke forpligtelser der følger af den almindelige obligationsret for parterne i K03- og Schlüter kontrakten til at samarbejde om forhold, der kan påvirke kontraktens rigtige opfyldelse. Dette er relevant for at udlede et omfang for en gensidig samarbejdsforpligtelse for kontrakterne.

Loyalitetsgrundsætningen er en central obligationsretlig grundsætning, der kan finde anvendelse på alle typer af kontrakter.²⁰⁹ Loyalitetsgrundsætningen udgør det generelle positive princip om, at kontraktsparter skal varetage hinandens interesser. Dette princip er til trods for antagelsen, at virksomhedernes overordnede formål er at

²⁰⁹ Madsen, C. F., & Østergaard, K. (2019) Loyalitetsgrundsætningen i dansk ret: indhold og retsvirkninger ved tilsidesættelse i Erhvervsjuridisk Tidsskrift, 27(3), s. 1

profitmaksimere.²¹⁰ Grundsætningen vil således anses som en dynamisk grundsætning med udgangspunkt i bona fides²¹¹.²¹² Loyalitetsgrundsætningens dynamiske natur vil herunder betyde, at kontraktparterne kan påberåbe loyalitetsgrundsætningen som det sidste juridiske værn ved en tvist, hvor faktum er svært at indplacere under misligholdelseslæren.²¹³ At en part skal handle loyalt ift. sin medkontrahent behøver nødvendigvis ikke at være indskrevet i aftalegrundlaget, men kan som udgangspunkt følge af lex specialis og kontraktens naturalia negotii.²¹⁴

4.12.1 Loyalitetsgrundsætningens delforpligtelser

Delforpligtelserne der følger af loyalitetsgrundsætningen, vil komme forskelligt til udtryk afhængig af kontrakttypen, og hvornår i kontraktens livscyklus delforpligtelserne skal anskues og aktualiseres.²¹⁵ Der er herunder et hensyn til eksistensen af lex specialis og kontraktens naturalia negotii for at kunne fastlægge, hvilke delforpligtelser, der konkret finder anvendelse på en kontrakt.²¹⁶

Set i lyset af afhandlingens problemfelt og en gensidig samarbejdsforpligtelse ved indtrædelsen af en byrdefuld efterfølgende omstændighed synes loyalitetsgrundsætningens delforpligtelser under kontraktens løbetid at være særligt relevante. Herunder fremhæves samarbejdsforpligtelsen og underretningspligten. Loyalitetsgrundsætningens øvrige delforpligtelser under kontraktens løbetid, uddybes derfor ikke nærmere i denne fremstilling.

4.12.1.1 Samarbejdsforpligtelsen

Samarbejdsforpligtelsen synes at være mest udtalt ved udgangspunkt i partnering og strategisk kontrahering, hvor parterne har et fælles økonomisk mål.²¹⁷

²¹⁰ Madsen, C. F., & Østergaard, K. (2019) Loyalitetsgrundsætningen i dansk ret: indhold og retsvirkninger ved tilsidesættelse i Erhvervsjuridisk Tidsskrift, 27(3), s. 1

²¹¹ Ved Bona Fides forstås *good faith og/eller sincerity*

²¹² Madsen, C. F., & Østergaard, K. (2019) Loyalitetsgrundsætningen i dansk ret: indhold og retsvirkninger ved tilsidesættelse i Erhvervsjuridisk Tidsskrift, 27(3), s. 1

²¹³ Ibid. s. 1

²¹⁴ Ibid. s. 1

²¹⁵ Ibid. s. 1

²¹⁶ Ibid. s. 1

²¹⁷ Ibid. s. 6

Samarbejdsforpligtelsen tager udgangspunkt i den konkrete kontraktstype, men tager tillige forbehold for, at parterne muligvis ikke har samme interesser.²¹⁸ Forpligtelsen for at samarbejde udledes af retspraksis til at være en forudsætning betinget af, at opfyldelsen af aftalen er baseret på et samarbejde med henblik på rigtig opfyldelse.²¹⁹ I praksis er der forskel på samarbejdsforpligtelser i forskellige kontrakttyper.²²⁰ Dette er også tilfældet i K03- og Schlüter kontrakten som senere uddybes i afsnit 4.11.1.3 og 4.11.1.4.

For at fastlægge betydningen af loyalitetsforpligtelsen i privat- og offentlige samarbejder inddrages Grindgut-dommen afsagt af Oslo Tingrett.²²¹ Dommen inddrages under det hensyn, at det synes vanskeligt at finde relevant retspraksis i Danmark. Det bemærkes hertil, at Grindgut-dommen omhandler en it-standardkontrakt, hvorfor dens indsigter ikke nødvendigvis kan gøre sig *direkte* gældende for Schlüter kontrakten.

Gringut-dommen blev afsagt den 31. januar 2020 af Oslo Tingrett. Sagen angik en it-kontrakt indgået mellem SVV²²² og IBM²²³. Den norske stat ved Samferdelsdepartementet stævnedes IBM for et kontraktbrud. It-kontrakten omhandlede en levering af en it-løsning som skulle anvendes til opkrævning af vejafgifter i Norge. Der skulle leveres adskillige løsninger til formålet, hvor tre af løsningerne allerede var standardprodukter og kun en enkelt løsning skulle specialudvikles af IBM. Kontrakten som parterne anvendte, var en norsk standardkontrakt for it-systemudviklinger. Tilsvarende K03-kontrakten²²⁴ var kontrakten hensigtsmæssig, da det ikke var muligt at anføre specifikationer ved aftaleindgåelse. Hertil var det ikke sikkert ved aftaleindgåelsen, at projektet reelt kunne gennemføres.

²¹⁸ Madsen, C. F., & Østergaard, K. (2019) Loyalitetsgrundsætningen i dansk ret: indhold og retsvirkninger ved tilsidesættelse i Erhvervsjuridisk Tidsskrift, 27(3), s. 6

²¹⁹ Ibid. s. 6

²²⁰ Ibid. s. 6

²²¹ Oslo Tingretts dom den 31. januar 2020 i sagen Samferdelsdepartementet mod IBM; Grindgut-dommen.

²²² Statens Vegvesen

²²³ International Business Machines

²²⁴ Standardkontrakten PS200 synes i vis grad sammenlignelig med K03

It-kontrakten blev indgået den 20. december 2013, og den endelige aflevering af it-løsningen blev sat til den 13. november 2015 som følge af en række forsinkelser. Der foregik adskillige kontroller under udviklingsfasen, men særligt interessant var anden kontrol, som SVV ikke ville godkende grundet mangler i testrapporten. Hertil hævdede SVV, at IBM ikke havde leveret den aftalte løsning samtidig med, at den fremsatte tidsplan for projektet ikke var realistisk.

Af denne årsag varslede SVV for ophævelse af kontrakten d. 22. juni 2015 med begrundelsen, at der forelå væsentlig indtrådt forsinkelse og anticiperet misligholdelse.²²⁵ SVV hævdede senere it-kontrakten d. 27. juli 2015. IBM var uenige og anfægtede at kontrakten var ophævet uberettiget, hvor der som følge heraf forelå der væsentlig misligholdelse af kontrakten.²²⁶

IBM blev d. 29. marts 2016 stævnet af den norske stat, hvor de krævede en erstatning på minimum 300 mio. norske kr. IBM påstod frifindelse og betaling af vederlag, hertil erstatning og kompensation for afbestilling af it-leverancen.

Oslo Tingrett gav IBM medhold og hævdede at ophævelsen var ugrundet. Retten anførte, at projektet var omfattende og udfordrende samt, at begge parter havde udfordringer internt grundet b.la. en undervurdering af projektets omfang, hvorfor IBMs opgaveløsninger også var langt fra fejlfrie.²²⁷ Hovedårsagen til sammenbruddet var parternes samarbejde og, at parterne mistede kontrollen ved projektet. Det blev dog vurderet, at særligt SVV havde misligholdt sin samarbejdspligt.²²⁸ Denne udtalelse er central, da den belyser det problem, vi i nærværende afhandling prøver at adressere i forbindelse med standardkontrakter om komplekse og længerevarende samarbejder.

Samarbejdet mellem SVV og IBM gik galt, da parterne havde forskellige prioriteringer af kvalitet, tid og pris. SVV prioriterede tid og kvalitet. Samtidig, havde SVV indgået en kontrakt om anskaffelse af et standardsystem, men stillede alligevel høje krav til

²²⁵ Oslo Tingretts dom den 31. januar 2020 i sagen Samferdselsdepartementet mod IBM; Grindgut-dommen, s. 4

²²⁶ Ibid. s. 4

²²⁷ Ibid. s. 21

²²⁸ <https://www.dahllaw.dk/nyheder/477/25-feb-2020-ny-dom-om-en-kundes-uretmaessige-ophaevelse-af-en-it-kontrakt/>

kundespecifikke tilpasninger og gjorde hertil meget lidt for at begrænse specialudvikling. Dette resulterede i en omfattende arbejdsbyrde for IBM.²²⁹ Hertil førte SVV stram kontrol med IBM, hvorefter IBM blev svag i styring og ledelse af projektet.²³⁰ Dommen pålagde hertil en vigtig påmindelse om rimelighed, hvor en it-kunde må være tydelig i sin prioritering af balance mellem pris, tid, kvalitet samt, at kundens adfærd i projektet afspejler denne prioritering.²³¹

SVV skulle betale IBM vederlag på 136.588.032 NOK, erstatning på 2.565.045 NOK og sagsomkostninger på 42.071.288 NOK.²³²

Særligt synes Gringut dommen at være relevant for K03-kontrakten. Dommen nævner ikke eksplicit loyalitet, men det synes tydeligt ved læsning af dommen, at det er manglen på loyalitet, der er forårsager konflikten. Gringut dommen illustrerer hertil vigtigheden af, at parterne i K03-kontrakten samarbejder og iagttager hinandens interesser under samarbejdets løbetid for at opnå rigtig opfyldelse af kontrakten. Grindgut-dommen synes således at belyse, at en loyalitetsforpligtelse, og herunder en forpligtelse til at samarbejde vægter centralt, når en domstol skal udlede parternes retsstilling.

Dommens betydning må dog anses at have tvivlsom relevans for Schlüter kontrakten. Dette skyldes, at dommen er meget it-orienteret, hvorfor den ikke rigtig kan sige så meget om betydningen af en samarbejdsforpligtelse i en kontrakt om forskning, hvor begge parter er realdebitorer. Dommens indsigter synes dog at illustrere vigtigheden af loyalitet i offentlige- og private samarbejder, hvorfor indsigterne endvidere kan gøre sig gældende ift. en kontrakt om samfinansieret forskning. Der foreligger dog os bekendt ikke relevant retspraksis i Danmark, der kan illustrere den konkrete betydning af samarbejdsforpligtelsen i forskningskontrakter.

²²⁹ <https://www.dahllaw.dk/nyheder/477/25-feb-2020-ny-dom-om-en-kundes-uretmaessige-ophaevelse-af-en-it-kontrakt/> & <https://jurainfo.dk/artikel/interessant-dom-om-uretmaessig-ophaevelse-af-it-kontrakt>

²³⁰ <https://www.dahllaw.dk/nyheder/477/25-feb-2020-ny-dom-om-en-kundes-uretmaessige-ophaevelse-af-en-it-kontrakt/>

²³¹ <https://jurainfo.dk/artikel/interessant-dom-om-uretmaessig-ophaevelse-af-it-kontrakt>

²³² <https://www.dahllaw.dk/nyheder/477/25-feb-2020-ny-dom-om-en-kundes-uretmaessige-ophaevelse-af-en-it-kontrakt/>

4.12.1.2 Den loyale underretningspligt

Ved den loyale underretningspligt har kontrahenterne en forpligtelse til at underrette hinanden om væsentlige forhold, der kan påvirke, hvorvidt kontrakten skal indgås i den prækontraktuelle fase. Tilsvarende finder underretningspligten også anvendelse under kontraktens løbetid, hvis der potentielt opstår forhold, der kan påvirke kontraktens opfyldelse.²³³ Sidstnævnte forpligtelse synes især relevant i relation til et tæt og længerevarende samarbejde, og hvis en byrdefulde efterfølgende omstændigheder indtræder. Den loyale underretningspligt og dens indlejring i kontrakten, kan desuden følge af *lex specialis* eller kontraktens *naturalia negotii*.²³⁴

Relevant for en samarbejdsaftale er U.2007.3027 H²³⁵. Danfoss og Brunata havde indgået en samarbejdsaftale, hvor Danfoss var ansvarlig for at udvikle og levere en ny type energimåler. Arbejdet i forbindelse med det forskningsmæssige aspekt voldte dog større problemer end forventet grundet tekniske vanskeligheder. I oktober 2001 solgte Danfoss derfor energimålerprojektet til en tredjemand uden at underrette Brunata herom. Da Brunata blev opmærksom på dette, krævede Brunata en erstatning af Danfoss på ca. 29 mio. kr. der blev opgjort som positiv opfyldelsesinteresse.²³⁶

Højesteret fandt, at samarbejdsaftalen mellem Danfoss og Brunata som udgangspunkt var en rammeaftale for en fremtidig samhandel indgået på baggrund af parternes fælles forventning om, at Danfoss skulle udvikle energimålerne og hertil sætte dem i produktion.²³⁷ Midlertidig var der ikke konkrete holdepunkter i aftalen til at fastlægge en pligt for Danfoss til at gøre dette. Danfoss havde derfor ikke misligholdt aftalen, hvorfor der ikke var pligt til at betale erstatning af positiv opfyldelsesinteresse.

Desuagtet tilsluttede Højesteret sig SØ- & Handelsretten i udtalelsen; *"Kontraktparter har imidlertid pligt til at optræde loyalt i forhold til hinanden. Navnlig har de pligt til at*

²³³ Madsen, C. F., & Østergaard, K. (2019) Loyaltetsgrundsætningen i dansk ret: indhold og retsvirkninger ved tilsidesættelse i Erhvervsjuridisk Tidsskrift, 27(3), s. 4

²³⁴ Ibid. s. 3-4

²³⁵ U.2007.3027, H.D. 7. september 2007 i sag 156/2005 (2. afd.)

²³⁶ U.2007.3027, H.D. 7. september 2007, Udskrift fra Karnov, s. 1

²³⁷ U.2007.3027, H.D. 7. september 2007, Udskrift fra Karnov, s. 1

*underrette hinanden om forhold, som er af betydning for den anden kontraktpart*²³⁸. Efter rettens udlægning af forløbet kunne Brunata kræve erstatning op til den negativ kontraktinteresse, herunder for de relationsspecifikke investeringer Brunata havde foretaget for udviklingen.²³⁹

U.2007.3027 slår hertil fast at underretningspligten gælder, hvis kontraktens naturalia negotii taler herfor. Dette har relevans for K03- og Schlüter kontrakten, da kontraktparterne indgår i lignende samarbejder om udvikling og forskning. Hertil foretager parterne som udgangspunkt relationsspecifikke investeringer, hvorfor underretningspligten må være central for samarbejdet og herunder parternes interne relation.

4.12.1.3 Loyalitetsgrundsætningen i K03-kontrakten

I nærværende afsnit vil vi forsøge at fastlægge udstrækningen af loyalitetsgrundsætningen i K03-kontrakten. Til forskel fra K01 og K02, har K03-kontrakten en indlejret loyalitetsforpligtelse og en udvidet underretningspligt. Der kan i sammenhæng med loyalitetsforpligtelsen i K03-kontrakten udledes en samarbejdsforpligtelse, der kommer til udtryk ved kontraktens naturalia negotii.

Samarbejdsforpligtelsen:

K03-kontrakten har under bestemmelserne om samarbejdsforhold og bemanning en konkret henvisning til loyalitet ved kontraktens punkt 8.1;

*”Parterne skal loyalt deltage i den aftalte samarbejdsorganisation (..) i hele Projektets løbetid.”*²⁴⁰

²³⁸ Madsen, C. F., & Østergaard, K. (2019) Loyalitetsgrundsætningen i dansk ret: indhold og retsvirkninger ved tilsidesættelse i Erhvervsjuridisk Tidsskrift, 27(3), s. 4 – U.2007.3027, H.D. 7. september 2007, udskrift fra Karnov, s. 8

²³⁹ Ibid. s. 4

²⁴⁰ K03-kontrakten, bestemmelse 8.1

Hertil har K03-kontrakten en yderligere en formulering om; *"(..) positiv, professionel og ansvarlig holdning samt hver især yde en særdeles betydelige indsats for at opnå det bedst mulige resultat. Parterne skal herunder udvise fleksibilitet (..)"*²⁴¹

Ovenstående bestemmelser synes at udgøre en fælles hensigtserklæring om at samarbejde i K03-kontrakten. Hertil må ovenstående bestemmelser skulle ses i sammenhæng med kontraktens pkt. 8.1, hvor det fremgår;

*"Parterne har gensidigt en forpligtelse til uden ugrundet ophold og i henhold til de aftalte beslutningsprocesser at påpege eventuelle åbenbare Fejl i materiale udarbejdet af den anden Part samt øvrige forhold, der kan have betydning for Projektets rette gennemførelse i overensstemmelse med Tidsplanen og Kontrakten i øvrigt."*²⁴²

Ifølge K03-vejledningen er ovenstående bestemmelse særligt et udtryk for den almindelige loyalitetsforpligtelse mellem parterne i et kontraktforhold, hvorfor loyalitetsforpligtelsen skal ses i sammenhæng med bestemmelserne om tæt samarbejde ved fortolkning, skulle en byrdefuld efterfølgende omstændighed indtræde.²⁴³

Med afsæt i ovenstående bestemmelse fra K03-kontrakten er især formuleringen *"(..) parterne har gensidigt en forpligtelse til uden ugrundet ophold at påpege eventuelle åbenbare fejl"*²⁴⁴ bemærkelsesværdig. Det fremgår af K03-kontraktens vejledning, at formulering har væsentlig betydning for projektets rette gennemførelse i overensstemmelse med tidsplanen og kontrakten i øvrigt.²⁴⁵ Bestemmelsen kan endvidere omtales som en reaktionspligt.

Særligt er hertil andet led i formuleringen som omhandler *"Parterne har gensidigt en forpligtelse til uden ugrundet ophold at påpege eventuelle åbenbare Fejl (...) samt øvrige forhold"*. Denne formulering kan anses muligvis at give anledning til

²⁴¹ K03-kontrakten, bestemmelse 8.1

²⁴² K03-kontrakten, bestemmelse 8.1

²⁴³ K03-vejledning, s. 105

²⁴⁴ Ibid. s. 105

²⁴⁵ Ibid. s. 105

fortolkningstvivi, da øvrige forhold vanskeligt kan udledes konkret. Navnlig er spørgsmålet om dette vedrører en byrdefuld efterfølgende omstændighed. Hertil kan dette give anledning til tvivl om, hvorvidt der er tale om en endogen eller eksogen efterfølgende omstændighed.

Der kan i denne sammenhæng, anses at være loyalitetsforpligtelser i K03-kontrakten, hvorunder forpligtelsen til at samarbejde er indlejret. Spørgsmålet er desuagtet om forpligtelserne til at samarbejde, er udtalte tilstrækkelige med henblik på at sikre parternes samarbejde ved en byrdefuld efterfølgende omstændighed. Samarbejdsforpligtelsen synes i sammenhæng med ovenstående at være lettere reaktiv og orienteret mod fejl, hvorunder der kunne opstå et ønske for en mere proaktiv samarbejdsforpligtelse. En mere udtalt samarbejdsforpligtelse og herunder en strategi om at samarbejde, synes hertil at kunne være relevant. Dette skal ses i sammenhæng med, at leverandøren og kundens samarbejde er centralt for kontraktens rigtige opfyldelse.

Underretningspligten:

K03-kontrakten har i punkt 25.1 en generel underretningspligt.

”Det påhviler leverandøren at give en begrundet Meddelelse til Kunden, straks når Leverandøren må forudse, at der vil indtræde risiko for, at Leverandøren misligholder sine forpligtelser efter Kontrakten, herunder at et Vederlags- og/eller tidsestimat ikke kan overholdes, jf. punkt 5.2.1.1, eller der i øvrigt er risiko forsinkelse eller for, at kontrakten ikke i øvrigt bliver rigtigt opfyldt.”²⁴⁶

Underretningspligten gælder ikke kun forsinkelse men også risikoen for ikke-rigtig opfyldelse af kontrakten generelt, hvorfor bestemmelsen må udgøre en udvidet underretningspligt. K03-kontraktens vejledning begrundede den udvidede underretningspligt ved det agile samarbejde, hvor kunden løbende må gives mulighed for at prioritere krav som skal færdiggøres til tiden.²⁴⁷

²⁴⁶ K03-kontrakten, bestemmelse 25.1

²⁴⁷ K03-vejledning, s. 86

Leverandørens underretningspligt skal hertil ses i sammenhæng med kontraktens punkt 27.2, hvorefter leverandøren skal underrette kunden om forsinkelse, der skyldes kundens manglende deltagelse.²⁴⁸ Hvis leverandøren ikke underretter kunden, risikerer leverandøren at fortabe retten til at udnytte sin opsigelsesadgang som følge af kundens misligholdelse.²⁴⁹

Set i lyset af ovenstående er underretningspligten som udgangspunkt særligt udtalt i kontrakten. Det eneste der kan bemærkes ved underretningspligten i K03-kontrakten er, at den primært henvender sig til leverandøren. I den forbindelse synes der at mangle en kontraktuel balance i K03-kontrakten, hvor kundens underretningspligt også er mere fremtrædende, således underretningspligten nærmere afspejler et fælles samarbejde.

4.12.1.4 Loyalitetsgrundsætningen i Schlüter kontrakten

I Schlüter kontrakten er der ikke en eksplicit bestemmelse, der omhandler loyalitet. Alligevel synes loyalitetsforpligtelser at komme til udtryk af kontraktens naturalia negotii.

Samarbejdsforpligtelsen:

I § 2.2 fremgår det at, *"Parterne har på denne baggrund en fælles interesse i at samarbejde om Projektet, der vedrører (..) og at sikre Projektet økonomisk gennem samfinansiering, (..)"*²⁵⁰

Dette må anses at give grundlag for en samarbejdsforpligtelse i Schlüter kontrakten. Senere specificeres en fælles indsats ved § 3.2;

"Såfremt det mellem parterne aftalte budget ikke kan overholdes, og det ikke skyldes fejl eller forsømmelser fra en af Parternes side, foretager Parterne i fællesskab en fornyet vurdering af Projektet og omkostninger til Projektets færdiggørelse. Parterne træffer herefter beslutning om, hvorvidt Projektet skal føres til ende med en yderligere

²⁴⁸ K03-vejledning, s. 92

²⁴⁹ Ibid. s. 67

²⁵⁰ Aftale om samfinansieret forskning (to parter), § 2.2

*arbejdsindsats, et højere kontantbidrag m.v. eller indstilles på det foreliggende grundlag.*²⁵¹

Nøgleordet anses i ovenstående bestemmelse at være 'fælles', hvori et samarbejde kommer til udtryk. Hertil er § 5.3 om deling af viden relevant;

"Parterne giver i Projektets løbetid hinanden vederlagsfri adgang til at benytte deres Baggrundsviden og Forgrundsviden med henblik på udførelse af Projektet."²⁵²

Vidensdeling er i overensstemmelse med strategisk kontrahering centralt for at danne relationsrente, hvorfor denne bestemmelse fremhæves. Denne bestemmelse specificerer dog ikke en vidensdelingsrutine i samarbejdet, men statuerer nærmere en hensigt til at dele viden.

Til sidst anføres i § 14.2 om erstatningsansvar;

"Parterne skal udføre deres arbejde til projektets gennemførelse efter bedste evne og under overholdelse af god skik for videnskabeligt arbejde."²⁵³

I overensstemmelse med K03-kontraktens bestemmelse 8.1 synes der her at foreligge en hensigtserklæring om at udføre arbejdet efter bedste evne, således parterne har mulighed for at opnå et godt resultat i fællesskab.

Dertil kan der anses at være en hentydning til et fælles samarbejde ved § 17 om ændring af aftalen, hvor:

"Begge parter vil være indstillet på genforhandling af Aftalen, såfremt den anden Part kan godtgøre, at væsentlige og kendelige forudsætninger for Aftalens indgåelse er svigtet."²⁵⁴

Det fremgår i denne forbindelse af modelaftalens manual, at der som udgangspunkt ikke tages stilling til, hvem der skal bære risikoen for, at en parts væsentlige og

²⁵¹ Aftale om samfinansieret forskning (to parter), § 3.2

²⁵² Aftale om samfinansieret forskning (to parter), § 5.3

²⁵³ Aftale om samfinansieret forskning (to parter), § 14.2

²⁵⁴ Aftale om samfinansieret forskning (to parter), § 17

kendelige forudsætninger er svigtet.²⁵⁵ Det menes dog, at parterne jf. § 17 har erklæret sig villige til at foretage genforhandling af aftalen uanset, hvem der efter almindelig forudsætningslære måtte bære risikoen for, at en parts væsentlige og kendelige forudsætninger er svigtet.²⁵⁶ Det er dog vores vurdering at forudsætningslæren vanskeligt finder anvendelse ved Schlüter kontrakten, hvorfor denne bestemmelse ikke synes at være tilstrækkelig for at sikre parternes samarbejde hensigtsmæssigt.

På baggrund af ovenstående synes samarbejdsforpligtelsen at komme til udtryk ved kontraktens *naturalia negotii*. Dette skal endvidere ses i lyset af, at der ikke er en konkret bestemmelse, der direkte udpensler parternes forpligtelser til at samarbejde. Til trods for at samarbejdsforpligtelsen kan anses at komme til udtryk af kontraktens *naturalia negotii*, synes der at mangle en nærmere specificeret forpligtelse til at samarbejde. Dette anses hertil under hensynet, at samarbejdet mellem den offentlige institution og den private virksomhed er centralt for Schlüter kontraktens rigtige opfyldelse og genereringen af ny viden.

Underretningspligten:

Parternes underretningspligt anses nærmere udtalt i Schlüter kontrakten end forpligtelsen til at samarbejde. Herunder specificeres underretning i følgende bestemmelser:

I § 4.3; ”(..) Parterne være berettigede til at indsætte andre medarbejdere end nævnt i bilag 1, såfremt dette kan ske uden ulempe for Projektets gennemførelse og uden væsentlig overskridelse af fastsatte tidsfrister. Parterne skal tidligst mulig informere hinanden om de påtænkte udskiftninger.”

Således fremgår det af ovenstående, at parterne skal underrette hinanden, såfremt de ønsker at indsætte en ny medarbejder til projektet.

Dertil har Schlüter kontrakten en bestemmelse om rapportering i § 7.1, som skal anses at være et udtryk for den loyale underretningspligt:²⁵⁷

²⁵⁵ Manual til Aftale om samfinansieret forskning (to Parter), s. 24-25

²⁵⁶ Ibid. s. 25

²⁵⁷ Ibid. s. 14

”Såfremt der under det af Aftalen omfattende samarbejde gøres en Opfindelse helt eller delvist af Institutionens medarbejdere, der menes at kunne patentbeskyttes, skal opfinderen/opfinderne omgående informere Parterne og Projektledelsen herom. (..) Anser Virksomheden en Opfindelse gjort helt eller delvist af Institutionens medarbejdere for at kunne beskyttes, () skal Virksomheden, senest (..) dage efter at have modtaget information om Opfindelsen, meddele Institutionen, om man ønsker at gøre brug af den (..).”²⁵⁸

Der er endvidere tale om en fælles underretningspligt med udgangspunkt i en subjektiv opfattelse, og der kan ikke gives nogen præcis indikation af, hvornår underretning i henhold til Schlüter kontraktens § 7 skal ske. Alligevel vejledes der til at underretning skal ske, når opfinderen har skabt noget, hvor eneretsbeskyttelse er muligt og ikke først når beskyttelse anses for sandsynlig, højst sandsynlig eller sikker.²⁵⁹

Det anføres endvidere, at underretningspligten som udgangspunkt primært omfatter den offentlige institutions medarbejdere, men kan også vedrøre virksomhedens medarbejdere, hvis der foreligger en fælles opfindelse.²⁶⁰

Det bemærkes særligt, at underretningspligten i Schlüter kontrakten præges af bestemmelser om underretning ved opfindelse. Schlüter kontrakten synes dog at mangle en underretningspligt, der henviser til, at parterne nærmere skal underrette hinanden om forhold, der kan lede til en byrdefuld efterfølgende omstændighed og påvirke kontraktens opfyldelse. Tilsvarende K03-kontrakten er underretningspligten mere udtalt end samarbejdsforpligtelsen i Schlüter kontrakten.

4.12.2 Sammenfatning på loyalitetsgrundsætningerne i K03- og Schlüter kontrakten

Sammenfatningsvist blev det udledt, at til forskel for Schlüter kontrakten, hvor samarbejdsforpligtelserne primært kommer til udtryk ved kontraktens naturalia negotii, synes K03-kontrakten at have en samarbejdsforpligtelse i bestemmelsen 8.1. Samarbejdsforpligtelsen i K03-kontrakten synes dog at være af reaktiv karakter, og

²⁵⁸ Aftale om samfinansieret forskning (to parter), § 7.1

²⁵⁹ Manual til Aftale om samfinansieret forskning (to Parter), s. 14

²⁶⁰ Ibid. s. 14

har hertil en negativ orientering mod fejl. Til trods for denne forskel på de to kontrakter, synes begge kontrakter at mangle en udtalt, proaktiv og positiv bestemmelse om at samarbejde, samt en forpligtelse til at varetage hinandens interesser loyalt. Endvidere synes en specificering af, hvad det betyder for parterne at varetage hinandens interesser at mangle.

Underretningspligterne er i denne forbindelse mere udtalte i kontrakterne end samarbejdsforpligtelserne. At underretningspligter er indlejret i kontrakterne i deres nuværende form, synes egentlig at være positivt, da dette kan bidrage til parternes samarbejde og tillid, således parterne orienterer hinanden om forhold der kan påvirke medkontrahenten. Alligevel synes underretningspligterne at mangle fokus på at bredere omfang af byrdefulde efterfølgende omstændigheder.

4.13 Muligheden for en hardshipklausul

Afslutningsvis undersøges muligheden for at inkorporere en hardshipklausul i K03- og Schlüter kontrakten med henblik på at senere anvende denne klausul som et proaktivt tiltag.²⁶¹ Som påvist i ovenstående analyser er håndtering af efterfølgende byrdefulde omstændigheder begrænset i dansk ret, hvorfor en hardshipklausul er yderligere relevant. Hertil har K03- og Schlüter kontrakten ikke en hardshipklausul på nuværende tidspunkt.

En hardshipklausul giver mulighed for at opfange byrdefulde efterfølgende omstændigheder, der påvirker opfyldelse af kontrakten, som parterne ikke har taget stilling til i kontrakten ved eksplicitte bestemmelser.²⁶² I dansk ret findes der på nuværende tidspunkt ikke konkret retspraksis om fortolkning og anvendelse af hardshipklausuler.²⁶³

Modsat de obligationsretlige grundsætninger og specialitetshensyn er hardshipklausulen ikke en udfyldende retsregel men en kontraktbestemmelse. Derfor

²⁶¹ Hardshipklausulen har ophav i *lex mercatoria*, som består af internationale handelssædvaner og har karakter af *soft law*.

²⁶² Østergaard, K. (2016) *Strategisk kontrahering – efterfølgende omstændigheder, om anvendelsen af hardship- og gevinstklausuler som kontraktjusteringsmekanismer*, s. 437

²⁶³ *Ibid.* s. 441 og s. 447

kan hardshipklausulen heller ikke påberåbes på samme niveau som de obligationsretlige grundsætninger og specialitetshensyn.²⁶⁴ Desuagtet synes hardshipklausulen at indebære en modifikation til princippet om, at aftaler er bindende (*pacta sunt servanda*) jf. aftalelovens § 1 og DL 5-1-1 og 5-1-2.²⁶⁵ For at hardshipklausulen skal have retsvirkning i K03- og Schlüter kontrakten, må den derfor indskrives i kontrakterne.

Foruden en hardshipklausul må parterne påberåbe sig ugyldighed ved aftalelovens § 36, forudsætningslæren, *force majeure* eller retsfiguren *nærmest til at bære risikoen*. Imidlertid må det påpeges at aftalelovens § 36, vanskeligt finder anvendelse på aftaler mellem to professionelle erhvervsdrivende. Ligeledes anses forudsætningslæren og *nærmest til at bære risikoen* at have begrænset betydning for K03- og Schlüter kontrakten i praksis. Under hensynet at der er aftalefrihed i dansk ret, må det set i lyset af ovenstående, anses som værende en mulighed at koncipere en hardshipklausul ved kontrakterne for at sikre parternes kontraktrelation og håndtering af byrdefulde efterfølgende omstændigheder.

4.14 Delkonklusion

For at besvare afhandlingens problemformulering blev den retlige ramme for K03- og Schlüter kontrakten udledt. Navnlig vil håndteringen af byrdefulde efterfølgende omstændigheder indenfor dansk ret, danne grundlag for at kigge ind i kontrakterne som mere proaktive styringsværktøjer. Til trods for særlige retlige hensyn ved it-retten og det aftaleretlige perspektiv for forskersamarbejdskontrakten kunne det udledes, at obligationsretten vil udgøre det mest betydelige regelsæt, når parternes forpligtelser ikke er fastlagt i den indgåede aftale.

Derfor var det først relevant at fastlægge, hvilke fortolkningsmetodikker, der lægger til grund for kontrakterne i tilfælde af, at kontrakterne kun delvist eller slet ikke tager stilling til en senere indtruffen byrdefuld omstændighed. Det blev udledt, at *aftaletypen* og *aftalens form* gør sig relevant i denne henseende. Det stod hertil klart, at særligt

²⁶⁴ Østergaard, K. (2016) Strategisk kontrahering – efterfølgende omstændigheder, om anvendelsen af hardship- og gevinstklausuler som kontraktjusteringsmekanismer, s. 441

²⁶⁵ Ibid. s. 442

formålsangivelser vægter betydeligt ved fortolkning. Derudover blev det udledt, at standardkontrakterne i højere grad vil fortolkes objektivt ved efterfølgende omstændigheder. Fortolkningen må dog korrigeres, hvis parterne foretager justeringer i standardkontrakterne, hvorefter fortolkningen bliver subjektiv. Tilsvarende blev det udledt at have betydning, hvis der går et betydeligt antal år siden aftaleindgåelse, inden et fortolkningsproblem melder sig. Endvidere blev det undersøgt, hvorvidt aftalelovens § 36, forudsætningslæren og retsfiguren *nærmest til at bære risikoen* kunne finde anvendelse ved kontrakterne. Det blev konkluderet, at aftalelovens § 36 og forudsætningslæren vanskeligt ville finde anvendelse. *Nærmest til at bære risikoen* havde som udgangspunkt større relevans for kontrakterne, alligevel var retsfigurens konkrete anvendelse vanskelig at udlede.

Ovenstående må indikere at en uenighed mellem parterne som følge af en byrdefuld efterfølgende omstændighed i høj grad må håndteres ved principper for fortolkning og udfyldning. På den anden side er fortolkning af standardkontrakterne kompliceret. Kontrakterne er endvidere uden ophørsdato, hvorfor der kan gå mange år, før en problematik melder sig. Dette må betyde, at behandling af byrdefulde efterfølgende omstændigheder ved tredjeparts håndhævelse vil være en langtrukket og dyr proces. Derfor må det anses at være favorabelt, såfremt K03- og Schlüter kontrakten i sig selv bliver bedre proaktive styringsværktøjer for at håndtere byrdefulde efterfølgende omstændigheder. For at parterne i kontrakterne selv kan håndtere sådanne omstændigheder, var det relevant at undersøge, hvilke forpligtelser, der følger for parterne til at samarbejde efter den almindelige obligationsret. Det kunne i denne forbindelse udledes, at loyalitetsgrundsætningen er den væsentligste grundsætning, hvad angår fastlæggelsen af parternes pligt til at samarbejde. Under loyalitetsgrundsætningen var særligt den loyale forpligtelse til at samarbejde relevant. Betydningen af en samarbejdsforpligtelse blev hertil illustreret af Grindgut-dommen, eftersom det var tydeligt, at parterne i denne sag ikke havde iagttaget samarbejdsforpligtelsen tilstrækkeligt, hvorfor samarbejdet gik galt.

Loyalitetsforpligtelser synes at være indlejret i kontrakterne i deres nuværende form. Det måtte dog påpeges under hensynet, at samarbejdet er centralt for kontrakternes opfyldelse, at både K03- og Schlüter kontrakten mangler en samarbejdsforpligtelse,

der er mere udtalt, proaktiv og positiv. Endvidere blev en hardshipklausul introduceret med henblik på at fremstille et muligt proaktivt tiltag til kontrakterne. Det blev udledt, at en sådan klausul kan inkorporeres i både K03- og Schlüter kontrakten. Ovenstående giver anledning til at undersøge, hvorvidt en loyalitetsforpligtelse og hardshipklausul for kontrakterne er rentabelt indenfor økonomisk teori.

5 Økonomisk analyse

5.1 Introduktion

I overensstemmelse med den juridiske analyse vil denne analyse vedrøre validiteten af en loyalitets- og samarbejdsforpligtelse på parternes ageren i et samarbejde inden for økonomisk teori. Hertil vil der blive lavet en vurdering af effekten af nuværende foranstaltninger i kontrakterne ud fra et økonomisk perspektiv. Dette skaber grundlaget for at iagttage, hvilke økonomiske aspekter en kontrakt skal tage stilling til for at muliggøre en dannelse af relationsrente ved at opstille proaktive tiltag herunder en loyalitets- og samarbejdsforpligtelse.

For at afklare ovenstående er det indledningsvist relevant at inddrage transaktionsomkostningsteori. Som nævnt, vil dette skabe de grundlæggende økonomiske forudsætninger for at vurdere effekten af en loyalitets- og samarbejdsforpligtelse. Specifikt vil denne teori blive brugt at identificere transaktionsomkostninger forbundet med de transaktioner K03- og Schlüter kontrakten konciperer for (dvs. en it-ydelse og samfinansieret forskning). Vi er opmærksomme på, at Schlüter kontrakten ikke beskæftiger sig med transaktioner på samme måde som K03-kontrakten. Desuagtet synes det relevant at foretage en analyse af Schlüter kontraktens transaktioner, da der i høj grad er udveksling af viden, udstyr mv. mellem parterne.

Baseret på ny institutionelle økonomi, hvori kontrakter generelt anses som værende inkomplette, vil denne analyse derefter analysere, hvilke kontraktuelle foranstaltninger K03- og Schlüter kontrakten har i et forsøg på at begrænse potentielle transaktionsomkostninger. Artiklerne "*Contracts as Referencepoints*"²⁶⁶ og "*Overcoming Contractual Incompleteness*"²⁶⁷ inddrages endvidere for at belyse effekten og validiteten af disse kontraktuelle foranstaltninger.

Afslutningsvis udledes hvilken effekt en loyalitets- og samarbejdsforpligtelse har på parternes ageren i en kontraktrelation.

²⁶⁶ Hart, O. & Moore, J. (2008) Contracts as reference points

²⁶⁷ Frydlinger, D. & Hart, O. D. (2019) Overcoming Contractual Incompleteness: The Role of Guiding Principles

5.2 Transaktionsomkostningsteorien

5.2.1 Transaktionsomkostninger forbundet med K03- og Schlüter kontrakten

Nærværende analyse indledes med udgangspunkt i Williamsons transaktionsomkostningsteori²⁶⁸ med henblik på at belyse, hvorvidt transaktionsomkostninger eksisterer i de transaktioner K03- og Schlüter kontrakten konciperer. Herunder inddrages de følgende elementer om frekvens, aktivspecifitet og usikkerhed som primære faktorer, der leder til transaktionsomkostninger.

Frekvens vil under transaktionsomkostningsteorien vedrøre antallet af gange en transaktion kan forventes at finde sted. For K03-kontrakten vil transaktionen være, at en offentlig institution køber en it-ydelse af en privat virksomhed. For Schlüter kontrakten vil transaktionen omhandle et samfinansieret forskningsprojekt. Disse kan anses som 'one-off' transaktioner (dvs. transaktioner med lav frekvens). På den anden side, bidrager begge parter med finansiering til forskningen over en længere periode i Schlüter kontrakten, og for K03-kontrakten er det nødvendigt at have flere delleverancer. Frekvensen af transaktioner forbundet med K03- og Schlüter kontrakten er derfor vanskelig at udlede konkret. Ud fra denne betragtning kan det faktum, at Schlüter kontrakten regulerer forskningsforløb over en længere periode anses som værende et udtryk for, at der er relativt høj frekvens. Derudover, kan delleverancerne i K03-kontrakten, anses som 'undertransaktioner', hvorfor frekvensen også vil være høj for K03's transaktion. Dette indikerer, at parterne angiveligt burde allokere ressourcer til koordination og kontrol. Det er vores vurdering, at kontrakterne har taget stilling at allokere betydelige ressourcer til koordination og kontrol. For K03-kontrakten kommer dette særligt til udtryk ved bestemmelser om rapportering²⁶⁹, test og afprøvning af programmet²⁷⁰, hertil at medarbejdere opfordres til at arbejde tæt på fælles kontorer²⁷¹. Ved Schlüter kontrakten synes samme at gøre sig gældende i et vist omfang, herunder bestemmelser om rapportering²⁷². Dertil er det en forudsætning,

²⁶⁸ Williamson, O. E. (1985) *The Economic Institutions of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracting*

²⁶⁹ K03-kontrakten, bestemmelse 3.2.6.

²⁷⁰ K03-kontrakten, bestemmelse 7.

²⁷¹ K03-vejledning, s. 59

²⁷² Aftale om samfinansieret forskning (to parter), § 7

at parterne arbejder tæt sammen i laboratorier. Baseret på disse allokeringer af ressourcer til koordination og kontrol, vil nærvende afhandling tage afsæt i, at begge kontrakter har høj frekvens.

Set i lyset af ovenstående er det derfor centralt, at parterne i K03- og Schlüter kontrakten foretager relationsspecifikke investeringer. Derfor er det særligt relevant at inddrage aktivspecificitet, da dette netop er medvirkende til at skabe relationsrente mellem to parter i en kontraktrelation. Særligt for kontrakterne synes de relationsspecifikke investeringer at være human aktivspecificitet, hvor parterne allokerer specialiserede medarbejdere til projekterne. Særligt for Schlüter kontrakten vedrører dette, at parterne allokerer laboratorieudstyr og maskiner for at gøre en fælles opfindelse.²⁷³ Der kan således udledes at være et stort behov for aktivspecificitet. Eftersom K03- og Schlüter kontrakten konciperer markedstransaktioner, hvorved disse relationsspecifikke investeringer ofte ikke kan anvendes ved den næste kontraktrelation, er aktivet sårbart, eftersom specialiserede aktiver ikke kan blive genanvendt, skulle kontrakten blive bragt til ophør før tid eller indstillet. Derudover, er aktivet sårbart skulle en part ty sig til opportunistisk adfærd, da aktivets værdi kan gå tabt som følge heraf.

I den forbindelse er der meget usikkerhed forbundet med K03- og Schlüter kontrakten, hvorfor incitamentet til at foretage disse relationsspecifikke investeringer i teorien er meget svagt. Parterne ved K03- og Schlüter kontrakten har ved aftaleindgåelse begrænset viden om ydelsen, og hvordan samarbejdet kommer til at forløbe.

Det kan på baggrund af ovenstående udledes at kontrakterne beskæftiger sig med høj frekvens, behov for aktivspecificitet og er præget af usikkerhed. Derfor er der angiveligt høje transaktionsomkostninger forbundet med de transaktioner, K03- og Schlüter kontrakten konciperer for.

5.2.2 Kontraktuelle foranstaltninger til at mitigere transaktionsomkostninger

²⁷³ Aftale om samfinansieret forskning (to parter), § 9

Som nævnt ovenfor opfordrer K03- og Schlüter kontrakten til relationsspecifikke investeringer både i henhold til human aktivspecificitet (f.eks. at indsætte specialiserede medarbejdere i samarbejdet, se hertil afsnit 3.2.5 og afsnit 3.3.1) og vidensdeling og udstyr.²⁷⁴ Ved at have disse bestemmelser, der opfordrer til relationsspecifikke investeringer, kan dette anses som et forsøg på, at mitigere usikkerheden forbundet med transaktioner med høj aktivspecificiteten.

Parterne forsøger yderligere at navigere usikkerheden ved at indføre agile tiltag i kontrakterne som berørt i afsnit 3.2.2. Særligt for K03-kontrakten er den agile metode udtalt, og anses som et forsøg på at forbedre parternes mulighed for at reagere på ændringsbehov samt tillade, at en kravspecifikation ikke er endelig ved aftaleindgåelse. Tilsvarende ved parterne under Schlüter kontrakten intet om det mulige patent eller den mulige brugsmode, der potentielt opfindes ved kontraktindgåelse, og kan derfor kun sætte en overordnet ramme for forskningen (se afsnit 3.3.1). Hertil synes Schlüter kontrakten, tilsvarende K03-kontrakten, at opfordre parterne til at inddele forskningen i delforløb, hvilket som udgangspunkt resonerer med en agil metode.²⁷⁵ At Schlüter kontrakten inddrager aspekter fra den agile metode kan anses som værende et tiltag for at gøre forskningen mere overskuelig, da parterne har begrænset information ved aftaleindgåelse. Specifikt kan inkorporering af den agile metode i både K03- og Schlüter kontrakten anses som værende et udtryk for, kontrakterne forsøger at minimere potentielle transaktionsomkostninger.

Sammenholdt med den ny institutionelle økonomiske metode kan parterne ved aftaleindgåelse ikke forudse fremtidige begivenheder, herunder byrdefulde efterfølgende omstændigheder, der kan indtræde under kontraktens løbetid og påvirke opfyldelsen af kontrakten. Dette indebærer, at kontrakterne ikke kan koncipere konkrete bestemmelser om byrdefulde omstændigheder, der kunne indtræde efter aftaleindgåelsen. Usikkerheden er derfor ikke fuldstændig afdækket i kontrakterne til trods for agile tiltag. Kontrakterne kan i denne forstand anses som værende inkomplette ved aftaleindgåelse.

²⁷⁴ Vidensdeling er centralt for Schlüter kontrakten for at gøre en opfindelse. Vidensdeling skal i relation til K03-kontrakten ses i overensstemmelse med leverandørens rådgivningspligt til kunden om it-ydelsen.

²⁷⁵ Aftale om samfinansieret forskning (to parter), bilag 1 pkt. 3

5.3 Kontrakter som referencepunkter

På baggrund af ovenstående afsnit blev det udledt, at parterne i K03- og Schlüter kontrakten er begrænset rationelle og kan ikke forudsige fremtidige byrdefulde efterfølgende omstændigheder. Derfor er det højst usandsynligt, at kontrakterne kan koncipere bestemmelser, der fuldt ud reducerer usikkerheden i transaktionerne og er derfor inkomplette. Hart og Moores artikel om kontrakter som referencepunkter bygger ovenpå transaktionsomkostningsteoriens inkomplette kontrakter.²⁷⁶ Hart og Moore introducerer i denne sammenhæng en central problemstilling, der endvidere refererer tilbage til transaktionsomkostningsteorien om aktivspecifitet og relationsspecifikke investeringer. Denne artikel kan belyse implikationerne af de foranstaltninger K03- og Schlüter kontrakten indeholder for at minimere transaktionsomkostninger.

Specifikt i henhold til usikkerhed, kan samarbejdet i K03- og Schlüter kontrakten udvikle sig over tid samtidig med, at parterne erhverver sig mere viden, om de usikkerheder der forelå ved aftaletidspunktet.²⁷⁷ I relation til dette er en antagelse i Hart og Moores artikel, at parterne vil forsøge at genforhandle kontrakten, efter usikkerhederne bliver mere kendte.²⁷⁸ I nærværende analyse vil vi gøre brug af denne antagelse ved at anvende en variation af denne, hvorved inkorporeringen af agile tiltag i kontrakterne kan sidestilles med Hart og Moores genforhandlings antagelse. Dermed vil agile tiltag skabe en problematik, da det følger, at parterne er mindre tilbøjelige til at foretage relationsspecifikke investeringer ex ante. Dette skyldes, at en genforhandling indirekte deler fordelene ved ex ante relationspecifikke investeringer, som en eller begge partner har lavet i et forsøg på at imødekomme potentielle usikkerheder under kontraktens løbetid.²⁷⁹ Ved inkorporering af genforhandling i kontrakter vil incitamentet til at foretage sådanne relationspecifikke investeringer derfor være begrænset. Relationsspecifikke investeringer er centralt for et succesfuldt samarbejde grundet tidligere etableret aktivt specificitet.

²⁷⁶ Hart, O. & Moore, J. (2008) Contracts as reference points, s. 1

²⁷⁷ Ibid. s. 2

²⁷⁸ Ibid. s. 2

²⁷⁹ Ibid. s. 2

Opsummeringsvist kan inkorporeringen af agile tiltag i kontrakterne anses som et forsøg på at mitigere usikkerheden forbundet med transaktionerne, men forsager samtidigt, at incitamentet til at foretage relationspecifikke investeringer nedsættes. Set i lyset af ovenstående synes dette at være endnu en problemstilling, som er central at adressere for at sikre parterne foretager relationsspecifikke investeringer.

5.3.1 'Shading' i Kontrakter som referencepunkter

Hart og Moores artikel introducerer hertil, hvordan relationsspecifikke investeringer og et samarbejde er sårbar overfor opportunistisk adfærd under det henseende, at en part ikke føler han får, hvad han er berettiget til med kontrakten som referencepunkt. Specifikt mener Hart og Moore, at parterne ser kontrakten som et udtryk for, hvad parterne føler sig berettiget til i en kontraktrelation, og er derfor et referencepunkt.²⁸⁰ Hvad en part føler sig berettiget til, er afhængig af det udbytte kontrakten har tildelt parten.²⁸¹ En parts indsats under kontraktens løbetid vil derfor afhænge af, om parten føler han får det som han er berettiget til, set i lyset af kontrakten.²⁸² Får parten ikke det han føler sig berettiget til, opstår der grobund for opportunistisk adfærd som Hart og Moore refererer til som 'shading'. Her 'staffer' en part sin medkontrahent, hvilket resulterer i et dødvægtstab.²⁸³ Et dødvægtstab er i denne forbindelse omkostningerne for kontraktrelationen skabt af ineffektivitet. At 'shade' sin medkontrahent kan indebære at yde en begrænset indsats i et samarbejde, levere en dårlig kvalitet eller kun maksimalt yde det kontrakten specificerer. Dette er endnu en årsag til der er svagt incitament til at foretage relationsspecifikke investeringer.²⁸⁴

Under denne teoretiske ramme vil et succesfuldt samarbejde ex post afhænge af kontraktspecificeringen ex ante.²⁸⁵ For at undgå et dødvægtstab anfører artiklen, at kontrakten må konciperes så specifikt, at der ikke er plads til uenighed og frustrationer ex post.²⁸⁶ En central antagelse under kontrakten som referencepunkt er, at parternes

²⁸⁰ Hart, O. & Moore, J. (2008) Contracts as reference points, s. 1

²⁸¹ Ibid. s. 1

²⁸² Ibid. s. 1

²⁸³ Ibid. s. 2

²⁸⁴ Ibid. s. 9

²⁸⁵ Ibid. s. 1

²⁸⁶ Ibid. s. 2

opfattelse af, hvad de er berettiget til kan ændre sig i takt med, at samarbejdet udvikler sig (f.eks. hvis der indtræder byrdefulde efterfølgende omstændigheder).²⁸⁷ Hertil er en vigtig antagelse, at parterne kun føler, at de er berettiget til det indhold, der står skrevet i kontrakten og ikke til eksogene faktorer.²⁸⁸

Baseret på dette vil en økonomisk model for kontrakten som referencepunkt blive introduceret med det formål at illustrere effekten af 'shading', og hvordan dette leder til et dødvægtstab. Den økonomiske model er relevant for nærværende analyse, da vi mener det er en forudsætning i K03- og Schlüter kontrakten, at parterne foretager relationsspecifikke investeringer, eftersom disse leder til relationsrente.

5.3.2 Den økonomiske model

Spillerne i følgende model kan i henhold til K03-kontrakten anses som værende K, den offentlige institution, der køber en it-ydelse af S, en privat virksomhed. For Schlüter kontrakten ville spillerne i følgende spil være spiller A, den offentlige institution og B, den private virksomhed, hvor parterne er i et fælles samarbejde og begge er realdebitorer.

De grundlæggende antagelser i modellen er, at der er fuldkommen konkurrence ved dato 0, men at konkurrencen reduceres ved dato 1, således at køber og sælger har et bilateralt monopol på dette tidspunkt.²⁸⁹

Modellen er opbygget på følgende grundlag:

- *Der er to spillere, en køber K eller A og sælger S eller B*
- *K & S / A & B er i et langvarigt kontraktforhold.*
- *K & S / A & B mødes ved dato 0 og kan 'handle' ved dato 1.*
- *Eventuelle usikkerheder ved dato 0, bliver forløst ved dato 1.*
- *Der er symmetrisk information.*
- *K & S / A & B er risikoneutrale og har ikke økonomiske begrænsninger.*

²⁸⁷ Hart, O. & Moore, J. (2008) Contracts as reference points, s. 3

²⁸⁸ Ibid. s. 4

²⁸⁹ Ibid. s. 5

Fordi at handel ex post er delvist kontraktbart²⁹⁰, antager teorien at indsats bl.a. ikke er kontraktbart. Der skelnes mellem to former for ydeevne, hvor den ene er 'perfunctory performance' og den anden er 'consummate performance'.

'Perfunctory performance' er en indsats efter kontraktens indhold, som kan observeres af en domstol. 'Consummate performance' kan defineres som en ekstra indsats, der går ud over kontraktens indhold, og kan derfor ikke observeres af en domstol.²⁹¹

Spillet kompliceres således yderligere ved disse følgende antagelser:

- *Ex post handel er kun delvist kontraktbart ex ante.*
- *'Consummate performance' koster ikke meget mere en 'perfunctory performance'.²⁹²*
- *En part er i grove træk indifferent mellen 'consummate- og perfunctory performance'.*

Under disse antagelser kan følgende udledes. En part vil være villig til at udøve en ekstra indsats, hvis parten føler, at han bliver behandlet rimeligt af sin medkontrahent. Modsætningsvis vil en part ikke yde en ekstra indsats, hvis han føler dårligt behandlet af sin medkontrahent.²⁹³

Herunder er en central antagelse, at parten kun føler sig rimeligt behandlet af sin medkontrahent, hvis han får det udbytte, han føler sig berettiget til. Det parten føler sig berettiget til vil fremgå af kontrakten indgået på dato 0, hvilket etablerer kontrakten som referencepunkt.²⁹⁴ Hvis en part ikke får det, han føler sig berettiget til set i lyset af kontrakten, vil parten føle sig forurettet og gøre gengæld ved at ty sig til 'shading'. En beslutning om at straffe sin medkontrahent er en samtidig beslutning for K og S /

²⁹⁰ Dette er en modifikation fra Coase og den oprindelige transaktionsomkostningsteori hvor alle ex post handler antages at være kontraktbart.

²⁹¹ En simpel illustration er at en køber bestiller en kage til et bryllup af en leverandør. Leverandøren leverer kagen, hvilket domstolene kan observere. Domstolene kan ikke observere om kagen smagte godt.

²⁹² Enten koster 'consummate performance' en smule mere eller en smule mindre en 'perfunctory performance'. En part kan nemlig 'nyde' at udøve 'consummate performance'.

²⁹³ Hart, O. & Moore, J. (2008) Contracts as reference points, s. 7

²⁹⁴ Ibid. s. 7

A og B, og er ikke observerbar for en udefrakommende, hvorfor det ikke er kontraktbart.

Hart og Moore argumenterer i denne forbindelse for at undgå 'shading', må der foretages en afvejning om, hvordan kontrakten skal konciperes ved aftaleindgåelse. Dette er relevant for K03- og Schlüter kontrakten, da kontrakterne er inkomplette, transaktionerne har høj frekvens og behovet for aktivspecifitet er højt. Parternes referencepunkt kan løbende ændre sig, hvorfor der er en større sandsynlighed for at en part ikke får udbyttet som er fastsat på dato 0. Under denne antagelse kan parterne ty sig til 'shading' som er et centralt problem for et længerevarende samarbejde.

Herunder inddrages sondringen mellem fleksible og rigide kontrakter. Om kontrakten er rigid eller fleksibel spiller navnlig en central rolle for, hvad parterne føler sig berettiget til. Denne sondring er relevant ved K03- og Schlüter kontrakten, da kontrakterne som udgangspunkt befinder sig et sted mellem en fleksibel og en rigid kontrakt. Dette skyldes at kontrakterne til dels iagttager agile metoder, adgange til ændringer og genforhandling. Desuagtet er kontrakterne også rigide om budget, parternes forpligtelser og rettigheder under samarbejdets forløb.

5.3.3 Flexible og rigide kontrakter

Hart og Moore introducerer to typer kontrakter; en fleksibel kontrakt og en rigid kontrakt.

En fleksibel kontrakt har fordelen, at parter kan genforhandle og justere kontrakten efter eksogene byrdefulde efterfølgende omstændigheder.²⁹⁵ Desuagtet foreligger der problemstillinger ved den fleksible kontrakt. Kontraktens fleksibilitet sikre genforhandlingen, men giver samtidig anledning til, at en part ikke føler sin berettigelse realiseret, hvorfor parten vil ty til opportunistisk adfærd.²⁹⁶ Hertil forekommer en anden problematik ved den fleksible kontrakt, navnlig at parterne har tendens til at fortolke en fleksibel kontrakt forskelligt og subjektivt, herunder gerne til egen fordel.²⁹⁷

²⁹⁵ Hart, O. & Moore, J. (2008) Contracts as reference points, s. 3

²⁹⁶ Ibid. s. 4

²⁹⁷ Ibid. s. 18

Under den forudsætning, at den fleksible kontrakt har bestemmelser om genforhandling ved byrdefulde efterfølgende omstændigheder, kan den subjektive fortolkning anses at skabe yderligere problemer, da parterne muligvis har en forskellig opfattelse af, hvad de er berettiget til, og hvad der er rimeligt med kontrakten som referencepunkt. Som tidligere fremhævet vil en part der ikke får, hvad han føler sig berettiget til, straffe sin medkontrahent som vil resultere i et dødvægtstab.²⁹⁸

Set i lyset af ovenstående problematikker ved den fleksible kontrakt fremhæver Hart og Moore muligheden for at indgå i en rigid kontrakt. Den rigide kontrakt vil så vidt muligt fastlægge parternes forpligtelser, hvorfor parternes referencepunkter er fastlagt. Parter kan således anses som at foretrække en rigid kontrakt, selvom kontrakten ikke har samme mulighed for at håndtere byrdefulde efterfølgende omstændigheder. En rigid kontrakt vil ved indtrædelse af en byrdefulde efterfølgende omstændighed ikke ændre parternes referencepunkter. Dette betyder at skulle en efterfølgende omstændighed gøre kontrakten mere byrdefuld for den ene part (f.eks. leverandøren), vil den anden part (f.eks. kunden) stadig føle sig berettiget til at modtage ydelsen til samme pris og/eller inden for samme tidsfrist, da kontrakten er parternes referencepunkt. Ligeledes vil leverandøren se det retfærdigt, at han betaler de ekstra omkostninger selv. Således vil fastlagte referencepunkter i kontrakten sikre, at parterne ikke føler sig forurettede, hvorfor de ikke vil ty sig til 'shading'.²⁹⁹

K03- og Schlüter kontrakten befinder sig et sted mellem fleksibilitet og rigiditet. Kontrakterne er fleksible set i lyset af agile tiltag i K03-kontrakten, hvor parterne bliver enige om delleverancer og i Schlüter kontrakten, hvor forskning deles op i delforløb. Hertil har Schlüter kontrakten en bestemmelse om genforhandling, hvis budgettet ikke kan overholdes. Kontrakterne er dog rigide i den forstand, at kontrakterne har stort fokus på parternes forpligtelser og rettigheder generelt. I overensstemmelse med Hart og Moore må parterne i K03- og Schlüter kontrakten have klare referencepunkter i henhold til, hvad de føler sig berettiget til i kontraktrelationen.

²⁹⁸ Hart, O. & Moore, J. (2008) Contracts as reference points, s. 4

²⁹⁹ Ibid. s. 4

Alligevel har K03- og Schlüter kontrakten ikke konkrete bestemmelser om efterfølgende omstændigheder, men forsøger dog at begrænse disse ved brug af nævnte agile tiltag. Dog må de omkostninger i relation til transaktioner i it-ydelser og samfinansieret forskning, udledt i afsnit 5.2.1, angiveligt begrænset igennem kontrakterne. Der synes derfor at være et behov for disse agile tiltag (fleksibilitet), til trods for, at dette ifølge Hart og Moore leder til 'shading' og nedsætter incitamentet til relationsspecifikke investeringer. Derfor anses Hart og Moores opfordring til mere rigiditet ikke som en løsning på de udfordringer efterfølgende byrdefulde omstændigheder udgør for kontrakterne. Følgende afsnit tager derfor en afvejning mellem fleksibilitet og rigiditet for kontrakterne.

5.3.4 Afvejningen mellem fleksibilitet og rigiditet for K03- og Schlüter kontrakten

Set i lyset af ovenstående har både K03- og Schlüter kontrakten et element af rigiditet og fleksibilitet. Der vil således foretages en dybdegående sontring om en passende balance mellem fleksibilitet og rigiditet for kontrakterne.

K03- og Schlüter kontrakten må have et element af rigiditet for at sikre parternes referencepunkter, under den forudsætning, at det er længerevarende kontrakter og parternes forpligtelser under kontraktens løbetid skal være tydelige. Skulle kontrakterne være mere rigide ift. byrdefulde efterfølgende omstændigheder, ville dette dog medføre betydelige transaktionsomkostninger ex ante.

Transaktionsomkostningerne skal betragtes i et ex ante perspektiv som prækontraktuelle omkostninger herunder de 3 K'er; kontakt, kontraktforhandlings- og kontraktudfærdigelsesomkostninger.³⁰⁰ Både K03- og Schlüter kontrakten er standardkontrakter, hvilket som udgangspunkt indikerer, at kontraktudfærdigelsesomkostninger er mindre i den prækontraktuelle fase, da kontrakterne bidrager med en overordnet ramme, hvori parterne kan foretage justeringer i. Afhængig af hvilken grad parterne vælger at justere i kontrakterne, kan der således være omkostninger forbundet hermed.

³⁰⁰ Østergaard, K. (2016) Strategisk kontrahering – efterfølgende omstændigheder, om anvendelsen af hardship- og gevinstklausuler som kontraktjusteringsmekanismer, s. 440

Til trods for at kontrakterne er standardkontrakter må dette perspektiv udfordres. Særligt ved K03-kontrakten synes der at være tilknyttet kontraktudfærdigelsesomkostninger i en mere betydelig grad. Dette skyldes blandt andet, at parterne skal specificere mål³⁰¹, behov og kundens kravsspecifikation. Hertil skal parterne specificere, hvilke medarbejdere, der er allokeret til projektet samt færdiggøre tilhørende bilag. Endvidere kan specificering af mål, behov og kundens krav (evt. pris) kræve yderligere kontraktforhandlingsomkostninger for kunden og leverandøren. Særligt specificering af mål synes at være forbundet med kontraktforhandlingsomkostninger, da parterne skal forhandle omfanget af udvikling, som er muligt inden for tidsfrister.

Ligeledes synes Schlüter kontrakten at være tilknyttet kontraktudfærdigelsesomkostninger til trods for, at den er en standardkontrakt. Schlüter kontrakten kræver specificering af formål, udstyr, fagområde og beskrivelse af projektet. Hertil at parterne udfylder relevante bilag om budget, finansiering og medarbejdere allokeret til projektet, som må anses særligt at medføre kontraktforhandlingsomkostninger. Hertil er der betydeligt mange retlige hensyn som parterne skal tage stilling til ved kontraktindgåelse. Dette kræver angiveligt specificering af kontraktens indhold yderligere, og kan lede til omkostninger til juridisk bistand. Der kan på baggrund af dette anses at være transaktionsomkostninger forbundet med den prækontraktuelle fase, til trods for K03- og Schlüter kontrakten er standardkontrakter.

Der er derfor problemstillinger ved både den fleksible og rigide kontrakt. Den fleksible kontrakt opfordrer til genforhandling ved byrdefulde efterfølgende omstændigheder, hvorfor parternes incitament til at foretage relationsspecifikke investeringer ex ante er nedsat. Den rigide kontrakt fastlægger parternes forpligtelser, men kan ikke håndtere byrdefulde efterfølgende omstændigheder. Hertil skulle den rigide kontrakt omfavne alle potentielle byrdefulde efterfølgende omstændigheder, der kan indtræde i løbet af en længerevarende kontraktrelation, vil dette resultere i transaktionsomkostninger ex ante. På den anden side synes det ikke realistisk, at parterne kan forudse og koncipere

³⁰¹ Herunder iterationer set i lyset af den agile metode

for alle potentielle byrdefulde efterfølgende omstændigheder grundet deres begrænset rationalitet.

Det er i denne forbindelse vores vurdering, at K03- og Schlüter kontrakten må være mere fleksible. For at imødekomme problemstillingen med den fleksible kontrakt, må der således gøre brug af tiltag, der samtidig sikrer, at shading minimeres og at parterne har incitament til at foretage relationsspecifikke investeringer.

Denne fleksibilitet kunne opnås ved indførsel af en hardshipklausul i kontrakterne. Ved indførsel af en hardshipklausul har parterne mulighed for at imødekomme byrdefulde efterfølgende omstændigheder som parterne ikke har taget stilling til ved aftaleindgåelse.³⁰² Klausulen vil hertil medvirke, at parterne i fællesskab kan genforhandle dele af kontrakten med henblik på at minimere de omkostninger, der er forbundet med at kontrakten er blevet mere byrdefuld end oprindeligt antaget, for én eller begge parter.³⁰³ Tillige kan hardshipklausulen anvendes til at dele omkostningerne som den efterfølgende omstændighed har pådraget, således at parten, der billigst kan bære omkostningen, afholder udgifterne som udgangspunkt, med mulighed for senere compensation af medkontrahenten.

Indførelsen af en hardshipklausul må dog iagttages med forbehold for Hart og Moores artikel. Navnlig foreligger problemstillingen, at parterne ikke vil foretage relationsspecifikke investeringer ex ante, da parterne accepterer at kontrakten er inkomplet, og derfor regner med at en genforhandling vil finde sted under kontraktens løbetid. For at imødekomme denne problematik vil Frydlinger og Harts artikel³⁰⁴ om inkorporering af en loyalitetsforpligtelse i kontrakten blive inddraget. Hertil for at belyse, hvordan kontrakterne kan være fleksible, således de kan imødekomme efterfølgende byrdefulde omstændigheder, og samtidig skabe incitament til at foretage relationsspecifikke investeringer uden, at parterne vil ty sig til 'shading'.

³⁰² Østergaard, K. (2016) Strategisk kontrahering – efterfølgende omstændigheder, om anvendelsen af hardship- og gevinstklausuler som kontraktjusteringsmekanismer, s. 437

³⁰³ Ibid., s. 438

³⁰⁴ Frydlinger, D. & Hart, O. D. (2019) Overcoming Contractual Incompleteness: The Role of Guiding Principles

5.4 Inkorporering af en loyalitetsforpligtelse i kontrakten

Frydlinger og Hart introducerer i artiklen ”*Overcoming Contractual Incompleteness*” en udvidet teori for kontrakten som referencepunkt. Her belyses hvordan parter kan navigere ’shading’, og hermed dødvægtstab i en fleksibel kontrakt³⁰⁵ ved at inkorporere bestemmelser i kontrakten om loyalitet og kommunikation.³⁰⁶ Dette gøres ved inkorporeringen af en loyalitetsforpligtelse som kan ændre parternes referencepunkter. Forpligtelsen kan aktiveres gennem kommunikation ex ante og ex post.³⁰⁷

Frydlinger og Hart argumenterer hertil for, at kontrakten ved inkorporering af en loyalitetsforpligtelse kan yde bedre end kontrakter, der er konciperet ud fra standard mekanismer.³⁰⁸ Navnlige ved at inkorporere en loyalitetsforpligtelse i kontrakten forpligtes parterne til at varetage hinandens interesser som var de ligeværdige.³⁰⁹ Endvidere medfører forpligtelsen, at en part vil fraholde sig fra at foretage handlinger, som skader medkontrahenten mere end handlingerne gavner parten selv.³¹⁰ Slutteligt vil en loyalitetsforpligtelse opfordre parten i den stærkeste position til at mitigere potentielle risici.³¹¹ På baggrund af disse antagelser opstiller Frydlinger og Hart en matematisk model, der viser, hvordan en loyalitetsforpligtelse kan styrke samarbejdet og skabe incitament til at foretage relationsspecifikke investeringer.

5.4.1 Modellen

Modellen Frydlinger og Hart introducerer, vil i nærværende afsnit fremhæves og forklares med udgangspunkt i en simpel situation med formål at gøre tendenserne tydeligere.

³⁰⁵ ”Fleksibel kontrakt” fremgår ikke direkte af Frydlinger og Harts artikel, men adresserer problematikken med ’shading’ som fremlagt i afsnit 5.3.1, hvilket opstår når en kontrakt er fleksibel.

³⁰⁶ Frydlinger, D. & Hart, O. D. (2019) *Overcoming Contractual Incompleteness: The Role of Guiding Principles*, s. 3

³⁰⁷ Ibid. s. 3

³⁰⁸ Ibid. s. 3

³⁰⁹ Ibid. s. 14

³¹⁰ Ibid. s. 14

³¹¹ Ibid. s. 14

Modellen omhandler en situation, hvor en køber og en sælger indgår en fleksibel kontrakt om en serviceydelse. Køber skal afholde en koncert, hvortil sælger skal levere et band. Køber (K) og sælger (S) forhandler på dato 0 og koncerten afholdes på dato 1. De generelle antagelser er, at der ikke er en diskonteringsfaktor, parterne er risikoneutrale og har ikke økonomiske restriktioner.³¹² Der er to mulige udfald med udgangspunkt i valget mellem tre trompetister Eve, Adam og George.

For K03-kontrakten kan spilleren K være kunden, som er en offentlige institution og S være sælger, som er en private virksomhed. Eve, Adam og George kan i dette henseende være kvaliteten af den samlede it-leverance til kunden, givet kravspecifikationen i K03-kontrakten.

For Schlüter kontrakten kan spillerne ændres til A og B, hvor A, er den offentlige institution, og B, er den private virksomhed, der indgår i samfinansieret forskning. Eve, Adam og George vil i stedet for at være trompetister være specialiserede forskere.

Det 'normale udfald' N , opstår med sandsynligheden $1 - \pi$, og her vil den planlagte trompetist Eve spille til koncerten. Spiller Eve til koncerten, er indtjeningen for $K = v$ og omkostninger for $S = c$.

Det 'anormale udfald' A opstår med sandsynligheden π , hvor Eve har brækket fingeren, og kan derfor ikke spille til koncerten. Sælger er på baggrund af dette udfald nødsaget til at vælge mellem de alternative trompetister Adam og George. Hertil antages det, grundet den sene udskiftning, at Adam og George er af ringere kvalitet og dyrere trompetister end Eve.³¹³ Dette illustreres i nedenstående tabel 1.

Tabel 1	<i>Omkostninger ift. Eve</i>	<i>Indtjeningen ift. Eve</i>
<i>Adam</i>	$\Delta c_a > 0$	$\Delta v_a < 0$
<i>George</i>	$\Delta c_g > 0$	$\Delta v_g < 0$

Tabel 1: Omkostninger og indtjening ift. Eve.³¹⁴

³¹² Frydlinger, D. & Hart, O. D. (2019) Overcoming Contractual Incompleteness: The Role of Guiding Principles, s. 6

³¹³ Ibid. s. 6

³¹⁴ Ibid. s. 6

Der opsættes yderligere antagelser ved de to alternative trompetister Adam og George. Herunder at George er billigere for sælger (lavere omkostninger) end Adam, men Adam er en bedre trompetist end George.³¹⁵ Hvilket kan illustreres således:

$$\Delta v_a - \Delta c_a > \Delta v_g - \Delta c_g^{316}$$

Under det anormale udfald skal sælger vælge mellem Adam og George, hvorfor problemstillingen opstår. Afholder sælger alle omkostninger til trompetisterne selv, er det oplagt for sælger at vælge George, da han er billigst. Køber vil derimod foretrække Adam, da han er en bedre trompetist, og giver køber et bedre payoff. Der foreligger således en interessekonflikt mellem parterne ex post. Set i lyset af ovenstående er Adam det økonomisk efficiente valg, da Adam tilfører mest samlet værdi til kontrakten. Dette skyldes, at omkostningerne for sælgers valg af George opvejes af værdien, som køberen får ved at vælge Adam.

Såfremt parterne skriver en inkomplet kontrakt og genforhandler under det anormale udfald, hvorved køber deler omkostningerne forbundet med valget af Adam og dermed deler det samlede overskud³¹⁷, vil sælger ud fra fuld rationalitet og egenoptimering vælge at hyre Adam.

Men set i lyset af analysen om kontrakten som referencepunkt vil ovenstående næppe være udfaldet. Parterne ser nemlig kontrakten som et referencepunkt, og vil føle sig berettiget til det payoff, der kan udledes fra det kontraktuelle referencepunkt i den 'normale tilstand' N . På baggrund af tabel 1 kan det udledes, at begge parter ligger under deres referencepunkt i den anormale tilstand, hvorfor parternes selvopfattelse, relativt til deres payoff i det normale tilstand, er forværret (dvs. deres referencepunkt er blevet dårligere).³¹⁸ Dette er illustreret i følgende tabel 2:

³¹⁵ Frydlinger, D. & Hart, O. (2019) Overcoming Contractual Incompleteness: The Role of Guiding Principles, s. 8

³¹⁶ Ibid. s. 6

³¹⁷ Ibid. s. 8-9

³¹⁸ Ibid. s. 11

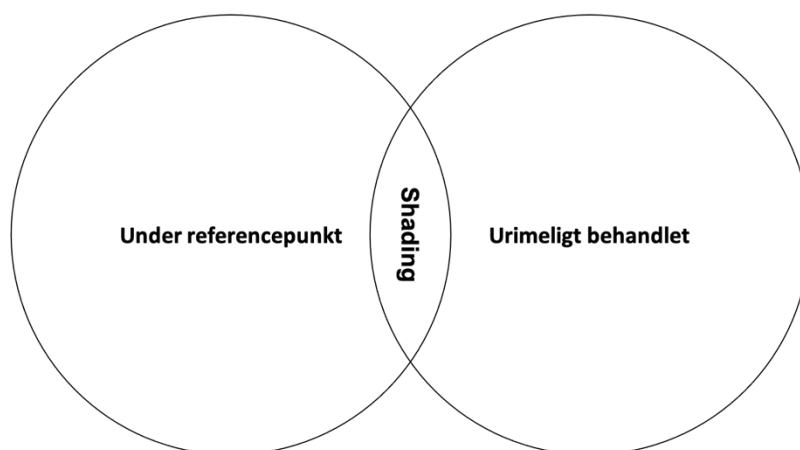
<i>Tabel 2</i>	<i>Normal tilstand (Eve) 'N'</i>	<i>Anormale udfald (Adam) 'A_A'</i>	<i>Anormale udfald (George) 'A_G'</i>		
<i>Sælger (S)</i>	$\Delta c_E > 0$	$\Delta c_A > 0$	$\Delta c_G > 0$		
<i>Køber (K)</i>	$\Delta v_E > 0$	$\Delta v_A > 0$	$\Delta c_G > 0$		
<i>Indtjening (K+S)</i>	$\Delta v_E - \Delta c_E$	$>$	$\Delta v_A - \Delta c_A$	$>$	$\Delta v_G - \Delta c_G$

Tabel 2: Parternes referencepunkt i normal og anormal tilstand.¹

Hertil antager Frydlinger og Hart, at parterne kun vil føle sig fornærmede og 'shade' medkontrahenten, hvis parterne ikke bliver behandlet rimeligt og samtidig ligger under deres referencepunkt.³¹⁹ Det vil sige at (også illustreret i figur 1);

- Kontraktrelationen kan bestå i tilfælde, hvor parterne ligger over deres referencepunkt, men der er en grad af urimelighed.
- Kontraktrelationen kan bestå, hvor parterne ligger under deres reference, men de føler de er blevet behandlet rimeligt.

Nedestående figur 1 illustrerer hvornår en part vil 'shade' sin medkontrahent.



Figur 1: Hvornår vil parterne 'shade' medkontrahenten?³²⁰

Dette indikerer endvidere, at under den anormale tilstand vil der være to mulige udfald mellem køber og sælger:

³¹⁹ Frydlinger, D. & Hart, O. (2019) Overcoming Contractual Incompleteness: The Role of Guiding Principles, s. 10

³²⁰ Udarbejdet af forfattere.

- (1) Hvis sælger skal vælge Adam, skal køber betale differencen i sælgers omkostninger. Der vil stadig være et dødvægtstab grundet, at Eve er blevet forhindret i at spille. Køber vil hertil 'shade' sælger, fordi køber føler sig uretfærdigt behandlet. Dødvægtstabet vil dog være mindre end ved valget af George, da Adam giver et højere ex post payoff (se tabel 2).³²¹
- (2) I den anden situation vil sælger kræve en betaling, der overstiger differencen i de omkostninger, der er ved at vælge Adam i stedet for George. Af denne årsag vil køber nægte at genforhandle kontrakten, og George vil blive valgt. I samme henseende vil køber vælge at 'shade' sælger mere, end hvis Adam var valgt. Dette vil have en negativ effekt på sælgers payoff samt, at den mindre kompetente trompetist George vil blive valgt. Dette udfald giver samlet et større dødvægtstab end ved situationen, hvor køber kompenserer sælger.³²²

Ovenstående udfald understøtter Hart og Moores teori om, at parternes referencepunkter skaber dødvægtstab i fleksible kontrakter, når der indtræder efterfølgende omstændigheder. Dette skyldes, at parterne vil føle sig berettiget til det payoff, de ville have fået i den 'normale tilstand' *N*. Sælger vil tillige forvente, at køber kompenserer for den yderligere udgift forbundet med at hyre Adam frem for George. Omvendt vil køber forvente, at sælger vælger den bedste kandidat uden et behov for at blive kompenseret. På baggrund af dette anses det, at inkorporeringen af en gensidig loyalitetsforpligtelse i kontrakten muligvis kan løse denne problematik ved at skabe et nyt referencepunkt for parterne, når en byrdefuld efterfølgende omstændighed indtræder.

5.4.2 Aktivisering af loyalitetsforpligtelsen ex ante og ex post

I forbindelse med ovenstående problematik indfører Frydinger og Hart en loyalitetsforpligtelse i kontraktmodellen, der tager afsæt i en fælles kommunikationspligt. Formålet er at fremme parternes incitament til at samarbejde

³²¹ Frydinger, D. & Hart, O. D. (2019) Overcoming Contractual Incompleteness: The Role of Guiding Principles, s. 12

³²² Ibid. s. 12

ved indtrædelsen af en efterfølgende omstændighed, og samtidig opfodre til relationsspecifikke investeringer.³²³

En loyalitetsforpligtelse tilføjer fleksibilitet og indebærer, at begge parter varetager hinandens interesser som havde de ligeværdig betydning. Loyalitetsforpligtelsen kommer herunder til udtryk i en situation, hvor parternes payoff omdannes til deres eget private payoff. Hertil tillægges λ som ganges på medkontrahentens payoff, hvor $0 < \lambda < 1$ ³²⁴. λ anses derfor som graden af loyalitetsforpligtelse.

Når hver part vægter værdien af λ ved den anden parts payoff, kan køber og sælgers payoff opstilles således:

$$\text{Købers ex post payoff i anormal tilstand: } A_K = v + \Delta v - p + \lambda(p - c - \Delta c)^{325}$$

$$\text{Sælgers ex post payoff i anormal tilstand: } A_S = p - c - \Delta c + \lambda(v + \Delta v - p)^{326}$$

En part vil således være forpligtet til ikke at foretage en handling, der koster medkontrahenten mere, end det payoff parten selv opnår ved at udøve en straffende adfærd. Dertil vil inkorporeringen af en loyalitetsforpligtelse betyde, at den part, der er bedst til at bære eller mitigere en risiko, påtager sig den.

Som nævnt må begge parter mødes og kommunikere både ex ante og ex post for at sikre at loyalitetsforpligtelsen har den ønskede virkning. Helt centralt ved inkorporering og aktivering af en loyalitetsforpligtelse i kontrakten er, at kontraktparterne ser forpligtelsen som et referencepunkt.³²⁷

Ex ante skal parterne definere præcist, hvad der forstås ved en loyalitetsforpligtelse, og hvordan den kan tages i brug samt under, hvilke omstændigheder den måtte være relevant at aktivere. Når loyalitetsforpligtelsen er aktiveret ex ante, og indskrevet i kontrakten kan loyalitetsforpligtelsen aktiveres ex post, når en byrdefuld efterfølgende

³²³ Frydlinger, D. & Hart, O. D. (2019) Overcoming Contractual Incompleteness: The Role of Guiding Principles, s. 13

³²⁴ Ibid. s. 14

³²⁵ Ibid. s. 14

³²⁶ Ibid. s. 14

³²⁷ Ibid. s. 14

omstændighed indtræder. Ex post skal parterne endvidere mødes og forhandle, hvordan omstændigheden løses bedst. I ex post aktivering af loyalitetsforpligtelsen er parterne dog nødsaget til at foretage en sondring om, hvorvidt en aktivering af loyalitetsforpligtelsen giver et større samlet payoff end ikke at aktivere den.³²⁸ Denne sondring er under hensynet, at kommunikation er forbundet med omkostninger³²⁹.

Det kan udledes, at en inkorporering af en loyalitetsforpligtelse er rentabelt, når risikoen for byrdefulde efterfølgende omstændigheder er stor i it- og samfinansieret forskning. Hertil synes en loyalitetsforpligtelse at være nødvendig, når projekterne har høj frekvens af transaktioner og et stort behov for aktivspecifitet. Inkorporering og aktivering af loyalitetsforpligtelsen i denne forbindelse nedsætter hertil straffende adfærd, herunder 'shading' mellem parterne, hvorfor parterne kan foretage relationsspecifikke investeringer til trods for usikkerhed. Dermed kan inkorporeringen af en loyalitetsforpligtelse medvirke til at løse problematikken om fleksible kontrakter. I forbindelse med dette kan incitamentet til at foretage relationsspecifikke investeringer ved inkorporering af en loyalitetsforpligtelse, anses som værende centralt for at danne relationsrente mellem parterne i K03- og Schlüter kontrakten.

Kritik af ovenstående teori må dog berøre, at en loyalitetsforpligtelse og hertil en kommunikationspligt kan være vanskelig at specificere i kontrakten ex ante og ex post. Der kunne argumenteres for, at loyalitetsforpligtelsen blot kan fremgå af kontraktens naturalia negotii. Dog kan dette synes at give anledning til fortolkningstvivel, da parterne fortolker subjektivt og gerne til egen fordel.³³⁰ Loyalitetsforpligtelsen må derfor specificeres så vidt muligt af parterne i fællesskab, således det fremgår klart for parterne at varetage hinandens interesser i et samarbejde. Endvidere synes der ikke at kunne udledes en konkret en kommunikationspligt i loyalitetsgrundsætningen i dansk ret, hvorfor sådan en må formaliseret i kontraktgrundlaget.

³²⁸ Frydinger, D. & Hart, O. D. (2019) Overcoming Contractual Incompleteness: The Role of Guiding Principles, s. 14

³²⁹ Østergaard, K. (2016) Strategisk kontrahering – efterfølgende omstændigheder, om anvendelsen af hardship- og gevinstklausuler som kontraktjusteringsmekanismer, s. 440

³³⁰ Hart, O. & Moore, J. (2008) Contracts as reference points, s. 18

Set i lyset af afhandlingens juridiske analyse, hvorunder loyalitetsforpligtelserne i K03- og Schlüter kontrakten udpensles, synes disse primært at komme til udtryk ved kontraktens naturalia negotii. Loyalitetsforpligtelserne kan få betydning for parternes retsstilling, selvom forpligtelserne blot fremgår af kontraktens naturalia negotii. Der kan dog stilles spørgsmålstegn ved, hvorvidt parterne i K03- og Schlüter kontrakten ser loyalitetsforpligtelserne som et konkret referencepunkt, når de ikke er ekspliciteret i kontrakten. Under forudsætningen at kontrakterne er inkomplette og parterne er tilbageholden med relationsspecifikke investeringer som resultat heraf, synes der derfor at være et behov for en mere udtalt loyalitetsforpligtelse, herunder særligt samarbejdsforpligtelse i K03- og Schlüter kontrakten. Hvis loyalitetsforpligtelsen og samarbejdsforpligtelsen bliver mere udtalt i kontrakterne, forpligter parterne sig til at varetage hinandens interesser som et referencepunkt, hvilket mitigerer 'shading' og samtidig skaber incitament til at foretage relationsspecifikke investeringer ex ante.

5.5 Delkonklusion

Transaktionsomkostningsteorien belyste, at transaktioner ved K03- og Schlüter kontrakten er forbundet med høj frekvens og et behov for aktivspecifitet. Hertil er transaktionerne præget af usikkerhed. Den høje frekvens bevirker hertil, at der er et behov for relationsspecifikke investeringer tilknyttet aktivspecifitet. Usikkerheden synes dog at nedsætte parternes incitament til at foretage disse. Kontrakterne har i denne forbindelse ikke eksplicite bestemmelser om byrdefulde efterfølgende omstændigheder og håndteringen heraf. Dette skyldes, at det er umuligt for parterne at forudse alle fremtidige omstændigheder, hvilket gør kontrakterne inkomplette.

Hart og Moore blev hertil introduceret for yderligere at adressere problematikken ved inkomplette kontrakter ift. relationsspecifikke investeringer. Parterne har i en kontraktrelation med høj fleksibilitet mindre incitament til at foretage disse ex ante, da parterne forventer en genforhandling af kontrakten ex post. Denne problemstilling blev udledt som værende central, da kontrakterne bygger på et samarbejde, hvor relationsspecifikke investeringer er nødvendige samt indeholder agile tiltag, som leder til fleksibilitet. Dette forhold er problematisk, da dette kan påvirke parternes mulighed for at danne relationsrente selv ved proaktive tiltag.

Det blev endvidere påvist, at denne bunder i, at parterne anser kontrakten som deres referencepunkt. I kombination med nævnte problematik angående fleksibilitet, vil et sådant referencepunkt angiveligt lede til, hvad Hart og Moore definerer som 'shading'. Til at mitigere 'shading' mener Hart og Moore, at kontrakter skal være mere rigide, hvorfor der blev foretaget en vurdering af rigiditet. Den umiddelbare fordel ved at introducere mere rigiditet blev udledt til at være minimeret straffende adfærd, da parternes forpligtelser og udbytte er fastlagt. På den anden side vil rigiditet antageligt være yderest omkostningsfuldt. Givet den tidligere belyste usikkerhed forbundet med transaktionerne, blev det vurderet, at rigiditet ikke ville en rentabel grundet naturen af, de transaktioner kontrakterne konciperer for samt parternes begrænset rationalitet.

På baggrund heraf kunne det konstateres, at fleksibilitet i K03- og Schlüter kontrakten er en nødvendighed, til trods for problematikken fremsat af Hart og Moore. Indledningsvist blev det undersøgt, hvorvidt en hardshipklausul kunne være rentabel og skabe et nyt referencepunkt for parterne. En hardshipklausul alene kan dog ikke løse problematikken fremsat af Hart og Moore, til trods for den fleksibilitet denne ville tilføje. Derfor blev Frydinger og Harts artikel inddraget i analysen. Denne havde til formål at belyse, hvorvidt en loyalitetsforpligtelse, herunder en gensidig samarbejdsforpligtelse, kunne navigere 'shading' og fremsætte incitament til at foretage relationsspecifikke investeringer, til trods for, at kontrakterne er fleksible. På baggrund heraf ville en loyalitets- og samarbejdsforpligtelse endvidere gøre det muligt at danne relationsrente mellem parterne. Alligevel synes loyalitetsforpligtelsen ikke at være udtalt tilstrækkeligt i K03- og Schlüter kontrakten for at sikre, at parterne ser forpligtelsen som et referencepunkt i deres nuværende form, hvilket stemmer overens med resultatet af den juridiske analyse. Dette giver anledning til, at konkret belyse, hvorledes en loyalitets- og samarbejdsforpligtelse, samt tilhørende proaktive tiltag kan tage form i kontrakterne.

6 Analyse i Strategisk Kontrahering

6.1 Introduktion

Nærværende analyse vil tage udgangspunkt i resultaterne fra afhandlingens juridiske og økonomiske analyse med henblik på at opstille proaktive tiltag, herunder en gensidig loyalitets- og samarbejdsforpligtelse, der kan gøre K03- og Schlüter kontrakten til mere proaktive styringsværktøjer for håndtering af byrdefulde efterfølgende omstændigheder.

Endvidere vil nærværende analyse så vidt muligt prøve at udlede, om det er muligt at finde en fælles idealreference om samarbejde og håndtering af byrdefulde efterfølgende omstændigheder for kontrakterne med afsæt i kontrakternes ligheder og forskelle. Interessant er i denne forbindelse, hvorvidt de samme kontraktbestemmelser kan anvendes på tværs af it- og medicinalbranchen.

6.2 Proaktive tiltag

6.2.1 Formål om at samarbejde

Indledningsvis er det relevant at inddrage K03- og Schlüter kontraktens formålsbestemmelser. Formålsbestemmelserne kan i lyset af strategisk kontrahering anses at være en fælles strategi for, hvordan parterne skal nå opfyldelse af kontrakten. Formålsbestemmelsen skal derfor anvendes til at forene parternes fælles mål ved indgåelsen af kontrakten, og herigennem skabe målkongruens samt relationsrente mellem parterne.

I afhandlingens juridiske analyse blev det udledt, at forpligtelsen til at samarbejde må være en forudsætning som er betinget af, at opfyldelsen af kontrakten, er baseret på et samarbejde. Samarbejdsforpligtelsen er i denne forbindelse mest udtalt, hvor parterne har et fælles økonomisk mål.³³¹ At kontrakten er baseret på et samarbejde, synes i denne forbindelse at være relevant at tilkendegive i kontrakternes formål. Tilsvarende blev det udledt i afhandlingens juridiske analyse, at formålsbestemmelser

³³¹ Madsen, C. F., & Østergaard, K. (2019) Loyalitetsgrundsætningen i dansk ret: indhold og retsvirkninger ved tilsidesættelse i Erhvervsjuridisk Tidsskrift, 27(3), s. 6

vægter højt ved fortolkning af længerevarende standardkontrakter. Derfor må en formålsbestemmelse være en central tilkendegivelse af parternes intention og strategi. Hertil synes en mere partssubjektiv formålsangivelse at give anledning til, at standardkontrakten kan fortolkes mere subjektivt, hvilket synes at være til fordel for parterne.

K03-kontraktens formålsbeskrivelse ser på nuværende tidspunkt således ud:

K03-kontraktens bestemmelse 2. om ”Baggrund og formål”
<p><i>”2.1 Kontrakten regulerer Leverandørens og Kundens rettigheder og forpligtelser i forbindelse med gennemførelse af et større it-projekt (Projektet) hos Kunden.</i></p> <p><i>Gennemførelsen af Projektet vil ske med hovedvægt på Leverandørens udviklings- og implementeringsydelser og i nær sammenhæng med Leverandørens rådgivning og styring af Projektet.</i></p> <p><i>Projektet gennemføres som et agilt forløb under anvendelsen af den Agile Metode.”</i></p> <p><i>2.2 [Beskriv baggrunden for indgåelse af Kontrakten, herunder baggrunden for at tilrettelægge Projektet under anvendelse af en agil metode, og Kundens formål med Projektet, herunder vigtige forretningsmæssige mål og behov.]”³³²</i></p>

Tabel 3: K03-kontraktens bestemmelse om baggrund og formål.

I K03-kontraktens bestemmelse om formål og baggrund synes det ikke at være tydeligt, at der er tale om et fælles samarbejde ved første øjekast. Det fremgår desuagtet af K03-kontraktens vejledning, at kontraktens samarbejde skal ses i sammenhæng med den agile grundsætning om parternes tætte samarbejde.³³³ Det fremgår hertil af de generelle bemærkninger til K03-kontrakten, at *”Parterne samarbejder tæt gennem hele forløbet”*.³³⁴ I denne forbindelse er det uvist, om K03-kontraktens vejledning bistår til fortolkning af kontrakten. Uagtet anses vejledningen ikke at have nogen retsvirkning for parterne. Det synes derfor bemærkelsesværdigt,

³³² K03-kontrakten, bestemmelse 2.1 og 2.2

³³³ K03-vejledning, s. 10

³³⁴ Ibid. s. 6

at et fælles samarbejde ikke indgår i kontraktens formål og baggrund, hvis hensigten som vejledningen foreslår, er et tæt samarbejde.

På baggrund af ovenstående må der således udledes et behov ved K03-kontrakten for at udtale samarbejdet mere tydeligt ved formålsbestemmelsen. Et mere udtalt samarbejde ved en formålsbestemmelse, vil også bidrage til målkongruens mellem parterne. Særligt ved et samarbejde mellem en kunde og en leverandør om it-projekter kan målkongruens anses som værende centralt. Manglen på målkongruens har hertil vist sig at volde store konsekvenser i praksis, set i lyset af Grindgut-dommen. At foretage en ændring i K03-kontraktens formålsbestemmelse og indføre en strategi for et tæt samarbejde, synes derfor at udgøre et proaktivt tiltag, som kan bidrage til at skabe relationsrente mellem parterne.

Modsætningsvis synes samarbejdet umiddelbart at være mere tydeligt i Schlüter kontraktens baggrund og formål.

Ved Schlüter kontrakten fremgår formålet for rigtig opfyldelse af kontrakten således:

Schlüter kontraktens § 2 om "Samarbejdets baggrund og formål"

"2.1 Det udførende Institut og Virksomheden har hver for sig opbygget en særlig ekspertise inden for [indsæt fagområder]. Parterne har interesse i gennem forskning at udvide deres viden inden for [indsæt fagområder], og Virksomheden ønsker at udnytte den Forgrundsviden, der udspringer af forskningen inden for det i bilag 2 angivne Udnyttelsesområde.

2.2 Parterne har på denne baggrund en fælles interesse i at samarbejde om Projektet, der vedrører [kort beskrivelse af Projektet] og at sikre Projektet økonomisk gennem samfinansiering, som angivet i § 3 og bilag 3."³³⁵

Tabel 4: Schlüter kontraktens bestemmelse om samarbejdets baggrund og formål.

Som tidligere udledt i afhandlingens juridiske analyse, synes dette som værende grundlag for en samarbejdsforpligtelse mellem parterne. Det må hertil formodes at kontrakten skal fortolkes i overensstemmelse med et fælles samarbejde givet, at

³³⁵ Aftale om samfinansieret forskning (to parter), § 2

samarbejdet er udtalt i kontraktens formål. Hertil synes formålsbestemmelsen at skabe målkongruens mellem parterne vedrørende deres forpligtelse til at samarbejde. Desuagtet synes Schlüter kontraktens formålsbestemmelse alligevel at mangle en konkret strategi for, hvordan parterne skal nå et fælles mål.

Der kan således udledes en forskel mellem K03- og Schlüter kontrakten i relation til kontraktens tilgang til et fælles samarbejde i formålsbestemmelserne. Forskellen må hertil ses som et udtryk for, at samarbejdet i kontrakterne er forskellig af natur. Der synes dog fortsat at være grundlag for, at K03-kontrakten skal have samarbejdet nærmere inkorporeret i formålsbestemmelsen, da målkongruens om et fælles samarbejde anses som værende central for kontraktens opfyldelse. En fælles problemstilling i kontrakterne er, at der mangler en mere udtalt strategi for samarbejdet og en konkret henvisning til, hvordan parterne skal nå et fælles mål ved at samarbejde.

6.2.2 Loyalitetsforpligtelsen i jura og økonomi

Det blev tidligere udledt, at loyalitetsforpligtelsen spiller en central rolle for et succesfuldt samarbejde ud fra både jura og økonomi. Følgende vil kort repitere de underlæggende argumenter herfor.

I juraen er loyalitetsgrundsætningen en central obligationsretlig grundsætning, hvortil loyalitetsforpligtelsen eksisterer på tværs af alle kontrakttyper. Herunder findes det generelle positive princip om, at kontraktsparter skal varetage hinandens interesser til trods for, at virksomheders overordnede formål anses at være profitmaksimering.³³⁶ I økonomien er loyalitetsforpligtelsen i forbindelse med inddragelsen af Frydinger og Harts artikel en kontraktuel bestemmelse, der kan have en betydelig effekt for parternes ageren i et samarbejde, og hertil give parterne incitament til at varetage hinandens interesser. Disse betragtninger af loyalitetsforpligtelsen synes at være forenelige. Navnlig skal parter i begge tilfælde varetage hinandens interesser, som var de deres egne.

³³⁶ Madsen, C. F., & Østergaard, K. (2019) Loyalitetsgrundsætningen i dansk ret: indhold og retsvirkninger ved tilsidesættelse i Erhvervsjuridisk Tidsskrift, 27(3), s. 1

Den juridiske litteratur synes ikke at definere, hvad det konkret må betyde at varetage hinandens interesser, men beror nærmere på en sondring efter en konkret situation. Frydlinger og Hart har dog i denne sammenhæng defineret, at parterne varetager hinandens interesser ved, at parterne er afhængige af hinandens payoffs. Det samlede payoff ved kontrakten bliver således en sum af partens eget payoff plus λ (graden af hvor udtalt en loyalitetsforpligtelse er) gange medkontrahentens payoff. Hvorefter det kunne konkluderes, at en part skader sig selv ved at udøve opportunistisk adfærd, givet at parternes eget payoff er afhængig af medkontrahentens payoff. Derfor kan Frydlinger og Harts betragtninger om en loyalitetsforpligtelse anses som en måde at supportere den juridiske definition heraf.

Dansk ret har hertil ikke konkrete regler for, hvor udtalt loyalitetsforpligtelsen skal være i en kontrakt. Som illustreret i Grindgut- og Brunata dommen kan loyalitetsforpligtelser gøre sig gældende for parterne, såfremt loyalitetsforpligtelsen fremgår af kontraktens *naturalia negotii*. Der findes i dansk ret, således en bred anvendelse for loyalitetsforpligtelser. Frydlinger og Hart bidrager med antagelsen, at for loyalitetsforpligtelsen skal have effekt på parternes ageren i et samarbejde, må forpligtelsen være tydeligt udtalt (høj λ), og hertil skal parterne være enige om forpligtelsens udstrækning ved aftaleindgåelse for, at denne kan agere som et referencepunkt.

Et modargument imod Frydlinger og Hart kunne være, at grundet loyalitetsforpligtelsen er bundet i baggrundsretten, vil loyalitetsforpligtelsen være et referencepunkt uagtet, om forpligtelsen er tydeligt udtalt i kontrakten. Dette argument kan dog modsiges under reference til Gringut- og Brunata dommen. Her var begge parter professionelle og havde hertil antageligvis professionel juridisk bistand. Til trods svigtede parterne deres loyalitetsforpligtelse, hvilket taler for, at loyalitetsforpligtelsen skal fremgå eksplicit af kontrakten, før denne har indflydelse på parternes ageren i samarbejdet.

Set i lyset af ovenstående er det derfor vores vurdering, at K03- og Schlüter kontrakten skal have en mere udtalt samarbejdsforpligtelse, som en del af loyalitetsforpligtelserne for at sikre parterne agere efter kontraktens formål; at samarbejde. Hertil skal

samarbejdsforpligtelsen muliggøre, at parterne bedre kan håndtere byrdefulde efterfølgende omstændigheder.

6.2.3 Gensidig loyalitets- og samarbejdsforpligtelse

Set i lyset af ovenstående diskussion vil vi fremføre et bud på en udtalt, proaktiv og positiv loyalitetsforpligtelse, herunder en samarbejdsforpligtelse i K03- og Schlüter kontrakten. Målet er i lyset af strategisk kontrahering, at samarbejdsforpligtelsen bliver dynamisk.

Vi vil forsøge at lave en neutral ramme for en gensidig samarbejdsforpligtelse som parterne selv kan udfylde ved aftaleindgåelse efter specifikke behov og samarbejdets natur. Formålet er, at parterne skal danne en fælles forståelse for, hvad loyalitets- og samarbejdsforpligtelsen betyder, hvordan den skal finde anvendelse, og i hvilke situationer, den som udgangspunkt skal aktiveres. Vi mener, at parterne får den bedste forståelse af ovenstående ved at udfylde loyalitets- og samarbejdsforpligtelsen i fællesskab. Dette synes at være relevant til trods for, at parterne må allokere ekstra kontraktudfærdigelsesomkostninger som berørt i den økonomiske analyse. Navnlig er det vores vurdering at pålægge sig disse transaktionsomkostninger ex ante, vil opveje transaktionsomkostningerne til håndtering af en byrdefuld efterfølgende omstændighed ex post.

Centralt er endvidere, at en loyalitets- og samarbejdsforpligtelse skal iagttage en vidensdelingsrutine for at danne relationsrente mellem parterne. En effektiv vidensdelingsrutine vil bidrage til bedre kommunikation blandt parterne og hermed nedsætte potentielle fejl, der kan opstå under et udviklings- eller forskningsforløb.

K03- og Schlüter kontrakten har som udgangspunkt bestemmelser om vidensdeling og parternes rettigheder i forbindelse hermed. Her skal leverandøren i K03-kontrakten rådgive og vejlede kunden om ydelsen, anvendelsen og kundens it-miljø. I Schlüter kontrakten er deling af relevant baggrundviden centralt for at finde ny forgrundsviden. Desuagtet har kontrakterne ikke nogen bestemmelser om konkrete vidensdelingsrutiner, hvilket må anses som værende en mangel, hvis formålet er at skabe relationsrente.

Nedenfor er et bud på, hvordan den loyale samarbejdsforpligtelse kunne se ud. Den er udarbejdet i et bredt omfang, hvor formålet er, at den kan implementeres i både K03- og Schlüter kontrakten med enkelte justeringer.

1. Bestemmelse om loyalt samarbejde

1.1 Parterne forpligter sig til at samarbejde loyalt med en positiv, professionel og ansvarlig holdning under Projektets løbetid. Parterne forpligter sig til at yde en betydelig indsats efter bedste evne for at opnå det bedst mulige resultat. Parterne forpligter sig endvidere til at udvise den fornødne fleksibilitet for at varetage hinandens interesser.

[Særligt for Schlüter kontrakten: Parterne skal udføre deres arbejde til Projektets gennemførelse under overholdelse af god skik for videnskabeligt arbejde]³³⁷

[Særligt for K03-kontrakten: Parterne skal udføre deres arbejde til Projektets gennemførelse under overholdelse af god it-skik.]

1.1.1 Parterne forpligter sig til at specificere, hvad en loyal Samarbejdsforpligtelse indeholder i bestemmelse 2.1. I bestemmelse 2.2 skal Parterne hertil definere en realistisk Vidensdelingsrutine, hvor Parterne forpligter sig til at dele relevant og nødvendig Viden og Knowhow i Samarbejdet.

1.2 Parterne forpligter sig til at kommunikere om forhold, der kan påvirke opfyldelse af kontrakten.

Bliver en Part bekendt med forhold, der kan have betydning for Parternes rigtige opfyldelse af Kontrakten, skal Parten uden ugrundet ophold og hurtigst muligt underrette den anden Part. Som et led i det loyale Samarbejde forpligter Parterne

³³⁷ Bemærk denne bestemmelse flyttes fra kontraktens § 14 om Erstatningsansvar til en bestemmelse om et loyalt samarbejde

sig til at foretage en fælles fornyet vurdering om, hvordan Projektet kan føres til ende.

1.2.1 Forpligtelsen i 1.2 kan endvidere anvendes, hvis en Part har god grund til at formode, at et bestemt forhold kan have betydning for Parternes rigtige opfyldelse af Kontrakten.

1.3 Svinger en Part sin loyale Samarbejdsforpligtelse anført i 2.1, vil dette betragtes som væsentlig misligholdelse. Den anden Part har herunder adgang til at ophæve Kontrakten. En Part kan dog ikke ophæve kontrakten under hensynet, at en Part har svigtet sin loyale Samarbejdsforpligtelse, hvis forholdet ikke har en direkte betydning for Kontraktens rigtige opfyldelse.

2. Bestemmelse om den loyale Samarbejdsforpligtelses indhold.

2.1 I denne bestemmelse findes Parternes specifikation af indholdet for den loyale Samarbejdsforpligtelse. *[Indsæt parts bestemt definition af Samarbejdsforpligtelsen]*

2.1.1 I denne bestemmelse findes en partsdefineret mødefrekvens *[indsæt realistisk mødefrekvens]*. Her har Parterne mulighed for at føre status, evaluere og evt. kommunikere positive fremskridt.

Parterne kan indkalde til et ekstraordinært møde om forhold omfattet af 1.2.

2.2 I denne bestemmelse findes Vidensdelingsrutinen, som Parterne har forpligtet sig til udføre. *[Indsæt Parts bestemt vidensdelingsrutine. Her kan Parterne med fordel planlægge afholdelse af møder ved faste intervaller med henblik på at dele værdifuld information og knowhow med den anden Part. Parterne har hertil mulighed for at tilføje en liste af værktøjer eller platforme, som Parterne kan bruge til vidensdeling på dagligbasis. Indsæt evt. uddannelsesforløb mv.]*

Table 5: Forslag til en gensidig loyal samarbejdsforpligtelse.

Note til bestemmelse 1.1 og 2.1: Det er centralt, at parterne definerer i bestemmelse 2.1, hvad det vil sige at varetage hinandens interesser. Hvordan forstår parterne herunder at samarbejde loyalt. Navnlige er det relevant om en samarbejdsforpligtelse bevirker, at den part, der har nemmest ved at afholde en given omkostning ved en byrdefuld efterfølgende omstændighed, afholder denne som udgangspunkt. Det skal hertil defineres, om parten senere kompenseres af medkontrahenten, hvis denne omkostning egentlig er nærmest medkontrahenten.

At parterne skal foretage denne vurdering selv, er som udgangspunkt inspireret af Frydinger og Hart. Her har en loyalitetsforpligtelse om at samarbejde størst effekt i kontraktrelationen, hvis parterne har kommunikeret om, hvad loyalitets- og samarbejdsforpligtelsen betyder, og hvad denne indeholder. Loyalitets- og samarbejdsforpligtelsen vil i denne forbindelse endvidere indebære en ex ante kommunikationspligt for parterne, hvor de skal afklare deres forståelse af, hvad et loyalt samarbejde vil sige. Hertil indebærer bestemmelsen også en ex post pligt til at kommunikere om forhold, der kan påvirke kontraktens rigtige opfyldelse. Denne kan endvidere anses som værende en udvidet underretningspligt.

Vidensdelingsrutinerne i loyalitets- og samarbejdsforpligtelsen må defineres efter parternes specifikke behov. Vidensdelingsrutinen synes hertil at være centralt for en loyal samarbejdsforpligtelse, set i lyset af afhandlingens økonomiske analyse i øvrigt, da behovet for relationsspecifikke investeringer er højt i både K03- og Schlüter kontrakten. Ved at definere en vidensdelingsrutine fastholder kontrakten, at parterne deler strategisk viden og knowhow.

6.2.4 Human aktivspecifitet i et samarbejde

Ved inkorporering af en vidensdelingsrutine i en loyalitets- og samarbejdsforpligtelse er det centralt at iagttage, hvilke faktorer, der potentielt kan have indflydelse herpå. Navnlige spiller human aktivspecifiteten, herunder parternes medarbejdere en central rolle for at vidensdeling kan foregå.

Hvis en medarbejder fratræder et projekt tilknyttet K03- og Schlüter kontrakten, kan denne medarbejder tage værdifuld viden og knowhow med sig. Var medarbejderen

hertil meget værdifuld og central for kontraktens opfyldelse, kan medarbejderens fratrædelse betyde, at projektet enten går i stå i en periode eller indstilles. Det er ikke muligt at fuldstændig navigere risikoen for en medarbejders fratrædelse fra projektet. Medarbejderen kan blive langvarigt syg, afgå ved døden eller blot søge nye udfordringer. Det er også en mulighed at medarbejderen bliver opsagt. Relevant for nærværende afhandling er dog, hvordan samarbejdet kan fortsætte til trods for at en medarbejder fratræder eller bliver opsagt. Dette kan endvidere karakteriseres som en endogen byrdefuld efterfølgende omstændighed.

K03- og Schlüter kontrakten har i grove træk samme tilgang til udskiftning af en nøglemedarbejder og bestemmelser om en medarbejders fratrædelse. Hverken K03- eller Schlüter kontrakten tager stilling til en midlertidig eller alternativ procedure for, hvordan samarbejdet kan fortsætte, mens nøglemedarbejder problematikken forestår. Vi har derfor udarbejdet et forslag til en supplerende bestemmelse, som vi mener der kan indføres i begge kontrakter.

<p>Nuværende ordlyd i K03-kontraktens bestemmelse 8.4 "Bemanding"</p>
<p><i>"I Bilag 8 og Bilag 9 er det fastlagt, hvilke medarbejdere Parterne har allokeret til Projektet. Medarbejdernes ansvar og roller i forbindelse med gennemførelse af Projektet er angivet i Bilag 7. Nøglemedarbejdernes kompetencer og kvalifikationer er angivet i Bilag 8 og Bilag 9."</i>³³⁸</p>
<p>Nuværende ordlyd i Schlüter kontraktens § 4.1 "Projektledelse"</p>
<p><i>"Til at lede Projektet har Parterne hver især udpeget følgende personer: Virksomheden: [indsæt navn] Institutionen: [indsæt navn]</i></p> <p><i>De øvrige af Parterne indsatte medarbejdere på Projektet er angivet i bilag 1."</i>³³⁹</p>
<p>Forslag til supplerende indhold til bestemmelserne:</p>
<p>1.1 Parterne skal ved angivelse af medarbejdere allokeret til Projektet i [Bilag [x]] udnævne en eller flere medarbejdere, der fast eller midlertidigt, kan varetage en</p>

³³⁸ K03-kontrakten, bestemmelse 8.4

³³⁹ Aftale om samfinansieret forskning (to parter), § 4.1

Nøglemedarbejders stilling i tilfælde af, at en af Parternes oprindeligt angivet nøglemedarbejders fratrædelse, opsigelse, alvorlig sygdom eller død.

1.2 Indtager en medarbejder en stilling midlertidigt, skal Parterne i fællesskab finde en ny nøglemedarbejder, der kan tiltræde stillingen fast.

Tablet 6: Forslag til supplerende indhold til bestemmelserne.

Forslaget til supplerende indhold af bestemmelserne er tilsigtet at finde anvendelse ex post, således parternes samarbejde har bedre forudsætning for at kunne fortsætte givet, at en nøglemedarbejder udtræder. Hertil er formålet med det supplerende indhold til bestemmelserne, at parterne ikke nødvendigvis skal allokere søgeomkostninger til at finde en ny medarbejder, hvis medarbejderen allerede er tilknyttet projektet og kan overtage stillingen.

Hertil skal parterne ikke indhente samtykke, da parterne har givet samtykke ved aftaleindgåelse. Dette skaber grundlag for, at samarbejdet kan fortsætte relativt uændret og minimerer chancen for, at dette forhold skal føre til ophør af kontrakten. Vi opfatter derfor suppleringen til bestemmelserne som et proaktivt tiltag, der sikrer parternes samarbejde og vidensdelingsrutiner. Hertil kan bestemmelsen i 1.2 anses som værende et bidrag til parternes gensidige loyalitets- og samarbejdsforpligtelse. Dette skyldes parterne forpligter sig til at bidrage til søgningen af en ny medarbejder og dermed varetage hinandens interesser.

Særligt ved K03-kontrakten synes det supplerende forslag at være relevant. Skulle en af leverandørens nøglemedarbejdere udtræde er det vigtigt, at kunden aktivt deltager i at finde en ny medarbejder, som opfylder kundens krav. I K03-kontrakten har kunden relativt høje krav til leverandørens medarbejdere, hvorfor kunden må bidrage med vejledning til leverandøren, således leverandøren kan finde en medarbejder hurtigst muligt og samtidig minimere omkostningerne hertil.

I kontrakternes vejledning kan der i forbindelse med den supplerende bestemmelse henvises til, at det er favorabelt, at den medarbejder som parterne vælger til at varetage en stilling fast eller midlertidigt; er en medarbejder, der i forvejen er tilknyttet projektet. Vælger parterne en medarbejder, der i forvejen er tilknyttet projektet, kan

parterne minimere omkostninger til koordinering og uddannelse af medarbejderen, hvilket understøttes af gode vidensdelingsrutiner, der sikrer en hurtig indlæringsproces. For at undgå fortolkningsproblematikker kan der hertil tilføjes en definition af en "Nøglemedarbejder" i kontrakternes definitionskataloger.

6.2.5 Behovet for safeguards i kontrakten

Set i lyset af ovenstående vil en dynamisk loyalitets- og samarbejdsforpligtelse medføre et element af strategisk vidensdeling, supporteret af relationspecifikke investeringer for at skabe relationsrente mellem parterne.³⁴⁰ Men til trods for inkorporeringen af en loyalitets- og samarbejdsforpligtelse og en supplerende bestemmelse om nøglemedarbejder problematikken, må det anses, at K03- og Schlüter kontrakten stadig har behov for safeguards. Med afsæt i Dyers artikel³⁴¹ kan safeguards opfattes som alternative governance strukturer. Disse defineres som kontrolmekanismer, der giver to parter en opfattelse af rimelighed i relationen, hvorunder kontrol og tillid etableres til en minimal pris.³⁴²

K03- og Schlüter kontraktens bestemmelser om ophør og opsigelse iagttages i denne forbindelse kort med henblik på, om dette påvirker parternes incitament til at foretage relationspecifikke investeringer ved kontrakterne i deres nuværende form.

Et positivt element i både K03- og Schlüter kontrakten er, at der ikke er en ophørsdato i kontrakterne. Dette giver som udgangspunkt parterne mulighed for at få realiseret et payoff på de langsigtet relationsspecifikke investeringer, de har foretaget.³⁴³ Dog er et negativt element i begge kontrakter, at der er opsigelsesadgang uden der foreligger mangler eller forsinkelse. Disse opsigelsesadgange må således antages at blive iagttaget i tilfælde af en byrdefuld efterfølgende omstændighed indtræder.

³⁴⁰ Dyer, H. J. & Singh, H. (1998) The Relational View: Cooperative strategy and sources of inter-organizational competitive advantage. 23(4), s. 664-666

³⁴¹ Dyer, H. J. (1997) Effective interfirm collaboration: How firms minimize transaction costs and maximize transaction value, Vol. 18:7

³⁴² Ibid. s. 537

³⁴³ Dyer, H. J. & Singh, H. (1998) The Relational View: Cooperative strategy and sources of inter-organizational competitive advantage. 23(4), s. 664

Opsigelsesadgangene kan hertil anses at følge princippet "fast-to-failure", hvor et mislykkedes projekt, kan bringes til ophør hurtigst muligt og angiveligt spare parterne for betydelige ressourcer ved at fortsætte. Dette forhold skal dog iagttages nøje, da en "fast-to-failure" tilgang kan medføre, at parterne ender samarbejdet for tidligt. Navnlig er en "fast-to-failure" tilgang kun rentabel at anvende, når der ikke længere er økonomisk interdependens³⁴⁴ mellem parterne.

Opsigelsesadgangen i K03-kontrakten er som udgangspunkt kun til fordel for kunden. Kunden kan udtræde med 20 dages varsel mod betaling af et aftalt vederlag indtil opsigelsen og herunder sikre sin "value-for-money". Leverandøren påtager sig derimod en stor risiko ved at acceptere denne opsigelsesadgang, da dette egentlig betyder, at leverandørens relationsspecifikke investeringer ikke er safeguardet. Ønsker kunden en opsigelsesadgang kan det diskuteres, hvorvidt kunden burde indgå i en agil aftale om et tæt samarbejde. Mistænker kunden ved aftaletidspunktet, at projektet ikke bliver succesfuldt, burde kunden indgå en traditionel kontrakt, hvor relationen holdes i 'armslængde'. I en agil kontrakt hvor sluttydelsen på aftaletidspunktet er ukendt, er det vores vurdering, at en opsigelsesadgang har en negativ effekt på parternes incitamenter til at samarbejde. Hertil har leverandøren særligt et begrænset incitament til at foretage relationsspecifikke investeringer, hvilket skader relationsrenten.

Schlüter kontrakten har tilsvarende en adgang til at indstille projektet, hvis det aftalte budget ikke kan overholdes. Bestemmelsen i Schlüter kontrakten synes på linje med bestemmelsen i K03-kontrakten ikke at være en tilstrækkelig safeguard for at sikre relationsspecifikke investeringer. Desuagtet, synes bestemmelsen at være mere rimelig end bestemmelsen i K03-kontrakten, da parterne skal foretage beslutningen om indstilling i fællesskab.

Midlertidig følger det af strategisk kontrahering, at begge parter må forpligte sig troværdigt til samarbejdet.³⁴⁵ En opsigelsesadgang synes ikke at være en troværdig

³⁴⁴ I en situation hvor der ikke længere er økonomisk afhængighed mellem parterne.

³⁴⁵ Petersen, B. & Østergaard, K. (2018), Reconciling formal contracts and relational governance through strategic contracting. *Journal of Business and Industrial Marketing*, 33(3), s. 270

forpligtelse, men nærmere en troværdig trussel³⁴⁶; særligt for K03-kontrakten.³⁴⁷ En måde at imødekomme problemstillingen ville være at opfordre parterne til at genforhandle kontrakten, i stedet for at påberåbe opsigelsesadgange. Det kan sidestilles med Schlüter kontraktens § 3.2. Dog er det vores vurdering, at bestemmelsen om genforhandling ikke skal være orienteret mod indstilling af projektet, men nærmere, hvordan samarbejdet kan fortsætte.

Hvis en opsigelsesadgang absolut skal indgå i K03-kontrakten kan der argumenteres for, at opsigelsesvarslet burde være længere, og at leverandøren skal have adgang til den fornødne kompensation for relationsspecifikke investeringer. Hvis leverandøren kan få kompensation for sine relationsspecifikke investeringer, signalerer kunden sin troværdige forpligtelse til samarbejdet.³⁴⁸

Det er dog vores opfattelse at en troværdig forpligtelse til samarbejdet for både K03- og Schlüter kontrakten kunne bero på, at parterne deler omkostningerne forbundet med relationsspecifikke investeringer. Dette sikrer, at parterne ikke agerer opportunistisk, da begge parter er afhængige af at realisere et payoff på deres relationsspecifikke investeringer. Hertil kan inkorporering af en hardshipklausul ligeledes signalere, at parterne er villige til at dele eventuelle risici med sin medkontrahent, hvorfor dette er en troværdig forpligtelse.

6.2.6 En hardshipklausul

Det er blevet udledt, at en loyal samarbejdsforpligtelse med fokus på vidensdelingsrutiner og troværdige forpligtelser kan bidrage til incitamentsforenelighed og relationsrente mellem parterne i et samarbejde. Ved inkorporering af ovenstående kan en hardshipklausul yderligere fremme relationsrenten mellem parterne. I denne forbindelse er det mest optimale i vores optik, at hardshipklausulen erstatter parternes adgang til opsigelse i K03-kontrakten og parternes adgang til indstilling i Schlüter kontrakten.

³⁴⁶ Petersen, B. & Østergaard, K. (2018), Reconciling formal contracts and relational governance through strategic contracting. *Journal of Business and Industrial Marketing*, 33(3), s. 270

³⁴⁷ Kunden kan i K03-kontrakten fremhæve sin opsigelsesadgang hvis kunden ikke er tilfreds med en leverage.

³⁴⁸ Petersen, B. & Østergaard, K. (2018), Reconciling formal contracts and relational governance through strategic contracting. *Journal of Business and Industrial Marketing*, 33(3), s. 270

Behovet for en hardshipklausul kan endvidere understøttes ved, at parterne indgår i komplekse, længerevarende og dynamiske samarbejder. Dette skal ses i sammenhæng med, at parterne har begrænset rationalitet ved aftaleindgåelse samt, at der foreligger høj usikkerhed ved ydelsen, hvorfor parterne ikke kan forudse alle byrdefulde efterfølgende omstændigheder. Hardshipklausulen ville i dette henseende medvirke til, at parterne i fællesskab kan genforhandle dele af kontrakten og dermed forsøge at minimere potentielle omkostninger forbundet med en byrdefuld efterfølgende omstændighed.³⁴⁹

Det bemærkes, som tidligere nævnt, at Schlüter kontrakten allerede har en bestemmelse om genforhandling i § 3.2:

*”Såfremt det mellem Parterne aftale budget ikke kan overholdes, og det ikke skyldes fejl eller forsømmelser fra en af Parternes side, foretager Parterne i fælleskab en fornyet vurdering af Projektet og omkostninger til Projektets færdiggørelse. Parterne træffer herefter beslutning om, hvorvidt Projektet skal føres til ende med en yderligere arbejdsindsats, et højere kontantbidrag m.v. eller indstilles på det foreliggende grundlag.”*³⁵⁰

Desuagtet synes hardship at falde til jorden i ovenstående bestemmelse, da parterne forpligter sig til at tage stilling til indstilling af projektet på det foreliggende grundlag. Et proaktiv tiltag i denne forbindelse ville være, at formuleringen *”eller indstilles på det foreliggende grundlag”* fjernes fra kontrakten.

Hertil synes bestemmelsen at skulle kunne omfavne et bredere omfang af byrdefulde efterfølgende omstændigheder, herunder eksogene og endogene faktorer. Dette ville medføre, at det ikke kun er byrdefulde efterfølgende omstændigheder i relation til at *”budgettet ikke kan overholdes”*. Navnlige er det vores vurdering, at der ved forskning særligt kan indtræde andre omstændigheder, der kan gøre kontrakten mere byrdefuld

³⁴⁹ Østergaard, K. (2016) Strategisk kontrahering – efterfølgende omstændigheder, om anvendelsen af hardship- og gevinstklausuler som kontraktjusteringsmekanismer, s. 438

³⁵⁰ Aftale om samfinansieret forskning (to parter), § 3.2

at opfylde, end oprindeligt antaget, bl.a. forholdet om, når en nøglemedarbejder fratræder.

K03-kontrakten har bestemmelser om ændringer, herunder om agile tilpasninger i bestemmelse 6.2 og om egentlige ændringer i bestemmelse 6.3. Under disse adgange til ændringer kan der anses at foreligge grader af forhandling mellem kunden og leverandøren, da kunden og leverandøren skal indtage en dialog om, hvorvidt ændringer kan lade sig gøre. Desuagtet er der ikke en hardshipklausul i K03-kontrakten.

Sammenholdes ovenstående sondringer med den juridiske- og økonomiske analyse, er det vores vurdering, at både K03- og Schlüter kontrakten har behov for en generel hardshipklausul. Midlertidigt skal hardshipklausulen i begge kontrakter indføres samtidig med en loyal samarbejdsforpligtelse for at sikre, parterne har incitament til at foretage relationsspecifikke investeringer. I denne forbindelse kan en hardshipklausul og en loyal samarbejdsforpligtelse anses som et referencepunkt for parterne.

Afslutningsvist er følgende vores bud på en hardshipklausul til kontrakterne. Formuleringen er simpel og bred, hvorfor sådan bestemmelse synes at gøre kontrakterne til bedre styringsværktøjer for håndtering af byrdefulde efterfølgende omstændigheder.

En generel hardshipklausul til K03- og Schlüter kontrakten

1. Indtræder en omstændighed som Parterne ikke har taget stilling til i Kontrakten, som ikke skyldes Parternes fejl eller forsømmelser, skal Parterne mødes og loyalt genforhandle Kontrakten, såfremt denne omstændighed har væsentlig betydning for Kontraktens rigtige opfyldelse.

Tablet 7: En hardshipklausul til K03- og Schlüter kontrakten

Det bemærkes, at hardshipklausulen muligvis skal tilpasses til den enkelte kontrakt. Specifikt for K03-kontrakten, skal hardshipklausulen evt. justeres efter udbudsretlige regler, hvorunder der kan være begrænsninger ift. parternes adgang til at ændre i kontraktens indhold. Endvidere kan parterne i Schlüter kontrakten ikke forhandle

vilkår, som fremgår og fastlægges af lov. Hardshipklausulen ville således skulle tilpasses i praksis.

6.3 Idealreference

Et sideløbende formål med nærværende afhandling var at undersøge i hvilket omfang, der kunne udledes en fælles idealreference for K03- og Schlüter kontrakten. Ved en fælles idealreference forstås kontraktbestemmelser, der kan finde anvendelse i begge kontrakter med henblik på samarbejde og håndtering af byrdefulde efterfølgende omstændigheder.

Vi finder det overbevisende, at K03- og Schlüter kontrakten har samme kontraktuelle udfordringer, til trods for kontrakterne regulerer to forskellige samarbejder, på tværs af to forskellige brancher. Navnlig synes begge kontrakter at være mere reaktive end proaktive. K03-kontrakten har en mere fremtræden samarbejdsforpligtelse end Schlüter kontrakten, desuagtet mangler begge en udtalt, proaktiv og positiv, gensidig samarbejdsforpligtelse. Hertil kunne det udledes, at begge kontrakter beskæftiger sig med vidensdeling, men faciliterer umiddelbart ikke en rutine eller strategi for dette. Centralt var endvidere, at begge kontrakter forholder sig reaktivt til nøglemedarbejder problematikkerne. Disse ligheder synes at være vigtige at adressere, hvis hypotesen om, at samarbejder mellem det offentlige og private i it-projekter og samfinansieret forskning ofte går galt, grundet manglende målkongruens, fælles strategier og koordinering.

Hertil kunne det udledes, at for at opnå relationsrente mellem parterne i K03- og Schlüter kontrakten er relationsspecifikke investeringer centralt. Derfor er parternes incitament til at foretage disse vigtigt at sikre. Det kunne i denne forbindelse udledes, at en loyalitetsforpligtelse om at samarbejde er med til at sikre, at parterne har incitament til at foretage relationsspecifikke investeringer ex ante til trods for en genforhandling ex post. Hertil blev det udledt, at en loyalitetsforpligtelse om at samarbejde skal være udtalt i kontrakten for at sikre, at parterne opfatter denne som et referencepunkt. Det er derfor vores vurdering, at begge kontrakter kunne gavne af en selvstændig bestemmelse om en gensidig samarbejdsforpligtelse. Derfor gav vi et

bud på denne i analysen i strategisk kontrahering. I denne forbindelse er det vores vurdering, at der findes en fælles idealreference for K03- og Schlüter kontrakten. Som følge af en inkorporering af en gensidig og proaktiv loyalitets- og samarbejdsforpligtelse, kan der indføres en hardshipklausul i kontrakterne. Hardshipklausulen blev i denne forstand set som et centralt værktøj for at give parterne bedre mulighed for at håndtere byrdefulde efterfølgende omstændigheder. Disse skal suppleres af en formålsbestemmelse, der giver udtryk for et fælles samarbejde og en 'midlertidig' procedure for nøglemedarbejder problematikken. Samlet set må disse tiltag anses som værende en idealreference for K03- og Schlüter kontrakten.

Vi må dog forholde os kritisk til denne idealreference. I praksis kan vi ikke omgå, at loyalitets- og samarbejdsforpligtelserne i kontrakterne kan se forskellige ud. Navnlig opfordrer vi samtidig til, at parterne specificerer, hvad en loyal samarbejdsforpligtelse betyder for dem, og hvad denne måtte indebære præcist i den konkrete kontraktrelation. Hertil vil parternes behov være meget forskelligt på tværs af de to brancher, endvidere under hensynet, at samarbejdsformerne også er forskellige af natur.

I forbindelse med ovenstående er særligt vidensdeling i K03- og Schlüter kontrakten forskellige. Navnlig vil vidensdeling i K03-kontrakten primært relatere sig til leverandørens rådgivning og uddannelse af kunden. Hvorimod i Schlüter kontrakten er den viden der skal deles baggrundsviden, som kan bidrage til at skabe ny forgrundsviden. Vidensdeling i K03-kontrakten vil hertil foregå mellem to professionelle parter; leverandøren og den offentlige institution. Centralt er i denne forbindelse, at kunden har begrænset viden om den ydelse leverandøren leverer. I Schlüter kontrakten vil vidensdeling primært foregå mellem to ligeværdige professionelle parter inden for forskning, hvorfor vidensdeling muligvis er lettere. Vidensdelingsrutinerne må derfor være forskellige i praksis. Med henblik på dette er bestemmelsen om vidensdelingsrutiner derfor af mere overordnet karakter, men parterne opfordres i til at specificere en vidensdelingsrutine, der passer dem bedst.

Vores idealreference kan endvidere udfordres under det hensyn, at vi har indtaget et meget skærpet fokus på kontrakterne, hvor vi kun har fokuseret på samarbejdet og konkrete bestemmelser, der relaterer sig hertil. Havde vi taget kontrakterne som helhed kunne vi muligvis have fået et endnu mere nuanceret resultat, ikke desto mindre, var det ikke muligt inden for rammerne af denne afhandling.

Afslutningsvis kan vi heller ikke konkludere, at denne idealreference er et 'retvisende billede' for alle standardkontrakter, der foreligger mellem det offentlige og det private inden for it- og samfinansieret forskning. Vores idealreference relaterer sig således primært til K03- og Schlüter kontrakten og hvilke udfordringer, der kunne identificeres med henblik på samarbejde i disse kontrakter. Ikke desto mindre synes vi, at det er et centralt resultat, at vi kan konstatere, at to kontrakter fra to forskellige brancher har samme tendenser og udfordringer. Navnlige at der ikke er udtalte og proaktive gensidige samarbejdsforpligtelser i kontrakterne. Hertil foreligger der som udgangspunkt heller ikke tilstrækkelige proaktive tiltag for at sikre håndtering af efterfølgende byrdefulde omstændigheder og relationsrente mellem parterne.

6.4 Delkonklusion

I analysen for strategisk kontrahering gav vi vores bud på en gensidig loyalitets og samarbejdsforpligtelse og proaktive tiltag inden for teorirammen af strategisk kontrahering. Disse tiltag har alle til formål at gøre kontrakterne til styringsværktøjer for endogene og eksogene byrdefulde efterfølgende omstændigheder. Hertil har de proaktive tiltag til formål at skabe relationsrente mellem parterne og sikre, at parterne har incitament til at foretage relationsspecifikke investeringer.

I forbindelse med at etablere en loyal samarbejdsforpligtelse analyserede vi kort kontrakternes nuværende formålsbestemmelser. For Schlüter kontrakten synes formålsbestemmelsen at tilkendegive et samarbejde. Desuagtet synes kontraktens formål ikke at tilkendegive en konkret strategi for, hvordan samarbejdet skal forløbe. K03-kontraktens formålsbestemmelse berører kun samarbejdet indirekte, hvor samarbejdet skal ses i overensstemmelse med, at projektet gennemføres efter den agile metode. Dette kunne udledes som værende en problemstilling, hvorfor vi ville

opfordre til, at samarbejdet og hertil, en strategi er mere udtalt i kontraktens formålsbestemmelse.

På baggrund af afhandlingens juridiske og økonomiske analyse opstillede vi endvidere en gensidig loyalitets- og samarbejdsforpligtelse, der potentielt kunne inkorporeres i både K03- og Schlüter kontrakten. Under denne inddragede vi en stillingtagen til vidensdelingsrutiner, hvorunder parterne forpligter sig til at dele viden for at nå rigtig opfyldelse af kontrakten. For at sikre vidensdelingsrutinen gav vi hertil et supplerende bud på en proaktiv bestemmelse om nøglemedarbejdere for at sikre parternes samarbejde kan fortsætte delvist uændret til trods for, at en medarbejder fratræder. Afslutningsvist gav vi et bud på en hardshipklausul under forudsætningen, at en loyalitets- og samarbejdsforpligtelse bliver inkorporeret i kontrakterne.

På baggrund af ovenstående kunne der udledes en fælles idealreference for kontrakterne om at samarbejde og håndtere byrdefulde efterfølgende omstændigheder. Dette blev konstateret under et forbehold for, at kontrakterne er forskellige af natur og muligvis ville udspille sig anderledes i praksis. Centralt er desuagtet, at det var muligt at udlede en idealreference på tværs af to kontrakter fra to forskellige brancher.

7 Konklusion

Formålet med nærværende afhandling var at identificere, hvorvidt K03- og Schlüter kontrakten gennem en gensidig samarbejdsforpligtelse kunne forbedres til mere proaktive styringsværktøjer for håndtering af byrdefulde efterfølgende omstændigheder.

Det blev påvist, at kontrakterne har forskellige genstandsfelter. Alligevel var det muligt at identificere kontraktuelle ligheder mellem dem. Begge kontrakter angår et samarbejde, hvor specificering af slutydelsen er vanskelig ved aftaleindgåelse. Endvidere forsøger begge at imødekomme dette ved agile tiltag. Alligevel synes kontrakterne at have reaktive bestemmelser til håndtering af byrdefulde efterfølgende omstændigheder.

I afhandlingens juridiske analyse blev det udledt, at både K03- og Schlüter kontrakten adskiller sig fra den almindelige obligationsret med henblik på byrdefulde efterfølgende omstændigheder. Herunder skulle særligt fortolkning og udfyldning iagttages under specifikke hensyn for længerevarende standardkontrakter. Endvidere kunne det udledes, at aftalelovens § 36 og forudsætningslæren vanskeligt kunne finde anvendelse. Derfor måtte uenigheder ved byrdefulde efterfølgende omstændigheder håndteres ved principper for fortolkning og udfyldning. Fortolkningen af standardkontrakterne var dog kompliceret, hvorfor behandlingen af byrdefulde efterfølgende omstændigheder ved tredjeparts håndhævelse formodes at ville være en langtrukket og dyr proces. Den juridiske analyse viser derfor, at K03- og Schlüter kontrakten kan forbedres til proaktive styringsværktøjer, således parterne bedre kan håndtere byrdefulde efterfølgende omstændigheder.

Endvidere påviste den juridiske analyse, at loyalitetsgrundsætningen udgør den væsentligste retsgrundsætning for at fastlægge parternes forpligtelser til at samarbejde om forhold, der kan påvirke kontraktens opfyldelse. I denne forbindelse blev det udledt, at kontrakterne ikke indeholder en udtalt, proaktiv og positiv samarbejdsforpligtelse. Manglen herpå blev betragtet som en problematik, da dette vanskeliggjorde, at kontrakterne kunne anvende kontrakterne som proaktive styringsværktøjer til håndtering af byrdefulde efterfølgende omstændigheder.

Denne problematik blev yderligere belyst ved inddragelse af teorier under den ny institutionelle økonomi. For at danne relationsrente mellem parterne ved proaktive tiltag, var det centralt at undersøge, hvilke forhold i kontrakterne, der kunne nedsætte parternes incitament til at foretage relationsspecifikke investeringer. For at belyse dette blev transaktionsomkostningsteorien inddraget. Her blev det udledt, at frekvensen er høj, grundet kontrakternes agile tiltag samt, at der er behov for aktivspecifitet. Midlertidig var transaktionerne også forbundet med usikkerhed, hvorfor parterne kunne være tilbageholdende med at foretage relationsspecifikke investeringer. Kontrakternes nuværende foranstaltninger til at minimere effekten af disse omkostninger blev derfor belyst. Her kunne det udledes, at kontrakterne er inkomplette. Hart og Moore blev inddraget for at undersøge effekten af disse foranstaltninger. Dertil blev der lavet en afvejning mellem den rigiditet og fleksibilitet. Her blev det konkluderet, at kontrakterne måtte være fleksible, da rigiditet ville medføre betydelige transaktionsomkostninger ex ante.

Frydinger og Hart blev derfor inddraget for at sikre, at parterne har incitament til at foretage relationsspecifikke investeringer til trods for, at kontrakterne er fleksible. Konklusionen var, at kontrakterne kunne sikre incitament til at foretage relationsspecifikke investeringer og herunder navigere den opportunistiske adfærd 'shading' ved at indføre en loyalitetsforpligtelse. Ved indførelsen af en loyal samarbejdsforpligtelse, blev det ydermere muligt at inkorporere en hardshipklausul uden dette ville medføre, at parterne ikke havde incitament til at foretage relationsspecifikke investeringer.

På baggrund af vores juridiske og økonomiske analyse kunne vi konkludere, at kontrakterne kunne forbedres til mere proaktive styringsværktøjer for håndtering af byrdefulde efterfølgende omstændigheder ved inkorporering af en gensidig loyalitets- og samarbejdsforpligtelse samt proaktive tiltag. Hertil kunne disse tiltag bidrage til at skabe relationsrente mellem parterne. Vi gav vores bud på, hvordan bestemmelsen kunne se ud i analysen inden for strategisk kontrahering. Den gensidige loyalitets- og samarbejdsforpligtelse blev inkorporeret med et krav om specificering af en proaktiv vidensdelingsrutine, en supplerende bestemmelse om nøglemedarbejdere og en hardshipklausul.

Afslutningsvis, var det var muligt at opstille en fælles idealreference for kontrakterne på tværs af deres to brancher. Vi antager dog ikke, at denne idealreference, og herunder præsenterede kontraktbestemmelser er direkte anvendelig for K03- og Schlüter kontrakten. Nærmere skal kontraktbestemmelserne ses som et bud på et skridt i den rigtige retning for at fastholde et samarbejde og håndtere byrdefulde efterfølgende omstændigheder mere proaktivt.

8 Perspektivering og bidrag til fremtidige undersøgelser

Vores resultater skal ses i lyset af, at vi har haft et meget skærpet fokus på bestemmelser i kontrakterne, som direkte kunne udledes at have relevans for parternes samarbejde. Når det er sagt, er de øvrige kontraktbestemmelser ikke nødvendigvis irrelevante. Navnlig er der yderligere bestemmelser i hver kontrakt, der kunne have en betydning for parternes incitament til at samarbejde. Det var dog ikke muligt inden for rammerne af nærværende afhandling at udvælge flere kontraktbestemmelser. Dette skyldes desuden, at vi vurderede, at det var mere interessant at inddrage to kontrakter med henblik på at identificere, hvorvidt de samme kontraktuelle tendenser gjorde sig gældende i to brancher.

I fremtiden kunne det være interessant at undersøge, hvorvidt samme problemstillinger kunne gøre sig gældende i, eller på tværs, af andre brancher, hvori privat- og offentlige samarbejder ofte indgås. Det metodiske grundlag fremlagt i denne afhandling kan herunder anvendes til at undersøge, hvorvidt samme tendenser eksisterer i samarbejder om komplekse transaktioner mellem det offentlige og private. På den anden side er det uklart om samme metodik ville være relevant i brancher med simple transaktioner. Endvidere kunne andre teorier inden for den ny institutionelle økonomi bidrage til at belyse problemstillingerne fra en alternativ vinkel; herunder spilteori eller inddragelsen af gevinstklausuler.

9 Litteraturliste

Bøger:

Lynge Andersen, L. & Madsen, P. (2012). *Aftaler og mellemænd*. (6. udgave. 1. oplag.). Karnov Group.

Madsen, P. B. (1983) *Aftalefunktioner: om aftalers indgåelse, retsvirkninger og bindende virkning*. Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Torvund, O., (1997). *Kontraksregulering: IT-kontrakter*. Tano Aschehoug.

Tvarnø, C. D., Ølykke, G. S., & Østergaard, K. (red.) (2013). *Vækst og værdiskabelse via nye former for innovationssamarbejder og partnerskaber*. Copenhagen Business School Press.

Udsen, H. (2016). *IT-ret*. (3. udg.). Ex Tuto A/S.

Udsen, H. (2019). *IT-ret*. (4. udgave. 1. oplag.). Ex Tuto.

Ulfbeck, V., & Hansen, O. (2014). *Lærebog i aftaleret*. (1. udgave). Jurist- og Økonomforbundet.

Williamson, O. E. (1985). *The Economic Institution of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracting*. The Free Press.

Artikler:

Brogaard, L., & Petersen, O. (2015). "*Drivkræfter og barrierer i offentlige-private partnerskaber (OPP): En procesevaluering af det første kommunale OPP-projekt om erhvervsudvikling, vækst og arbejdspladser*." *Politik*, 18(2).

Dyer, H. J. (1997) "*Effective interfirm collaboration: How firms minimize transaction costs and maximize transaction value*". *Strategic Management Journal*, 18(7), 535-556.

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

Hart, O. & Moore, J. (2008) "*Contracts as reference points.*" Oxford University Press, Vol 123, No. 1.

Madsen, C. F., & Østergaard, K. (2019) "*Loyalitetsgrundsætningen i dansk ret: indhold og retsvirkninger ved tilsidesættelse*" i *Erhvervsjuridisk Tidsskrift*, 27(3), 116-130.

Petersen, B. & Østergaard, K. (2018) "*Reconciling formal contracts and relational governance through strategic contracting*". *Journal of Business & Industrial Marketing*, 33 (3)

Østergaard, K. (2017) "*Nærmest til at bære risikoen i kontraktretten – retsfigurens indplacering og relevans i dansk ret*", *Juristen* nr. 2.

Østergaard, K. (2016) "*Strategisk kontrahering – efterfølgende omstændigheder: om anvendelsen af hardship- og gevinstklausuler som kontraktjusteringsmekanismer*", I Jul Clausen, N., Dahlberg Larsen, J., Gram Mortensen, B. O. & Godsk Pedersen, H. V. (red.), "*Ikke kun retsfilosofi: Festskrift til Stem Schamburg-Müller*", 1. udgave. Jurist og Økonomiforbundets Forlag.

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

Østergaard, K. (2003) ”Metode på cand.merc.jur studiet”. Julebog

Øvrige publikationer:

K03-vejledning: K03 standardkontrakt for længerevarende it-projekt baseret på en agil metode, juridisk vejledning (2012)

Manual til Aftale om samfinansieret forskning (to Parter): Forsknings- og Innovationsstyrelsen; Ministeriet for Videnskab, Teknologi og Udvikling. (2008)

Strategi for LifeScience (2021)

Regulering:

Databeskyttelsesloven: Lov om supplerende bestemmelser til forordning om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger og om fri udveksling af sådanne oplysninger (databeskyttelsesloven), nr. 502 af 23/05/2018

Danske Lov: Kong Christian Den Femtis Danske Lov nr. 11000 af 15. april 1683.

K03-kontrakten: Standardkontrakt for agile it-projekter

Komitéloven: Bekendtgørelse af lov om videnskabsetisk behandling af sundhedsvidenskabelige forskningsprojekter og sundhedsdatavidenskabelige forskningsprojekter, nr. 1338 af 01/09/2020

Købeloven: Lovbekendtgørelse om lov om køb, nr. 140 af 17/02/2014

Lov om arbejdstageres opfindelser: Bekendtgørelse af lov om arbejdstageres opfindelser nr. 104 af 24/01/2012

Lov om offentlige forskningsinstitutioners kommercielle aktiviteter og

samarbejde med fonde: Bekendtgørelse af lov om offentlige

forskningsinstitutioners kommercielle aktiviteter og samarbejde med fonde nr. 580 af 01/06/2014

Lov om opfindelser ved offentlige forskningsinstitutioner: Bekendtgørelse af lov om opfindelser ved offentlige forskningsinstitutioner nr. 210 af 17/03/2009

Patentloven: Lovbekendtgørelse nr. 90 af 29/01/2019

Schlüter kontrakten: Aftale om samfinansieret forskning (to parter)

Sundhedsloven: Bekendtgørelse af sundhedsloven, nr. 903 af 26/08/2019

EU-Regulering:

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

Retspraksis:

Grindgut-dommen: Oslo Tingsrett dom den 31. januar 2020 i sagen Samferdselsdepartementet mod IBM: Grindgut-dommen. Dommen er i skrivende stund anket til næste instans. (findes i bilag 1)

Brunata Danfoss-dommen: Ufr 2007.3027 H Højesterets dom af 7. september 2007 i sag 156/2005 (2.afd.), Brunata Skovgaard A/S mod Danfoss A/S, Salg Danmark.

Hjemmesider:

<https://itb.dk/tema/branchen-i-tal/#:~:text=IT%2DBranchen%20best%C3%A5r%20af%204.327,fordelt%20p%C3%A5%2094.298%20ansatte>

<https://digst.dk/nyheder/nyhedsarkiv/2020/juli/ny-fn-maaling-danmark-er-fortsat-verdensmestre-i-offentlig-digitalisering/>

<https://www.berlingske.dk/kronikker/historierne-om-kuldsejlede-offentlige-it-projekter-hober-sig-op-mens>

<https://di.ku.dk/nyheder/2019/ny-teknologi-skal-forhindre-offentlige-it-fiaskoer-i-fremtiden/>

<https://digst.dk/styring/standardkontrakter/k03-standardkontrakt-for-agile-it-projekter/>

<https://ufm.dk/forskning-og-innovation/samspil-mellem-viden-og-innovation/viden-netvaerk-og-kommercialisering-til-virksomheder/fa-hjaelp-til-kommercialisering/modelaftaler>

<https://digst.dk/styring/standardkontrakter/>

<https://www.dahllaw.dk/nyheder/477/25-feb-2020-ny-dom-om-en-kundes-uretmaessige-ophaevelse-af-en-it-kontrakt/>

<https://jurainfo.dk/artikel/interessant-dom-om-uretmaessig-ophaevelse-af-it-kontrakt>

https://pro.karnovgroup.dk/document/7000744354/1#LBKG2016193_P36