

OPTIMERING AF FRANCHISEKONTRAKTER VIA STRATEGISK KONTRAHERING

Når loyalitet og samarbejde gør en forskel



KANDIDATAFHANDLING - CAND.MERC.JUR

SØREN LINDEBJERG OLSEN

Studienummer: 103052

September 2020

Vejledere: Kim Østergaard, Bent Petersen

Antal sider: 74

Antal anslag: 186.004

Abstract

This master thesis focuses on the incorporation of strategic contracting into franchise contracts. Within Danish law, there is no Lex Specialis that regulates the parties' obligations and rights within the partnership between franchisor and franchisee. Consequently, there is no immediate limitations to how the parties can formulate and construct a partnership that focuses on the ability to communicate and cooperate, and ultimately, create a long-term competitive advantage. In economic terms, the main problem lays with the partners of the franchise, and whether they can create relational rent through strategic contracting.

The thesis will examine whether the Danish Obligation Law protects and provides the necessary loyalty commitments in a franchise relationship. Further, whether the Danish Obligation Law limits the parties' opportunities to perform strategic contracting and create relational rent.

Through the Business Law Method, which combines economic theory and law bilaterally, this thesis provides suggestions on how to optimize both the contracting aspect of the franchise relation, but also the creation of economic incentives for the franchisee to contribute by sharing strategic information with the franchise system.

The thesis suggests that by incorporating the parties' loyalty obligations explicitly in the contract, it will eliminate any doubt of the parties' loyal commitments in the relationship. Through the loyalty clauses, the parties will establish a certain level of commitment from the beginning of the partnership. Furthermore, the parties should include a mutual communication obligation clause in the contract. This is the first step of creating a healthy relationship which will ultimately lead to relational rent. By having a separate section written in non-legal terms, which solely focuses on the parties' opportunities to create relational rent, it will engage the franchisee in the contract draft, thus the parties can use the contract as a management tool for future collaboration.

As a supplement to the incorporation of the above-mentioned clauses, the thesis suggests economic incentives for the franchisee to share strategic information with the franchise system. The franchisee's nature of being an independent retailer does not provide immediate incentives for him or her to share strategic information with the rest of the franchise system unless he or she is being economically compensated. Consequently, this thesis suggests specific compensation that directly involves profit for the contributions that are made to optimize the franchise system. This will satisfy the franchisee short-term, as well as the franchise system long-term.

Indholdsfortegnelse

Abstract	1
1 Metode og problemstilling	5
1.1 Indledning	5
1.2 Problemformulering.....	6
1.3 Hvad er strategisk information og relationsrente?.....	7
1.4 Franchising som virksomhedsform	9
1.5 Kontraktens betydning for franchiseforholdet.....	10
1.6 Synsvinkel.....	11
1.7 Afgrænsning	12
1.8 Erhvervsjuridisk metode.....	12
1.9 Juridisk metode.....	13
1.10 Økonomisk metode.....	14
1.11 Struktur af afhandlingen	16
2 Det retsdogmatiske udgangspunkt	17
2.1 Hvorfor skal det retsdogmatiske udgangspunkt fastslås?.....	17
2.2 Definition af loyalitetsgrundsætningen.....	18
2.3 Forholdet mellem strategisk kontrahering og loyalitetsgrundsætningen.....	19
2.4 Forhandlerrettens plads	19
2.4.1 Eneforhandleren.....	20
2.4.2 Masseforhandleren.....	21
2.4.3 Selektiv distribution	21
2.4.4 Opsamling forhandlerkontrakter.....	22
2.5 Loyalitetsforpligtelsen i kontraktens livscyklus.....	23
2.5.1 Den prækontraktuelle fase.....	23
2.5.2 Underretningspligt i den prækontraktuelle fase.....	25
2.6 I kontraktens løbetid	26
2.6.1 Samarbejdsforpligtelsen i kontraktens løbetid	27
2.6.2 Rema 1000 dom illustrerer Illoyal adfærd.....	28
2.6.3 Parternes underretningspligt i Rema 1000 dommen	30
2.7 Konklusion på Loyalitetsforpligtelsen i franchiseforhold	31
2.7.1 Er den nuværende retstilstand tilstrækkelig?.....	32

3	Udfordringer ved franchisemodellen	33
3.1	Franchisings struktur	33
3.2	Komplementære ressourcer på tværs af franchisesystemet	34
3.2.1	Incitamentsuforenelighed.	35
3.2.2	Tillid mellem parterne.....	35
3.3	Konkurrence mellem franchiseparter	36
3.4	Asymmetriske investeringer fra parterne i franchiseforhold.....	37
4	Delforpligtelserne nedskrevet i kontrakten.....	37
4.1	Loyalitetsforpligtelsen	37
4.2	Gensidig kommunikationspligt	39
4.3	Sprogbrug og opsætning ved konciperingen af kontrakten	40
4.4	Fra formelle klausuler til uformelle videndelingsrutiner.....	42
5	Safeguards som fordrer videndeling og Loyal adfærd	45
5.1	Parternes risikoprofils betydning for safeguards	46
5.2	Kontraktforholdets længde som safeguard	46
5.3	Hardship og gain klausuler som safeguard	48
5.3.1	Økonomiske incitamentter til at indføre hardship og gain klausuler som safeguard	49
5.3.2	Hardship og gain klausuler som værdiskabende værktøj	50
5.4	Delkonklusion safeguards	51
6	Deling af strategisk information på tværs af franchisesystemet.....	52
6.1	Coronakrisen plads i strategisk kontrahering og strategisk videndeling.....	52
6.2	Reciprok adfærd som fordrer loyal adfærd	53
6.3	Spilteoretisk opsætning af problemstillingen	54
6.3.1	Udfald ved fuldkommen rationalitet vs. Inklusionen af reciprok adfærd	54
6.3.2	Sekventielt spil	56
6.3.3	Spilteoretisk opsætning parternes muligheder for at skabe merværdi ved at dele strategisk information.....	57
6.3.4	Pareto-optimal tilstand	59
6.3.5	Konsekvensen af renomméeffekter	59
6.3.6	Delkonklusion spilteori.....	60
6.4	Kompensationsordning.....	61
6.4.1	Reciprok adfærds betydning for kontrakten og samarbejdet	61
6.4.2	Teorien om partner absorptive capacity	62
6.4.3	Videndeling skaber langsigtet relationsrente	62
6.4.4	Samarbejde mellem franchisetagere.....	63

6.4.5	Den økonomiske model for bonusordningen	64
6.4.6	Formel for kompensationsordning.....	65
6.4.7	Indeks baseret vs. Omsætningsbaseret bonus	65
6.4.8	Længden på bonussen	66
6.4.9	Praktiske udfordringer ved kompensationsordningen	67
6.4.10	Adfærdsbaseret compensation.....	68
6.4.11	Delkonklusion på bonusordning.....	69
7	Konklusion.....	70
	Litteraturliste.....	72

1 Metode og problemstilling

1.1 Indledning

Franchising som organiseringsform og ekspansionsform er støt stigende i det danske samfund. Dette tyder på at koncerner som prøver at ekspandere, har opnået anerkendelse af, at selvstændige erhvervsdrivende som har særligt kendskab til den specifikke branche, kundesegment og lokalsamfund vil være bedre egnede til at drive de operationelle enheder. Tilknyttende ses franchising som en effektiv mulighed for at teste markeder via en selvstændig forhandler. Kendte eksempler på franchising som pryder det danske hverdagsbillede, er virksomheder som Rema 1000, 7 Eleven, Søstrene Grene, Tiger, Paradis Is mfl.

Som det danske marked har udviklet sig, tyder det på at franchising som virksomhedsform er kommet for at blive. Bo Zoffmann¹ udtaler i 2017 i et blogindlæg²:

Jeg tror, at anvendelsen af franchising vokser fortsat i fremtiden. De ovenstående dynamikker gør, at virksomhederne gerne vil organisere sig med franchising, og jeg er overbevist om, at der vil være flere som vælger at blive franchisetagere i fremtiden. Min forventning skyldes, at der er en tendens til, at vi danskere i stigende grad gerne vil være selvstændige, også uden at skulle opfinde en ny app. eller anden løsning som kan sælges. Der er mange, som gerne vil være selvstændige, uden at skulle stå med det hele alene. Franchising tilbyder ofte løsninger som gør det lettere at klare f.eks. det administrative, det personalemæssige eller indkøb, således franchisetager blot kan fokusere på salg eller anden central funktion for franchisetager.

På grund af virksomhedernes stigende interesser for at ekspandere via franchising, samt danskernes engagement for at være selvstændige, har franchisingens dynamiske og vækstorienterede natur en unik mulighed for udvikling. Franchisemodellens konstruktion er som udgangspunkt baseret på selvstændighed fra de enkelte franchisetagere, men på grund af parternes store afhængighed af hinanden er der rig mulighed for at parterne, via samarbejde udnyttelse af hinandens komplementære ressourcer, kan optimere hele franchisesystemet, uden at gå på med franchisemodellens kompromis grundsten.

¹ Bo Zoffmann har erfaring med franchising siden 1990 og har været tidligere økonomidirektør, franchisemanager og rådgiver i forbindelse med dansk og international franchising. Bo Zoffmann er ligeledes forfatter til flere bøger, oplægsholder og benyttes ofte af danske medier i forbindelse med udtalelser inden for franchising -

² <https://www.franchisepartner.dk/hvorfor-os/>
<https://www.franchisepartner.dk/franchising-vokser/>

Franchising ikke underlagt særlovgivning og aktørerne må derfor læne sig op ad de almindelige aftaleretlige principper, når parternes rettigheder og forpligtelser skal fastslås. Det inkluderer fuldstændig aftalefrihed mellem parterne og der er derfor mulighed for at koncipere en kontrakt som optimerer samarbejdet.

Virksomhederne kan med fordel drage nytte af et opgør med den klassiske tilgang til kontraktkontrahering.³ Via anvendelsen af teorirammen for strategisk kontrahering⁴ kan parterne udnytte kontraktforholdet som et dynamisk og proaktivt styringsværktøj til at opnå overnormal profit, nærmere kaldt relationsrente.⁵

På baggrund af franchisings stigende tendens på det danske marked, vil parternes aftalefrihed (I det omfang baggrundretten tillader det) blive omdrejningspunktet når afhandlingen skal forsøge at bidrage til at effektivere og optimere samarbejdet mellem franchiseparter. Via strategisk kontraherings inklusion af økonomiske og juridiske betragtninger vil der kunne skabes incitamenter for samarbejde parterne imellem.

1.2 Problemformulering

I et franchisesystem bør alle involverede parter være interesserede i, at alle filialer optimeres inden for rammerne af den pågældende franchise. Her er det ikke kun franchisegiver, der spiller en rolle i forhold til at bidrage til optimeringen af franchisekonceptet. Franchisetagerne er en vigtig spiller, da de i deres arbejde med franchisen vil opnå erfaring og viden, som er relevant at dele både med franchisegiver og dels med de øvrige franchisetagere i systemet.

Dansk ret indeholder ingen særlovgivning i form af Lex specialis på franchiseområdet og derfor må tvister og usikkerheder løses ved hjælp af baggrundsretten og en fortolkning af den kontrakt parterne har konciperet. Det kan lede til spørgsmål vedrørende baggrundsrettens begrænsninger i forhold til det der vil opnås ved strategisk information og hvorvidt den nuværende retsstilling fordrer til loyal adfærd og deling af strategisk information. Herudover om hvorvidt baggrundsretten fordrer parterne til at optimere franchisesamarbejdet. Derfor leder det til følgende problemstilling:

³ Bent Pedersen og Kim Østergaard definerer klassisk kontrahering: *"From the perspective of proactive law, traditional contracts are often reactive focusing on legal problems and litigation instead of serving as a management tool and to foster collaboration between business partners, through the latter is crucial for success in today's global society."*

⁴ Bent Petersen og Kim Østergård definerer strategisk kontrahering: *"We view strategic contracting as characterized by the aim of generating relational rent through the use of both proactive and reactive provisions that, based on resource complementarity and strategic fit between the contracting parties, protect knowledge exchange and relationship specific investment from opportunistic behavior. Hence, a strategic contract is a partnership agreement through which the contracting parties aim to achieve joint competitive advantage."*

⁵ Dyer & Singh har defineret relationsrente som: *"We define relational rent as a supernormal profit jointly generated in an exchange relationship that cannot be generated by either firm in isolation and can only be created through the joint idiosyncratic contributions of the specific alliance partners."* S. 3

Med udgangspunkt i teorirammen for strategisk kontrahering analyseres det hvorvidt loyalitetsgrundsætningen i dansk ret er et udtryk for en gensidig kommunikationspligt med henblik på at opnå relationsrente i forholdet mellem franchisegiver og franchisetager

Problemstillingen kan lede til følgende underspørgsmål:

Hvis ikke den nuværende retsstilling er tilstrækkelig til det formål der søges opnået ved strategisk kontrahering, hvilke forhold skal herefter konciperes i kontrakten og hvordan skabes der en ramme for strategisk videndeling mellem parterne?

1.3 Hvad er strategisk information og relationsrente?

Strategisk information vil som udgangspunkt betegnes som viden, der skaber relationsrente parterne i mellem. Det vil være nødvendigt at definere begrebet "strategisk information" samt kvalificere hvilken viden der betegnes som værende strategisk. På den måde kan vi fastlægge hvilken form for information parterne kan opnå relationsrente ved at dele. Ydermere skal de kumulative betingelser for opnåelse af relationsrente fastlægges, så der er klare rammer for opgavens genstandsfelt. Relationsrente er defineret som, "*A supernormal profit jointly generated in an exchange relationship that cannot be generated by either firm in isolation, and can only be created through the joint idiosyncratic contributions of the specific alliance partners.*"⁶ Fundamentalt betyder det at, relationsrente kan opnås når samarbejdspartnere kombinerer viden, ressourcer, og aktiver. Dyer og Singh har videre beskrevet, hvordan parter kan opnå konkurrencemæssige fordele ved at danne partnerskaber. Parternes muligheder for at opnå en konkurrencemæssig fordel er inddelt i 4 kategorier.⁷

- 1) Investments in relation specific assets
- 2) Substantial knowledge exchange including the exchange of knowledge that results in joint learning.
- 3) The combining of complementary, but scarce resources or capabilities which result in the joint creation of unique new products, services, or technologies
- 4) Lower transaction costs than competitor alliances, owing to more effective governance mechanism.

Fokus for denne analyse vil være de 3 første kategorier, da de passer på franchiseforhold.

Relationspecifikke aktiver kan inddeles i 3 forskellige typer. Site specificity⁸, physical asset specificity⁹ og

⁶ Dyer, J.H., & H. Singh (1998), "the relational view: Cooperative strategy and sources of inter-organizational competitive advantage. "Academy of Management Review, 23(4), s. 662

⁷ Relationsspecifikke aktiver identificeres som 3 forskellige typer af aktiv specificitet. 1) site specificity, 2) Physical asset specificity and 3) Human asset specificity.

⁸ "Refers to the situation whereby successive production stages that are immobile in nature are close to one another"

⁹ "Has been found to allow for production differentiation and may improve quality by increasing product integrity or fit."

human-asset specificity.¹⁰ Deling af strategisk viden indgår under human-asset specificity og består af know how, som kan opnås via længevarende samarbejder. De human specifikke aktiver kan udvikle sig over tid, da parterne opnår erfaringer via samarbejdet.

I forlængelse er det nødvendigt at kvalificere hvilken information som kan lede til relationsrente. Viden kan efter flere scholars opdeles i to typer:

- Almindelig information¹¹
- know how¹²

Almindelig information består af viden, som er let for modtageren at absorbere. Almindelig information kan koges ned til at være kodificerbar og let overførbart viden der kan overføres "Without loss of integrity once the syntactical rules required for deciphering it are known."¹³ Almindelig viden kan fx bestå af fakta, omsætningstal, regnskabstal, prislister, nøgletal, information om franchisekonceptet mm. I opstartsfasen af franchiseforholdet vil der blive udvekslet en væsentlig mængde almindelig information, som er nødvendig for at franchisetager kan forstå franchisekonceptet. Almindelig information skaber ikke længevarende konkurrencefordele men er stadig nødvendig for parterne at dele for at, franchisetager effektivt kan åbne den nye forretning.

Den anden type viden er know how. Know how består af viden, som er svær at videregive samt imitere, og derfor kan den være vanskelig at videreformidle. Know how er i kommissionens traktat om den "Europæiske Unions Funktionsmåde på kategorier af vertikale aftaler og samordnet praksis" defineret som:

"En mængde upatenteret praktisk viden, som leverandøren har opnået gennem erfaringer og afprøvning, og som er hemmelig, væsentlig og identificeret. Ved hemmelig forstås i denne forbindelse, at den pågældende know how ikke er almindelig kendt eller let tilgængelig. Ved "væsentlig" forstås, at den pågældende know how er vigtig og nyttig for køberens brug, salg, eller videresalg af de kontraktmæssige varer eller tjenesteydelser. Ved "identificeret" forstås, at den er beskrevet på en sådan måde, at det kan afgøres, om den opfylder hemmeligheds- og væsentlighedskriterierne."¹⁴

¹⁰ " Refers to transaction-specific know how accumulated by transactors through longstanding relationships....increases as alliance partners develop experience working together and accumulate specialized information, language and know-how. "

¹¹ Dyer, J.H., & H. Singh (1998), "the relational view: Cooperative strategy and sources of inter-organizational competitive advantage. "Academy of Management Review, 23(4), s. 665

¹² Dyer, J.H., & H. Singh (1998), "the relational view: Cooperative strategy and sources of inter-organizational competitive advantage. "Academy of Management Review, 23(4), s. 665

¹³ Dyer, J.H., & H. Singh (1998), "the relational view: Cooperative strategy and sources of inter-organizational competitive advantage. "Academy of Management Review, 23(4), s. 665

¹⁴ KFO nr. 330/2010, gruppefritagelsesordningen, art. 1 (g)

Know how kan derfor ses som den viden, hvor parterne kan opnå relationsrente og længevarende konkurrencefordele. Men det er også den sværeste viden at udnytte, imitere og videregive. Know how må derfor betegnes som strategisk information og kan videre defineres som viden der nedbringer parternes afhængighed til hinanden da parterne absorberer viden som de ikke på forhånd havde. Denne type viden bliver derfor fokuspunkt i afhandlingen når delingen af strategisk information diskuteres.

Set i lys af franchising bliver det essentielt at parterne er i stand til at identificere hvilken viden der betegnes som værende strategisk information og værdifuldt for resten af franchisesystemet. Det antages at parterne er i stand til at genkende den slags viden selvom der i praksis kan opstå forhold, hvor parterne ikke har kompetencer til at identificere værdifuld information. Dette kan ses i forhold til at franchisetager normalt har kompetencer som købmand og ikke nødvendigvis besidder de samme strategiske evner som franchisegiver. Medvidere vil det være svært at kvalificere hvilket viden der på forhånd kan skabe konkurrencemæssige fordele.

1.4 Franchising som virksomhedsform

Franchising som virksomhedsform er ikke fast defineret, da disciplinen er dynamisk og udvikler sig over tid. Det er dog forsøgt defineret som *"En aftale, hvorved en person eller en virksomhed (franchisegiveren), som har en vare eller serviceydelse med en særlig goodwill, overlader en anden (franchisetageren) at markedsføre hans produkt."*¹⁵

Franchising er derfor et strategisk værktøj til markedsføring af varer og/eller tjenesteydelser.

Franchisetager får overdraget brugsretten til at benytte det forretningskoncept, som franchisegiveren har udviklet og stiller til rådighed.¹⁶ Det er tale om et snævert samarbejde mellem franchisegiver og franchisetager, hvor parterne agerer som selvstændige forretningsdrivende, og hvor franchisegiver løbende modtager vederlag for den værdi, som det etablerede brand bidrager til.¹⁷ På grund af franchisegivers bidrag er opstartsbarrierne for franchisetager mindre end hvis, franchisetager skulle starte forretning på egen hånd. Franchisetager skal derfor udelukkende koncentrere sig om ledelse, salg, service og lokal markedsføring. Desuden er franchisetager ansvarlig for sin egen indtægt, efter eventuelle royalties er betalt til franchisegiver. Franchisegiver kan udnytte mulighederne i franchising til at penetrere nye markeder, som han ikke har kendskab til. Parterne har komplementære ressourcer hvilket er en af grundstenene til at starte et samarbejde.¹⁸

¹⁵ Lando, Thuesen, Tvarnø og Østergaard, 2006, 5. udgave: "Udenrigshandelens kontrakter", side 264

¹⁶ Lando, Thuesen, Tvarnø og Østergaard, 2006, 5. udgave: "Udenrigshandelens kontrakter", side 264

¹⁷ <http://www.franchisedanmark.org/hvad-er-franchising/>

¹⁸ Vil behandles yderligere i kapitel 3

Franchisegiver bidrager med:	Franchisetager bidrager med
<ul style="list-style-type: none"> • Stiller brand til rådighed • Forretningskoncept • Eventuelle varemærker • Løbende rådgivning til franchisetager, alt efter størrelsen på franchisesystemet • Muligheder for franchisetager for at drage nytte af stordriften • Eventuel adgang til leverandørkanaler mm. 	<ul style="list-style-type: none"> • Betaling af løbende royalties • Penetrering af et nyt marked. • Know how til et specifikt marked som franchisegiver ønsker at penetrere • Videreudvikling af franchisegivers forretningskoncept og optimering af hele franchisesystemet.¹⁹

I franchising sker der overdragelse af immaterielle aktiver, som kan være værdifulde for udvikling af forretningskonceptet. Franchisetager bliver sat i stand til at udnytte franchisegivers udstyr og særlige know how. Der kan for eksempel være tale om uddannelse og vejledning til, hvordan produktet skal forhandles.

Franchising er ikke i sig selv forbundet med eneret, men franchisetager får brugsret til at benytte det forretningskoncept, som franchisegiveren har udviklet.²⁰ Det udelukkes ikke at flere franchisetagere kan konkurrere på samme marked og derfor giver franchising i reglen ikke eneret til forhandling på et bestemt marked som det ses i eneforhandleraftaler.

1.5 Kontraktens betydning for franchiseforholdet.

Den manglende Lex specialis på franchiseområdet betyder at, der som udgangspunkt er aftalefrihed mellem parterne jf. AFTL § 1 og Danske Lov 5-1-1 og 5-1-2.²¹ I tilfælde af konflikter mellem parterne vil disse løses via baggrundsrettens obligationsretlige grundsætninger, kontraktens naturalia negotii, samt en fortolkning af kontraktens indhold.

På baggrund af parternes aftalefrihed bliver franchisekontrakten parternes fælles løftestang, som definerer de indbyrdes forpligtelser, bemyndigelser og diverse samarbejdsbetingelser, som de gør gældende.²² Kontakten kan dermed blive parternes strategiske værktøj til at skabe relationsrente hvis den er konciperet hensigtsmæssigt.

¹⁹ Opdelingen er ikke udtømmende men blot en illustration til at skelne mellem parternes roller. Der er som sagt ikke tale om en fast definition og parternes bidrag kan variere fra franchisesystem til franchisesystem.

²⁰ Lando, Thuesen, Tvarnø og Østergaard, 2006, 5. udgave: "Udenrigshandelens kontrakter", side 264

²¹ Lovbekendtgørelse nr. 193 af 2. marts 2016.

²² <http://www.franchisedanmark.org/hvad-er-franchising/>

Franchisekontrakten kan have afgørende betydning for samarbejdet hvis parterne, via strategisk kontrahering, bruger kontrakten som et proaktivt styringsværktøj, som i bedste fald kan betyde vedvarende konkurrencefordele for hele franchisesystemet.²³ Franchisegiver og franchisetager har en naturlig incitamentsasymmetri da franchisegiver har interesse i optimering af hele franchisesystemet mens franchisetager fokuserer på maksimering af sin egen profit. Ved hjælp af strategisk kontrahering og proaktive klausuler i franchisekontrakten kan det medvirke til at skabe incitamentsforenelighed parterne imellem.²⁴

1.6 Synsvinkel

Kontraktrelationen er central når parterne skal forsøge at udøve strategisk kontrahering og sammen skabe fælles bidrag til franchiserelationen. Parterne besidder komplementære ressourcer som skal udnyttes for at optimere samarbejdet og her vil kontraktrelationen være i fokus. Da det er den erhvervsjuridiske metode som danner grundlag for afhandlingens analyser, ses problemstillingerne fra virksomhedens side. Afhandlingen fokuserer på hvordan, der sker bedst mulig optimering af hele franchisesystemet og hvordan den enkelte franchisepart kan opnå gevinst ved at bidrage til optimeringen af franchisesystemet. Derfor vil der løbende være analytiske aspekter der fokuserer på forskellige vinkler i franchiseforholdet.

Franchisegiver har qua deres størrelse og deres position som værende den part som leverer den karakteristiske ydelse, den største mulighed for at influere kontraktrelationen. De har mulighed for at påvirke kontraktens indhold, da franchisetager er afhængig af franchisekonceptet for at kunne åbne forretningen.

Modsætningsvist leverer franchisetager et væsentligt bidrag som franchisegiver ikke kan undvære og derfor er franchisegiver interesseret i at optimere franchisetagers bidrag. Konciperingen af kontrakten vil ses fra franchisegivers synspunkt, da det er franchisegiver som skal agere facilitator og skabe en struktur, så parternes bedst muligt udnytter de komplementære ressourcer som de hver især besidder.

Afhandlingen vil have en teoretisk indgangsvinkel til alle aspekterne i opgaven. Analyserne vil udarbejdes på baggrund af både ny og ældre retspraksis vedrørende de forskellige delforpligtelser som er indlejret i loyalitetsforpligtelsen. Herudover vil der blive inddraget den nyeste teori på området for strategisk kontrahering og opnåelse af relationsrente i samarbejder. Det udelukker dog ikke brugen af klassiske økonomiske teorier som skal illustrere situationer og bidrage til analyserne. De teoretiske anskuelser vil løbende perspektiveres til praktiske eksempler indenfor franchising for at underbygge den teoretiske

²³ Østergaard, (Udgives 2020 på Karnovs forlag), Forskningsamarbejder kapitel 19, s. 19

²⁴ Østergaard, (Udgives 2020 på Karnovs forlag), Forskningsamarbejder kapitel 19, s. 15

ramme. Det skal fastslås at løsningsforslagene som bliver præsenteret i afhandlingen, kan bruges til inspiration og kan anvendes med modifikationer i andre forhandlerkonstruktioner.

1.7 Afgrænsning

Afhandlingen centrerer omkring parternes mulighed for strategisk videndeling, inter partes, med udgangspunkt i de privatretlige regler. Derfor udelukker det at anfægte problematikker vedrørende offentlig ret, da der her er tale om B2B forhold mellem franchisegiver og tager. Det er ikke utænkeligt, at offentlig ret kan påvirke virksomhedens strategiske beslutninger, men dette antages at være en grundforudsætning for alle parter, og derfor ses der bort fra dette i afhandlingen.

Afhandlingens vil fokusere på franchising som forhandlertype. Det udelukker dog ikke behandlingen af forhandlertyper, som deler ligheder med franchising.²⁵ Afhandlingens analyser skal derfor ikke afgrænses til kun at finde anvendelse på franchiseforhold da andre forhandlertyper med fordel kan drage inspiration af indholdet. På grund af franchiseforholdets kompleksitet kan teorien dog sandsynligvis ikke finde anvendelse på forhandlerforhold af simpel karakter og der vil derfor ikke drages fyldestgørende sammenligninger til disse.

Ligesom offentlig ret kan international ret have en indvirkning på virksomhedens ageren på et marked. Særligt, hvis franchisekonceptet er af international karakter. De juridiske anskuelser bliver dog lavet på baggrund af dansk ret og franchiseforhold i Danmark. Konkurrenceretlige og markedsføringsretlige problemstillinger vil ikke blive behandlet, selvom det med sandsynlighed kan have indvirkning på virksomhedernes muligheder for at agere og koncipere kontrakten.

1.8 Erhvervsjuridisk metode

Den erhvervsjuridiske metode danner den overordnede ramme for afhandlingens analyser. Den erhvervsjuridiske metode indebærer, at der i kombination med den retsdogmatiske metode bliver inddraget økonomiske modeller, teorier og anskuelser, med virksomheden som beslutningstager.²⁶ Dermed bygger retsdogmatikken grundstenene for den erhvervsjuridiske analyse. På baggrund af retsdogmatikken og de økonomiske anskuelser skal den erhvervsjuridiske metode bidrage til, at virksomhedens beslutningsgrundlag bliver så kvalificeret så muligt.

²⁵ Her vil forhandlertyper såsom eneforhandling, masseforhandling og selektiv distribution anvendes som komparative forhandlertyper, da der er både ligheder og uligheder som kan være behjælpelige i besvarelsen af afhandlingens problemstillinger

²⁶ Østergaard, K. (2014), "Relevansen af interdisciplinær forskning og empiri i samfundsvidenskaben." Retfærd, 37(3/149), s. 7

Hvis den erhvervsjuridiske metode skal bidrage med videnskabeligt indhold, er det nødvendigt, at der ansues videre end den retsdogmatiske metode og tilføjes et økonomisk selvstændigt bidrag.²⁷ Dog kan teorien ikke udnyttes uden supplerende fra retsdogmatikken. Her skal den erhvervsjuridiske metode bruge juraen som et styringsinstrument til økonomisk maksimering og for at undgå fremtidige retskonflikter.

Strategisk kontrahering vil i denne sammenhæng bygge på den erhvervsjuridiske metode, når parterne i et franchiseforhold skal optimere samarbejdet på baggrund af gældende ret. Den erhvervsjuridiske metode finder derfor sin berettigelse, når man anskuer optimering fra et virksomhedsperspektiv. Det vil ikke være muligt at koncipere en kontrakt med fokus på deling af strategisk information uden at inkorporere økonomiske teorier, da der skal skabes incitament til netop denne adfærd i tilfælde af, at baggrundsretten ikke skaber tilstrækkelige incitamenter til at fordre dette.

1.9 Juridisk metode

Den retsdogmatiske metode har til formål at udlede gældende ret indenfor et specifikt område eller blot på et generelt plan. Her drejer det sig om at analysere og fortolke retskilder, som kan have relevans for, hvad en dommer ville lægge vægt på i en given sag²⁸. Retsdogmatikken udnytter analytisk gennemgang af retskilder, som er informationskilder vedrørende retssystemet.

Den retsdogmatiske metode har sin plads i denne afhandling, da parternes loyalitetsforpligtelse skal analyseres. Parternes loyalitetsforpligtelse i et franchiseforhold skal fastlægges da den danner grundlag for hvor meget information, hvis noget, parterne er forpligtet til at dele med hinanden i et samarbejdsforhold. Herunder parternes gensidige kommunikationspligt. Ydermere går loyalitet hånd i hånd med parternes mulighed for samarbejde og spiller en væsentlig rolle i de relationelle betragtninger.

For at danne parternes grundlag indenfor samarbejdet, er det nødvendigt at fastlægge gældende ret, og fremhæve eventuelle begrænsninger som kan have betydning for parterne. Dette sker med henblik på at udnytte de muligheder som den nuværende retstilstand giver, økonomisk set, og i bedste fald til at opnå konkurrencemæssige fordele.²⁹ De juridiske konklusioner vil derfor bygge grundstenene til de økonomiske og erhvervsjuridiske betragtninger i afhandlingen.

²⁷ Østergaard, K: Metode på cand.merc.jur. studiet. S. 280

²⁸ Østergaard, K. Metode på cand.merc.jur. studiet. S. 276

²⁹ Østergaard, K. (2014), "Relevansen af interdisciplinær forskning og empiri i samfundsvidenskaben." Retfærd, 37(3/149),

Franchising er ikke underlagt *lex specialis*, og derfor må der tyes til de obligationsretlige grundsætninger, kontraktens *naturalia negotii*³⁰, samt aftalesupplering når gældende ret skal fastslås.

Loyalitetsgrundsætningen er en obligationsretlig grundsætning, som finder anvendelse på alle typer af kontrakter og derfor kommer de tilhørende delforpligtelser, til at være afhængig af kontrakttypen.³¹ På nuværende tidspunkt er der ikke defineret hvilke særlige delforpligtelser som gør sig gældende i franchisekontrakter og disse ses derfor udledt i den juridiske analyse.

Da der ikke eksisterer *lex specialis* vil retspraksis blive den primære retskilde når parternes loyalitetsforpligtelse skal udledes. I retskildemæssig forstand er udfordringen den, at den retspraksis som foreligger, er begrænset, men af nyere dato. Franchising er tæt beslægtet med forhandlertypen selektiv distribution hvorfor antagelsen er, at den retspraksis som foreligger for forhandlerretten, kan finde anvendelse på franchisekontrakter. Det betyder at den retspraksis som anvendes analogt må bruges med en vis forsigtighed med hensyntagen til at målrette sammenligningen med franchising.

Den proaktive indstilling til jura, som strategisk kontrahering i sin helhed fokuserer på, vil spille en væsentlig rolle når løsningsforslag vil blive fremstillet.

Den klassiske juridiske metode fokuserer på reaktive klausuler og retten fokuserer ikke på hvordan parterne kan udnytte kontraktforholdet.³² Den reaktive tilgang til jura vil så vidt muligt bruges i fastlæggelsen af gældende ret mens den proaktive tilgang vil udnyttes til at anvende kontrakten som et strategisk værktøj fremfor blot et juridisk dokument til brug for tvister.

1.10 Økonomisk metode

De økonomiske analyser skal bruges til at skabe incitamenter for at parterne bidrager til franchisekonceptet samt belyse parternes handlemåder i forskellige situationer. Afhandlingens økonomiske aspekter vil hovedsageligt fokusere på Dyer & Singhs relationelle forståelse af virksomheders evne til at opnå en konkurrencemæssig fordel og opnåelse af relationsrente.³³ Dyer & Singh har fokus på hvordan uafhængige virksomheder, der besidder komplementære ressourcer, kan samarbejde med henblik på at opnå en

³⁰ "Juridisk betegnelse for vilkår, der som oftest eller naturligt vil indgå i aftaler af en bestemt art, fx at leverede varer skal betales. Da aftaleparter almindeligvis vil regne med, at disse vilkår gælde, anses de i juridisk henseende ofte for gældende også uden særlig vedtagelse." – Den store danske

³¹ Madsen & Østergaard, CBS Law, "Loyalitetsgrundsætningen i dansk ret – Indhold og retsvirkninger ved tilsidesættelse". S. 1

³² Petersen, B. & K Østergaard (2018), "Reconciling formal contracts and relational governance through Strategic Contracting". Journal of Business and Industrial Marketing. S. 267

³³ Dyer, J.H., & H. Singh (1998), "the relational view: Cooperative strategy and sources of inter-organizational competitive advantage. "Academy of Management Review, 23(4), s. 660-679. S. 1

konkurrencefordel.³⁴ Her skelnes der mellem armslængderelationer og partnerskaber.

Armslængderelationer kan sammenlignes med en markedstransaktion og kræver ikke yderligere behandling.³⁵ Partnerskaber kan defineres som hybrider hvor der er mulighed for at opnå relationsrente. Franchisegiver og franchisetager agerer i afhandlingens fremstilling som værende selvstændige virksomheder.

I afhandlingen bliver det nødvendigt at skelne mellem neoklassisk økonomisk teori og nyinstitutionel teori.³⁶ Begge teorier har markedet som analyseniveau og enheden for analysen er virksomheden.³⁷ Udfordringen i neoklassisk teori, set i lyset af strategisk kontrahering er, at det antages at alle aktører på markedet er fuldkommen rationelle, at der er perfekt information og at der er fri adgang og afgang fra markedet. Der ses ligeledes fuldstændig bort fra transaktionsomkostninger. Det betyder også at virksomhedernes beslutninger kan analyseres fuldstændig uafhængigt af hinanden.³⁸

Modsætningsvist anerkender nyinstitutionel økonomi at parterne er begrænset rationelle og som udgangspunkt vil egenoptimere. Herudover anerkender teorien at der er asymmetrisk information og at aktørerne vil handle opportunistisk af natur.³⁹ Netop asymmetrien og den opportunistiske adfærd er hvad der forsøges, via strategisk kontrahering, nedbragt. I franchiseforhold er der ved kontraktens indgåelse ikke perfekt information og parterne vil derfor løbende indhente oplysninger om forhold de ikke kunne forudse. Indhentningen af oplysninger er forbundet med transaktionsomkostninger, hvilket nyinstitutionel økonomi, modsat neoklassisk teori, anerkender. Ny institutionel økonomisk teori er den teori som læner sig mest op ad virkeligheden og er derfor mest anvendelig. Antagelserne i neoklassisk teori er teoretisk set fornuftige og vil stadig udnyttes som referenceramme når økonomiske aspekter skal belyses.

Principal/agent teori vil i vis omfang anvendes til at illustrere parternes incitamentsudfordringer og der vil via spilteorien vises hvordan parterne vil reagere i specifikke situationer. Teorien om reciprocitet⁴⁰ vil

³⁴ Østergaard, K. (2014): "Relevansen af interdisciplinær forskning og empiri i samfundsvidenskaben." Retfærd, 37(3/149) s. 16

³⁵ Dog bliver masseforhandlerkontrakter kort behandlet som en modsætning til franchising.

³⁶ Rets og kontraktsøkonomi vil ikke blive behandlet i afhandlingen fordi strategisk kontrahering ikke er baseret på efficiensbetragtninger som omtalte teorier er.

³⁷ Østergaard, K: Metode på cand.merc.jur. studiet. S. 269-285, s. 272

³⁸ Østergaard, K: Metode på cand.merc.jur. studiet. S. 269-285, s. 272

³⁹ Østergaard, K: Metode på cand.merc.jur. studiet. S. 269-285, s. 272

⁴⁰ Teorien om reciprocitet bygger på 2 grundantagelser: 1) Vi er villige til at ofre egennytte for at gavne dem der har handlet generøst overfor os. 2) Vi er villige til at ofre egennytte for at skade dem der har handlet opportunistisk/egoistisk overfor os. Teorien om reciprocitet vil blive behandlet yderligere i de økonomiske afsnit af afhandlingen.

ligeledes spille en gennemgående rolle igennem afhandlingen. Reciprocitet kan være medvirkende til at forstå hvorfor parterne agerer som de gør og derfor har teorien en berettigelse i afhandlingen.

1.11 Struktur af afhandlingen

Afhandlingen vil blive inddelt i 7 kapitler af varierende omfang. For at skabe dynamik og overblik har det været nødvendigt at inkorporere kortere afsnit for at belyse særlige problemstillinger. Nogle kapitler vil kunne have et selvstændigt bidrag mens andre er en forlængelse eller uddybning af tidligere kapitler.

Kapitel 1 Danner rammen for opgaven samt uddyber de problemstillinger, som opgaven vil fokusere på.

Kapitel 2 Fastlægger og beskriver den nuværende retstilstand på franchiseområdet i forhold til loyalitetsforpligtelsen. Her vil baggrundsretten, konkrete domme, samt supplerende litteratur fastlægge det retlige udgangspunkt.

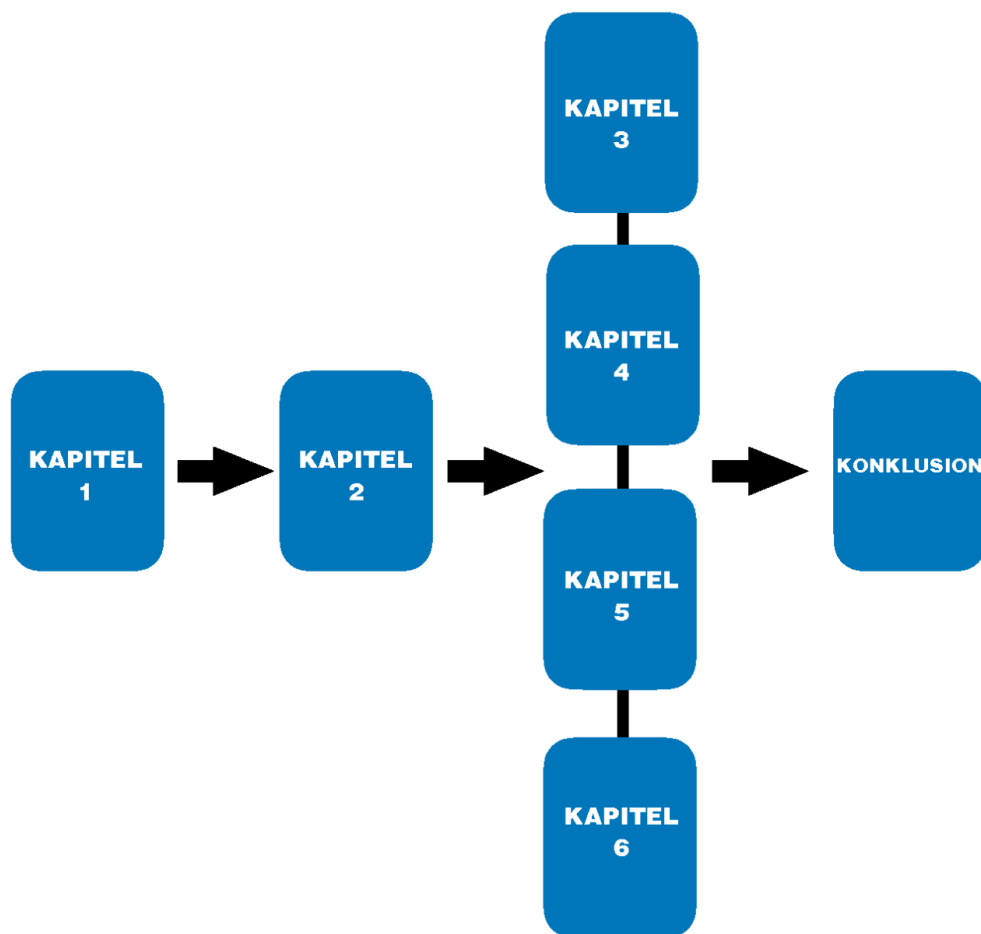
Kapitel 3 skal på baggrund af den juridiske analyse give en indledning til strategisk kontrahering og parternes evne til at opnå relationsrente. Ydermere vil det belyses hvilke udfordringer franchisemodellen kan stå overfor.

Kapitel 4 giver løsningsforslag til, hvordan parterne kan koncipere en kontrakt med en nedskrevet loyalitetsforpligtelse.

Kapitel 5 Analyserer de forskellige safeguards, som kan fordre parterne til loyal adfærd og deling af strategisk information.

Kapitel 6 beskriver de forskellige tiltag, som parterne, på baggrund af analysens konklusioner, kan foretage for at opnå videndeling på tværs af forhandlersystemet.

Kapitel 7 Udgør afhandlingens konklusion og perspektivering.



Figur 1 Struktur af afhandlingen

2 Det retsdogmatiske udgangspunkt

2.1 Hvorfor skal det retsdogmatiske udgangspunkt fastslås?

Som nævnt, er franchising ikke underlagt Lex Specialis, og derfor må der tyes til baggrundsretten, kontraktens naturalia negotii og aftalesupplering for at fastlægge den nuværende retsstilling.

Omdrejningspunktet er, i hvilken udstrækning loyalitetsgrundsætningen, uden særlig fremhævelse i kontrakten, indebærer særlige loyale forpligtelser og i videre udstrækning om loyalitetsforpligtelsen er et udtryk for en gensidig kommunikationspligt. Denne analyse ses nødvendig for at fastslå hvorvidt den nuværende retsstilling begrænser parternes muligheder for de mål der ses opnået i strategisk kontrahering.

Der er ikke, mig bekendt, litteratur som på nuværende tidspunkt fastlægger parternes loyalitetspligt og gensidige kommunikationspligt i franchiseforhold. Derfor er det relevant at fastslå i hvilken udstrækning loyalitetsgrundsætningen, uden fremhævelse i kontrakten, indebærer en forpligtelse til gensidig kommunikationspligt mellem kontrahenterne.

Det skal pointeres at direkte retspraksis på vedrørende franchising er yderst sparsom, og derfor skal der tyes til vejledende retspraksis indenfor sammenlignelige forhandlertyper. Retspraksis vedrørende andre forhandlertyper kan med en vis sikkerhed anvendes til at fastlægge retsstillingen på franchiseområdet.

2.2 Definition af loyalitetsgrundsætningen

Loyalitetsgrundsætningen er en obligationsretlig grundsætning, som gælder for alle kontrakttyper og aftaleforhold og udspringer fra obligationsrettens almindelige del.⁴¹ Obligationsrettens almindelige del indeholder adgangen til at kræve naturalopfyldelse, adgangen til at ophæve en bindende aftale hvis der er væsentlig misligholdelse, og adgangen til at kræve et forholdsmæssigt afslag hvis der er tale om en værdiforringende mangel.⁴² Det vil være obligationsrettens misligholdelsesbeføjelser der gælder for parterne hvis andet ikke kan udledes af kontrakten.

Loyalitetsgrundsætningens dynamiske og uspecificerede natur betyder, at den kan bruges som "sidste udvej" i en tvist.

På grund af loyalitetsgrundsætningens dynamiske natur opstår der forskellige delforpligtelser alt efter hvilken kontrakttype, der er tale om. Ligeledes ændres delforpligtelserne alt efter, hvornår i kontraktens cyklus man befinder sig.⁴³ Delforpligtelser som kan udledes fra loyalitetsgrundsætningen, kan være underretningspligt, loyal oplysningspligt, tavshedspligt, samarbejdsforpligtelsen mfl. Hvilke delforpligtelser der gør sig gældende afhænger af kontrakttypen. Her spiller kontrakttypens kompleksitet og omfanget af aftalesituationen en betydelig rolle. Delforpligtelserne varierer derfor alt efter om der er tale om en simpel købetransaktion eller et franchisesamarbejde. Delforpligtelserne i franchisesamarbejde har større udstrækning i end hvis der er tale om en simpel købetransaktion.

Loyalitetsgrundsætningen udtrykker det generelle princip om at medkontrahenter skal varetage hinandens interesser.⁴⁴ Dette på trods af, at det i dansk ret stadig anerkendes at virksomheders overordnede formål er at profitmaksimere. Denne afvejning er central da franchisegiver og franchisetager, på trods af at være under samme franchisesystem, er interesseret i at varetage deres egne interesser.⁴⁵

⁴¹ Madsen & Østergaard, CBS Law, "Loyalitetsgrundsætningen i dansk ret – Indhold og retsvirkninger ved tilsidesættelse" s. 1

⁴² Madsen & Østergaard, CBS Law, "Loyalitetsgrundsætningen i dansk ret – Indhold og retsvirkninger ved tilsidesættelse" s. 1

⁴³ Den prækontraktuelle fase, under kontraktens løbetid og den post kontraktuelle fase.

⁴⁴ Madsen & Østergaard, CBS Law, "Loyalitetsgrundsætningen i dansk ret – Indhold og retsvirkninger ved tilsidesættelse" s. 1

⁴⁵ Franchisegiver vil som udgangspunkt optimere hele franchisesystemet hvilket betyder at der ikke nødvendigvis bliver taget særlig hensyn til den enkelte franchisetager. Omvendt er franchisetager i udgangspunktet interesseret i at optimere sin egen forretning og er ikke nødvendigvis interesseret i at bidrage til franchisesystemet.

2.3 Forholdet mellem strategisk kontrahering og loyalitetsgrundsætningen

Formålet ved strategisk kontrahering bør stå klart før det kan vurderes hvilke muligheder parterne har på baggrund af loyalitetsgrundsætningens omfang. Loyalitetsgrundsætningens retsdogmatiske udgangspunkt skal fastslå et "mindstekrav" til loyal adfærd og gensidig kommunikationspligt. Strategisk kontrahering kan derimod udnyttes til at optimere kontrahenternes konkurrencefordele på baggrund af loyalitetsgrundsætningens begrænsninger.

Formålet ved strategisk kontrahering er at udnytte kontraktforholdet mellem parterne og via en blanding af reaktive, dynamiske og proaktive klausuler⁴⁶, opnå relationsrente mellem parterne. Herudover er målet med strategisk kontrahering at anvende kontrakten som et dynamisk og proaktivt styringsværktøj med henblik på at opnå vedvarende konkurrencefordele og i bedste fald relationsrente.⁴⁷

Bent Petersen og Kim Østergård definerer strategisk kontrahering som følger:⁴⁸

We view strategic contracting as characterized by the aim of generating relational rent through the use of both proactive and reactive provisions that, based on resource complementarity and strategic fit between the contracting parties, protect knowledge exchange and relationship specific investment from opportunistic behavior. Hence, a strategic contract is a partnership agreement through which the contracting parties aim to achieve joint competitive advantage.

Grundlaget for strategiske samarbejder må antages at være parternes komplementære ressourcer, som kan udnyttes til at optimere deres profit. Det betyder altså at kontrahenterne besidder kompetencer som de hver især kan drage nytte af ved samarbejde. I sammenligning med franchising har franchisegiver et franchisekoncept som franchisetager, er afhængig af og omvendt besidder franchisetager kompetencer købmand som franchisegiver kan udnytte. I samarbejdet mellem to kontrahenter med høj grad af samarbejde spiller loyalitetsforpligtelsen en væsentlig rolle. Hvis der er skævhed i forholdet mellem det, man forsøger at opnå ved strategisk kontrahering og loyalitetsforpligtelsens omfang, vil der opstå en væsentlig ulempe for parterne, som dermed ikke udnytter samarbejdets fulde potentiale.

2.4 Forhandlerrettens plads

Forhandlerretten har sin relevans når vi skal udlede de delforpligtelser der ligger indlejret i loyalitetsgrundsætningen. Den mellemmandsform som i økonomisk forstand er tættest beslægtet med

⁴⁶ René Franz Henschel definerer en proaktiv klausul som følgende: "En proaktiv klausul afventer ikke, men forsøger at foregribe og aktivt fremme der, der er ønskeligt, samtidig med juridiske risici og tvister søges undgået, for derved at opnå forretningsmæssig succes."

⁴⁷ Østergaard, (Udgives 2020 på Karnovs forlag), Forsknings samarbejder kapitel 19, s. 13

⁴⁸ Østergaard & Petersen, (2020): "The application of hardship and gain provisions in strategic contracting", s. 1.

franchising, er forhandleren. Selektiv distribution er den forhandlertype som er tættest beslægtet med den man ser hos franchising.

I forhold til franchising er det stadig uklart hvilke delforpligtelser, der medfølger af franchiseforholdet. Derfor er det nødvendigt at kvalificere hvilke forhandlertyper, der er tættest beslægtet, så der kan fastlægges en ramme for den nuværende retsstilling. Via retspraksis fra sammenlignelige forhandlerkontrakter vil man analogt kunne fastslå franchiseparternes forpligtelser.

Kim Østergaard definerer en forhandler som, *"Den der i eget navn og for egen regning køber og videresælger de varer, der er købt fra producenten."*⁴⁹ Supplerende har forhandleren fået rettigheder og pligter, der går ud over en sædvanlig købers beføjelser. Det er vigtigt at pointere at, forhandleren økonomisk set er et selvstændigt led i distributionskæden.⁵⁰ Netop denne selvstændighed er kernen af de problematikker, som vil blive belyst. Der er tre typer forhandlere, som er særlig relevante at undersøge i forhold til sammenligningen med franchiseforhold.

- Eneforhandleren
- Masseforhandleren
- Selektiv distribution

Eneforhandling og masseforhandling må antages ikke at være lige så tæt beslægtet til franchising som selektiv distribution. Det betyder dog stadig at den retspraksis som foreligger, kan have en vis betydning, men skal anvendes med en vis forsigtighed under hensyntagen til at den tættest beslægtede forhandlertype er selektiv distribution.

2.4.1 Eneforhandleren

Eneforhandling foreligger når, en leverandør har forpligtet sig til udelukkende at levere bestemte produkter til en forhandler med henblik på videresalg indenfor et bestemt geografisk område eller til en bestemt kundekreds.⁵¹⁵² Herudover vil det normalt være en forudsætning, at forhandleren bestræber sig på at opbygge et marked indenfor sit eneområde.⁵³ Det vil normalt være indskrevet som specifikke betingelser i kontrakten med fokus på salgsmål, markedsføring mm. En franchiseaftale kan i et vist omfang arve karakteristikkene fra eneforhandling. Der er ikke forbundet eneret med franchising, men det vil i realiteten kunne relateres til den brugsret franchisetager får, til at markedsføre og sælge i et bestemt område. Der vil

⁴⁹ Lando, Thuesen, Tvarnø og Østergaard, 2006, 5. udgave: "Udenrigshandelens kontrakter", s. 261

⁵⁰ Lando, Thuesen, Tvarnø og Østergaard, 2006, 5. udgave: "Udenrigshandelens kontrakter", s. 261

⁵¹ Lando, Thuesen, Tvarnø og Østergaard, 2006, 5. udgave: "Udenrigshandelens kontrakter", s. 262

⁵² Der er flere forskellige definitioner på eneforhandlere men denne definition bliver anvendt i denne afhandling.

⁵³ Lando, Thuesen, Tvarnø og Østergaard, 2006, 5. udgave: "Udenrigshandelens kontrakter", s. 262

sandsynligvis ikke være en konkret geografisk begrænsning i franchiseaftalen, da franchisegiver ikke vil begrænse franchisetagers mulighed for at skabe et mersalg og en videre kundekreds end forventet. Eneforhandleraftalen afskærer normalt forhandleren fra at handle med andre produkter. Dette eliminerer muligheden for, at forhandleren sælger konkurrerende produkter.

Eneforhandleren og franchising har visse ligheder da han får eneretten til salg af producentens varer på et fastlagt geografisk område. Det kan derfor formodes at parternes loyale forpligtelser kan være beslægtede til en vis grad.

2.4.2 Masseforhandleren

Ved masseforhandling distribuerer producenten sine varer til så mange forhandlere som muligt.⁵⁴ Der er oftest tale om produkter af simpel karakter hvor producenten og forhandleren foretager få eller ingen relationspecifikke investeringer.⁵⁵ Producenten og forhandleren har derfor ikke i forholdets natur en tæt samarbejdspligt udover kravene i købeloven. Derfor stilles der ikke store krav til konciperingen af kontrakten og udøvelsen af strategisk information er tilhørende mindre relevant. Med videre må parternes loyale forpligtelser ikke være mere udtalt end dem, som er kodificeret i købeloven.

Disse konklusioner betyder, at masseforhandlerkontrakten er svært relaterbar med forholdene i franchising på grund af den simple udveksling af ydelser mellem parterne. Derfor kan man heller ikke ty til retspraksis inden for masseforhandlerkontrakter, når man vil undersøge retsstillingen mellem parterne i et franchiseforhold.⁵⁶ Dog har det sin berettigelse da det ses som den diametrale modsætning og kan derfor være behjælpelig med at sætte franchising som forhandlertype på spidsen.

2.4.3 Selektiv distribution

Selektiv distribution er den forhandlertype, som ligger tættest op ad franchising. Her er der særlig fokus på, hvordan forhandleren videresælger varerne.⁵⁷ I forordning KFO nr. 330/2010, gruppefritagelsesforordningen er selektiv distribution defineret som følgende:

”Selektiv distributionssystemer er et salgssystem, hvor leverandøren forpligter sig til, enten direkte eller indirekte, at sælge aftalevarerne eller tjenesterne udelukkende til forhandlere, der er udvalgt på grundlag af

⁵⁴ Østergaard, K. (2014): ”Relevansen af interdisciplinær forskning og empiri i samfundsvidenskaben.” Retfærd, 37(3/149), s. 12

⁵⁵ Østergaard, K. (2014): ”Relevansen af interdisciplinær forskning og empiri i samfundsvidenskaben.” Retfærd, 37(3/149), 3-24. s. 12

⁵⁶ Herudover køberretlige og aftaleretlige problemstillinger, som kan finde sted i begge forhandlerforhold. Disse behandles ikke yderligere, da både købeloven og aftaleloven regulerer disse forhold i dansk ret.

⁵⁷ Østergaard, K. (2014): ”Relevansen af interdisciplinær forskning og empiri i samfundsvidenskaben.” Retfærd, 37(3/149), s. 12

bestemte kriterier, og hvor disse forhandlere forpligter sig til ikke at sælge sådanne varer eller tjenester til forhandlere, der ikke er godkendt på det område, som leverandøren har afsat til at drive systemet.”⁵⁸

Ved selektiv distribution forpligter leverandøren sig til, udelukkende at sælge varer til forhandlere, som er godkendt på området. Herudover vælger virksomheden at afsætte varerne eller tjenesteydelser til et bestemt segment i markedet. Et eksempel på en selektiv distributionskanal er virksomheden B&O som bruger forhandlere som udelukkende forhandler deres produkter. B&O målretter tilmeldt salget til en specifik målgruppe. I B&O's tilfælde sigter de efter en målgruppe med særlig stor købekraft. Derfor stilles der store krav til forhandlerens evne til at opretholde brandets værdi og videresælge produktet på en måde som afspejler B&O's identitet. Udveksling af immaterielle aktiver og investering i relationspecifikke aktiver må i sammenhæng, ses som en naturlig del af forhandlerforholdet.

Franchising har i overhængende grad arvet flere karakteristika fra selektiv distribution. Begge forhandlertyper stiller krav til forhandlerens evne til at opretholde en vis kvalitet og viden om produktet eller ydelserne der forhandles. Derfor kræves der en stor grad af samarbejde mellem kontrahenterne og det er derfor, i begge forhandlerformer, nødvendigt at finde en samarbejdspartner der evner at videresælge produktet og opretholde visse forudbestemte kvalitetskrav.⁵⁹

På grund af de sammenlignelige aspekter mellem selektiv distribution og franchising vil retspraksis om selektiv distribution være nærliggende at undersøge når franchisings loyale forpligtelser skal fastlægges.

2.4.4 Opsamling forhandlerkontrakter

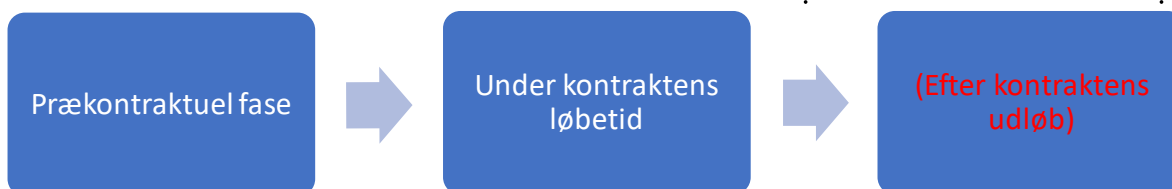
Gennemgangen af forhandlerkontrakter viser, at franchising lægger sig op ad karakteristika fra eneforhandlerkontrakter samt særprægene af specifikation fra selektiv distribution. Adgangen til et geografisk område, som eneforhandlerkontrakter bygger på, bliver i høj grad udnyttet i franchisekontrakter, selvom der blot er tale om brugsret. Med videre kan kendetegnene fra selektiv distribution sammenlignes, da der er tale om høj specifikation og udveksling af immaterielle aktiver mellem parterne. Derfor må der tages udgangspunkt i særprægene fra eneforhandlere og selektiv distribution, når retspraksis skal vurderes.

⁵⁸ Østergaard, K. (2014): "Relevansen af interdisciplinær forskning og empiri i samfundsvidenskaben." Retfærd, 37(3/149), s. 12

⁵⁹ Strategisk fit når man skal finde en samarbejdspartner ses essentielt når parterne skal forsøge at opnå relationsrente og opnå konkurrencefordele. Strategisk fit bliver dog ikke videre behandlet i afhandlingen da det ligger i periferien af afhandlingens genstandsfelt. Vigtigheden af at finde en forhandler med det rette fit skal dog ikke undermineres.

2.5 Loyalitetsforpligtelsen i kontraktens livscyklus

Kontraktforholdet opdeles i 3 faser for at strukturere parternes forpligtelser i de forskellige stadier af kontraktens cyklus. Der er tale om den prækontraktuelle fase⁶⁰, Under kontraktens løbetid og efter kontraktens udløb.⁶¹



Figur 2 Afgrænsning fra behandling af forhold efter kontraktens udløb

I denne analyse fokuseres der på den prækontraktuelle fase og perioden under kontraktens løbetid. Det ses ikke nødvendigt at udlede parternes forpligtelser efter kontraktens ophør, da forpligtelserne hovedsageligt består i beskyttelse af forretningshemmeligheder og konkurrencebeskyttende anliggender. De postkontraktuelle forpligtelser anses ikke at have yderligere relevans for dette speciale, da parterne ikke samarbejder efter kontraktens løbetid.⁶²

2.5.1 Den prækontraktuelle fase

Den prækontraktuelle fase består af koncipering af kontrakten og de dertilhørende forhandlinger vedrørende parternes pligter og beføjelser. I denne fase deler parterne information og erfaringer, som har relevans for det fremtidige samarbejde. Parterne har i den prækontraktuelle fase interesse i at være den part med størst forhandlingskraft. Derfor vil parterne antageligvis frivilligt dele information, som kan styrke deres position, og som kan cementere deres bidrag til samarbejdet.⁶³ Samtidig skal de tilbageholde informationer, som modparten kan udnytte i tilfælde af, at kontraktforhandlingerne går i vasken.⁶⁴

Incitamentsuforeneligheden er en naturlig del af den prækontraktuelle fase men da parterne har forskellige interesser, kan det være vanskeligt at fastlægge parternes forpligtelser.

Der er tre delforpligtelser, som har særlig relevans i den prækontraktuelle fase:

⁶⁰ De indledende forhandlinger som opstår når konciperingen af kontrakten foregår.

⁶¹ Når kontraktforholdet er ophørt og parterne ikke har materielle forpligtelser overfor hinanden.

⁶² De postkontraktuelle forpligtelser skal ikke negligeres da parterne stadig besidder viden som de kunne bruge/misbruge overfor hinanden. Der er dog her tale om andre juridiske problemstillinger som ikke relateres direkte til afhandlingens problemstillinger.

⁶³ Denne antagelse vil ikke blive behandlet yderligere i den juridiske del af afhandlingen, selvom det dog har central betydning for kontraktrelationen. Disse informationer vil supplere konciperingen af kontrakten.

⁶⁴ Der kan tages højde for at parterne vil underskrive en tavshedspligtserklæring i tilfælde af forhandlinger hvor parter deler særlig værdifuld information.

- 1) Den loyale oplysningspligt,
- 2) en underretningspligt som består i at informere medkontrahenten, hvis der er oplysninger, som kan påvirke den endelige kontrakts indgåelse,
- 3) og til sidst en tavshedspligt.⁶⁵⁶⁶

Brud på loyalitetspligten i denne fase kan medføre erstatningsansvar for den illoyale part efter culpareglerne.⁶⁷ Hvis der er tale om et strategisk samarbejde mellem parterne, vil kravene til loyalitetspligten være skærpet i forhold til en simpel købetransaktion.⁶⁸ Franchising må per definition⁶⁹ karakteriseres som et kontraktforhold med høj detaljeringsgrad og stor udveksling af immaterielle aktiver, og derfor stilles der højere krav til parternes loyalitet.

Den loyale oplysningspligt forpligter parterne til at dele information om realydelsen, som skal leveres. Det ses mest relevant i købetransaktioner, hvor det i sagens natur er købeloven, der regulerer forholdene. Derfor er det uklart, hvordan parterne i et franchisesamarbejde skal forholde sig til oplysningspligten i den prækontraktuelle fase. Det må her bero på en konkret vurdering i forhold til de faktiske omstændigheder.⁷⁰

Vurderingen bør vedrøre hvad realdebitor (som begge parter i et vist omfang er), burde have oplyst om. Det må antages at franchisegiver bør oplyse franchisetager om særlige forhold ved franchisekonceptet som kan have relevans for franchisetagers opfyldelse og om forhold der kan give en betydelig ulempe for franchisetager. Modsnævningsvis er franchisetager forpligtet til at oplyse om forhold som kan begrænse hans evne til at følge franchisekonceptet krav, eller særlige forhold i markedet som kan påvirke franchisegiver. Det kan med stor tilnærmelse konkluderes at strategisk information, som defineret tidligere, ikke kan ses pligtigt at dele i den prækontraktuelle fase. Dog er der ingen retspraksis til at fastslå dette og derfor skal det vurderes ud fra de konkrete forhold.

⁶⁵ Madsen & Østergaard, CBS Law, "Loyalitetsgrundsætningen i dansk ret – Indhold og retsvirkninger ved tilsidesættelse, afsnit 2.3

⁶⁶ Tavshedspligten vil ikke behandles nærmere.

⁶⁷ Madsen & Østergaard, CBS Law, "Loyalitetsgrundsætningen i dansk ret – Indhold og retsvirkninger ved tilsidesættelse", afsnit 2.0

⁶⁸ En simpel købetransaktion vil i aftalens natur være begrænset til at oplyse køberen om varens karakteristik, hvis dette ikke var en selvfølgelighed.

⁶⁹ Læs nærmere i kommende afsnit

⁷⁰ Madsen & Østergaard, CBS Law, "Loyalitetsgrundsætningen i dansk ret – Indhold og retsvirkninger ved tilsidesættelse" afsnit 2.0

2.5.2 Underretningspligt i den prækontraktuelle fase.

Udover den loyale oplysningspligt er parterne forpligtet til at underrette modparten vedrørende væsentlige forhold, som kan påvirke kontraktens indgåelse.⁷¹ Underretningspligten er ikke begrænset til den prækontraktuelle fase, og vil ligeledes gælde under kontraktens løbetid.

Parternes underretningspligt i den prækontraktuelle fase bliver belyst i dom U.2007.3027 mellem Danfoss og Brunata.⁷² Her var der indgået en samarbejdsaftale der omfattede udvikling og levering af energimålere som skulle føre til Brunatas salg af disse. Danfoss oplevede problemer med udviklingen af elmålerne og valgte at inddrage en ny samarbejdspartner uden at underrette Brunata. Retten skulle tage stilling til om dette ansås som et brud på underretningspligten.⁷³

Sø- og Handelsretten udtalte følgende:

”Kontraktparter har imidlertid pligt til at optræde loyalt i forhold til hinanden. Navnlig har de pligt til at underrette hinanden om forhold, som er af betydning for den anden kontraktpart. Der er modstridende forklaringer om, hvorvidt Danfoss har overholdt sin underretningspligt.... Det har formentlig sammenhæng med, at Flow Managements ledelse ikke underrettede salgsaftalens afdeling om sin negative vurdering af projektet før i juni 2001, hvor der annonceredes efter en alliancepartner, hvilket Brunata først blev gjort bekendt med, aftenen inden pressemeddelelsen blev offentliggjort.”⁷⁴

Det kan udledes af dommen at, Brunata på grund af Danfoss' dispositioner så sig nødsaget til at indgå samarbejde med tredjemand som kompromitterede deres udbytte. Herudover havde Brunata foretaget relationsspecifikke investeringer på baggrund af den originale samarbejdsaftale som ikke var mulige at trække tilbage.

⁷¹ Madsen & Østergaard, CBS Law, ”Loyalitetsgrundsætningen i dansk ret – Indhold og retsvirkninger ved tilsidesættelse” afsnit 2.2

⁷² ”Danfoss, D, og Brunata, B, indgik i oktober 2000 en samarbejdsaftale, der bl.a. omfattede udvikling og levering af nogle energimålere. I forbindelse med D's arbejde med at udvikle energimålere viste der sig tekniske vanskeligheder, og i oktober 2001 solgte D energimålerprojektet til en anden virksomhed. B krævede erstatning af D på ca. 29 mio. kr. opgjort som positiv opfyldelsesinteresse. Højesteret fandt, at samarbejdsaftalen alene var en rammeaftale for en fremtidig samhandel indgået på baggrund af parternes fælles forventning om, at D ville udvikle energimålere og sætte dem i produktion. Der var midlertidigt ikke holdepunkter for i aftalen at indlægge nogen pligt for D til at gøre dette. Aftalen lagde således ikke bindinger på D's adgang til at opgive udvikling og produktion, foretage omprioriteringer eller træffe beslutninger om frasalg.”

⁷³ Grunden til at dommen bliver behandlet i den prækontraktuelle fase er fordi der var tale om en distributionskontrakt med henblik på at Brunata fremtidig skulle sælge målerne. Brunata var derfor ikke direkte involveret i udviklingen af elmålerne. Det betyder dog at der her var tale om forhold før kontraktens løbetid og spørgsmålet var derfor om hvorvidt Danfoss brød deres pligt til at underrette om forhold der påvirker om hvorvidt kontrakten kunne indgås eller ej.

⁷⁴ U.2007.3027

Videre forklarer Højesteret, at parterne skal optræde loyalt og underrette hinanden om forhold af betydning for dispositioner, og at krænkelse af denne loyalitetspligt kan udløse erstatningsansvar:

”Højesteret tiltræder, at det er en følge af samhandelsaftalen, at parterne inden for rammerne af det aftalte partnerskab skal optræde loyalt og underrette hinanden om forhold af betydning for dispositioner i henhold til samhandelsaftalen, og at krænkelse af denne loyalitetspligt kan udløse erstatningsansvar for det herved forvoldte tab. Højesteret finder det ikke godtgjort, at Danfoss ved illoyal adfærd har påført Brunata noget tab, som ikke er erstattet af det beløb, som Danfoss har betalt til opfyldelse af Sø- og Handelsrettens dom.”⁷⁵

En vigtig pointe fra Højesterets resultat er, at fordi det ikke er godtgjort, at Danfoss via deres illoyale adfærd har påført Brunata noget direkte tab, kan der ikke kræves erstatningsansvar ved positiv opfyldelsesinteresse.⁷⁶ Højesteret fastslår, at der skal være tale om et direkte tab for at kunne udløse et erstatningskrav af positiv opfyldelsesinteresse. Højesterets udtalelse begrundes med, at der ikke er påført et direkte tab ved den manglende underretning og at de bliver godtgjort af det beløb som Danfoss har betalt til opfyldelse af Sø- og handelsrettens dom. Begrundelsen lå heri at det ikke kunne udledes at Danfoss havde en forpligtelse til at udvikle energimåleren.

Underretningspligten anses at være vidtgående hvis aftalen kræver stor grad af samarbejde og parterne udøver strategisk kontrahering. Hvis der foreligger partnering, franchising eller andre forhold hvor parterne investerer i relationsspecifikke aktiver og deler strategisk information er underretningspligten således skærpet. Det må konkluderes at underretningspligten gælder for forhold hvor der er mulighed for at opnå relationsrente i tilfælde af at parterne udøver af strategisk kontrahering. Brunata Danfoss dommen har betydning for franchiseforhold da den fastslår parternes pligt til at underrette om forhold der har betydning for modparten. Det skal dog pointeres at der ikke vil være erstatningsdækning for indirekte tab som følge af parternes relationsspecifikke investeringer.

2.6 I kontraktens løbetid

Loyalitetsforpligtelsen har størst relevans i kontraktens løbetid. Det er her, parterne kan optimere samarbejdet ved at agere loyalt og dele strategisk information. Derfor er det relevant at udlede, hvilke forpligtelser der gør sig gældende i kontraktens løbetid.

⁷⁵ U.2007.3027

⁷⁶ Ved positiv opfyldelsesinteresse forstås at den skadelidte part bliver stillet som om kontrakten var blevet opfyldt efter sit indhold.

2.6.1 Samarbejdsforpligtelsen i kontraktens løbetid

Samarbejdsforpligtelsen under kontraktens løbetid spiller en udbredt rolle. Specielt i tilfælde hvor der er tale om partnering, franchising og andre komplicerede forhandlerforhold.⁷⁷

I dom U.2007.1918 H.⁷⁸ blev det fastslået, at parterne i en eneforhandleraftale har pligt til at samarbejde med hinanden. Eneforhandleraftaler kan, som beskrevet tidligere, anvendes som grundlag til at udlede samarbejdsforpligtelsen i franchising. For at dommen skal have principiel betydning for franchising kræves det at den baseres på en forventning om gensidigt samarbejde og kommunikationspligt. Det må dog forventes idet parterne eksplicit har konciperet en klausul som berører parternes samarbejdspligt. Retten fastslår at parter i sådanne aftaler har pligt til at optræde loyalt over for hinanden og loyalt at samarbejde om det fælles mål det er at fremme salget af leverandørens produkter.⁷⁹

Eneforhandleraftalen indeholdt klausuler, hvor parterne eksplicit har beskrevet samarbejdsforpligtelsen:

“The Distributor shall use its best efforts to work and develop the Territory to the satisfaction of [Procon Solution] The distributor’s performance will include the supply to each customer of installation, implementation, training, maintenance and enhancement services as part of each sublicense agreement.”

Samarbejdsforpligtelsen er indskrevet på en sådan måde at parterne hele tiden skal forøge at agere i en kontekst der tilgodeser samarbejdet. Dette niveau af samarbejde kan ligestilles med det i franchising parterne når franchisegiver bidrager med træning af medarbejdere, implementering af konceptet mm.

Retten udtaler medvidere at *”Efter bevisførelsen må det imidlertid lægges til grund, at der ikke har været nogen sådan tilbagerapportering, og at Procon Solution ikke har hørt om nogen fremadrettet aktivitet fra Procon Asias side. Selv om både Frits Pedersen og Tim Woodhouse aflagde Procon Asia besøg, må retten efter deres forklaringer om forløbet af disse besøg lægge til grund, at Procon Asia ikke ønskede at indgå i*

⁷⁷ Madsen & Østergaard, CBS Law, ”Loyalitetsgrundsætningen i dansk ret – Indhold og retsvirkninger ved tilsidesættelse” afsnit 3.1

⁷⁸ *”Et dansk selskab, S, der udviklede software til administrationssystemer i rejsebranchen, havde siden 1997 haft en distributionsaftale med et datterselskab i Asien, A. I Januar i 2002 blev S erklæret konkurs, og i februar 2002 overdrog S’ konkursboer, K, S’ aktiver, herunder dets rettigheder til softwareprodukter, til et nyt selskab, P, som derpå videreførte S’ aktiviteter. I april 2002 indgik K aftale med A om, at dette selskab skulle afvikle en gæld på godt 900.000 Singaporedollars ved betaling af 50.000 dollars, og i juli 2002 indgik P aftale med A, ifølge hvilken A havde ret til eneforhandling af nærmere angivne softwareprodukter i Det Fjern Østen. Den 20. december 2002 sendte P en meddelelse til A, hvori P gjorde gældende, at A havde misligholdt eneforhandleraftalen, og gav A en frist på 30 dage til at afhjælpe forholdet.... Den 14. marts 2003 ophævede P eneforhandleraftalen med A. Derpå anlagde A sag mod P med påstand om en erstatning på 1.736.00 kr. idet A gjorde gældende, at A ikke havde misligholdt forhandleraftalen, og at ophævelsen derfor var uberettiget.”*

⁷⁹ U.2007.1918

nogen form for dialog med Procon Solution. Retten finder, at Procon Asia ikke loyalt har samarbejdet på den måde, som Procon Solution med rimelighed kunne forvente.”

På baggrund af aftalesupplering fastslår retten dermed at, der er en gensidig forpligtelse til at samarbejde om en fælles målsætning som på forhånd er aftalt, hvilket kan sammenholdes med grundlaget i strategisk kontrahering om at, parterne skal forsøge at opnå fælles værdi. Derfor behøver samarbejdsforpligtelsen ikke være eksplicit nedskrevet, selvom det dog kan skabe andre fordele.⁸⁰ Dertil fastlægger retten hvilke forpligtelser der kan forventes at parterne opretholder i en eneforhandleraftale. Derfor også med vis sikkerhed i franchiseaftaler. At parterne i et franchisesamarbejde skal handle loyalt overfor hinanden, forudsætter ud fra dommen ikke, at det eksplicit fremgår af aftalegrundlaget. Dog er der en gensidig forpligtelse til at samarbejde mod det fælles mål som på forhånd er aftalt. Derfor vil udgangspunktet i aftalegrundlaget sætte rammen for hvor vidtgående samarbejdsforpligtelsen er. Derfor kan det med fordel foreslås at, parterne på forhånd fastslår hvilket niveau af samarbejde der kræves hvis det skal have retsvirkning.

2.6.2 Rema 1000 dom illustrerer Illoyal adfærd

I løbende kontrakter med et vist niveau af samarbejde er loyalitetspligten særligt vidtgående, da parternes egeninteresse i overhængende grad er lig fællesinteresser. Parterne har større krav til at modparten handler loyalt, da de er afhængige af hinanden til at skabe profit. Nyere retspraksis viser dog, hvordan parterne i et franchiseforhold ikke har en skærpet pligt til at handle særligt loyalt. I dom U.2019.1347⁸¹ er der tale om et franchiseforhold mellem en franchisetager og en franchisegiver af Rema 1000 butikker. Dommen vedrører illoyal adfærd og rammer nødvendigvis ikke solar plexus på afhandlingens fokus og ligger i periferien af problemstillingen om strategisk kontrahering. Dog har dommen betydelig relevans da det er

⁸⁰ Vil senere i afhandlingen blive behandlet hvordan parterne, ved at nedskrive forpligtelser som parterne særligt skal have fokus på.

⁸¹ Anpartsselskab A, der ejedes af købmand, K, havde i 2009 som franchisetager indgået en franchisekontrakt med Rema 1000 Danmarks A/S som franchisegiver om en Rema 1000 butik i Næstved. Af kontrakten fremgik bl.a., at FT for egen regning og risiko skulle drive forretningen. FG forpligtede sig efter punkt 9.2 til at give FT et rimelig kundegrundlag, hvorfor FG ikke kunne åbne en anden Rema 1000 butik i umiddelbar nærhed af A's butik, hvis en ny butik væsentligt ville forringe A's bestående kundegrundlag.... Den 24. november 2011 åbnede en ny Rema 1000 butik i Næstved beliggende 2,3 km fra K's butik i fugleflugtslinje og ca. 2,8 km i køreafstand. Etableringen af den nye butik havde været behandlet af kommunen i 2009, men K havde ikke deltaget i borgermøde, der var blevet afholdt i april 2009, og at parterne var uenige om hvornår K havde fået kendskab til planerne om den nye butik. I forbindelse med åbningen i november 2011 faldt omsætningen i K's butik i en periode, men omsætningen steg til et niveau over den tidligere omsætning, da en tredje Rema 1000 butik beliggende ca. 5 km fra K's butik lukkede i december 2012. K fik i april 2014 at vide, at hans franchisekontrakt ikke ville blive forlænget ved udløb ultimo november 2014, og begrundelsen var utilfredshed med K's ledelse af butikken. A anlagde herefter sag mod FG med krav om erstatning på 1.361.438 kr., subsidiært et mindre beløb. A gjorde gældende, at FG havde misligholdt kontrakten ved i 2011 at åbne en ny butik i nærheden af A's, idet A's omsætning i 2012, 2013 og 2014 og dermed K's ejerløn, ville have været højere, hvis den nye butik ikke var åbnet. FG blev frifundet både i byretten og i landsretten, hvor der havde været afholdt syn og skøn om den nye butiks påvirkning af kundegrundlaget for A's butik.

den første afgørelse om loyalitetsforpligtelsen for franchisekontrakter.⁸² Loyal adfærd spiller en udbredt rolle i franchisesamarbejder da mistillid og illoyal adfærd kan påvirke parternes samarbejdsvilje.

Dommen berører herudover parternes underretningspligt som en delforpligtelse der gør sig gældende i kontraktens løbetid. Det ses i dommen hvor vigtigt det er at gøre bestemmelser brugbare og koncipere en kontrakt hvor der ikke kan opstå tvivl om kontraktens indhold. Forholdene i Rema 1000 rammer på mange områder plet i forhold til de problemstillinger som strategisk kontrahering skal forsøge at afhjælpe og derfor ses den relevant at behandle. Rema 1000 dommen vil danne fundament for den videre erhvervsjuridiske analyse da den anskueliggør centrale udfordringer der kan opstå i franchiseforhold.

Jævnfør kontrakten forpligter Rema 1000 (FG) sig til at sikre et rimeligt kundegrundlag til franchisetager og medgiver ikke at åbne en anden butik i umiddelbar nærhed, hvis den nye butik væsentligt vil forringe franchisetagers bestående kundegrundlag.

”Ved etablering af Rema 1000-butikker tilstræber FG, at der gives den enkelte Rema 1000-butik et rimeligt kundegrundlag. FG kan derfor ikke åbne en anden Rema 1000-butik i umiddelbar nærhed af FT’s butik, såfremt en ny butik væsentligt vil forringe FT’s bestående kundegrundlag.”

Af klausulens ordlyd bliver det fastlagt, at Rema 1000 gerne må åbne en butik i nærheden af franchisetager, så længe det ikke i væsentlig grad påvirker kundegrundlaget hos den nuværende franchisetager.

Vurderingen bliver derfor med udgangspunkt i hvornår der er tale om en ”væsentlig forringelse af kundegrundlaget”.

Som beskrevet via et syn og skøn, er forretningens nærområde, hvor butikken fungerer som primært indkøbssted, blevet påvirket med 0-5%. Området, der fungerer som sekundært indkøbssted, dækker over et tab på 15-20%, og det øvrige område dækker et tab af kunder på 30-40%. Derved herskede der ikke tvivl om, hvorvidt franchisetager reelt mistede kunder ved åbningen af den nye butik. Retten valgte dog ikke at kvalificere det samlede kundetab som en væsentlig forringelse af franchisetagers bestående kundegrundlag. Derfor statuerer retten, at der ikke er tale om illoyalitet fra franchisegivers side, selvom han går ind og yder direkte konkurrence mod deres egen franchisetager. Dette må fastlægges som illoyalt uagtet af rettens vurdering om væsentlig forringelse.

Efter kontraktens ordlyd, havde franchisetager ikke en eksklusiv ret til kunder i et nærmere geografisk område, men han ville få tildelt et rimeligt kundegrundlag, som ville opstå på baggrund af Rema 1000’s

⁸² U.2018.1334 ”Franchisegiver havde efter ophævelse af franchiseaftale anmodet om at udsætte franchisetager af forretningslokalerne, men fogedretten havde med rette afvist sagen.” Denne dom omhandler franchiseforhold men har ikke videre relevans for opgavens problemstillinger.

brand.⁸³ Der skal derfor foretages en interesseafvejning. På den ene side er franchisetagers interesse i at opnå så stor omsætning, som muligt. På den anden side er franchisegiver interesseret i Rema 1000's samlede profit uafhængig af, hvilke butikker indtjeningen kommer fra. Ved vurderingen har retten taget stilling til den faktiske afstand mellem butikkerne, kundernes bevægelsesmønstre i byen, tætheden af bebyggelse i de omtalte områder mm.⁸⁵ På baggrund af disse overvejelser kan det konstateres, at franchisegivers interesser i dette tilfælde overstiger franchisetagers. Disse overvejelser kunne have været anderledes, hvis der var tale om en eneforhandleraftale.⁸⁶ Her ville der i stort omfang være tale om en eksklusiv ret til kunder i området, og dette ville åbningen af en ny butik anfægte.⁸⁷

Retten resultat giver en indikation af hvilket niveau af loyalitet der forventes af parterne med henvisning til kontraktens karakteristika. Her kan det konkluderes at loyalitetsforpligtelsen ikke er særlig vidtgående i franchisekontrakter. Parternes forpligtelse til at handle loyalt kan ligeledes konkluderes til at være så lavt at det ikke fremmer samarbejdet mellem parterne.

Dommen illustrerer vigtigheden af at gøre klausuler operationelle. Franchisetager vil på grund af hans virke som købmand ikke være i stand til at analysere og læse kontraktens klausuler i rigtig kontekst og derfor vil franchisetager have svært ved, på forhånd at vurdere hvad en "væsentlig forringelse af kundegrundlaget" består i. Dette stiller krav til franchisegivers evne til at koncipere en kontrakt som er gennemsigtig og præcis. Som nævnt i dommen, er der tale om en standardkontrakt som er ens for alle franchisetagere og der har ikke været prækontraktuelle forhandlinger som har haft betydning for kontraktens udformning. Kontraktens primitive udformning rammer hovedet på sømmet med det man vil undgå via strategisk kontrahering. Det skal dog pointeres, at retten inkluderer overvejelser om aftaleretlige principper, og derfor ser på aftalens indhold og medfølgende aftaleretlige overvejelser.⁸⁸

2.6.3 Parternes underretningspligt i Rema 1000 dommen

Ligesom kontrahenternes underretningspligt i den prækontraktuelle fase, som behandlet i Procon Asia dommen, eksisterer underretningspligten også i kontraktens løbetid. Kontrahenterne er forpligtet til at

⁸³ U.2019.1347 side 10

⁸⁴ Den eksklusive ret til kunder i et geografisk område kan relateres til de karakteristika som man oftest ser i eneforhandleraftaler. Men der er her tale om en franchiseaftale hvor aftalens ordlyd ikke giver anledning til eksklusivitet.

⁸⁵ Retten finder, at der ved vurderingen af, om en ny butik ligger »i umiddelbar nærhed« og væsentligt forringer et »bestående kundegrundlag« skal tages udgangspunkt i den faktiske afstand mellem butikkerne, men at der også skal tages hensyn til bevægelsesmønstre i byen, herunder trafikale forhold, tætheden i bebyggelsen i området omkring butikken, konkurrencen inden for dagligvarebutikker i området og byplanmæssige forhold i øvrigt. Side 11

⁸⁶ Med argument i retten til et geografisk område.

⁸⁷ Der bliver ligeledes taget udgangspunkt i aftalens konkrete indhold og derfor spiller kontrakten en central rolle i fastlæggelsen af parternes forpligtelser.

⁸⁸ Her bliver der foretaget ordlyd og formålsfortolkninger i henhold til de aftaleretlige principper.

underrette modparten om forhold der kan påvirke opfyldelsen af kontrakten. Det subsidiære spørgsmål i Rema 1000 dommen vedrører franchisegivers manglende underretning om åbningen af den nye butik.

Som beskrevet i dommen, er franchisetager ikke blevet underrettet om den nye butiks åbning, og det kan derfor diskuteres, hvorvidt franchisegiver bryder underretningspligten.⁸⁹ Det bliver dog ikke anfægtet yderligere i sagen, og det konkluderes, at den ikke spiller en større rolle for loyalitetsforpligtelsen i franchiseforhold.⁹⁰ Franchisetagers omsætning bliver påvirket ved åbningen af den nye butik, men opfyldelsen af selve kontrakten bliver ikke påvirket. Der er her blot tale om en forskel i franchisetagers indtægt. Franchisegiver har forpligtet sig til at give et rimeligt kundegrundlag. Opfyldelsen af dette krav ændres ikke, blot fordi de åbner en butik i nærheden. Det er i hvert fald rettens vurdering.

På baggrund af rettens konklusioner, er underretningspligten ikke særligt vidtgående i franchisesamarbejder. Hvis franchisetager var blevet underrettet om det nye butiks åbning ville han have mulighed for at foretage strategiske ændringer som kunne mindske tabet af kunder. Tilmeld vil han kunne lave strategiske tiltag som kunne gavne den nye franchisetager og potentielt hele franchisesystemet. Det må derfor antydes at den nuværende retsstilling ikke er tilstrækkelig i forhold til det man vil opnå ved strategisk kontrahering. Derfor lægges det til grund at dommen antyder, at underretningspligten i franchiseforhold ikke understøtter eller er tilstrækkelig i forhold til det, man vil opnå ved strategisk kontrahering og strategisk videndeling.

2.7 Konklusion på Loyalitetsforpligtelsen i franchiseforhold

Gennemgangen af forhandlertyper viste at franchising har arvet karakteristika fra eneforhandlerkontrakter samt selektiv distribution. Kravene om specifikation i selektiv distribution og den store udveksling af immaterielle aktiver kan i stor grad relateres til franchising. Eneforhandlerens adgang til et bestemt område kan i vis grad ses i franchising selvom der ikke er tale om eksklusivitet og nok nærmere end brugsret og ikke en eksklusiv ret til et givent marked.

Brunata/Danfoss dommen afklarer at, underretningspligten vil være mere vidtgående i samarbejdsaftaler med større grad af samarbejde. Herudover cementerer det parternes underretningspligt i den prækontraktuelle fase. Den loyale oplysningspligt har særlig relevans når parterne skal indlede samarbejdet og parterne er forpligtet til at dele viden der har betydning for indgåelsen af kontrakten. Parterne har pligt til at oplyse om forhold der kan påvirke franchisetagers mulighed for at føre forretningskonceptet videre.

⁸⁹ Hovedspørgsmålet under sagen, er hvorvidt Rema 1000 Danmark A/S har misligholdt kontraktens punkt 9.2, og i den forbindelse er der spørgsmål om, hvornår René Ipsen (FT) blev bekendt med, at Rema 1000 Danmark A/S åbnede en Rema 1000 butik på Erantisvej i Næstved.

⁹⁰ Her kan der refereres til Procon Asia dommen hvor den ene part ikke underrettede samarbejdspartneren om den nye udvikler.

Franchisegiver har dog ikke umiddelbart noget incitament til at tilbageholde viden, da han er afhængig af franchisetagers performance. Franchisetager er forpligtet til at oplyse om særlige forhold der gør, at han ikke kan drive forretning til franchisekonceptets standarder.

Samarbejdsforpligtelsen ses skærpet i franchising, hvilket blev fastslået i dom U.2007.1918 H. Da der ikke var sket tilbagerapportering fra eneforhandleren, var der sket brud. Retten gjorde, på baggrund af aftalesupplering, gældende at der eksisterer en gensidig forpligtelse til at samarbejde i tilfælde af at dette er formålet med kontraktrelationen.

Rema 1000 dommen belyste hvordan parternes ikke har en særlig skærpet pligt til at handle loyalt på trods af at der var tale om et franchisesamarbejde. Herudover hvordan underretningspligten ikke var af særlig relevans i nærværende dom. Dog må denne stadig have virkning som delforpligtelse i franchisesamarbejder.

2.7.1 Er den nuværende retstilstand tilstrækkelig?

Efter fastlæggelsen af kontrahenternes delforpligtelser i sammenhæng med franchising synes loyalitetsforpligtelsen at være mere vidtgående i franchiseforhold. Den loyale oplysningspligt, underretningspligten og samarbejdsforpligtelsen gælder for franchisekontrakter da det er en del af kontraktens naturalia negotii. Loyalitetsforpligtelsen er dog ikke så vidtgående at den er tilstrækkelig til at opfylde det mål der vil opnås ved strategisk kontrahering.⁹¹ Nemlig at opnå relationsrente. Der er ingen af de underliggende delforpligtelser der er udtryk for en direkte gensidig kommunikationspligt mellem parterne. Herudover stilles der ingen skærpede krav til parternes pligt til at dele strategisk information.

Derfor bidrager den nuværende retstilstand ikke til at fremme et mere vidtgående samarbejde mellem parterne. Baggrundsretten og rettens aftalesupplering er derfor ikke et udtryk for at retten inddrager strategisk kontraherings teoriramme. Retten bidrager ikke til at fremme parternes mulighed for at opnå relationsrente.⁹² Ydermere krav til parternes pligt til at dele strategisk information som er en af de kumulative betingelser til at opnå relationsrente.

⁹¹ "We view strategic contracting as characterized by the aim of generating relational rent through the use of both proactive and reactive provisions that, based on resource complementarity and strategic fit between the contracting parties, protect knowledge exchange and relationship specific investment from opportunistic behavior. Hence, a strategic contract is a partnership agreement through which the contracting parties aim to achieve joint competitive advantage."

⁹² "A supernormal profit jointly generated in an exchange relationship that cannot be generated by either firm in isolation, and can only be created through the joint idiosyncratic contributions of the specific alliance partners."

Derfor er det nødvendigt at skabe en kontrakt og en incitamentsstruktur, som på baggrund af formålet ved strategisk kontrahering, bidrager til optimering af franchisesystemet.

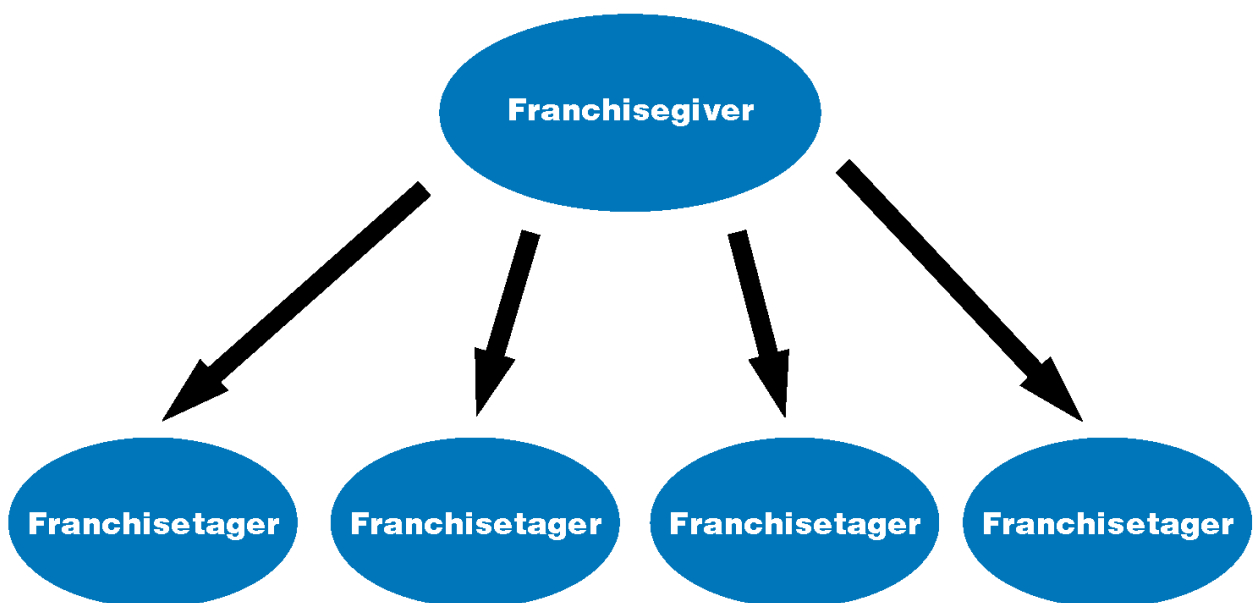
3 Udfordringer ved franchisemodellen

3.1 Franchisings struktur

Intet tyder på, at baggrundsretten strækker sig så vidt, at parterne med henvisning til loyalitetsforpligtelsen i franchiseforhold har en vidtgående loyalitetsforpligt og en gensidig pligt til at dele strategisk information.

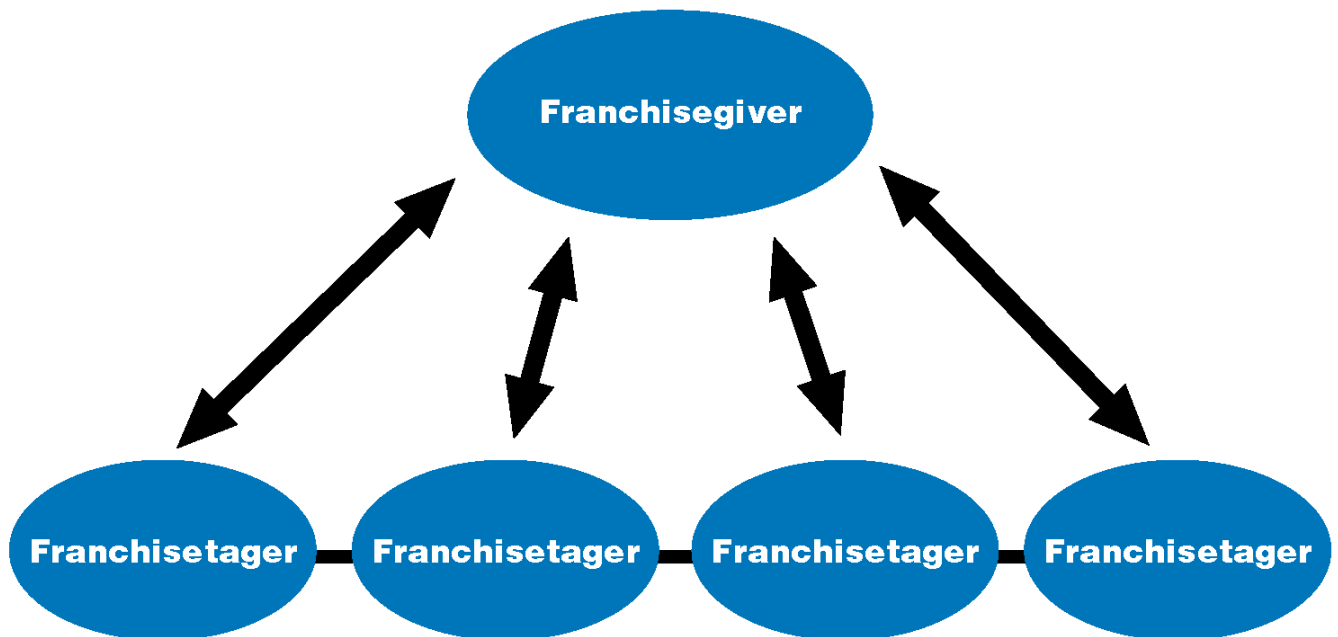
Den nuværende retsstilling lever ikke op til det der forsøges opnået via strategisk kontrahering. Derfor skal der, via den rette incitamentsstruktur og strategisk kontrahering af franchisekontrakten, dannes en ramme, som optimerer parternes samarbejde på tværs af franchisesystemet.

Den klassiske franchisestruktur er bygget op så franchisegiver udveksler information af betydelig karakter til franchisetager. Både ved opstart men ligeledes løbende deler franchisegiver viden med franchisetager som kan optimere franchisesystemet. Dog er der intet der tyder på at der i franchisings klassiske forstand sker en dynamisk videndeling mellem parterne. Baggrundsretten strakte sig ikke så vidt, at der var en gensidig kommunikationspligt mellem parterne og derfor er der ikke umiddelbare incitamenter for franchisetager til at bidrage med delingen af strategisk information.



Figur 3 Top down model der belyser den klassiske vidensstrøm i franchisesystemer

Franchisegiver står derfor i en situation, hvor han ikke opnår optimalt udbytte af hans relationelle investeringer, hvis franchisetager ikke spiller en aktiv rolle i delingen af strategisk information. Derfor bør franchisegiver skabe en struktur, som skaber incitament til deling af strategisk information på tværs af franchisesystemet.



Figur 4 Illustrerer en mere optimal måde hvor vidensdeling sker på tværs af franchisesystemet.

Via et dynamisk samarbejde som er forankret i strategisk kontrahering af kontrakten og en incitamentsstruktur for franchisegiverne, vil det være muligt at opnå længevarende konkurrencefordele. Nedenstående analyser vil både berøre strategisk kontrahering af kontrakten, incitamenter for franchisetager til at dele med franchisegiver og ydermere hvordan der kan opstå et dynamisk flow af videndeling mellem alle parter i et franchisesystem.

3.2 Komplementære ressourcer på tværs af franchisesystemet.

En grundforudsætning for et samarbejde er, at parterne besidder komplementære ressourcer⁹³⁹⁴. Dyer & Singh definerer komplementære ressourcer som "Distinctive resources of alliance partners that collectively

⁹³ Dyer, J.H., & H. Singh (1998), "the relational view: Cooperative strategy and sources of inter-organizational competitive advantage. "Academy of Management Review, 23(4), s. 666.

⁹⁴ " We define complementary resource endowments as distinctive resources of alliance partners that collectively generate greater rents than the sum of those obtained from the individual endowments of each partner".

generate greater rents than the sum of those obtained from the individual endowments of each partner."⁹⁵

Via et samarbejde hvor parterne besidder komplementære ressourcer vil der derfor være mulighed for betydelig øget profit og konkurrencefordele.

I franchiseforhold er det på overfladen åbenlyst at se hvilke komplementære ressourcer parterne besidder, som modparten er afhængig af. Franchisegiver har brug for en franchisegiver til at ekspandere hans franchisekoncept mens franchisetager er afhængig af franchisekonceptet til at starte en forretning. Denne ligefrem afhængighed er gode grundsten til et samarbejde, selvom der selvfølgelig er flere grunde til at parterne har komplementære ressourcer som modparten kan drage nytte af. Det kan være særlige forretningsevner, samarbejdsevner, stort kendskab til et nyt marked som franchisegiver vil penetrere mm.

I franchisekonstruktion må det antages at bygge på en forudsætning om, at begge parter har brug for de ressourcer, som modparten besidder. Ligeledes er det en forudsætning, at parterne ikke kan opnå de samme fordele andetsteds.

3.2.1 Incitamentsuforenelighed.

Franchising som virksomhedsstruktur, er offer for en naturlig incitamentsuforenelighed da franchisegivers succes afhænger af franchisetagernes performance, mens franchisetagers succes ikke i større grad afhænger af franchisegivers. Franchisetager er fokuseret på egen profit, da der ikke er en umiddelbar direkte gevinst ved at optimere franchisesystemet.⁹⁶ Det betyder at franchisegiver har en naturlig interesse til at dele viden med franchisetager, men franchisetager ikke umiddelbart har incitament til at dele viden med franchisegiver. Denne incitamentsuforenelighed skal udlignes ved hjælp af strategisk kontrahering og proaktiv jura.

3.2.2 Tillid mellem parterne

Tillid er et bærende grundelement i alle samarbejder. Manglende tillid kan skabe en barriere til at efterleve de loyale forpligtelser, ydermere viljen til strategisk videndeling. I en tidligere afhandling er tillid beskrevet ud fra parametrene pålidelighed, forudsigelighed og retfærdighed.⁹⁷ Videre kan tillid defineres som *"One party's confidence that the other party in the exchange relationship will not exploit it's vulnerabilities"*.⁹⁸ Når

⁹⁵ Dyer, J.H., & H. Singh (1998), "the relational view: Cooperative strategy and sources of inter-organizational competitive advantage. *Academy of Management Review*, 23(4), s. 667

⁹⁶ I det store perspektiv er der naturligvis fordele som gavner franchisetager. Det kunne være i form af større offentlig opmærksomhed på franchisesystemet, bedre vilkår for at franchisetager performer, udvikling af franchisesystemets effektivitet mfl. Det må dog antages at franchisetagers egeninteresse overstiger de indirekte fordele ved et fælles bidrag.

⁹⁷ Birk & Rautalammi, (2018), "Udøvelse af strategisk kontrahering i franchisekontrakter – med fokus på opbygning af tillid mellem franchiseparterne." s. 62

⁹⁸ Birk & Rautalammi, (2018), "Udøvelse af strategisk kontrahering i franchisekontrakter – med fokus på opbygning af tillid mellem franchiseparterne." s. 62

parterne føler sig sikre nok til at dele information som modparten kan udnytte opportunistisk, vil der være tale om et tillidsfuldt samarbejde. Medvidere indebærer tillid en forventning om, at franchiseparterne i fremtiden vil handle i overensstemmelse med de aftalte forpligtelser. Når det ansues fra franchisetagers synspunkt, kan det antages, at mistillid kan opstå blot ved franchisetagerens relation til franchisegiver.

Qua franchisegivers størrelse, må franchisetager have en overordnet forestilling om, at han ikke står stærkest i magtforholdet. Dette kan munde ud i mistro og mistillid til franchisegiver. Franchisetager kan ultimativt tilbageholde know how og erfaringer fra franchisegiver, hvis han har en formodning om, at franchisegiver vil handle opportunistisk. Et centralt element bliver derfor at nedbryde parternes usikkerhed overfor hinanden.

Tillid er fundamentalt i forhold til at skabe værdi i økonomiske og strategiske samarbejder.⁹⁹ Tilliden er en kerneværdi for relationen, som skal skabe økonomisk værdi. Hvis der opstår mistillid vil der kunne opstå situationer, som er direkte økonomisk skadende for parterne. Herudover vil et stærkt tillidsbånd mellem parterne minimere ineffektivitet.¹⁰⁰ Tillid er i sidste ende den vigtigste faktor til at modvirke opportunistisk adfærd og ligeledes tilskynde vidensdeling og relationsspecifikke omkostninger.¹⁰¹ Som isoleret begreb vil tillid ikke blive behandlet yderligere men fungere som en underliggende grundantagelse for et godt samarbejde.

3.3 Konkurrence mellem franchiseparter

Som beskrevet i Rema 1000-dommen kan der opstå konkurrence mellem de forskellige franchisetagere i det samme franchisesystem. Dette skaber åbenlyse incitamentsproblemer mellem franchisetagere. De vil ikke have incitament til at bidrage med strategisk viden, hvis de er indforstået med, at det vil stille konkurrenten stærkere. Problematikken ses særlig forstærket hvis det er franchisetagere som kæmper på det samme marked og om det samme kundesegment. Foreliggende vil det skabe en åbenlys barriere, og det er derfor nødvendigt at skabe incitament, som bekæmper dette. Det bliver derfor nødvendigt at skabe en økonomisk struktur som medfører at franchisetagerne er villige til at dele information og erfaringer. Den økonomiske struktur skal overgå parternes modvillighed og der skal derfor ske en udligning, der gør det profitabelt for franchisetagere at dele information med interne konkurrenter.

⁹⁹ Birk & Rautalammi, (2018), "Udøvelse af strategisk kontrahering i franchisekontrakter – med fokus på opbygning af tillid mellem franchiseparterne." s. 62

¹⁰⁰ Birk & Rautalammi, (2018), "Udøvelse af strategisk kontrahering i franchisekontrakter – med fokus på opbygning af tillid mellem franchiseparterne." s. 64

¹⁰¹ Birk & Rautalammi, (2018), "Udøvelse af strategisk kontrahering i franchisekontrakter – med fokus på opbygning af tillid mellem franchiseparterne." s. 65

3.4 Asymmetriske investeringer fra parterne i franchiseforhold

Som omtalt er det en strategisk problemstilling, hvorvidt parterne bidrager ligeligt til fællesoptimeringen. Hvis parterne bidrager asymmetrisk, kan der opstå et misforhold i forhandlingskraften. Hvis der opstår et forhold, hvor den ene part investerer i større grad end den anden, kan der opstå opportunisme fra modparten. Hermed kan han "free-ride" på modpartens bidrag.

For ikke at støde på disse problemstillinger, skal der ske symmetriske investeringer fra parterne. Der skal til en vis grad være udveksling af relationsspecifikke aktiver, som binder begge parter til aftalen. Når parterne ligeligt investerer i relationsspecifikke aktiver bidrager med videndeling, skaber det tillid til modparten og en god grobund for et fremtidigt samarbejde.

Parten som har lavet de færreste relationsspecifikke investeringer vil over tid have forhandlingskraften.¹⁰² Der vil over tid opstå yderligere muligheder for at investere i samarbejdet og det vil være muligt over at kontinuerligt udvikle parternes udbytte af samarbejdet. Ved investeringer i den indledende fase vil det være muligt over tid at opnå quasirente som ikke kan forudses ved samarbejdets start.

For at bekæmpe investeringsasymmetrien skal parterne vise samarbejdsvillighed ved at lave tidlige investeringer i samarbejdet. Det er derfor nødvendigt at skabe en formel struktur, som forpligter parterne ligeligt, når kontrakten konciperes. I franchiseforhold er det nødvendigt at fastslå, hvilke ydelser og investeringer parterne bidrager med, og hvad der på sigt forventes at blive bidraget med.

4 Delforpligtelserne nedskrevet i kontrakten

Som beskrevet ovenfor strækker den nuværende retsstilling sig ikke så vidt at parterne har gensidig kommunikationspligt eller pligt til at dele strategisk information. Derfor stilles der krav til parternes evner til at skabe strukturer og incitamenter til deling af strategisk information. Da den nuværende retsstilling ikke skaber incitamenter, kræves det at de forpligtelser som parterne anser som særligt vigtige bliver nedskrevet i kontrakten. Set i lyset af Rema 1000 dommen er der intet der tyder på en skærpet loyalitetspligt og det vil derfor være fordelagtigt at nedskrive loyalitetsforpligtelsen eksplicit i kontrakten.

4.1 Loyalitetsforpligtelsen

Det vil ikke være tilstrækkeligt blot at indskrive en generel loyalitetsforpligtelse i kontrakten, da den vil blive svær at regulere, på grund af den manglende specificitet. I de tilfælde vil retten lave aftalesupplering som en konsekvens af den manglende konkretisering. Som belyst tidligere er der ingen tegn på at retten tager særlig hensyn til udøvelsen af strategisk kontrahering. En generel nedskrevet loyalitetsforpligtelse vil

¹⁰² Birk & Rautalammi, (2018), "Udøvelse af strategisk kontrahering i franchisekontrakter – med fokus på opbygning af tillid mellem franchiseparterne."

dog lede parterne til at vurdere de indbyrdes hensyn. Der kan indledes med en generel klausul og efterfølgende supplere med specificerede med mere specifikke klausuler. I Procon Asia dommen¹⁰³ har parterne eksplicit beskrevet samarbejdsforpligtelsen:

“The Distributor shall use its best efforts to work and develop the Territory to the satisfaction of [Procon Solution]”.

Retten bakker op om klausulens indhold selvom der blot er tale om en generel klausul om loyalitetsforpligtelse.¹⁰⁴ Men hvis loyalitetsforpligtelsen skal fungere mere operationelt, er der behov for større specificitet.¹⁰⁵

En generel loyalitetsforpligtelsesklausul kan med fordel formuleres med konkrete underpunkter som specificerer de faktiske forhold i aftalen. Det er særlig vigtigt at franchisegiver forpligter sig til at handle loyalt overfor franchisetager via eksplicitte klausuler. På den måde vises der en form for tillid som kan være relationsskabende i opstarten af kontraktperioden.

Konkurrenceproblematikken bør ligeledes være relevant at påpege via en klausul i kontrakten. Dette blev forsøgt i Rema 1000 dommen¹⁰⁶. Franchisegiver indskrev at der ikke kunne åbnes en konkurrerende butik hvis det kompromitterede den nuværende butiks indtjening væsentligt. Det vil være nyttigt at benytte en klausul som inddrager den nuværende, franchisetager i planerne om den nye åbning. På den måde vil franchisetager være tilbøjeligt til at værdsætte franchisegivers inkluderende adfærd. Dog bør der ikke konkretiseres specifikke forpligtelser da parterne vil have svært ved at forudse det konkrete markeds fremtidige lukrativitet ex ante. En forpligtelse til at underrette og inddrage de nuværende franchisetagere i åbningen af nye butikker kunne med fordel formuleres således:

“Franchisegiver (Navn på franchisegiver) er forpligtet til at inddrage de nuværende franchisetagere i overvejelser vedrørende åbningen af ny butik, såfremt åbningen kan påvirke franchisetagers markedsposition. Franchisegiver er ydermere forpligtet til at fremvise saglige begrundelser for åbningen af den nye butik.

¹⁰³ U.2007.1918H

¹⁰⁴ “Retten finder, at Procon Asia ikke loyalt har samarbejdet på den måde, som Procon Solution med rimelighed kunne forvente.”

¹⁰⁵ Procon Asia dommen er en eneforhandlertaftale med høj grad specificitet og kan derfor udnyttes analogt i forhandlerkontrakter med høj grad af samarbejde og investeringer i relationsspecifikke aktiver. Her inkluderet, franchiseaftaler og selektive distributionsaftaler. Herudover kan denne relateres til tætte samarbejdsaftaler hvor parterne i samarbejde skal udvikle et koncept eller produkt.

¹⁰⁶ U.2019.1347

”Franchisegiver (Navn på Franchisegiver) er forpligtet til at inddrage og oplyse nuværende franchisetagere om strategiske overvejelser ved som kan påvirke franchisetager”.

Klausulerne kan som udgangspunkt ikke løse den åbenlyse incitamentsasymmetri der er mellem kontrahenterne i franchiseforhold.¹⁰⁷ Derfor argumenteres der for at, klausulerne bliver konciperet så der er klare retningslinjer for parterne, men at de ikke begrænser kontrahenternes muligheder. Klausulerne kan på den måde fordre til dialog og samarbejde. I sidste ende kan klausulerne anvendes som en mulighed for parterne til at skabe relationsrente som er den overordnede målsætning ved samarbejdet.

4.2 Gensidig kommunikationspligt

Udøvelsen af strategisk kontrahering danner grundlag for parternes kommunikationspligt. Som konkluderet tidligere, er de underliggende delforpligtelser i loyalitetsgrundsætningen gældende men de bidrager ikke til en særlig skærpet kommunikationspligt mellem kontrahenterne.¹⁰⁸ Hvis ikke der stilles krav til kontrahenternes udveksling af strategisk information må det i økonomisk forstand betyde at parterne ikke optimerer samarbejdet. Den information som parterne bør forpligtes til at dele, er den tidligere omtalte know how som rummer erfaring, særlig branchekendskab mm. Konciperingen af den gensidige kommunikationspligt kan møde udfordringer når kontrahenterne skal forsøge at kvalificere hvilken information der bør deles. Det vil være umuligt at fastlægge konkrete forpligtelser ex ante da samarbejdet er dynamisk og franchisesystemet udvikler sig over tid. Dog kan klausulen forankre en proaktiv tilgang til deling af strategisk information. Ydermere vil klausulen lede parterne til en langsigtet struktureret videndeling mellem parterne. Klausulen kan have ordlyd som følger:

”Kontrahenterne er forpligtet til en gensidig kommunikation vedrørende strategiske overvejelser, samt forhold der potentielt kan gavne franchisesystemet.”¹⁰⁹

Kontrahenterne bør underrette franchisegiver om forhold der potentielt kan have negativ indflydelse på franchisesystemet

¹⁰⁷ Franchisetager vil som udgangspunkt fokusere på egenoptimering og har ikke særlig incitament til at bidrage til franchisekonceptet. Denne problematik ses behandlet senere i afhandlingen.

¹⁰⁸ Østergard (Udgives Karnov ultimo 2020), forskningssamarbejder kapitel 19, s. 21

¹⁰⁹ Ved at inddrage ”potentielt” beforder det kontrahenterne til at dele viden som ikke med sikkerhed vil bidrage til franchisesystemet. Ved dette sprogbrug eliminerer man spørgsmålet om hvilken information som reelt er pligtigt at dele. Som belyst er kvalifikationen af hvad strategisk information indebærer altid en svær afvejning.

”Franchisetager er forpligtet til at inddrage franchisegiver om relevante markedsforhold samt strategiske overvejelser som kan optimere franchisesystemet.”¹¹⁰

”Kontrahenterne skal bidrage til en generel gensidig kommunikation under kontraktens løbetid.”

Ved at anvende ordet ”potentielt” omfavner man et større spektrum af underretningspligten. Der skal ske en anerkendelse af at der ikke, ex ante, kan forudses hvilken viden der kan kvalificeres som strategisk information. Derfor skal man i kontraktrelationen forsøge at nedbringe tvivlen ved at favne bredere. Som fastlagt dækker underretningspligten over, at parterne skal underrette om forhold der kan have betydning for om kontrakten overhovedet kan indgås og i kontraktens løbetid, forhold der kan påvirke opfyldelsen af kontrakten. Derfor strækker den generelle underretningspligt sig ikke langt nok til at omfavne situationer som potentielt kan gavne eller skade franchisesystemet. Det er oftest i disse situationer parterne bliver nød til at tænke proaktivt og derfor oftest her der sker udvikling af franchisekonceptet og parterne deler ud af viden som har væsentlig betydning.

Ved at anvende ordet ”potentielt”, det også påvirke tvivlsspørgsmålet om hvad strategisk information egentlig indebærer. Det er blevet fastslået tidligere, at der skal være tale om deling af know how før parterne kan opnå relationsrente, men i praksis er det stadig en udfordring at kvalificere hvilken viden der egentlig skaber værdi. Ved at anvende ordet ”potentielt” skal parterne ikke ind og vurdere hvorvidt den pågældende know how egentlig skaber værdi, men det er tilstrækkeligt at dele hvis der blot er tale om viden som potentielt kan have værdi. Det spektrum af viden som parterne bør dele, bliver derfor langt bredere og fordrer i langt større grad til videndeling. Ved denne udvidelse af underretningspligten skærper man den nuværende underretningspligt så den spænder videre end baggrundsretten dækker over.

Hvorvidt retten vil være i stand til at foretage aftalesupplering, som underbygger rammerne i strategisk vil være tvivlsomt. Som statueret af rettet vil det være tvivlsomt om hvorvidt parterne kan kræve direkte erstatningspligt for misligholdelse af ovenstående klausuler, fordi der ikke er tale om et direkte tab for nogen af parterne. Dette var tilmeld tilfældet i Brunata Danfoss dommen. Derfor skal klausulerne nærmere bruges som et værktøj, som kan udnyttes til at skabe en relation der bygger på fælles optimering. Ydermere som proaktivt behandler de potentielle muligheder og begrænsninger der kan opstå.

4.3 Sprogbrug og opsætning ved konciperingen af kontrakten

Kontrakten vil som oftest ikke anvendes til andet end konfliktløsning og bliver ikke anvendt medmindre der opstår en tvist eller et skyldsspørgsmål. Den manglende anvendelse kan være fordi kontrakten indeholder

¹¹⁰ Baggrunden for ikke at tildele franchisegiver samme pligt til at kommunikere om strategiske overvejelser er, at der allerede er incitament for franchisegiver til at dele information som kunne stille franchisetager i en bedre konkurrencesituation. Franchisegiver succes afhænger af franchisetagers omsætning og performance.

reaktive klausuler, samtidig med den ikke har det rette indhold og er svær at forstå.¹¹¹ Særligt i forholdet mellem franchisegiver og franchisetager kan der opstå situationer hvor franchisetager (og i nogle tilfælde også franchisegiver) ikke forstår indholdets konsekvenser. Tilmed, kan der være situationer hvor parterne ikke har juridisk kendskab til at forstå de underliggende forpligtelser der er til stede i kontraktforhold.

Franchisegiver vil oftest koncipere kontrakten og har derfor det største overblik over indholdet. Det kan tænkes at, de har haft en jurist til at formulere kontrakten og ikke selv har gennemgået den dybdegående. For at parterne løbende skal kunne udnytte kontrakten løbende og referere til indholdet, kræver det at den er let forståeligt og at der ikke opstår tvivlsspørgsmål. Dette stiller store krav til sprogbruget i kontrakten. Derfor skal der gøres op med det klassisk juridiske paradigme hvor der er anvendt svært forståeligt sprogbrug. Kontrakten skal formuleres i et letforståeligt sprog som begge kontrahenter kan forstå indholdet af.¹¹²

Alternativt kan man udnytte sprogdifferentiering hvor kontraktens generelle formål, samt de generelle retlige forpligtelser bliver skrevet i et klassisk juridisk sprog. Det overordnede formål og de generelle forpligtelser i franchising har klare linjer og spiller ikke en væsentlig rolle for parternes samarbejdspflicht.¹¹³ Det underliggende formål ved franchisesamarbejdet bør dog behandles særskilt hvis der skal opbygges et samarbejde som strækker sig videre end det der kan forventes ved franchising i klassisk forstand. Disse bør involvere proaktive og beskrivende klausuler.

Det foreslås at der laves et separat afsnit i kontrakten som beskriver parternes vilje til at samarbejde og yderligere forpligtelser i forhold til optimering af samarbejdet. Kapitlet skal konciperes i samarbejde mellem parterne og ikke som et klassisk kontraktforhold hvor den styrende part konciperer kontrakten.

Derudover skal afsnittet påtale parternes imperfekte og asymmetriske information som er til stede ved aftalens start. Ved at parterne i samarbejde bidrager med konciperingen af afsnittet er det muligt at kontrahenterne fra samarbejdets start, får nedskrevet parternes særlige komplementære kompetencer, som går ud over de åbenlyse. Dette skaber en sund kommunikationskanal. Denne løsning ses i stærk kontrast med den klassiske kontraktkontrahering hvor den ene part konciperer kontrakten og den anden part godkender og underskriver.

¹¹¹ Østergard, (Udgives Karnov ultimo 2020), "Forskningsamarbejder kapitel 19", s. 27

¹¹² Østergard, (Udgives Karnov ultimo 2020), "Forskningsamarbejder kapitel 19", s. 28

¹¹³ Dette skal forstås som at, franchisesystemets overordnede formål og andre tilhørende forhold er klare i franchising. Der kan ikke opstå større tvivlsspørgsmål om franchisesystemets generelle formål og det bliver først i de underliggende forpligtelser at parterne bliver forpligtet til forhold som ikke umiddelbart ligger inden for ramme for franchising.

At have et separat afsnit i kontrakten som har særlig fokus på parternes muligheder for at opnå relationsrente, vil gavne begge parter. For at undgå større udfordringer bør parterne dog nok gennemgå indholdet med en jurist i tilfælde af at der er tale om et franchisesystem som ikke nødvendigvis har fokus på at skrive en gennemarbejdet kontrakt. På denne måde bliver de værste skyldsspørgsmål undgået.

Der er endnu ikke fastlagt retspraksis på, hvordan et alternativt afsnit, som foreslået ovenover, vil fortolkes i dansk ret. Derfor kan der opstå usikkerhed for hvordan udfaldet bliver hvis nogen af disse klausuler bliver anfægtet. Afsnittet er dog skrevet i samarbejde mellem parterne og derfor må udgangspunktet være at der ikke større grad er klausuler som leder til tvister.

4.4 Fra formelle klausuler til uformelle videndelingsrutiner

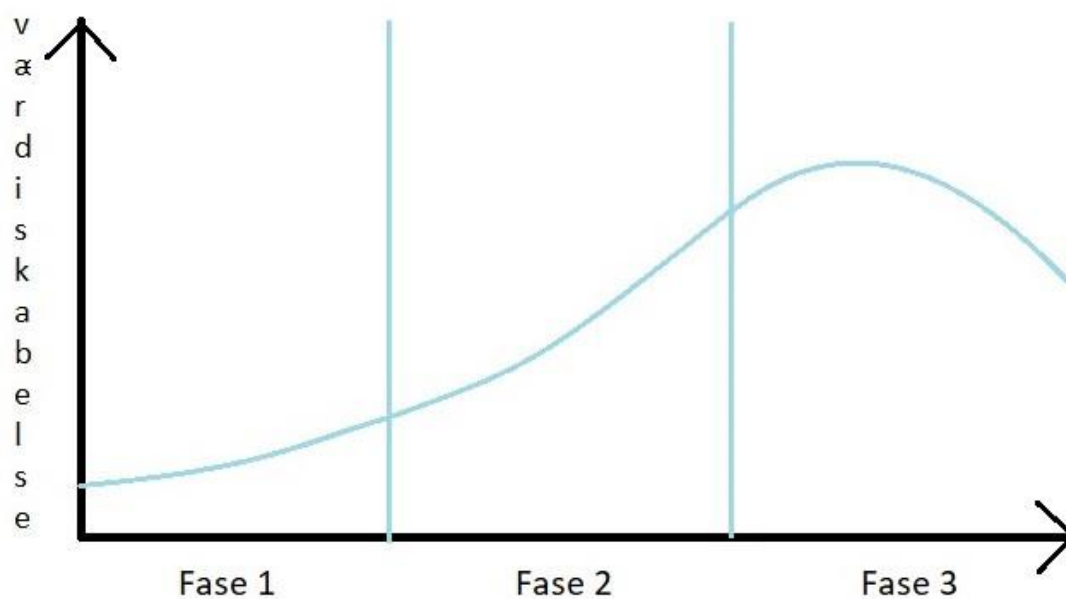
I forrige kapitel blev det belyst hvordan parterne kan nedskrive formelle klausuler som cementerer parternes forpligtelser i franchisesamarbejdet. De formelle klausuler skal ikke kun bidrage til at fastlægge parternes forpligtelser, de kan samtidig udnyttes til at bygge et samarbejde op. I en nyere artikel fra 2018 har Dyer & Singh et al beskrevet hvordan, man med fordel kan anse samarbejdsrelationen som et dynamisk værktøj til at skabe relationsrente.¹¹⁴ Kontrakten skal derfor anvendes som et værktøj til at skabe langsigtede uformelle vidensdelingsrutiner mellem parterne. Den formelle kommunikation vil i opstarten af en kontraktrelation være nødvendigt men Dyer et al peger på uformelle kommunikationskanaler som mere effektive i samarbejder af længerevarende karakter:

Dyer et al udtaler at, ” *Partners are better off when they can develop informal safeguards that will substitute for formal safeguards for a range of highly interdependent activities.* ”¹¹⁵

Herudover beskrives det hvordan samarbejder af længevarende karakter, vil kunne opnå langsigtede konkurrencefordele ved at indføre videndelingsrutiner og uformelle kommunikationskanaler. I samarbejder hvor der investeres i relationsspecifikke aktiver, vil konkurrencefordelene dog tage længere tid at opnå. Et franchisesamarbejde vil antageligvis følge nedenstående kurve.

¹¹⁴ Dyer JH, Singh H, Hesterly WS. (2018), “The relational view revisited: A dynamic perspective on value creation and value capture.” *Strat Mgmt. J.* 2018; 39:3140–3162. Afsnit 4.1

¹¹⁵ Dyer JH, Singh H, Hesterly WS. (2018), “The relational view revisited: A dynamic perspective on value creation and value capture.” *Strat Mgmt. J.* 2018; 39:3140–3162. Afsnit 4.1



Figur 5 Med inspiration fra Dyer et al

I fase 1 bliver kontrakten konciperet og de formelle klausuler danner rammerne for samarbejdet. Her kan kontrahenterne, hvis kontrakten er konciperet optimalt, være i stand til hurtigt at skabe et godt samarbejde, på trods af ikke at kende hinandens kompetencer. Det er også i fase 1 at parterne fastslår de komplementære ressourcer som de hver især besidder. De nedskrevne delforpligtelser bliver fokuset for at optimere samarbejdet i fase 1. I Fase 2 har parterne størst mulighed for at opnå relationsrente. Investering i relationsspecifikke aktiver og uformelle videndelingsrutiner skal cementeres. Kontrahenterne vil med baggrund i kontraktens formelle forpligtelser, omstille sig til at kommunikere via mere uformelle kanaler som kan skabe et tæt langsigtet samarbejde. Hvis omstillingen fra udnyttelsen af formelle kommunikationskanaler til uformelle kanaler lykkedes, vil der være stort potentiale for at opnå en konkurrencefordel for både franchisegiver og franchisetager. Kontrakten skal stadig være parternes styringsværktøj men efterhånden som parterne effektivere samarbejdet er der ikke ligeså stort behov for at læne sig direkte op af kontrakten.

I artiklen argumenteres der for at fase 3 fungerer som en udfasning af samarbejdet. Parterne skal reducere niveauet af relationsspecifikke investeringer og ikke foretage investeringer som de ikke kan nå at få afkast fra. Fase 3 vil i almindelige samarbejder ses som et realistisk scenarie da parterne har udnyttet de komplementære ressourcer som modparten besidder. F.eks. ville udviklingsamarbejder være en samarbejdsform som vil have begrænset varighed, da parterne enten får udviklet det givne produkt og ikke er afhængige af hinanden mere, eller de indser at udviklingen af det givne produkt ikke kan fuldføres.

Virkeligheden er dog lidt en anden i franchising. Dyer & Sing illustrerer i deres opfølgende artikel hvordan samarbejdsforholdet bygger på parternes indbyrdes afhængighed¹¹⁶ af hinanden.¹¹⁷ Når der refereres til franchisesamarbejder er parterne, uanset hvor i kontraktens løbetid de befinder sig, altid afhængige af hinanden. Franchisegiver vil altid være afhængig af franchisetager, da han har ansvaret for butikken. Franchisetager har omvendt tilnærmelsesvis altid brug for franchisegivers forretningskoncept for at kunne fortsætte under samme franchisekoncept.¹¹⁸

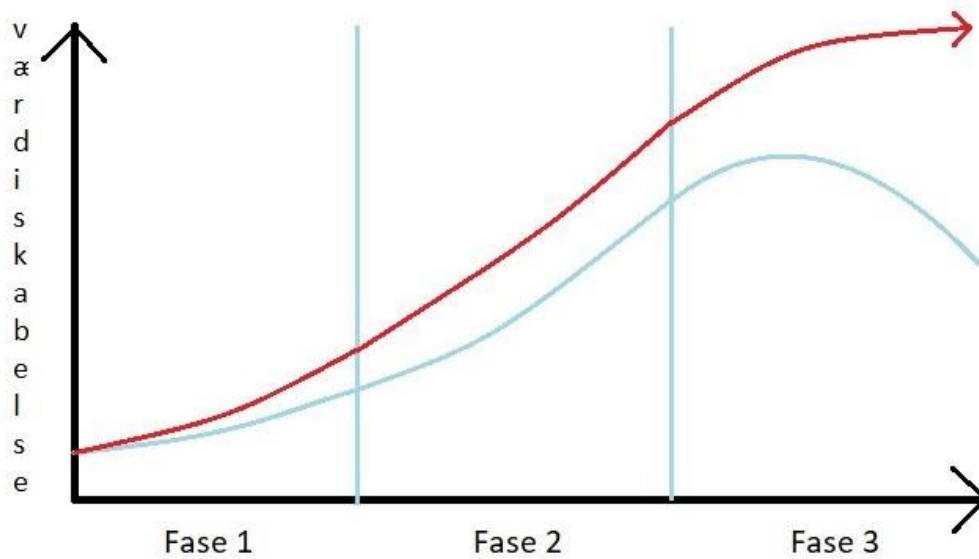
Franchising dynamiske natur giver parterne mulighed for hele tiden at udvikle franchisekonceptet samt den individuelle franchise. Franchising er bygget sådan op at, de komplementære ressourcer som parterne besidder, ikke nødvendigvis bliver mindre med tiden. Det forslås derfor at fase 3 ses som en evalueringsfase hvor parterne cementerer fordele, ulemper og erfaringer af samarbejdet. Herudover kan overgangen til fase 3 lede parterne til en genforhandlingspligt som de kan indsætte i kontrakten. Franchising som forhandlerkoncept skal ikke begrænses til et bestemt tidsrum da begge parter, hvis samarbejdet har fungeret optimalt, kan fortsætte ubegrænset (teoretisk set).

Hvis overgangen fra formelle klausuler til uformelle videndelingsrutiner sker optimalt, kan der argumenteres for at kurven kan se anderledes ud. Her vil kurven potentielt se ud som følger:

¹¹⁶ Oversat fra "interdependence" som er et centralt begreb fra Dyer et al's artikel fra 1028

¹¹⁷ Dyer JH, Singh H, Hesterly WS. (2018), "The relational view revisited: A dynamic perspective on value creation and value capture." *Strat Mgmt. J.* 2018; 39:3140–3162. Afsnit 3

¹¹⁸ Franchisetager kan i tilfælde af at han har opbygget nok erfaring, have mulighed for at starte en selvstændig forretning inden for samme område. Det vil dog betyde betydelige opstartsomkostninger og derfor vil der ikke tages yderligere højde for denne mulighed.



Figur 6 Egen tilvirkning med udgangspunkt i parternes mulighed for at få mere ud af samarbejdet.

I samarbejdes 3. fase flader kurven ud. Der er chance for at parterne til en vis grad har forankret deres samarbejde og at kurven ikke stiger lige så stejlt som det ses i fase 2. Der er dog stadig muligt at opnå relationsrente ved samarbejde da franchising som forhandlerform altid kan udvikles.

Dog betyder det ikke at den formelle kontraktrelation skal fuldstændig undermineres, da den næppe skaber negativ værdi.¹¹⁹ Formelle og uformelle rutiner kan nødtigt stå alene og man kan derfor ikke udelukkende benytte den ene eller anden struktur hvis et samarbejde skal etableres med opnåelse af relationsrente som mål

5 Safeguards som fordrer videndeling og Loyal adfærd

For at etablere et miljø og et forhandlersystem hvor progressivt samarbejde og udvikling af det specifikke forretningskoncept er i højsædet, kræves det at parterne får etableret tilpassede safeguards på baggrund af deres risikoprofil. Safeguards skal sikre parternes vilje til at bidrage til merværdien af forhandlersystemet. Safeguards vil fungere som fundament for at dele viden med sikkerhed for, at man hverken mister profit eller går glip af overnormal profit. Parterne skal derfor have en vis sikkerhed for at opnå nytte fra deres relations-specifikke investeringer.

¹¹⁹ Dyer JH, Singh H, Hesterly WS. (2018), "The relational view revisited: A dynamic perspective on value creation and value capture." *Strat Mgmt. J.* 2018; 39:3140–3162. Afsnit 4.

5.1 Parternes risikoprofils betydning for safeguards

Parterne i franchiseforhold, er udfordret på grund af parternes asymmetri i risikoprofilen. Franchisetager må antages at være risikoavers, hvorimod franchisegiver må siges at være risikoneutral.¹²⁰ Baggrunden for franchisetagers tendens til at være risikoavers bliver igennem principal/agent teori forklaret som den lille risikospredning¹²¹ og afhængighed til franchisegiver.¹²² I franchisesystemer er franchisetager særlig afhængig af franchisegiver da det er franchisegiver som ligger grundstenene til forretningen. Modsat vil franchisegiver være risikoneutral fordi forretningsspredningen er større end den er for franchisetager. Franchisegiver har spredt risikoen ud på flere forskellige franchises og konsekvensen for franchisegiver, hvis en af forretninger ikke lever op til forventningerne, er lavere. Parternes risikoprofil skal danne grundlag for at konstruere effektive safeguards, som både stiller sikkerhed for franchisetagers tendens til at være risikoavers, men også som værktøj til deling af strategisk information. Ydermere, til at sikre franchisetagers mulighed for at få en del af kagen, ved at skabe merværdi for forhandlersystemet.

Forskellen i risikoprofil betyder at franchisetager vil finde måder at stille sikkerhed for hans investeringer. Franchisetagers investeringer vil være uigenkaldelige og derfor er det nødvendigt at stille sikkerhed for franchisetagers investeringer.

Franchisegiver vil i franchiseforhold, på normal vis, være berettiget til en løbende royalty betaling i form af procenter af omsætningen som franchisetager opnår.¹²³ Den løbende royalty betaling stiller sikkerhed for franchisegiver da han ved hjælp af den procentmæssige royaltybetaling er sikret i form af procenter hvis markedet viser sig at være lukrativt i højere grad end først antaget. Der er dog ikke denne sikkerhed for franchisetager og på baggrund af hans risikoaverse natur er det nødvendigt for at udligne parternes risiko i forhandlerforholdet.

5.2 Kontraktforholdets længde som safeguard

Dyer & Singh argumenterer for at, kontraktens længde har betydning for parternes mulighed for at udvikle opportunistisk adfærd.¹²⁴ Dyer & Singh fandt via studier, frem til at parter der havde kontrakter på op til 8 år efter investeringen, var mere villig til at foretage relationsspecifikke investeringer end hos parter hvor

¹²⁰ Østergaard & Petersen, (2020), "The application of hardship and gain provisions in strategic contracting" s. 20

¹²¹ Franchisetagers lille risikospredning forklares ved at hele hans investering er i franchisebutikken. Franchisegiver har spredt sin risiko udover flere franchisetagere og er derfor ikke lige så risikoavers

¹²² I andre forhold skal det sammenlignes med en forhandlers afhængighed af producentens levering af produkter.

¹²³ Østergaard & Petersen, (2020), "The application of hardship and gain provisions in strategic contracting" s.

¹²⁴ Dyer, J.H., & H. Singh (1998), "the relational view: Cooperative strategy and sources of inter-organizational competitive advantage." *Academy of Management Review*, 23(4), s. 664

kontraktforholdet og den medfølgende safequard var betydeligt kortere.¹²⁵ Des længere kontraktens løbetid, des større chance er der for at parterne vil investere i relationsspecifikke aktiver som ultimativt kan lede til relationsrente. Omvendt, des kortere kontrakten er, jo større er chancen for at parterne ikke vil investere i relationsspecifikke aktiver.

Hvis ikke kontraktens længde giver parterne mulighed for et passende afkast på den givne investering, vil parterne være tilbageholdende med at foretage investeringerne. Ligeledes vil relationsspecifikke investeringer karakteriseres som ubrugelige hvis samarbejdet ophører, da der er tale om aktiver som giver kombineret afkast, men ikke kan stå alene.¹²⁶ Hvis kontrakten derfor ikke er tilstrækkelig lang, vil parterne være modvillige til at foretage investeringer. Derfor er det åbenlyse synspunkt at, jo længere kontraktens løbetid er, jo større chance er der for at parterne vil investere i aktiver med højere risiko for afkast. De vigtigste investeringer i et strategisk samarbejde, er investeringer, som vil have omkostninger for parterne hvis der skulle udskiftes samarbejdspartner.¹²⁷ Når parterne foretager investeringer, bliver parternes omkostninger ved at finde en anden samarbejdspartner forøget og de bliver derfor i større grad afhængige af hinanden. Derfor er det i forlængelse med kontraktens længde nødvendigt at se på hvilke investeringer parterne bør foretage.

For at parterne skal binde sig til samarbejdet vil specialiserede menneskelige aktiver være vigtige for parternes afhængighed til hinanden.¹²⁸¹²⁹ Herudover vil medarbejdere som har opbygget særlig specialiseret erfaring være værdifulde for parterne. Erfaring kræver tid at opbygge og derfor vil kontraktens længde være vigtigt for parternes udbytte af deres menneskelige aktiver.

Med henvisning til franchiseforhold vil det være naturligt at skabe en kontrakt hvor løbetiden af kontrakten er lang nok til at franchisetager kan teste et givent marked for at se om det er lukrativt. På den anden side skal løbetiden være tilpasset så parterne kan udtræde af forholdet, hvis markedet eller samarbejdet ikke viser sig profitgivende. Derfor vil det naturligvis være en nødvendighed at skabe en kontrakt, som er opsigelig hvis markedet ikke fungerer.

¹²⁵ Dyer, J.H., & H. Singh (1998), "the relational view: Cooperative strategy and sources of inter-organizational competitive advantage. "Academy of Management Review, 23(4), s. 664

¹²⁶ Weis & Kurland, (1997)," Holding Distribution Channel Relationships Together: The Role of Transaction-Specific Assets and Length of Prior Relationship" s. 615

¹²⁷ Weis & Kurland, (1997)," Holding Distribution Channel Relationships Together: The Role of Transaction-Specific Assets and Length of Prior Relationship" s. 614

¹²⁸ Weis & Kurland, (1997)," Holding Distribution Channel Relationships Together: The Role of Transaction-Specific Assets and Length of Prior Relationship" s. 615

¹²⁹ Eksempelvis når parterne investerer i specialiseret oplæring af medarbejdere. Dette gør medarbejderne til vigtige aktiver som er omkostningstunge af udskifte.

Det betyder dog at franchisetager kan være tøvende med at foretage relationsspecifikke investeringer, hvis han ved der er mulighed for at blive opsagt. Herudover vil han være tøvende med at dele strategisk information hvis han føler sig overflødig. Udover en længere kontraktlig forpligtelse bør der være mulighed for forlængelse på baggrund af både objektive og subjektive kriterier.

Det må konkluderes at den passende kontraktlængde skal tilpasses det konkrete franchisekoncept, men være af en sådan længde at parterne vil investere i relationsspecifikke investeringer. Herudover kan det være en fordel at skabe en kontrakt med mulighed for forlængelse, hvis samarbejdet ses profitabelt. På den måde vil parterne være mere villige til at foretage investeringer som ikke kan genkaldes.

5.3 Hardship og gain klausuler som safeguard

Hardship og gain klausuler kan være anvende som et strategisk værktøj til at stille sikkerhed for parternes investeringer, men ligeledes beskytte mod eksogene såsom eksogene eksternaliteter som parterne ikke på forhånd kan forudse. Hardship og gain klausuler kan fremstå i forskellige former og der er ikke faste rammer for udformningen. Østergaard og Petersen definerer hardship og gain klausuler som:

“As a mutual obligation to renegotiate parts of the existing contract or supplement the contract when an economic option that was not part of the original contract emerges ex post.”

I forlængelse af Østergaard og Petersens definition har PECL (Principles of European Contract Law) i artikel 6.111(2) defineret hardship som:

“There is hardship where the occurrence of events fundamentally alters the equilibrium of the contract either because the cost of a party’s performance has increased or because the value of the performance a party has diminished, and

- (a) The events occur or become known to the disadvantaged party after the conclusion of the contract;*
- (b) The events could not reasonably have been taken into account by the disadvantaged party after the conclusion of the contract;*
- (c) The events are beyond the control of the disadvantaged party; and*
- (d) The risk of the events was not assumed by the disadvantaged party.”¹³⁰*

Modsat er der ikke fastlagt en definition på en gain klausul og udgangspunktet bliver derfor Østergaard og Petersens definition i negativ forstand.¹³¹ I strategisk kontrahering er det fordelagtigt at opdele gain

¹³⁰ <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016>

¹³¹ *“As a mutual obligation to renegotiate parts of the existing contract or supplement the contract when an economic option that was not part of the original contract emerges ex post.”*

klausulerne i irregulære og regulere gain klausuler. Et eksempel på en irregulær gain klausul er resultatbaserede royaltybetalinger som kan ses i et franchisesamarbejde, da parterne er klar over at der kan opstå muligheder for overnormal profit.¹³² En regulær gain klausul vil være en klausul som anerkender at der, ex post, kan opstå en situation hvor parterne ikke kan forudse muligheder for overnormal profit.¹³³ Forskellen ligger derfor i, om hvorvidt parterne kan forudse situationen.

Hardship og gain klausuler er et værktøj til at regulere og kontrollere parternes manglende mulighed for at forudse fremtidige situationer, både i forhold til muligheden for at opnå overnormal profit, men også anerkendelsen af at der kan opstå en situation, som ikke er profitabelt for parterne. Klausulerne kan derfor ses som et værktøj, som parterne kan udnytte til at regulere fremtidig usikkerhed og gardere sig mod den imperfekte information der er til stede, ex ante. Hardship og gain klausuler nedbringer i høj grad transaktionsomkostningerne ved at forsøge at forudse fremtidige forhold og nedskrive disse i kontrakten.

I klassisk forstand vil Hardship og gain klausuler kunne udnyttes, hvis der opstår omstændigheder som påvirker kontraktens udførelse på baggrund af exogene faktorer.¹³⁴ Modsætningsvist er det sværere for parterne at forholde sig til ændrede omstændigheder på baggrund af endogene omstændigheder. Det vil sige, ændrede omstændigheder på baggrund af parternes evner. Derfor vil der argumenteres for, at der i kontrakten skal inkluderes hardship og gain klausuler på baggrund af endogene faktorer. Herudover vil det behandles, hvordan man i kontrakten kan udnytte klausulerne til at fremme en incitamentsstruktur til at optimere parternes samarbejde. Klausulerne vil både kunne stille sikkerhed for fremtidig usikkerhed, men ligeledes bruges som safeguard hvis parterne på baggrund af endogene faktorer opnår højere eller lavere profit end forventet.

5.3.1 Økonomiske incitamenter til at indføre hardship og gain klausuler som safeguard

Østergaard og Petersen peger på 3 økonomiske incitamenter til at inkorporere hardship og gain klausuler i kontrakten. I første omgang kan det betale hvis parterne ikke har ressourcer eller kompetencer til at forudse alle fremtidige forhold ved konciperingen af kontrakten.¹³⁵ Derved kan der stilles sikkerhed ved at koncipere en ufuldkommen kontrakt og parterne sparer transaktionsomkostningerne.

Der kan være økonomiske incitamenter til at indgå en kontrakt med hardship og gain klausuler hvis parterne er interesseret i et længevarende samarbejde. særligt i samarbejder, hvor der sker udveksling af relationsspecifikke aktiver. Denne antagelse opstår ved en erkendelse af at, udskiftning af

¹³² Østergaard & Petersen, (2020), "The application of hardship and gain provisions in strategic contracting" s. 10

¹³³ Østergaard & Petersen, (2020), "The application of hardship and gain provisions in strategic contracting" s. 10

¹³⁴ Østergaard & Petersen, (2020), "The application of hardship and gain provisions in strategic contracting" s. 10

¹³⁵ Østergaard & Petersen, (2020), "The application of hardship and gain provisions in strategic contracting" s. 17

forhandler/samarbejdspartner vil kræve høje skifteomkostninger. De relationsspecifikke investeringer som parterne har foretaget, vil dermed gå tabt.

Den tredje grund er, hvis parterne ikke er interesseret i at lave et joint venture som samarbejdsform.¹³⁶ I et joint venture-samarbejde bliver der indskudt ligelig kapital fra begge parter og dette vil franchisetager ikke kunne imødekomme. Dog ses det ikke usandsynligt i andre forhandler og samarbejdsaftaler.

De tre økonomiske incitamenter er åbenlyse og direkte argumenter for at indføre hardship og gain klausuler i kontrakten. Der er dog også flere indirekte argumenter for at indføre klausulerne i kontrakten. Man kan bruge klausulerne som styreinstrument i forhold til franchisetager vilje til at dele information og dermed skabe relationsrente som ikke kunne være opnået, hvis ikke der var denne sikkerhed for at franchisetager ikke mister eller går glip af et overnormalt tab eller profit på sigt.

5.3.2 Hardship og gain klausuler som værdiskabende værktøj

Som beskrevet er parternes risikoprofil ikke ens. Der er derfor nødvendigt at franchisetager eller, den mest risikoaverse part, får sikkerhedsstillelse for hans bidrag med relationsspecifikke investeringer. Det vil som regel være franchisetager som er risikoavers. Som beskrevet tidligere er der i franchisesamarbejder en fast royalty fee som franchisetager skal betale for at få rettigheder til franchisekonceptet. Hvis royalty-feen er baseret på en procentuel del af omsætningen, fungerer den i udgangspunktet som sikkerhed for franchisegiver i tilfælde af overnormal profit. Franchisetager vil være mindre tilbøjelig til at foretage investeringer der kan skabe overnormal profit, hvis det indebærer risiko. Franchisegiver bliver derfor sat i en situation hvor han ikke nødvendigvis opnår den maksimale profit af franchisetagers kompetencer og bidrag.

Franchisetager skal have mulighed for at opnå nytte i situationer som viser sig at være mere lukrative end først antaget. Med andre ord skal franchisetager belønnes for at gøre en ekstra indsats for at skabe merværdi for hele franchisesystemet.¹³⁷ Hvis Franchisetager har en passende safeguard vil han i højere grad være villig til at lave en risikobetonet investering. Herudover vil franchisetager være mere tilbøjelig til at dele viden med både franchisegiver og resten af franchisesystemet hvis han ved at han opnår nytte via dette.

Der skal dog ikke være tale om en almindelig gain klausul som kun giver parterne pligt til at genforhandle hvis der opstår en situation som parterne ikke kunne forudse. Ved tilføjelsen af en endogen gain klausul

¹³⁶ Østergaard & Petersen, (2020), "The application of hardship and gain provisions in strategic contracting" s. 18

¹³⁷ Det er ikke blot franchisetagers indsats der kan føre til merværdi som overstiger den først antagede profit. Her kan det nye markedets' modenhed, konkurrence, kulturelle forskelle spille ind. Disse kan dog være svære og forudse og derfor skal FT belønnes hvis han deler information.

som viser tiltro og loyalitet fra franchisegiver side, kan det skabe en situation hvor franchisetager er mere tilbøjelig til at bidrage til hele franchisesystemets optimering. Udformningen skal som Østergaard og Petersen påpeger, tilpasses den konkrete forhandlerkontrakt og kan med fordel inddrage en redegørelse for parternes risikoprofil. Dermed skal den i høj grad bruges som styringsværktøj som sikrer, franchisetagers bidrag uden en øget risiko.

Der kan argumenteres for at indføre en gain og hardship klausul som sikrer parterne mod exogene faktorer. Dette stiller sikkerhed for parterne i situationer som er uforudsigelige og kan skabe en vis trykthed i relationen. Dog skal det påpeges at der i dansk ret, ofte kan henvises til reglerne om force majeure i sådanne tilfælde. På baggrund af franchiseparternes asymmetriske risikoprofiler kan det konkluderes at indførslen af irregulære gain klausuler for franchisetager vil være fordelagtigt. Franchisetager får stillet sikkerhed for sine investeringer og samtidig vil det skabe incitament for franchisetager til at foretage risikobetonede investeringer. På baggrund af franchisetagers risikoaverse natur, vil indførslen af gain klausuler fungere som safeguards som fordrer videndeling og loyal adfærd parterne imellem.

5.4 Delkonklusion safeguards

Franchisegiver har en tendens til at være risikoneutral på baggrund af hans relativt store risikospredning, mens franchisetager er risikoakavers, da hans risikospredning ikke er lige så stor. Ydermere er franchisetager i stor grad afhængig af franchisegiver. På baggrund af risikoprofilerne blev det undersøgt hvordan man kunne indføre passende safeguards i kontrakten ved at regulere:

- Længden af kontrakten
- Tilføjes af hardship og gain klausuler.

Længden af kontrakten kan stille sikkerhed for parternes chance for at få afkast i deres relationspecifikke investeringer. Længden skal tilpasses det konkrete franchisesystem men være af længevarende karakter. Kortere kontrakter fordrer parterne til at lave kortsigtede investeringer, som ikke optimerer samarbejdet på længere sigt. Herudover vil det være fordelagtigt at give, særligt franchisetager mulighed for forlængelse af kontrakten hvis samarbejdet fungerer.

Ved længevarende samarbejder er det fordelagtigt at indføre gain og hardship klausuler som sikkerhed for parternes uforudsete tab eller gevinst. Der bør indføres en irregulær gain klausul som stiller sikkerhed for franchisetagers investeringer som vil skabe overnormal profit. Herudover skal der indføres traditionelle gain og hardship klausuler som særligt stiller sikkerhed for franchisetager da det er ham der løber den største risiko.

6 Deling af strategisk information på tværs af franchisesystemet

For at videndeling skal foregå optimalt er det vigtigt at de rette incitamenter til at dele strategisk viden bliver fastlagt. Selvom loyalitetsforpligtelsen, samarbejdsforpligtelsen og kommunikationspligten bliver nedskrevet i kontrakten, vil der stadig ikke være tilstrækkelige incitamenter til at dele information som kan gavne hele franchisesystemet. Franchisetagere vil i høj grad være interesseret i at optimere egennyttens, men hvis ikke der er et direkte payoff vil parterne ikke have interesse i deling af strategisk information med resten af franchisesystemet. Et fokuspunkt som belyser franchisemodellens udfordringer, er ikke kun konkurrence med eksterne konkurrenter men konkurrence internt i franchisesystemet, som vist i Rema 1000 dommen. Den interne konkurrence i forhandlersystemet vil uundgåeligt stille parterne i en situation hvor de ikke vil videregive information som stiller den konkurrerende part bedre. Ud over den indbyrdes konkurrence, vil der ikke være incitament til at dele information med resten af systemet, selv hvis franchisetagere ikke ligger i indbyrdes konkurrence. Herudover bør der skabes særlig incitament til at parterne udviser særlig loyal adfærd. De åbenlyse udfordringer vil forsøges løst med psykologiske og økonomiske incitamenter.

6.1 Coronakrisen plads i strategisk kontrahering og strategisk videndeling

Den nuværende coronakrise som udfolder sig i hele verden, stiller enorme krav til virksomheders evne til at omstille og tilpasse sig den nuværende situation. I større franchisesystemer er alle kontrahenter presset til at tænke kreativt. Her bliver incitamentsuforeneligheden sat på spidsen. Franchisegiver er i høj grad interesseret i at støtte deres franchisetagere med innovative løsninger og mulighed for at omlægge de strategiske tiltag. Det er dog de enkelte franchisetagere som har muligheden for at tænke kreativt og finde løsninger som kan opretholde omsætningen. Her er der set eksempler på restauranter som har omlagt deres forretning til at være take-away baseret, mens andre har fokuseret på en mere digital fremgangsmåde. Franchisetagere bærer derfor en del af ansvaret i at finde løsningen, men det betyder ikke at de er villige til at bruge ressourcer på at dele deres erfaringer med resten af franchisesystemet.

Derfor er det franchisegivers ansvar at lave en strategisk plan som strømliner den løbende udviklingsproces og ligeledes inviterer til kommunikation på tværs af forhandlere samt til franchisegiver. Hvis franchisegiver opnår dette, vil der være mulighed for, ikke blot at overleve den nuværende coronakrise, men også at opnå viden og erfaringer som kan gavne franchisesystemet på den lange bane.¹³⁸ Parterne er tvunget til at være nytænkende. Coronakrisen er derfor et perfekt eksempel på hvordan udnyttelse af strategisk kontrahering og videndeling kan skabe længevarende konkurrencefordele.

¹³⁸ Nogle brancher har selvfølgelig større mulighed for at udvikle sig under coronakrisen end andre.

6.2 Reciprok adfærd som fordrer loyal adfærd

Reciprocitet er et begreb som inden for antropologien beskriver menneskers adfærd.¹³⁹ Reciprocitet belyser to scenarier, som har betydning for parter i samarbejdsforhold. Reciprok adfærd kan opsummeres i to grundantagelser:

- 1) Vi er villige til at ofre egennytte for at gavne dem der har handlet generøst overfor os.,
- 2) Vi er villige til at ofre egennytte for at skade dem der har handlet opportunistisk/egoistisk overfor os.¹⁴⁰

Grundlæggende bygger teorien på, hvordan vi som mennesker, ser på modpartens hensigter. Hermed hvordan modparten opfatter en given situation. Parten som føler sig dårligt behandlet, foretager handlinger som ikke gavner ham selv, blot for at skade modparten.¹⁴¹ Sådan et scenarie munder ud i en simpel straf for dårlig behandling, samt belønning, hvis modparten har opført sig "ordentligt".¹⁴² Derfor er det ikke den konkrete handling der er central, men nærmere motivet ved at udføre handlingen.

Rachel Coson (1995) fandt ud af, at der er en sammenhæng mellem parternes bidrag til et fælles mål (optimering af franchisesystemet) og deres tro om hvor meget andre bidrog til det fælles mål.¹⁴³ Videre blev det bevist at kommunikation før beslutningstagen vil skabe incitament til at samarbejde.¹⁴⁴ Grunden til at kommunikation vil lede parterne til at bidrage er på grund af teorien om reciprok adfærd. Hvis en part viser tillid og kommunikerer med modparten, er han villig til at give tilbage til den der har handlet generøst.

Det tætteste eksempel vi kommer på denne adfærd, er tidligere behandlet retspraksis i Rema 1000 dommen (U.2019.1347).¹⁴⁵ Det essentielle i dommen, i forhold til reciprok adfærd, er ikke blot hvordan retten vurderer franchisegiver til ikke at være erstatningspligtig, men hvordan åbningen af den nye butik får franchisetager til at ændre adfærd. Denne adfærdsændring ledes tilbage til ovennævnte antagelse "Vi er villige til at ofre egennytte for at skade dem der har handlet opportunistisk/egoistisk overfor os". Franchisetager er således villig til at indgå i et sagsanlæg for at "straffe" franchisegiver selvom det

¹³⁹ Rabin, (1998), "Psychology and Economics". Journal of Economic Literature

¹⁴⁰ Henrik Lando, slide 16, videregående kontraktret og kontraktøkonomi, på baggrund af Rabin, Psychology and Economics.

¹⁴¹ Rabin, (1998), "Psychology and Economics". Journal of Economic Literature

¹⁴² Dette ordentlighedsprincip henledes fra hvordan modparten opfatter situationen. Det er derfor ikke vigtigt hvad parten har tænkt ved at foretage en specifik handling, men mere hvordan modparten opfatter handlingen. Heri udtrykket "beliefs about beliefs".

¹⁴³ Rabin, (1998), "Psychology and Economics". Journal of Economic Literature

¹⁴⁴ Franchisegiver kunne med fordel have underrettet franchisetager om åbningen af den nye butik da han ville være klar over at det ville påvirke omsætningen.

¹⁴⁵ Rema 1000-købmand fik som franchisetager ikke erstatning af franchisegiver for åbning af anden Rema 1000-butik i nærheden af franchisetagers, da franchisekontrakten ikke var misligholdt.

potentielt kan skade ham selv (franchisetager blev pligtig til at betale 127.508 kr. til franchisegiver, Rema 1000 Danmark, i sagsomkostninger). Ydermere anser franchisetager det som værende illoyal adfærd selvom det ikke blev konstitueret sådan af retten.

6.3 Spilteoretisk opsætning af problemstillingen

Konsekvenserne af både positiv og negativ reciprocitet kan man fordel illustreres ved hjælp af spilteorien. En spilteoretisk opsætning vil kunne påvise, hvordan man på baggrund af teorien om reciprocitet kan øge parternes profit. Med udgangspunkt i Rema 1000 dommen vil det demonstreres, hvordan samarbejde på tværs af franchisesystemet altid vil gavne parterne. Herudover hvordan det altid vil være profitabelt at handle loyalt og dele strategisk viden, selv hvis der ikke eksisterer nogle retlige krav.

Spilteorien har andre rammer end hvad der normalt må antages at være virkelighedsnært. Spilteori har en grundantagelse om at alle aktører altid handler rationelt. Det vil sige at, alle spillere vil vælge den strategi som optimerer egennyttens. Denne grundantagelse strider med teorien om reciprocitet. Det skal dog ikke stå til hinder for at bruge spilteorien til at beskrive og forklare aktørernes situation. Nedenfor vil der opstilles en matrix, som viser hvordan parterne ville agere, hvis der var fuldkommen rationalitet og hvis reciprocitet havde indflydelse på parternes valg. Der vil blive taget udgangspunkt i både simultane spil og sekventielle spil og situationerne skal belyse hvordan parternes adfærd kan påvirke payoff. Spillene tager udgangspunkt i 2 spillere. Nemlig franchisegiver og den originale franchisetager. De nye franchisetageres beslutninger vil ikke inddrages. Tallene er fiktive og har ikke en særlig værdi udover at belyse, hvor parterne opnår højest payoff. Derfor skal tallene blot bruges som illustration til at beskrive en given situation.

6.3.1 Udfald ved fuldkommen rationalitet vs. Inklusionen af reciprok adfærd

I spilteoriens klassiske tilgang vil antagelsen om fuldkommen rationalitet betyde at parterne vil vælge den løsning hvor de altid opnår mest nytte. På baggrund af reciprocitet vil det være den strategi der giver højest profit. Spilteorien tager ikke højde for andre faktorer som kan spille en rolle i forhold til parternes valg. Derfor bliver der heller ikke taget højde for reciprok adfærd.

I dette eksempel vil det illustreres hvilken strategi parterne ville vælge, hvis de var fuldt rationelle. Spillet er et simultanspil og parterne vælger derfor strategi samtidig. Udgangspunktet er, som det er tilfældet i dommen, at franchisegiver kan vælge at involvere den originale franchisetager eller lade vær.

Spiller 1 = franchisetager

Spiller 2 = Franchisegiver

Uden reciprocitet FT/FG	Involver FT	Involver ikke FT
Samarbejd	9, 2	10, -3
Samarbejd ikke	5, 0	4, -5

Nash ligevægten findes i (involver, samarbejde). Her vil det altid give den højeste profit ved at samarbejde. Dette er på trods af at franchisetager føler sig snydt. Ved fuldkommen rationalitet vil franchisetager altid gå efter den strategi der kan give højest payoff og det vil være at samarbejde hver gang.

Hvis teorien om reciprocitet bliver inddraget og franchisetager er villig til at ofre egennytte for at skade modparten vil matricen se anderledes ud. Her vil franchisetager vælge ikke at samarbejde, selvom der er mulighed for at han mister profit. Parternes valg ville se anderledes ud hvis det udelukkende var nyttemaksimerende. Grundantagelsen må være at franchisetager får mere nytte ved ikke at samarbejde end at samarbejde i tilfælde af at franchisegiver ikke involverer franchisetager.

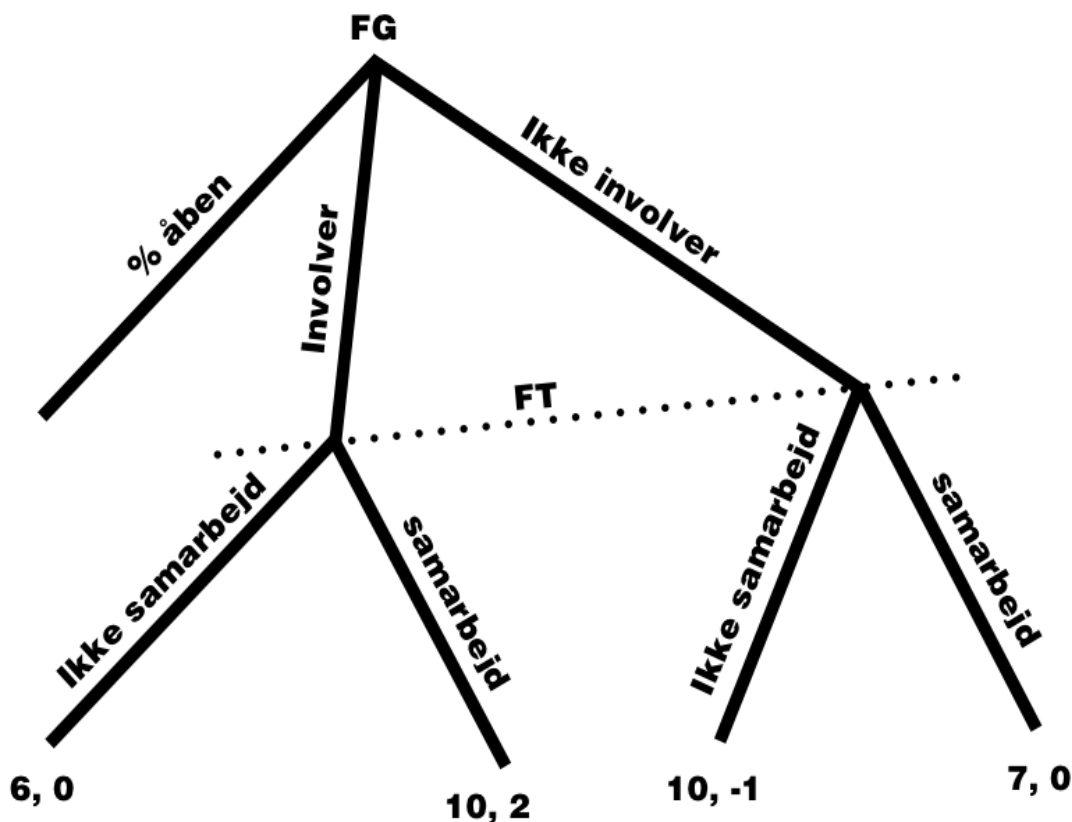
Reciprocitet FT/FG	Involver FT	Involver ikke FT
Samarbejd	10, 2	7, 0
Samarbejd ikke	6, 0	10, -1

Nu ser franchisetager bort fra at profitmaksimere og tænker kun på at opnå højest personlig nytte. Dette setup strider mod spilteoriens natur om spillernes rationalitet da det ikke vil være den vil skabe størst profit. Nu vil franchisetager få nytte på 10 ved ikke at samarbejde, fremfor at samarbejde hvis ikke han bliver involveret.

Yderligere argumentation kan fremstille franchisegivers valg i ikke at inkludere sine franchisetagere, som et irrationelt valg, da der ikke er nogen økonomiske argumenter som taler for ikke at inddrage franchisetageren i beslutningen.

6.3.2 Sekventielt spil

Ovenstående matricer er sat op som et simultant spil. Det vil sige at parterne vælger deres strategi samtidig. Antagelsen er dog ikke realistisk da det naturligvis vil være franchisegiver som vælger sin strategi først, hvorefter franchisetager vælger strategi på baggrund af franchisegivers valg. Ved at modellere beslutningsprocessen som et sekventielt spil kan effekterne af, at franchisegiver først vælger træk og franchisetager vælger træk derefter, blive belyst.



Figur 7 Egen tilvirkning. Viser spiltræ hvor parterne vælger strategi sekventielt.

Hvis franchisegiver vælger ikke at ekspandere og åbne en ny butik vil der ikke være nogen beslutning for franchisetager og spillet vil hermed dø. Der er derfor situationen status qua hvis franchisegiver ikke åbner en ny butik og franchisetager har derfor ikke mulighed for at vælge strategi. Hvis franchisegiver vælger at åbne ny butik og ikke involverer franchisetager bør han kunne forudse at franchisetageren ikke vil være

samarbejdsvillig. Hvis franchisegiver vælger at involvere franchisetager, kan det ses hvordan franchisetager vil samarbejde, hvis franchisegiver vælger at samarbejde med franchisetager. Ovenstående spil har samme resultat som de ovenstående, men illustrerer dog hvordan det i virkelighedens verden ikke er realistisk at parterne vælger strategier samtidig. Spillerne vil i denne situation vælge strategi på baggrund af den anden spillers strategi.

6.3.3 Spilteoretisk opsætning parternes muligheder for at skabe merværdi ved at dele strategisk information

Rema 1000 dommen viste hvordan den nuværende retsstilling ikke skaber retlige incitamenter til at involvere franchisetagerne i strategiske beslutninger. Dog er der åbenlyse fordele ved at dele strategisk information og samarbejde fremadrettet. Franchisegiver kan opbygge loyalitet og tillid til franchisetager og der vil den vej være mulighed for at koordinere indsatsen mellem de 2 butikker og franchisegiver. Hvis parterne koordinerede, ville der opstå en situation hvor det på kort sigt kunne optimere parternes nytte. De spilteoretiske eksempler vil vise hvordan det altid vil være en fordel for parterne at kommunikere og samarbejde.

Det første spil vil vise payoffs hvis franchisegiver vælger ikke at involvere franchisetager. Det andet vil vise parternes payoff hvis franchisegiver vælger at involvere franchisetager.

- Spiller 1: Franchisetager
- Spiller 2: Franchisegiver ¹⁴⁶

Matricen bliver konstrueret med følgende antagelser:

- 1) Franchisegiver vil åbne en ny og vælger ikke at involvere franchisetager i åbningen.
- 2) Franchisetager ved ikke noget om planerne af den nye butiksåbning men vil være villig til at samarbejde og koordinere, hvis han bliver underrettet om planerne.
- 3) Franchisetager vil miste kundegrundlag ved åbningen af den nye butik.
- 4) De to franchisetagere (Den originale franchisetager og franchisetager for den nye butik) kan skabe profit ved at koordinere og dele strategiske overvejelser med hinanden. Selvom den nuværende franchisetager mister kundegrundlag.

¹⁴⁶ Der vil ikke involveres flere franchisetagere end blot én i dette setup. Det skal dog ikke undermineres at franchisegiver er afhængig af alle franchisetagere. Herudover vil en franchisetagers modvillighed kunne påvirke indtjeningen hos alle de andre franchisetagere og ultimativt hele franchisesystemet.

FG involverer ikke FT FG/FT	Samarbejde	Ikke samarbejde
Samarbejde	8, 3	5, - 15
Ikke samarbejde	6, 0	2, - 10

Nash ligevægten findes i (samarbejde, samarbejde). Her kan franchisegiver opnå et payoff på 8, mens franchisetager vil opnå et payoff på 3. Franchisetager vil trods alt få mere ud af at samarbejde end efterfølgende at lade være, selvom det strider mod hans vilje. Franchisegiver vil altid have incitament til efterfølgende at samarbejde, selv hvis den nye franchisetager ikke samarbejder. Der er her åbenlyse grunde til at samarbejde ikke ville være fordelagtigt. Selvom han ikke har involveret franchisetager i åbningen, vil han stadig opnå den største gevinst ved efterfølgende at prøve at samarbejde. Det samme gælder franchisetager. Det vil dog i udgangspunktet ikke være muligt at opnå lige så høj gevinst for parterne, hvis deres samarbejde bliver dannet på baggrund af at franchisegiver ikke har involveret franchisetager i strategiske beslutninger fra start.

Nedenstående matrix skal blot illustrere parternes mulighed for at opnå højere profit ved at franchisegiver involverer franchisetager. Ovenstående matrix viser at det altid vil være fordelagtigt at samarbejde, men det vil være muligt for parterne at opnå højere profit, hvis et samarbejde bygges på baggrund af franchisegiver har vist tillid til sin franchisetager.

FG involverer FT FG/FT	Samarbejde	Ikke samarbejde
Samarbejde	10, 6	8, 2
Ikke samarbejde	5, 5	- 5, - 5

Nash ligevægten i ovenstående matrix findes ligeledes i (samarbejde, samarbejde). I sammenligningen med situationen hvor franchisegiver ikke involverer franchisetager kan det ses at parternes nytte ved

samarbejde er steget.¹⁴⁷ I situationen hvor franchisetager er blevet involveret, kan det altid betale sig at samarbejde fra begge parter.

6.3.4 Pareto-optimal tilstand

Franchisegiver baserer ikke sin profit på egen indtjening, da han er interesseret i at hele franchisesystemet klarer det godt. Derfor er hans anskuelser baseret på den højeste samlede indtjening. Han vil derfor været interesseret i den strategi, hvor parterne kan opnå højest samlet nytte, selvom det ikke nødvendigvis er den bedste situation for en af parterne.

For at sætte det i perspektiv, vil franchisegiver derfor vælger en stilling, hvor ingen kan opnå en bedre stilling uden at en anden samtidig opnår en ringere stilling. Dette kaldes også en pareto-optimal tilstand.¹⁴⁸ Det kan også lede tilbage til, hvorfor franchisegiver potentielt kunne vælge ikke at involvere franchisetager. Blot fordi franchisetager ikke opnår den højeste profit betyder det ikke at, der findes en strategi som stiller franchisetager bedre uden at stille franchisegiver dårligere. I ovenstående eksempel er den pareto-optimale tilstand dog den samme som ligevægten. Nemlig at begge parter samarbejder.

6.3.5 Konsekvensen af renomméeffekter

Franchisesystemet vil uundgåeligt opleve langvarige negative konsekvenser ved ikke at involvere franchisetagere i strategiske overvejelser.¹⁴⁹ Det er også baggrunden for parternes payoffs ovenfor, hvor det altid er profitabelt at samarbejde. Antagelsen belyses med teorien om renomméeffekter (Reputational effects). Renomméeffekter kan karakteriseres som det potentielle tab af kapital og markedsandele på baggrund af en virksomheds omdømme.¹⁵⁰ I forhold til franchising vil der kunne udspille sig to situationer hvor franchisesystemet kan få skadet omdømmet ved ikke at vise loyal adfærd til franchisetagere:

- 1) Internt dårligt omdømme
- 2) Eksternt dårligt omdømme

Det internt dårlige omdømme vil på sigt betyde at franchisegiver kan få problemer med at finde franchisetagere til at udvide franchisekonceptet. Hvis der internt mellem franchisetagerne opstår en negativ holdning til franchisegiver vil der være mulighed for at franchisetagerne ikke vil yde deres bedste. Med videre kan der opstå en situation hvor franchisetagerne begynder at bekæmpe franchisegiver og

¹⁴⁷ Begge parters gevinst er som udgangspunkt allerede steget blot ved at franchisegiver involverer franchisetager. Dette på trods af at parterne efterfølgende ikke er samarbejdsvillige.

¹⁴⁸ <https://da.wikipedia.org/wiki/Pareto-optimal>

¹⁴⁹ Det antages at det er strategiske overvejelser som kan indflydelse på franchisetagerne og i værste fald påvirke deres performance. Det er simpelt illustreret ved at referere til Rema 1000 dommen igen.

¹⁵⁰ https://en.wikipedia.org/wiki/Reputational_risk

samarbejdsgrundlaget vil derfor kunne blive påvirket. Det internt dårlige omdømme vil i sidste ende kunne ses på franchisesystemets performance og i værste tilfælde spredes til forbrugerne.

Hvis forbrugerne bliver opmærksomme franchisegivers "dårlige adfærd" kan det påvirke hele franchisesystemet omsætning og sidste ende påvirke franchisekonceptets markedsandele. Derfor vil den positivt reciproke adfærd samt franchisegivers vilje til at behandle hans franchisetagere godt, have betydelige langvarige fordele.

Set i lyset af renomméeffekter vil det i spilteoretisk sammenhæng være en situation, hvor spillet bliver gentaget et uendeligt antal gange. Hvis først franchisegiver vælger ikke at involvere franchisetager er det sandsynligt at alle fremtidige strategier fra franchisetagere vil blive af negativ karakter. Dette uafhængigt af om franchisegiver fremtidigt involverer sine franchisetagere eller ej.

I gentagne spil vil denne strategi hedde en grim trigger strategi. Strategien munder ud i at en spiller vil samarbejde, så længe modparten også samarbejder. Men i det øjeblik den ene spiller stopper med at samarbejde vil den anden spillere stoppe med at samarbejde for evigt. På grund af interne renomméeffekter vil det være en adfærd som smitter af på de andre franchisetagere og derfor vil der hurtig opstå en situation hvor franchisegiver bliver bekæmpet hver gang han forsøger at ekspandere og åbne en butik.

6.3.6 Delkonklusion spilteori

Spilteoriens forskellige facetter har vist hvordan franchisegivers handlinger kan påvirke franchisesystemets overordnede profit. De forskellige scenarier har vist, hvilke payoffs parterne ville kunne opnå med udgangspunkt i samarbejde. Yderligere har spilteoretisk analyse givet et indblik i, hvordan reciprok adfærd kan have en effekt på alle parter ageren og hvordan "grim trigger strategies" i sammenspil med renomméeffekter kan føre til langvarige negative konsekvenser for franchisesystemet, både internt men ultimativt også offentligt. Herudover hvordan de psykologiske aspekter betyder at aktører ikke altid handler rationelt. En spilteoretisk baggrundsforståelse kan derfor bidrage til at forstå hvordan aktører handler i en given situation og hvordan man kan foretage de bedst mulige beslutninger i et strategisk samarbejde.

De valgte payoffs er vejledende og skal ikke ses som definitive virkeligheder, men blot illustrere en given situation. De valgte værdier er derfor en illustration af, hvordan en given situation kan udspille sig og skal derfor ikke pådømmes mere værdi end blot at kunne belyse, hvor parterne i sammenfatning ender i en ligevægt.

6.4 Kompensationsordning

Det er ikke utænkeligt, som man så i Rema 1000 dommen, at have flere franchisebutikker på det samme marked. Det kan være en strategi for franchisegiver for at tage en større markedsandel.¹⁵¹ Som vist i dommen er loyalitetsforpligtelsen i disse tilfælde ikke særlig skærpet og derfor er der ikke juridiske incitamenter for franchisegiver til at tage særligt hensyn til potentiel intern konkurrence. Modsat er der ikke incitament for franchisetager til at handle særlig loyalt over for franchisegiver og de andre franchisetagere. Der kan skabes incitamenter for loyal adfærd og videndeling via en kompensationsordning som tager udspring fra teorierne om:

- Reciprocitet
- Partner-absorptive capacity
- Knowledge sharing routines

Selvom nedenstående analyse vil baseres på antagelsen om intern konkurrence i franchisesystemet er det ikke ensbetydende med at analysen ikke kan anvendes i franchisesystemer, hvor der ikke nødvendigvis er opstået intern konkurrence. Analysen skal ses som et værktøj til, hvordan man fremmer samarbejdet på tværs af franchisesystemet og herudover giver passende gevinst for franchiseparternes ekstraordinære bidrag.

6.4.1 Reciprok adfærds betydning for kontrakten og samarbejdet

Teorien om reciprocitet kan udnyttes til at forstå, hvordan parterne kan påvirke adfærd og teorien kan bruges som værktøj til at dele strategisk information. De naturlige incitamentsforskelle vil kunne udlignes ved hjælp teorien om reciprocitet. Positiv reciprocitet kan bidrage til at udligne incitamentsforskellene når parterne er villige til at gå på kompromis, hvis modparten har handlet loyalt.

Franchisegiver kan som forklaret tidligere, forpligte sig til at samarbejde og dele strategisk information i kontrakten. På den måde viser franchisegiver vilje til at samarbejde og franchisetager er i større grad villig til at samarbejde i fremtiden, da de gerne vil belønne "god adfærd". Hvis franchisegiver tilmeld forpligtes til at inddrage franchisetager i strategiske beslutninger vil det skabe en positiv effekt, da franchisetager får ejerfølelser over bidraget til franchisesystemet.

Det er vigtigt at franchisegiver, særligt i starten af samarbejdet, eksplicit inddrager franchisetager på trods af at det kan kræve ekstra ressourcer. Det vil på sigt danne grundlaget for parternes evne til at dele viden. Kontrakten kan derfor blive omdrejningspunktet for parternes samarbejde, hvis der bliver konciperet en kontrakt som beskriver disse intentioner.

¹⁵¹ Et eksempel er fødevarerbutikkerne i Danmark. Her konkurrerer flere kæder både eksternt og internt.

6.4.2 Teorien om partner absorptive capacity

Evnen til at udnytte know how og erfaringer, handler om at udnytte den viden som parterne i forvejen har, i kombination med modtagerens evne til at absorbere den nye viden.¹⁵² Partner-specifik absorptive capacity referer til hvorvidt en virksomhed har evnen til at genkende og herefter assimilere denne viden til resten af virksomheden.¹⁵³ Cohen & Levinthal deler kombinationen op i to kategorier:¹⁵⁴

- 1) The extent to which partners have developed overlapping knowledge
- 2) The extent to which partners have developed interaction routines that maximizes the frequency and intensity of sociotechnical knowledge.

Tidligere undersøgelser har vist at evnen til at være modtagelig for ny viden, består i hvorvidt parterne har komplementærviden som overlapper hinanden. Hvis parterne derimod ikke har den samme baggrundsviden, er det svært at modtage ny viden, da parterne ikke har samme fundament for at modtage ny information. Partner specific absorptive capacity, kan udvikle sig over tid når parterne opdager hinandens kompetencer.

Hvis der er asymmetri i parternes evne til at absorbere ny information, kan der opstå et misforhold i hvad parterne får ud af samarbejdet. Når en part har evnen til at absorbere den komplementære viden ændrer forholdet mellem parterne.¹⁵⁵ Der kan opstå en situation, hvor parterne ikke føler de får lige meget ud af deres videndeling. Når denne situation opstår, vil det kunne argumenteres at parterne har været dygtige til at duplikere hinandens viden og afhængigheden vil derfor blive mindre.

Partner-specifik absorptive capacity spiller en rolle for hvordan bonusordningen skal tilpasses og teorien kan være behjælpelig til at regulere forskellige forhold i bonusordningen.

6.4.3 Videndeling skaber langsigtet relationsrente

Videndelingsrutiner er det værktøj som parterne skal bruge til at dele strategisk information og som ultimativt leder til relationsrente. Investering i videndelingsrutiner bør være særlig relevant i forhandlersystemer som er skabt på baggrund af værdifulde immaterielle aktiver. Tidligere research

¹⁵² Dyer JH, Singh H, Hesterly WS. (2018), "The relational view revisited: A dynamic perspective on value creation and value capture." *Strat Mgmt J.* 2018; 39:3140–3162. Afsnit 5.2

¹⁵³ Teorien vil i dette tilfælde kunne henføres til andet end virksomhedsniveau. Teorien vil ligeledes kunne anvendes til at analysere parters evne til at samarbejde.

¹⁵⁴ Dyer JH, Singh H, Hesterly WS. (2018), "The relational view revisited: A dynamic perspective on value creation and value capture." *Strat Mgmt J.* 2018; 39:3140–3162. Afsnit 5.

¹⁵⁵ Dyer JH, Singh H, Hesterly WS. (2018), "The relational view revisited: A dynamic perspective on value creation and value capture." *Strat Mgmt J.* 2018; 39:3140–3162. Afsnit 4.

foreslår at partnere der har opbygget effektive processer for videndelingsrutiner, har større chance for at skabe relationsrente.¹⁵⁶

6.4.4 Samarbejde mellem franchisetagere

En mulighed kan være at der skabes et samarbejde mellem franchisetagerne fra samme franchisesystem. Franchisegiver vil ikke fungere som bindeled, men blot være facilitator for samarbejdet. Den eksisterende franchisetager vil være involveret i åbningen af den nye franchisebutik og agere sparringspartner for den nye franchisetager. Ved denne løsning får den nuværende franchisetager mulighed for at skabe en relation til den nye franchisetager og samtidig skabe en strategisk relation, hvor de kan koordinere indsatser og optimere begge butikker. Hvis franchisetagerne har overlappende kundekreds vil der være mulighed for yderligere koordinering mellem butikkerne og videndeling kan være særlig relevant.

Der er flere fordele ved at afholde franchisegiver fra at være bindeled. Hvis franchisegiver skal fungere som mellemmand vil der være mulighed for at information går tabt, hvis franchisegiver skal videregive informationen på tværs af franchisesystemet. Franchisetager kan ligeledes være tilbøjelig ikke at dele væsentlig information til franchisegiver hvis forholdet ikke tillader det. Herudover ville franchisegiver kunne skabe en hold-up¹⁵⁷ situation overfor den nuværende franchisetager, hvis de modtager viden som kan bruges som "gidsel". Ved intern kommunikation mellem franchisetagere kan man opbygge værdifulde relationer, som på sigt kan skabe konkurrencefordele, uden at det er særlig ressourcerelevende for franchisekonceptet.

Der skal tages højde for at, det ikke er alle franchisekoncepter og forhandlerkoncepter som kan drage nytte af modellen. Det kræver at franchisebutikkerne har en vis densitet på det samme marked eller at de har sammenlignelige kundekredse og opererer på sammenlignelige markeder. Den know how som er opbygget på et specifikt marked vil ikke nødvendigvis kunne overføres til et andet marked. Det vil være velegnet til supermarkedskæder som er tæt i densitet og detail branchen, hvor der med fordel kan drages fordel at dele strategisk information.

¹⁵⁶ Dyer JH, Singh H, Hesterly WS. (2018), "The relational view revisited: A dynamic perspective on value creation and value capture." *Strat Mgmt J.* 2018; 39:3140–3162.

¹⁵⁷ Hold-up problemet er central for teorien om ukomplette kontrakter og er et bevis på hvor svært det kan være at skrive komplette kontrakter. Et hold-up problem opstår når parterne til en fremtidig transaktion laver investeringer som ikke er nedskrevet i kontrakten og når man ikke på forhånd kan fastlægge den optimale løsning. Hold-up opstår derfor når parterne vil optimere samarbejdet men vælger ikke at gøre, af frygt for at modparten får en større forhandlingskraft.

6.4.5 Den økonomiske model for bonusordningen

Det skal ikke undermineres at, den franchisetager som skal forpligtes til at agere "mentor" vil bruge ressourcer på denne opgave. Derfor skal der være økonomisk incitament som gør det lukrativt for franchisetager at påtage sig rollen. Der skal stilles sikkerhed for at den nuværende franchisetager kan få dækket de omkostninger der vil opstå ved at bistå i den nye butiks åbning samt yderligere lønning for at bidrage med viden og tiltag som øger omsætningen.

Franchisegiver kan regulere flere faktorer når kompensationsordningen skal fastlægges. Følgende faktorer kan reguleres og tilpasses efter den konkrete situation:

- På forhånd fastsat kompensationsbonus.¹⁵⁸ Denne skal dække både tabet af omsætning som den nuværende franchisetager oplever og ligeledes kompensere for den indsats det kræver at hjælper den nye butik i gang.
- Længden på bonusindtægten. Både den faste og den variable.¹⁵⁹
- Variabel bonus på baggrund af den nye franchisebutiks indtægt.

Den faste indkomst skal, udover at fungere som incitament til at hjælpe med opstarten, dække det tab som den nuværende franchisetager, vil opleve ved åbningen af den nye butik.¹⁶⁰ Der kan argumenteres for at den på forhånd aftalte periode skal være ubegrænset da, den nuværende franchisetager vil opleve en lavere indtægt på ubestemt tid. Omvendt er der chance for at den strategiske "alliance" i sidste ende på, grund af koordinering mellem parterne, vil nedbringe det tab den nuværende franchisetager oplever. Den faste bonus skal herudover sikre at der ikke opstår et fjendtligt forhold mellem de 2 butikker. Dette stiller den faste kompensationsbonus sikkerhed for.

Længden af bonusindtægten vil være central når samarbejdet skal etableres og kan med fordel udnyttes til franchisegivers fordel for at skabe incitament. Længden skal fastsættes på baggrund af størrelsen af det mistede kundegrundlag. Herudover er det vigtigt at sætte en længde som er tilpasset parternes mulighed

¹⁵⁸ Hvordan denne indtægt skal afregnes, kan være usikkert. Det skal dog pointeres at den faste indtægt ikke skaber incitament for parterne til at bidrage. Den fastsatte bonus vil blot agere som sikkerhed for profit.

¹⁵⁹ Længden af bonusordningen skal fastsættes ex ante og skal fastsættes på baggrund af konkurrencen i markedet, varens eller franchisekonceptets kompleksitet, samt en vurdering af hvor længe parterne kan drage nytte af ordningen. Herudover skal længden fastsættes efter hvor gode parterne er til at modtage og udnytte information. Så parternes adaptive absorptive evner. Derfor vil dette være en faktor som skal vurderes nøje alt efter hvilket franchisekoncept der er tale om.

¹⁶⁰ Den aftalte periode skal tage højde for franchisekonceptet og produktets kompleksitet. Ydermere skal konkurrencesituationen overvejes og i hvor høj grad den nye franchisebutik skal være afhængig af viden fra den nuværende franchisebutik. Disse faktorer skal med andre ord tilpasses til det konkrete forhandlerkoncept og de exogene faktorer som er på det relevante marked.

for at udnytte samarbejdet. Der må være en vis sikkerhed for at parterne efter en vis tid ikke har mulighed for at drage nytte af hinanden. Dette kommer an på franchisesystemets kompleksitet.

6.4.6 Formel for kompensationsordning

Franchisegiver vil kunne bruge følgende model til udregningen af compensation til den nuværende franchisetager. Den ene løsning er baseret på indekstal mens den anden udelukkende er baseret på omsætning hos den nye butik.

Kompensation på baggrund af fast performance bonus:

$$Kompensation\ bonus_t = Fast\ kompensation_t + \mathbb{1}_{\{indekst_t > 100\}} * performance\ bonus$$

Kompensation på baggrund af omsætning:

$$Kompensation\ bonus_t = Fast\ kompensation_t + \mathbb{1}_{\{indekst_t > 100\}} * procentsats * omsætning_t$$

Ovenstående løsninger er ikke definitive og flere variationer kan have relevans for specifikke situationer. Integreringen af begge løsninger vil ligeledes være en mulighed.

6.4.7 Indeks baseret vs. Omsætningsbaseret bonus

Der vil være mulighed for at indføre to forskellige scenarier til aflønning af den nuværende franchisetager via den variable bonus.¹⁶¹ Den mest oplagte løsning vil være på baggrund af virksomhedens indekstal og markedsanalyser som er genstand for åbningen af den nye butik. Ved at basere aflønningen på baggrund af indekstal og markedsanalyser sikrer franchisegiver at der ikke er incitament for den nuværende franchisetager til kunstigt at påvirke omsætningen på kort sigt.

Ved den indeksbaserede løsning skal franchisetager, for at opnå den variable bonus, yde en indsats som overstiger indeks 100. Derfor vil franchisetagerne udelukkende opnå bonus hvis den nye franchisetager yder over butikkens forventede indtjening. Hvis dette lykkedes, vil det være et udtryk for at parterne via samarbejde og deling af strategisk information har opnået relationsrente. Incitamenterne for parterne til at fortsætte samarbejdet må herefter være åbenlyse. Den nuværende franchisetager modtager en bonus for sit bidrag, samtidig med at den nye franchisetager opnår højere profit. Den indeksbaserede løsning vil bruges i markeder ved stor sikkerhed.

Usikkerheden ved denne løsning vil være at, den nuværende franchisetager ikke er i stand til at genere en overnormal omsætning for den nye franchisetager. Hvis franchisetager indser at han ikke kan opnå bonussen, vil han stoppe med at bidrage og blot free-ride på den faste bonus som bliver tildelt. Dette

¹⁶¹ Det skal ikke udelukkes at der kan konstrueres en kombination mellem både den index baserede og den omsætningsbaserede ordning.

scenarie er særlig realistisk hvis de fremlagte markedsanalyser og indekstal er fastsat med stor usikkerhed. Derfor skal franchisegiver sætte realistiske mål for franchisetagerne.

Hvis franchisegiver vil skabe yderligere incitament, kan der konstrueres differentierede intervaller hvor den nuværende franchisetager kan opnå en højere bonus, hvis omsætningen overgår indekset i større grad. F.eks. kan franchisegiver fastsætte en mulighed for højere procentuel kompensation til den originale franchisetager, hvis omsætningen hos den nye franchisetager, overgår indekset med eventuelt 10%/15%/20%. Franchisegiver sikrer dermed at der altid er incitament til at samarbejde selvom parterne overgår den forventede omsætning.

Hvis bonusordningen baseres på en ren procentuel del af den nye butiks omsætning, vil der være incitament til at bidrage betydeligt i fra starten. Fordelen vil være at den nuværende franchisegiver yder et væsentligt bidrag i opstartsfasen da han fra begyndelsen af samarbejdet kan opnå en bonus. Dog kan det forventes at franchisetager vil prøve at skabe kortsigtet "kunstig" omsætning i en sådan grad at det kan være skadeligt for den nye butiks fremtid. Der er chance for at den nuværende franchisetager vil være opportunistisk og ikke bidrage til en langsigtet konkurrencefordel for begge parter. Dette kan skade hele franchisesystemet på lang sigt. I den indeksbaserede løsning vil det være plausibelt at der først opnås overnormal profit på længere sigt. At basere bonussen på omsætning vil dog ikke ses som den bedste løsning da der ikke er særlig incitament til et langvarigt bidrag.

Alternativt skal der sættes en cap på omsætningen. Den originale franchisetager vil på den måde ikke modtage kompensation af omsætningen før den nye butik har overgået en omsætning x . Denne løsning er mere realistisk da man med selvfølge kan forudse at der kommer til at være en vis omsætning i butikken. Det må forudses at der blot på baggrund af franchisekonceptets goodwill er sikret franchisetager et vist niveau af omsætning. Derfor er det i praksis nærliggende at fastsætte cappen. Ellers ville kompensationen blot bestå af indkomst som den originale franchisetager egentlig ikke har bidraget med.

6.4.8 Længden på bonussen

Længden af bonusordningen skal tilpasses det konkrete franchisesystem. Teorien om partner-absorptive capacity vil være bestemmende for længden af bonusordningen. Des bedre parterne er til at modtage og udnytte ny viden des kortere skal bonusordningen være. Hvis bonusperioden er for lang, vil der gives en kompensation for en periode, hvor parterne ikke kan absorbere mere viden fra hinanden. Dette på baggrund af at parterne forsøger at duplikere hinandens viden. Når parterne har absorberet komplementærressourcerne, kan det diskuteres om bonusordningen skal frafalde. Det bliver dog en svær vurdering da parterne løbende kan opnå ny erfaring og know-how.

Kompensationsordningen kan konstrueres som en kombination mellem den faste bonus og den variable bonus. Den faste bonus kan løbe over en forhåndsfastsat periode og derefter frafalde. Herefter er det kun den variable bonus som franchisetager, har mulighed for at påvirke. Dermed har franchisetager kun mulighed for at opnå en bonus, hvis den nye butik opnår profit som overgår markedsanalyserne. Ved at opdele bonusordningen i tidsintervaller kan franchisegiver regulere incitamentet for franchisetagers bidrag.

I eksemplet er kompensationsordningen inddelt i 4 perioder hvor den faste kompensation er udfaset i de sidste to perioder. Det står dog frit hvordan franchisegiver vil regulere de forskellige faktorer. I eksemplet er den variable bonus på baggrund af indekstal og der er ikke inkluderet en omsætningsbaseret bonus.

Periode 1: $Udbetaling\ af\ bonus_t = Fast\ kompensation_t + procentsats * maks(0, indeks_t - 100)$

Periode 2: $Udbetaling\ af\ bonus_t = Fast\ kompensation_t + procentsats * maks(0, indeks_t - 100)$

Periode 3: $Udbetaling\ af\ bonus_t = procentsats * maks(0, indeks_t - 100)$

Periode 4: $Udbetaling\ af\ bonus_t = procentsats * maks(0, indeks_t - 110)$

6.4.9 Praktiske udfordringer ved kompensationsordningen

Der vil i praksis være udfordringer ved løsningen. Den mest indlysende udfordring består i den nuværende franchisetagers free-riding i forhold til den faste kompensation. Isoleret set er der tale om passiv indtjening og derfor kræves det, at der enten skabes ikke-økonomiske incitamentet til at bidrage eller tilstrækkelige kontroller som påser parternes bidrag. Hvis franchisegiver skal indsætte omfattende, kontrolstrukturerer vil det kræve betydelige ressourcer og stride mod ideen om et system som i teorien var uafhængig af franchisegiver.

Den nuværende franchisetager vil ikke være interesseret i at dele viden, som muligvis kan skabe en konkurrencefordel for den nye franchisebutik. I praksis kan det ikke ignoreres at der reelt set er konkurrence mellem franchisetagerne og at de ikke har til hensigt at samarbejde. Hvis der er opstået denne fjendtlighed, vil bonusordningen falde til jorden.

Det kan være en usikker investering for franchisegiver at tilbyde bonusaflønnning. Der er mulighed for at det bliver en sovepude for den nuværende franchisetager. Ydermere vil det være svært at måle det direkte resultat af, at den nuværende franchisetager, bistår med sparring og deling know how. Det kan forudses at testen af profitabiliteten vil være vanskeligt og derfor kan man ikke med garanti påvise at løsningen er profitabel for hele franchisekonceptet.

Ved at indsætte en kompensation bliver der etableret et klassisk arbejdsgiver-/lønmodtagerforhold mellem parterne, da det i ideens forstand er franchisegiver som uddeler bonussen, hvis de forudbestemte mål er nået. Derfor er franchisetager afhængig af franchisegiver, hvilket kan skabe udfordringer for samarbejdet.

Kritikere vil nok påstå at en så fundamental ændring i franchisemodellens struktur ikke vil optimere samarbejdet, men blot besværliggøre parternes interne relation og være destruerende for franchisetagers mulighed for at tage selvstændige beslutninger. Der må antageligvis være chance for at franchisegiver møder betydelig modstand fra franchisetagerne, hvis ikke konceptet bliver korrekt integreret og tilpasset de konkrete omstændigheder. Derfor må det være en afvejning af hvordan det enkelte franchisekoncept kan integrere dele af bonusmodellen uden at gå på kompromis med franchisetagernes mulighed for at fungere som en selvstændig forhandler.

En anden praktisk udfordring kan findes i franchisetagernes kompetencer. Tankegangen bag løsningen er at den nuværende franchisetager besidder viden og kompetencer, som den nye franchisetager ikke besidder. Hvis den nye franchisetagers kompetencer overgår den nuværende franchisetager vil løsningen falde til jorden. I dette tilfælde vil det nærmere blive profitabelt, hvis den nye franchisetager bidrager til den nuværende franchisetagers optimering. Franchisegiver vil altid tilstræbe at finde den bedst egnede til at åbne en filial og her vil scenariet ikke være usandsynligt. At vende hele tankegangen på hovedet, er ikke umuligt men kræver nok særskilt behandling. Grundtanken er dog at parterne kan skabe relationsrente via strategisk kontrahering og gensidig kommunikation så det skal bestemt ikke udelukkes.

I praksis kan det være problematisk hvis franchisegiver involverer franchisetager i en sådan grad at det bliver en administrativ byrde. Franchisegiver skal have en stor grad af tillid til sine franchisetagere og omvendt kræver det at franchisetagerne har kompetencer til at påtage sig denne rolle. Hvis der er tale om et franchisekoncept som er meget rigid og et meget specifikt brand, vil denne løsning være sværere at udnytte.¹⁶² Det kræver derfor at franchisetagerne har selvstændighed og frihed til at udnytte de muligheder der opstår for at optimere franchisen. Hvis franchisetagerne er for fastlåst i franchisekonceptets rammer, vil løsningen ikke fungere. Bonusordningen vil ligeledes være påvirket af eksogene faktorer, men dette må være en grundantagelse for alle virksomheder.

6.4.10 Adfærdsbaseret kompensation

En supplerende løsning til bonusordningen baseret på objektive kriterier, kan være en adfærdsbaseret bonus.¹⁶³ Den adfærdsbaserede bonus skal gives på baggrund af subjektive kriterier. Aflønningen vil kunne indgå som en integreret del af et franchisesystems bonusordninger. Det vil igen være individuelt fra franchisesystem til franchisesystem, hvilke kriterier der skal udløse den adfærdsbaserede bonus.

¹⁶² McDonald's er et eksempel på et franchisesystem med særligt faste rammer. Der er store krav til hvordan forretningen skal drives og alle procedurer er strømlinede.

¹⁶³ Den adfærdsbaserede bonus trækker inspiration fra principal/agent teorien hvor der ikke vil være mulighed for at lave aflønning på baggrund af resultater.

Den adfærdsbaserede kompensation skal være en erkendelse af at franchisegiver har for svært ved at kvalificere og måle hvordan den originale franchisegivers bidrag har skabt værdi. I praksis er det en udfordring og franchisegiver kan derfor indføre nogen særlige systemer og rutiner som skal kunne kvalificere, franchisetager til kompensation.

Der er chance for at den nuværende franchisetager udnytter den adfærdsbaserede bonus til at tilbageholde oplysninger for franchisegiver. Ydermere vil der være chance for at franchisetager informerer franchisegiver om ufuldstændige oplysninger. Derfor kan franchisegiver have vanskeligt ved at have fuldkommen overblik over sine franchisetageres aktiviteter. Dette gør det vanskeligt at finde subjektive kriterier, som den adfærdsbaserede bonus skal tildeles på baggrund af.

Den adfærdsbaserede bonus vil i praksis være mødt af administrative byrder og informationsasymmetri i forhold til den objektive aflønning. Derfor vil den være sværere for franchisegiver at bruge som incitament til at få franchisetagere til at dele strategiske information.

6.4.11 Delkonklusion på bonusordning

Der vil i praksis være flere forskellige metoder til at uddele kompensationer til franchisetager. Der er ikke et entydigt svar på hvordan forholdet mellem fast vs. Variable, indeks vs. omsætning og objektiv vs. subjektiv aflønning skal konstrueres. Alle elementer kan som beskrevet skabe fordele og ulemper. En bonus på baggrund af subjektive kriterier vil være fordelagtigt i en forhandlersituation hvor parterne er særligt afhængige af hinanden. Det vil dog skabe udfordringer, hvis denne skulle baseres på en subjektiv vurdering fra franchisegivers side, da bonusordningen leder op til lav involvering fra franchisegiver. Der er intet entydigt svar på hvordan franchisegiver skulle gribe det an.

Længden af bonusordningen skal være af en længde så den dækker franchisetagers tab. Herudover skal længden afhænge af franchisekonceptets kompleksitet. Hvis der er tale om et simpelt franchisekoncept vil perioden være af begrænset varighed. Omvendt vil bonussen skulle være længere, hvis der var større mulighed for udvikling på franchisekonceptet. Til sidst skal længden afhænge af, hvor hurtigt parterne kan absorbere den komplementære viden.

Bonusordningen vil udover de kortsigtede fordele, skabe langsigtede konkurrencefordele da parterne opbygger videndingsrutiner som parterne kan drage nytte af når bonusordningen eventuelt er afsluttet.

Der er en overhængende chance for store administrative byrder og at franchisetagerne ikke har kompetencer eller lysten til at bidrage. Det kan tendensere til en utopisk forestilling om at et bonussystem kan sættes op med så faste rammer som foreslået her. Det skal dog pointeres at det blot skal være inspiration til en proaktiv løsning til de problemstillinger der kan opstå i franchisesystemet.

Modellen vil være anvendelig i flere forhandlertyper og er ikke begrænset til et system, hvor en franchisegiver er den styrende part. Løsningen kunne supplerende være relevant ved selektiv distribution. Løsningen kan herudover være fordelagtig i en situation, hvor det konkurrencemæssige aspekt ikke er relevant. Den konceptuelle ramme vil stadig kunne belyse mulighederne for vidensdeling og kreativ tankegang for at optimere et helt forhandlerkoncept.

7 Konklusion

Franchising som koncept og ekspansionsform har mulighed for en dynamisk udvikling. Parternes muligheder for, via aftalefriheden, at konstruere et samarbejde der optimerer og er tilpasset det konkrete franchisesystem, så der kan opnås længevarende konkurrencefordele, er store.

På baggrund af afhandlings analyser kan det konkluderes at loyalitetsgrundsætning ikke er et udtryk for gensidig kommunikationspligt. Franchising er underlagt en underretningspligt der gælder både før kontraktens og under kontraktens løbetid. Underretningspligten vil være mere vidtgående i franchisekontrakter men dog ikke nok til at det står på højde med det mål der kan opnås via strategisk kontrahering. Franchising besidder et stort element af samarbejde og samarbejdsforpligtelsen vil vurderes til at være særlig vidtgående som Procon Asia dommen belyste. Men blot fordi parterne har pligt til at samarbejde betyder det ikke at samarbejdsforpligtelsen strækker sig så langt at den dækker over deling af strategisk information.

Franchisegiver er afhængig af at franchisetager loyalt viderefører forretningskonceptet mens franchisetager er afhængighed af at franchisegiver stiller de bedste forudsætninger for at franchisetager kan opnå succes. Rema 1000 dommen belyste hvordan der ikke var en skærpet loyalitetsforpligtelse der strakte sig så vidt at det at parterne burde opretholde en særlig loyal adfærd i relationen. Herudover ikke lede videre til en direkte gensidig kommunikationspligt.

De underlagte delforpligtelser der gælder for franchisekontrakter da de indgår af kontraktens naturalia negotii. På baggrund af gennemgået retspraksis er der dog intet der tyder på at den nuværende retstilstand er et direkte udtryk for parternes gensidige kommunikationspligt og særlige loyale adfærd. Derfor er op til parterne at skabe en kontrakt og et samarbejde der leder til deling af strategisk information.

Parterne kan med fordel eksplicitere parternes særlige forpligtelser i kontrakten. En generel loyalitetsforpligtelse efterfulgt af specifikke underpunkter tilpasset det konkrete forhold, kan med fordel sikre at parterne har særlig fokus på loyal adfærd. Den loyale adfærd er en grundsten til at få parterne til at dele strategisk information som kan lede til relationsrente. Ydermere bør parterne inkludere et afsnit som har særlig fokus på gensidig kommunikationspligt og som fastslår parternes forpligtelse til at dele strategisk

viden som "potentielt" kan gavne franchisesystemet. Dette gør op med usikkerheden om hvornår der er tale om information som kan bidrage til relationsrente. Ydermere skal der i konciperingen af kontrakten være særlig fokus på sprogbruget. Dette på baggrund af franchiseparternes forskellige baggrunde og forudsætninger for at forstå en juridisk kontrakt. Det er essentielt at alle parter forstå kontraktens indhold hvis den løbende skal anvendes som styringsinstrument for parternes samarbejde. Derfor foreslås det at kontrakten skrives i et sprog som ikke er så juridisk tungt. Herudover foreslås det at parterne i samarbejde konciperer afsnittet. På den måde bliver parterne opmærksomme på særlige kompetencer som ikke umiddelbart var kommet frem i lyset. I sidste ende kan det føre til relationsrente som er formålet med strategisk kontrahering.

Der er ingen åbenlyse incitamenter for franchisetager til at bidrage til franchisesystemet eller til optimeringen af de andre franchisetagere. Det er derfor nødvendigt at skabe økonomiske incitamenter for franchisetager til at dele viden med franchisegiver, men også med andre franchisetagere. Teorien om reciprok adfærd har dannet grund for analysen af franchisetagers incitamenter. Via særlige kompensationsordninger til franchisetager for det ekstraordinære bidrag kan der skabes økonomiske incitamenter for at franchisetager bidrager til hele franchisesystemet og opbygningen af de andre franchisetagere.

Litteraturliste

Videnskabelige artikler og bøger

- Anderson, E. & R.L Oliver, (1987), "Perspectives on behavior-based versus outcome-based sales force control systems." *Journal of Marketing*, 51(Oktober), 76-88.
- Birk & Rautalammi, (2018), "Udøvelse af strategisk kontrahering i franchisekontrakter – med fokus på opbygning af tillid mellem franchiseparterne."
- Dyer JH, Singh H, Hesterly WS. (2018), "The relational view revisited: A dynamic perspective on value creation and value capture." *Strat Mgmt. J.* 2018; 39:3140–3162.
- Dyer, J.H., & H. Singh (1998), "the relational view: Cooperative strategy and sources of inter-organizational competitive advantage." *Academy of Management Review*, 23(4), s. 660-679.
- Hess & Rothaermel. (2011); Milgrom & Roberts (1995)
- Lando, Thuesen, Tvarnø og Østergaard, 2006, 5. udgave: "Udenrigshandelens kontrakter", side 170-286
- Madsen & Østergaard, CBS Law, "Loyalitetsgrundsætningen i dansk ret – Indhold og retsvirkninger ved tilsidesættelse"
- Petersen, B. & K Østergaard (2018), "Reconciling formal contracts and relational governance through Strategic Contracting". *Journal of Business and industrial Marketing*, (33)3, 265-276
- Rabin, (1998), "Psychology and Economics". *Journal of Economic Literature*
- Tvarnø og Nielsen, 2017, 5. udgave: "retskilder og retsteorier"
- Weis & Kurland, (1997), "Holding Distribution Channel Relationships Together: The Role of Transaction-Specific Assets and Length of Prior Relationship".
- Østergaard, (Udgives Karnov ultimo 2020), "Forskningssamarbejder kapitel 19"
- Østergaard & Petersen, (2020), "The application of hardship and gain provisions in strategic contracting"
- Østergaard, K. (2014): "Relevansen af interdisciplinær forskning og empiri i samfundsvidenskaben." *Retfærd*, 37(3/149), 3-24.

- Østergaard, K: Metode på cand.merc.jur. studiet. S. 269-285

Domme

- U.2019.1347
- U.2007.3027
- U.2007.1918H
- U.2019.1347

Hjemmesider

- <https://www.export.gov/article?id=Denmark-Franchising-Opportunities>
- <http://www.franchisedanmark.org/hvad-er-franchising/>
- <https://www.franchisepartner.dk/hvorfor-os/>
- <https://www.franchisepartner.dk/franchising-vokser/>
- <https://www.berlingske.dk/business/franchisebutikker-tjener-milliarder>

Lovgivning

- Lovbekendtgørelse nr. 193 af 2. marts 2016.
- Bekendtgørelsen af lov om køb (Købeloven)
- Bekendtgørelse af lov om aftaler og andre retshandler på formuerettens område