

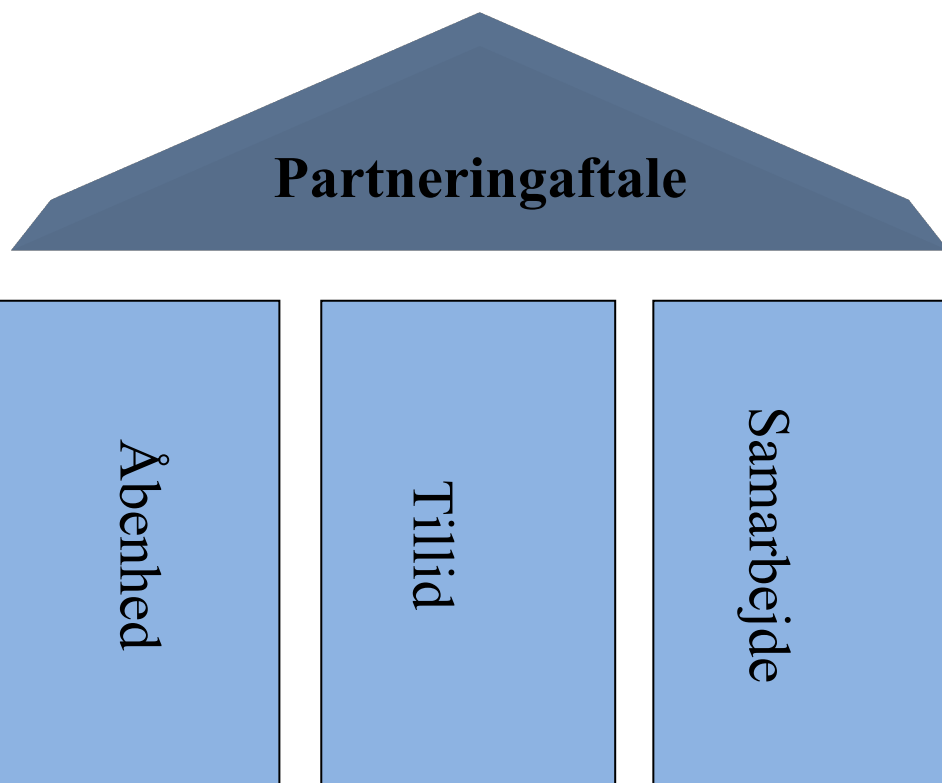
Copenhagen business school
Cand.merc.Jur-studiet

Kandidatafhandling
November 2009

Partnering i byggebranchen

Partnering agreements in the construction industry

En juridisk aftale som bygger på økonomiske rationaler



Juridisk vejleder:
Christina D. Tvarnø

Økonomisk vejleder:
Lasse Henningsen

Udarbejdet af:
Marie-Louise Nielsen

Executive summary.

This thesis investigates partnering as a new form of cooperation in the construction industry in Denmark. The analysis of partnering contracts in this thesis is based on a contract which concerns the construction of a building in the Copenhagen zoological garden.

The main focus in the legal analysis will be to uncover the main purpose of the contract, and whether the partnering agreement can be seen as a legally binding agreement. First an interpretation of the clauses of the contract will be conducted.

After having determined the main purpose of the agreement, Danish contract law will be used to investigate the binding effect of the partnering agreement. Since the partnering agreement is being conducted successively based on a framework agreement, the parties' enter the agreement in a different manner, than what is the case in most traditional construction contracts. The consequences of this way of conducting the agreement are therefore analyzed.

To start of the economic analyses of the partnering agreement, the agreement will be analyzed as an incomplete contract. This will show how partnering agreements can minimize some of the problems that arise, in connection to the incomplete contract. These problems arise due to the uncertainty that is present, under limited rationality and opportunism.

The main focus of the economic analyses will be an analysis of the governance structure of the partnering agreement. The governance structure will be analyzed by using a transaction cost theory, with the main focus on Oliver E. Williamson's theory of governance structure. Using the right degree of regulation within the agreement, the parties can make the transaction more efficient and optimize the final output of the agreement.

The finale chapter of the thesis put the partnering agreement into perspective using parts of both the legal analysis an economic analyses. By analyzing some special characteristics of the agreement, in reference to the legal contract and the theory of transaction cost economics, it is shown how disclosure, trust and cooperation are essential in order to fulfill the agreement and its purpose.

Indhold

Executive summary	2
Indhold	3
Kapitel 1. Afhandlingens emne, problemstilling og metode	5
1.1. Indledning	5
1.2. Synsvinkel	6
1.3. Problemidentifikation	6
1.4. Afgrænsning	6
1.5. Metode	7
1.5.1. Overordnet undersøgelsesdesign	7
1.5.2. Empirisk data	8
1.5.3. Videnskabelig metode	9
1.6. Juridisk metode	9
1.6.1. Retsrealismen	10
1.6.2. Retskilde lære	10
1.6.3. Retsdogmatisk metode	14
1.7. Økonomisk Metode	16
1.7.1. Transaktionsomkostningsteoriens opstandelse/ The nature of the firm	16
1.7.2. Forskningsprogrammet: Den hårde kerne og beskyttelsesbæltet	17
1.7.3. Programmets negative/ positive heuristik	19
1.7.4. Antagelser om adfærd	21
1.8. Metode integreret del	22
1.9. Struktur	22
1.10. Præsentation og begrundelse for valg af case: Nyt girafhus i Københavns Zoo	23
Kapitel 2. Formålet med partneringaftalen	23
2.1. Tilbudsloven og partnering	24
2.2. Formåls fortolkning af girafhusaftalen	25
2.3. Viljeserklæringen	26
2.4. Analyse af girafhusaftalens klausuler	28
2.5. Delkonklusion	36
Kapitel 3: Partneringafталens bindende virkning	37
3.1. Aftaleloven og den traditionelle aftaleret	38
3.2. Den traditionelle model for aftalers indgåelse	39
3.3. Hensigtserklæringer	41
3.4. Forløbet i en partneringaftale	43
3.5. Successiv aftaleforhandling og rammeaftaler	45
3.5.1. Successiv aftaleforhandling	45
3.5.2. Girafhusaftalen. (rammeaftale)	47
3.6. Konklusion: er Partneringafталen bindende?	48
Kapitel 4. Teorien om inkomplette kontrakter	49
4.1. Den komplette kontrakt	49
4.2. Den inkomplette kontrakt	50
4.3. Partnering i byggebranchen og inkomplette kontrakter	51
4.4. Hvordan løser girafhusaftalen problemet med de inkomplette kontrakter	51
4.4.1. Begrænset rationalitet	52
4.4.2. Opportunisme	52
Kapitel 5. Transaktionsomkostningsteorien	53
5.1: Karakteristika ved transaktionen	54
5.1.1. Frekvensen af transaktionen	55
5.1.2. Graden af usikkerhed	56

5.1.3. Aktivspecificitet	57
5.2. Safeguards.....	59
5.3. Williamsons governance structure.....	60
5.3.1. Dimensioner i Governance structure	61
5.3.2 Market governance.(Klassiske kontrakter).....	63
5.3.3. Trilateral governance.(neoklassiske kontrakter).....	64
5.3.4. Specialiserede governance structures: (relationelle kontrakter).....	64
5.4. Girafhusaftalens governance structure.....	66
5.4.1. Girafhusaftalens tilpasningsform.....	68
5.4.2. Tvistløsning og håndhævelse i girafhusaftalen	70
5.4.3. Safeguards i Girafhusaftalen.....	71
5.4.4. Girafhus aftalens transaktionsomkostningsøkonomiserende effekt.....	72
5.5. Delkonklusion.....	73
Kapitel 6. Partneringaftalens særlige karakteristika.....	74
6.1. Åbenhed.....	75
6.2. Tillid.....	76
6.3. Samarbejde.....	77
6.4. Sammenhængen imellem åbenhed, tillid, og samarbejde.....	78
6.5. Delkonklusion.....	79
Kapitel 7. Konklusion.....	80
Litteraturliste.....	82

Kapitel 1. Afhandlingens emne, problemstilling og metode.

1,1. Indledning.

I en globaliseret verden med øget konkurrence kan det som virksomhed være svært at stå alene. Virksomheden står over for krav fra forbrugeren, om at kunne tilbyde et produkt så billigt og så hurtigt som muligt. For at kunne leve op til disse krav kan det være nødvendigt at indgå alliancer såvel vertikale som horisontale med henblik på at opnå konkurrencemæssige fordele¹.

Partnering er en aftaleform, som stammer fra USA og Storbritannien, hvor den blandt andet bliver brugt i teknologi-, medicinal- og byggebranchen. Disse brancher er alle kendetegnet ved at have en høj grad af konkurrence.²

Her i Danmark anvendes partneringaftaler mest i byggebranchen³, hvor der arbejdes med længerevarende projekter mellem flere involverede parter, og hvor der ofte er hård konkurrence.

Dette gør byggebranchen til et oplagt område for anvendelse af partneringaftaler, idet partnering er et godt alternativ til den traditionelle aftaleform i de tilfælde, hvor samarbejdet medfører længerevarende relationer, og hvor samarbejdet har en længerevarende karakter.⁴

I en partneringaftale er der fokus på processen frem for det endelige produkt og samarbejdet er dermed i fokus.⁵

Da partnering er en forholdsvis ny måde at samarbejde på, er der ikke udarbejdet specielle regler på området for partnering mellem private parter, og det bliver derfor op til parterne selv at aftale, hvordan samarbejdet skal udføres. Der er dog udgivet visse vejledninger, som parterne kan læne sig op ad, når de udarbejder aftalen, som f.eks. Dansk Byggeris vejledning ”partnering i praksis”.⁶

¹ Christina D. Tvarnø (7), s. 2.

² Christina D. Tvarnø (7), s. 2.

³ Christina D. Tvarnø (3), s. 1.

⁴ Christina D. Tvarnø (8), s. 2-3.

⁵ Christina D. Tvarnø (3), s. 2.

⁶ ”Partnering i praksis” kan findes på www.danskbyggeri.dk

Partnering benyttes både som private partneringsaftaler og som offentlige-private partneringsaftaler. Når det offentlige er part i en partneringsaftale, gælder der visse regler for udbud m.m., jf. Tilbudsloven, men imellem private parter er der aftalefrihed.⁷

1,2. Synsvinkel.

I denne opgave vil der blive taget udgangspunkt i partneringsaftalens betydning for selve transaktionen. I en partneringsaftale er det processen, der er i fokus. Dette skyldes, at parterne ønsker at optimere selve transaktionen frem for at fokusere på de enkelte parter udbytte. Derfor er transaktionen det mest centrale i en partneringsaftale.

1,3. Problemidentifikation.

Formålet med denne afhandling er at belyse partneringsaftalen som en juridisk aftale, som bygger på økonomiske rationaler. Denne afhandling vil gøre rede for det juridiske indhold i aftalen, såvel som det økonomiske indhold, med henblik på at tegne et billede af hvordan parterne bør benytte partnering. Herunder gøres der rede for en række juridiske og økonomiske problemer, som parterne i en partneringsaftale bør være opmærksomme på.

I den forbindelse belyses følgende problemstilling.

Hvad er formålet med en partneringsaftale, og hvilke konsekvenser har denne aftaleform for transaktionen?

Denne problemstilling kan opdeles i to underliggende problemstillinger: den juridiske og den økonomiske problemstilling. Den juridiske problemstilling belyses ud fra obligationsretlige principper, og den økonomiske problemstilling belyses ud fra kontraktøkonomiske teori.

Juridisk.

I hvilken grad er parterne bundet af partneringsaftalen, og hvilke konsekvenser har dette for transaktionen?

Økonomisk.

I hvilken udstrækning kan partneringsaftalen optimere transaktionen?

1,4. Afgrænsning.

Selvom partnering også kan anvendes i andre brancher som f.eks. IT, teknologi og medicinalbranchen, vil der i denne afhandling kun blive fokuseret på privat partnering inden

⁷ Christina D. Tvarnø (4), s. 10.

for byggebranchen. Dette skyldes, at partnering i Danmark har haft størst udbredelse inden for byggebranchen og at denne afhandling tager udgangspunkt i en case om partnering i byggebranchen.

Formålet med opgaven er at belyse partneringaftaler, som er indgået mellem to private parter, som er underlagt aftalefrihed.

Da det offentlige er underlagt andre udbudsretlige regler i forbindelse med EU og tilbudsloven, er de offentlig-private partneringaftaler ikke underlagt den samme aftalefrihed som partneringaftaler indgået imellem private parter. Derfor vil kontrakter mellem det offentlige og private aktører ikke blive behandlet i denne opgave. Det vil således besværliggøre belysningen af problemstillingen i denne afhandling, hvis der også fokuseres på offentlig-privat partnering.

Den grundlæggende problemstilling i denne afhandling er at afdække formålet i aftalen, samt aftalens bindende virkning. De konsekvenser en partneringaftale medfører for transaktionen vil også blive behandlet i denne afhandling, herunder de særlige krav til ydelsen. Misligholdelse falder dog udenfor den overordnede problemstilling om formål, binding og konsekvenser, og vil således ikke blive behandlet nærmere.

1, 5. Metode.

Her gives en oversigt over, hvilke videnskabelige metoder der ligger bag besvarelsen af afhandlingens problemstilling, dvs. metoden for den juridiske, økonomiske og integrerede del.

1, 5, 1. Overordnet undersøgelsesdesign.

Analysen i denne opgave vil tage udgangspunkt i en enkelt undersøgelsesenhed, som er partneringaftalen. Afhandlingen vil have karakter af et såkaldt intensivt studie, hvor der undersøges en enkelt undersøgelsesenhed (aftalen) ud fra flere forskellige variabler (forskellige forhold i aftaleforløbet og i selve aftalen).⁸

Undersøgelsen af fænomenet partneringaftaler vil blive foretaget statisk, da udviklingen over tid ikke er vigtig for denne opgave. Opgaven omhandler alene nogen karakteristika ved fænomenet partnering og adskiller sig dermed fra et dynamisk studie, som kunne beskæftige sig med f.eks. udviklingen i partnering aftaler over en årrække eller ændringen i betydningen af partnering for byggebranchen.⁹

⁸ Ib Andersen 2008, s. 143.

⁹ Ib Andersen 2008, s. 110, s. 114-115.

Forfatteren af denne afhandling udøver ingen form for kontrol med det undersøgte, idet der alene foretages en passiv observation af undersøgelsesenheden.¹⁰

Problemstillingen søges løst gennem et casestudiedesign. Fordelen ved et casestudiedesign er, at grundlaget for et nuanceret og pålideligt datasæt etableres, idet problemstillingen vil blive belyst fra flere synsvinkler. I casestudiedesignet skelnes mellem single case og multiple casestudier¹¹.

Dette casestudie udføres som et single casestudie. Casen i denne opgave er alene aftalen om udførelsen af et nyt girafhus. Her er valgt at forklare fænomenet partnering ud fra et single casestudie, idet girafhusaftalen findes at være unik og fænomenafslørende.¹²

Partneringaftaler har hidtil kun været fokusområde for få forfattere inden for litteraturen, og der er i mindre grad skrevet om partnering i forhold til traditionelle kontrakter. Girafhusaftalen er dermed unik, idet den er et godt eksempel på en ny aftaleform, hvor der arbejdes med helt andre parametre end traditionelle kontrakter. Samtidig er girafhusaftalen fænomenafslørende, idet den er et eksempel på et fænomen, som ikke tidligere har spillet en stor rolle i den aftaleretlige litteratur. En nærmere præsentation samt begrundelse af caset følger længere nede.

1,5,2. Empirisk data.

Der vil ikke blive benyttet primærdata i denne afhandling. Dette skyldes, at opgaven bevæger sig på et meget teoretisk plan, hvor primærdata i form af interviews, spørgeskemaer m.m. ikke har betydning for analysen¹³.

De sekundærdata, der benyttes i denne opgave, vil primært være girafhusaftalen og love på området samt artikler og skrevet litteratur på området. Derudover benyttes visse vejledninger og hjemmesider omkring emnet partnering.

Kvantitative data benyttes mest i undersøgelser, hvor det er muligt at kategorisere data for at få svar på undersøgelsens problemstilling. Dette er ikke tilfældet i denne afhandling, og kvantitative data vil ikke spille en større rolle i denne afhandling.

¹⁰ Ib Andersen 2008, s. 110.

¹¹ Ib Andersen 2008, s. 118.

¹² Ib Andersen 2008, s. 119.

¹³ Ib Andersen 2008, s. 150

De data, der benyttes til besvarelsen af denne afhandlings problemstilling, vil dermed hovedsageligt være kvalitative, såsom love og regler, artikler, lærebøger og selve girafhusaftalen.¹⁴

Når man benytter kvalitative data, er det vigtigt at være opmærksom på det såkaldte forskerbias, hvor undersøgeren ubevidst påvirker forskningsresultatet.¹⁵ Søger man en bestemt konklusion, ser man måske kun de informationer, som leder i retningen af det ønskede svar. Det er dermed vigtigt, hele tiden at forholde sig kritisk til sit materiale. ved benyttelse af kvalitative data, har forfatteren derfor været opmærksom på denne problemstilling, og har hele tiden forsøgt at forholde mig kritisk til det anvendte materiale for dermed at undgå at søge en bestemt konklusion.

1,5,3. Videnskabelig metode.

Ifølge Ib Andersen er casestudiemetoden grundlæggende en induktiv fremgangsmåde i vidensproduktionen¹⁶. Dette skyldes, at forskeren ved at observere et enkelt eksempel(caset) finder frem til en konklusion, som har karakter af en generalisering¹⁷.

Det overordnede teoretiske synsfelt i denne afhandling vil være induktion. Den induktive metode medfører, at man ved at analysere et enkelt tilfælde (girafhusaftalen) og den bagvedliggende empiri, kan finde frem til nogle generelle konklusioner angående fænomenet partnering. I denne afhandling benyttes girafhusaftalen til at komme frem til nogle generelle konklusioner omkring partnering aftaler.

Den induktive metode medfører risiko for bekræftelsestilbøjelighed, som medfører, at der ofte er en tendens til at opdage de ting, som understøtter de opstillede hypoteser. Er der først en opfattelse af at partnering har en bestemt konsekvens for aftaleforløbet, vil der i høj grad fokuseres på punkter i empirien, som kan bekræfte det og bliver måske blind overfor de punkter, som modsiger den opfattelse. forfatteren har derfor været opmærksom på, at forholde sig objektivt og kritisk til den empiri der benyttes, så ikke der overses pointer, som skulle have været forudset. Dette ligger tæt op af forskerbiaset.

1,6. Juridisk metode.

Den juridiske analyse skal udarbejdes med det formål at undersøge, hvad formålet er bag girafhusaftalen, samt i hvilken grad parterne bliver bundet af aftalen.

¹⁴ Ib Andersen 2008, s. 150.

¹⁵ Ib Andersen 2008, s. 209.

¹⁶ Ib Andersen 2008, s. 120.

¹⁷ Ib Andersen 2008, s. 35.

Denne analyse vil følge den retsdogmatiske metode.

Når man gennemgår en analyse af en juridisk problemstilling, er valget af retsteori vigtigt, da det er retsteorien, som bestemmer, hvordan juraen benyttes og hvilke retskilder, der bliver relevante for analysen.

1,6,1. Retsrealismen.

Denne afhandling afdækker partneringaftalens formål og aftalens bindende virkning. Formålet med analysen er således, at vurdere hvilken retsvirkning partneringaftalen vil få, hvis den bliver forelagt en dømmende instans, set ud fra gældende retskilder. Dette stemmer godt overens med retsrealismen, som derfor vil være den gældende retsteori i denne afhandling.

Retsrealismen er en af de vigtigste retsteorier inden for den skandinaviske retskildelære. Her i Danmark er retsrealismen centreret omkring videnskabsmanden Alf Ross's retsteori.

Ifølge den realistiske retsteori er gældende ret lig med den måde, der forventes, at en domstol anvender en regel. Dvs. at en påstand om, at "noget" er gældende ret, bliver til en realitet, når en dommer afsiger en dom, som bekræfter det.¹⁸

Ifølge Ross bør de enkelte individer, derfor agerer ud fra måden, de kan forvente, at en dommer vil dømme, så der er en sammenhæng mellem ret og tvang. Teorien passer dermed godt til det danske retssystem, men kan være svær at benytte i forbindelse med EU-retten, som anvender ikke-bindende regulering.¹⁹

1,6,2. Retskilde lære:

Før den retsdogmatiske analyse kan få en videnskabelig virkning, bør den gennemføres ud fra samme metode, som benyttes af andre jurister. For gennemgangen af den retsdogmatiske analyse gennemgås retskilderne ud fra deres relevans i denne afhandling.

Analysen bør således gennemføres i en bestemt rækkefølge.

Alf Ross opdelte retskilderne i 4 hovedgrupper, hvilket kan ses i forlængelse af dansk tradition på området:²⁰

1. regulering

2. retspraksis

3. retssædvaner

4. forholdets natur.

¹⁸ Ruth Nielsen og Christina D. Tvarnø "Retskilder og Retsteorier" 2008 s. 365.

¹⁹ Ruth Nielsen og Christina D. Tvarnø "Retskilder og Retsteorier" 2008 s. 370.

²⁰ Ruth Nielsen og Christina D. Tvarnø "Retskilder og Retsteorier" 2008 s. 376.

Ved gennemførelse af analysen ud fra denne rækkefølge sikres det, at alle, som benytter juraen, bør nå frem til samme opfattelse af, hvad der kan betegnes som gældende ret.²¹

Ross' opdeling skyldes ikke en rangorden retskilderne imellem. I stedet lægger han her vægt på "de forskellige kildetyper grad af objektivisering". Med objektivisering menes der graden af formulering, således at regulering og retspraksis er fuldt objektiviserede, sædvaner er delvist objektiviserede og forholdets natur er ikke-objektiveret.²²

På trods af at der ikke eksisterer en decideret rangorden retskilderne imellem, eksisterer der dog en rangorden inden for regulering grundet lex superior reglen, som går ud på, at der kan forekomme tilfælde, hvor der foreligger både en generelt formuleret regel og en speciel regel, så vælges den specielle regel.

1. Regulering.

De første retskilder inden for aftaleretten er at finde i Christian den Femtes Danske lov²³(herefter DL), som fastslår to vigtige principper om aftalers forpligtigende kraft.

DL 5-1-1 fastslår et princip om formfrihed, idet: "Een hver er pligtig at efterkomme hvis hand med mund, haand og segl, lovet og indgaaet haver". Aftalers gyldighed fastslås i DL 5-1-2 som siger, at: "Alle kontrakter, som frivilligt gøres...som ikke er imod Loven, eller Ærbarhed, skulle holdis i alle deris ord og puncter, saa som de indgangne ere"²⁴. Dermed fastslår DL nogle helt grundlæggende principper, som aftaleretten er bygget på den dag i dag.

I dag er den mest centrale lov inden for aftaleretten Aftaleloven(herefter AFTL), som stammer fra 1917. Loven er senest ændret ved lovebekendtgørelse 1996-08-26 nr. 781 og er gældende for "aftaler og andre retshandler på formuerettens område".²⁵

AFTL er vigtig i analysen af aftaleindgåelsen, og er her den mest relevante lov udstedt af en højere instans. I denne lov findes en betydelig del af fundamentet for dansk aftaleret, og i lovens § 1 findes denne bestemmelse, som fortæller os, hvornår en aftale er indgået.

²¹ Ruth Nielsen og Christina D. Tvarnø "Retskilder og Retsteorier" 2008 s. 31-33.

²² Ruth Nielsen og Christina D. Tvarnø "Retskilder og Retsteorier" 2008 s. 375-376.

²³ Mads Bryde Andersen, Grundlæggende aftaleret, 2008. S. 54.

²⁴ Min forkortelse.

²⁵ For at give en klar indsigt i lovens anvendelsesområde, definerer Lennart Lynge Andersen udtrykkende i overskriften således.

Med begrebet aftale menes de viljeserklæringer, som afgives af aftalens parter. Retshandel defineres som "den private viljeserklæring, som efter sit indhold går ud på at stifte, forandre eller ophæve ret, og som derfor har den af indholdet angivne retsvirkning, for så vidt ikke særlige omstændigheder foreligger". Se Aftaleloven med kommentare 2008, s. 21-23.

I AFTL § 1, 1 pkt. står der, at ”tilbud og svar på tilbud er bindende for afgiver”. Her bestemmes det altså direkte, at begge parter er bundet af sit løfte, hvorefter reglerne i § 2-9 træder i kraft.

Der er dog mulighed for, at parterne selv kan aftale sig uden om disse regler, hvis dette fremgår af tilbuddet eller svaret jf. § 1, 2 pkt., som siger: ”reglerne i § 2-9 kommer til anvendelse for så vidt ikke andet følger af tilbuddet eller svaret eller af handelsbrug eller anden sædvane”.

Loven anses af Ross som den primære retskilde. Dette skyldes, som tidligere nævnt, ikke en rangorden retskilderne imellem, men nærmere den fulde objektivering af retskilden.²⁶ Inden for selve Lovgivningen hersker der dog en vis rangorden. Idet Grundloven rangerer over almindelig lovgivning, som rangerer over bekendtgørelser, anordninger og cirkulære og til sidst private aftaler.²⁷

I forbindelse med denne afhandling vil den vigtigste retskilde være den private aftale, da girafhusaftalen spiller en vigtig rolle i analysen. Ifølge Mads Bryde Andersen er den privatretlige aftale formuerettens vigtigste retskilde²⁸, ligesom det også er tilfældet i denne analyse.

At aftalen bliver den vigtigste retskilde indenfor obligationsretten, er en effekt af aftalefriheden, som hersker inden for aftaleretten i Danmark og resten af Norden. Aftalen bliver dermed en retskilde, da der er tale om et antal retsregler, som er gyldige for parterne i aftalen²⁹. På den måde vil selve aftalen fungere som lov og den vigtigste retskilde parterne imellem³⁰. Parterne i en partneringaftale har dermed aftalefrihed, som giver dem friheden til at ordne deres egne forhold, som de ønsker det. Denne frihed ophører dog i det øjeblik, en aftale er indgået. Dette skyldes, at aftalefriheden kun medfører frihed til at indrette aftalen, som parterne ønsker det, men er aftalen indgået, ophører den personlige frihed, og parterne er bundet til de omstændigheder, som de selv har ønsket at indgå aftale om.³¹

²⁶ Stig Juul, Alf Ross og Jørgen Trolle, ”Indledning til retsstudiet” 1974 s. 88-89.

²⁷ Ruth Nielsen og Christina D. Tvarnø ”Retsskilder og Retsteorier” 2008 s. 72.

²⁸ Mads Bryde Andersen (1), s. 153.

²⁹ Mads Bryde Andersen (1), s. 153.

³⁰ Der er dog visse begrænsninger for aftalefriheden, som f.eks. de beskyttelses præceptive regler som gør sig gældende i forbrugerforhold, eller hvis parterne indgår aftale om at udøve handlinger, som er ulovlige jf. anden lovgivning, som f.eks. reglerne om samordnet praksis i Konkurrenceloven. Således kan baggrundsretten lægge en begrænsning på aftalefriheden, hvis aftalen berører videregående interesser. Se Mads Bryde Andersen (2) s. 31.

³¹ Mads Bryde Andersen (2), s. 38.

Parterne har baseret aftalen om selve udførelsen af byggeriet på standard bestemmelserne i ABT 92 og ABR89.

AB92 og ABR89 er eksempler på agreed documents udarbejdet af en brancheorganisation med henblik på en bestemt transaktion.³²

I U.2002.1431 blev det fastslået, at tiltrædelse af ABR 89 forudsætter en aftale herom. Der skal dermed foreligge en specifik viljeserklæring, før disse standardaftaler finder anvendelse. Da disse agreed document kræver tiltrædelse af parterne,³³ hører de under retskilden regulering på fod med andre privatretlige aftaler³⁴.

Forarbejdernes betydning:

Forarbejdernes betydning er diskuteret forskellige steder i litteraturen. Ifølge Mads Bryde Andersen kan forarbejder betragtes ud fra to synsvinkler.³⁵

- 1) Først kan forarbejderne ses som en bestanddel af loven, hvilket begrundes ved, at forarbejder i en række formelle henseender behandles som love.
- 2) Dernæst kan forarbejderne betragtes som fritstående overvejelser, som har gyldighed ved forståelse af lovene.

I forbindelse med denne afhandling anlægges det synspunkt, at selve den vedtagne lov er retskilden, hvortil fortolkning kan støttes på forarbejderne som et væsentligt fortolkningsbidrag.

Grunden, til at det kan være hensigtsmæssigt at benytte forarbejderne som fortolkningsbidrag, er, at den som benytter loven på denne måde kan komme ”nærmere” lovgivers intention med loven. Da loven ofte er opgivet som forholdsvis korte tekster, kan der søges i forarbejderne for at uddybe loven.³⁶

Retspraksis:

Retspraksis er ligesom området regulering en objektiveret retskilde, da afsagte domme bliver skrevet ned. Der er i skrivende stund ikke afsagt nogen domme angående partneringaftaler, hvilket må ses som en naturlig følge af partneringaftalers specielle konfliktløsning. Men der er dog afsagt en lang række domme på det aftaleretlige område, som kan inddrages i tilfælde hvor disse kan benyttes som retskilde i henhold til denne afhandlings problemstilling.

³² Mads Bryde Andersen (2), s. 65.

³³ Jf. U2002.1431 H, også omtalt under ”Sædvaner”.

³⁴ Se også sædvaner for nærmere diskussion.

³⁵ Mads Bryde Andersen (1), s. 144.

³⁶ Peter Blumer, *Juridisk metode*, 2009, s 92-93.

Højesteretsdommen U.1977.927 H illustrer hvordan parterne i en aftale kan blive bundet af aftalen før et aftaledokument er underskrevet. Denne dom bruges således til at illustrer nogen konsekvenser som kan følge af forhandlinger omkring aftalen, som parterne i girafhusaftalen bør være opmærksomme på.

I forbindelse med den sammenlignende analyse af girafhusaftalen og hensigtserklæringer, henvises der til landsretsdommen U.1982.227 Ø, hvor en støtteerklæring benævnt ”hensigtserklæring” ansås for at indebære et løfte om likviditetstilførsel. Denne dom illustrer således hvordan formuleringen af en støtteerklæring bør adskille sig fra en aftale.

Retssædvaner:

Retssædvaner er kun delvist objektiverede³⁷ og kan defineres som ”en handlemåde, der er blevet fulgt almindeligt, stadigt og længe ud fra en følelse af retlige forpligtelse”.

En sædvane bliver kun juridisk relevant, hvis den angår et område, som er underlagt retlig regulering og gælder kun den personkreds, som har kendskab til den.³⁸

Da partnering er stadigvæk en forholdsvis ny aftaleform i Danmark, må der antages, at sædvaner endnu ikke har så stor relevans.

Forholdets natur:

Forholdets natur er en ikke objektiveret retskilde og betyder, at en dommer tager hensyn til friere overvejelser ud fra den juridiske kulturtradition.³⁹ Denne retskilde giver dermed dommeren en mulighed for ud fra kulturtraditionen at formulere en retsregel, hvis der ikke foreligger nogen positivt formulerede retsregler med relevans for problemstillingen⁴⁰.

Således vil denne retskilde mest have relevans i det tidlige stadie af udviklingen i et retsområde. Med tiden vil en sådan retsopfattelse som regel finde vej ind i de mere objektiverede retskilder.⁴¹ Forholdets natur indgår ikke som retskilde i denne analyse.

1,6,3. Retsdogmatisk metode.

Formålet med retsdogmatikken er at beskrive retstilstanden, som den er.

³⁷ Dette kan betyde, at denne retskilde er svære at benytte en de fuldt objektiverede retskilder, men det betyder ikke at den har mindre betydning, jf. længere oppe.

³⁸ Ruth Nielsen og Christina D. Tvarnø ”Retskilder og Retsteorier” 2008 s. 184-185.

³⁹ Ruth Nielsen og Christina D. Tvarnø ”Retskilder og Retsteorier” 2008 s. 189.

⁴⁰ Stig Juul, Alf Ross og Jørgen Trolle, ”Indledning til retsstudiet” 1974 s. 104.

⁴¹ Ruth Nielsen og Christina D. Tvarnø ”Retskilder og Retsteorier” 2008 s. 192.

Når der gøres rede for emnet partnering, består den retsdogmatiske metode således i at lokalisere og sammenstille argumenter fra flere spredte retskilder⁴². Der skal således findes frem til de retskilder indenfor privatretten og herunder obligationsretten, som får betydning for indgåelsen af en partneringaftale.

For at den retsdogmatiske analyse kan anses for at være valid, skal den juridiske metode følges. Retskilderne skal anvendes på samme måde, som en domstol ville anvende dem i den givne sag.

Retskilderne bør derfor altid benyttes i samme rækkefølge, som de er gennemgået i afsnit 1,6, 2. Det første trin begynder i retskilden regulering og bevæger sig herfra videre over i retspraksis, sædvaner og forholdets natur. Som nævnt i forrige afsnit er dette ikke tegn på en eksisterende rangorden retskilderne imellem, men blot et resultat af den korrekte juridiske metode.

I denne afhandling er den private retskilde aftalen, den væsentligste retskilde, når parternes indbyrdes forhold skal fastlægges. Der er i Danmark aftalefrihed, hvilket betyder, at parterne har frihed til at ordne egne forhold og indgå aftale om disse. I det øjeblik en aftale er indgået, bliver parterne dog bundet af denne.

Den juridiske analyse i denne afhandling tager således udgangspunkt i aftalen om oprettelsen af et nyt girafhus i Københavns Zoologisk Have. For at forstå indholdet af denne aftale og afklare hvad formålet er med aftalen, foretages først en fortolkning af de enkelte klausuler i aftalen. Formålet med denne del af analysen er at afdække indholdet af de private viljeserklæringer, som giver sig udslag i aftalen. Da viljeserklæringen ifølge AFTL er den mest centrale komponent i et aftaleforhold⁴³, indledes fortolkningen af aftalen med en redegørelse for viljesteorien.

Da parterne har valgt at understøtte partneringaftalen med AB 92, vil disse bestemmelser ligeledes være et vigtigt grundlag for analysen.

Da der ikke foreligger nogen lovgivning omkring privat partnering i byggebranchen, vil Bygs standardparadigme blive benyttet som et fortolkningsbidrag i denne del af analysen. Bygs standardparadigme er en vejledning til udarbejdelsen og brugen af partneringaftaler, som er udarbejdet af byggebranchens parter.⁴⁴ Standardparadigmet er således ikke en retskilde, men

⁴² Peter Blumer, *Juridisk metode*, 2009, s. 161.

⁴³ Jf. kapitel 2 afsnit 3 om viljeserklæringer.

⁴⁴ Dansk byggeri, Danske arkitekts virksomheder, foreningen af rådgivende ingeniører og TEKNIQ.

benyttes her som et væsentligt fortolkningsbidrag. Formålet med at inddrage denne vejledning i analysen er, at foretage en sammenlignende analyse imellem girafhusaftalen og standardparadigmet, og ud fra dette bedømme i hvilken grad parterne har udarbejdet en aftale, som kan understøtte formålet med partnering som samarbejdsform. Standardparadigmet er udarbejdet på baggrund af erfaringer i byggebranchen og tegner således et billede af, hvorledes en partneringaftale bør udformes for at kunne fungere i praksis.

På trods af aftalefriheden foreligger der dog en række regler om aftalens indgåelse, som parterne vil være underlagt, når de indgår aftalen. Aftaleloven spiller således en betydelig rolle i analysen af partneringaftalens binding af parterne, som er den grundlæggende problemstilling i kapitel 2. Men henblik på at afdække denne problemstilling sammenlignes endvidere med hensigtserklæringer. Hertil er der afsagt domme, som kan have en betydning for parternes retstilling. Disse domme er angivet i forrige afsnit under retskilden retspraksis. For at uddybe forståelsen af de eksisterende retskilder, benyttes forskellige fortolkningsbidrag.

I denne del af afhandling vil dette især være i form af den juridiske litteratur.

1,7. Økonomisk Metode.

I den økonomiske analyse benyttes økonomisk teori til at belyse i hvilken udstrækning, en udformningen af girafhusaftalen kan optimere transaktionen.

Først vil den økonomiske teori blive beskrevet for at tegne et billede af, hvordan teorien bør benyttes, samt hvilke områder den kan belyse af problemstillingen.

Efterfølgende vil teorien blive brugt til at analysere den optimale governance structure i aftalen om girafhuset. Formålet med denne analyse er at undersøge hvilken governance structure, der vil bidrage med en optimal reguleringsform for parterne i girafhus aftalen.

1,7,1. Transaktionsomkostningsteoriens opstandelse/ The nature of the firm.

I 1937 skrev Ronald Coase sin klassiske artikel ”The nature of the firm”, hvor han forsøgte at besvare spørgsmål som: ” hvorfor eksisterer virksomheder?” og ” hvad bestemmer virksomhedens størrelse og grænser?”. Denne tankegang adskilte sig fra den traditionelle neoklassiske teori, som i stedet satte fokus på markedets funktion frem for at analysere selve virksomheden⁴⁵. Med denne artikel kom Coase frem til den vigtige pointe, at virksomheder opstår som et alternativ til markedet.

⁴⁵ Christian Knudsen, 1997, s. 208.

” the main reason why it is profitable to establish a firm seem to be that there is a cost of using the pricemechanisme”.⁴⁶

Virksomheder skabes derfor med henblik på at spare omkostningerne ved transaktioner foretaget på markedet. Det som senere blev defineret som transaktionsomkostninger⁴⁷.

Coase mente, at virksomheden ville udvide sit virke indtil det punkt, hvor omkostningerne ved at foretage en transaktion internt er lig med omkostningerne ved at foretage samme transaktion på det åbne marked.⁴⁸ Dertil pointerer Coase, at dette ikke betyder, at transaktionen ikke kan udføres med lavere omkostning af samme firma, idet virksomheden kan benytte vertikal integration.⁴⁹

Først senere lagde denne artikel grundlaget for et egentlig forskningsprogram. Dette skete med Oliver Williamsons bidrag omkring vertikal integration i 1973.⁵⁰ Inden for denne teori gøres den enkelte transaktion til den basale analyseenhed⁵¹

Williamson anså den rette governance structure som den optimale løsning på transaktionsomkostningerne.⁵²

Før forskningsprogrammet gennemgås, gives her en definition af, hvad en transaktionsomkostning er:

Transaktionsomkostninger = Omkostninger ved at søge efter kontraktpartnere, forhandle, skrive kontrakter og endelig overvåge og håndhæve disse.

1,7,2. Forskningsprogrammet: Den hårde kerne og beskyttelsesbæltet.

Williamson angiver to grundlæggende antagelser som en betingelse for transaktionsomkostningerne. I hans bog ”The economic institutions of capitalisme” beskriver han ”contractual man” ud fra disse antagelser om adfærd.⁵³

1) Økonomiske agenter er begrænset rationelle

⁴⁶ Ronald H. Coase, *The nature of the firm*, s. 390.

⁴⁷ Coase benyttede ikke selv ordet transaktionsomkostninger.

⁴⁸ Ronald H. Coase, *The nature of the firm*, s. 7.

⁴⁹ Ronald H. Coase, *The nature of the firm*, s. 8.

⁵⁰ Christian Knudsen, 1997, s. 209.

⁵¹ Christian Knudsen, 1997, s. 208.

⁵² Nærmere gennemgang af dette begreb længere nede.

⁵³ Se kapitel om ”antagelser om adfærd”, for en nærmere uddybning af disse to begreber.

2) Økonomiske agenter er opportunistiske (*self interest seeking with guile*).

Disse antagelser udgør programmets hårde kerne, og der kan dermed ikke ændres eller stilles spørgsmålstejn ved dem, når der analyseres ud fra Transaktionsomkostningsteorien⁵⁴. Uden disse forudsætninger ville der slet ikke eksistere kontraktuelle problemer, ifølge Williamson.

Dertil kommer efficiens begrebet, som siger, at den rette governance structure medfører en transaktionsomkostningsøkonomisering af transaktionen og, dermed gør transaktionen mere efficient.⁵⁵

Programmets **beskyttelsesbælte** består derimod af en række variable faktorer, som varieres i forhold til den transaktion, som analyseres.

1) Frekvensen hvormed en transaktion gentages

2) Graden af usikkerhed hvorunder en transaktion udføres

3) Graden af aktivspecifitet (dvs. den grad hvormed der indgår specifik teknologisk og ledelsesmæssig knowhow i transaktionen)⁵⁶

Alle tre faktorer påvirker transaktionsomkostningerne og kan variere i forhold til den specifikke transaktion⁵⁷

Regulering ud fra efficiens princippet. (governance structure)

Med henblik på at gøre en transaktion så efficient som muligt ved at minimere transaktionsomkostningerne, bør der undersøges, hvilken reguleringsramme transaktionen skal underlægges. Denne regulering kalder Williamson for ”governance structure”⁵⁸. Han benytter således økonomiske efficiens begreber til at analysere de juridiske kontrakter.

En transaktion analyseres dermed ud fra de variable faktorer i beskyttelsesbæltet. I Williamsons model over governance structure indgår hyppighed og aktivspecifitet som variable faktorer, mens usikkerheden fryses og holdes konstant.

⁵⁴ Christian Knudsen, 1997, s. 213.

⁵⁵ Christian Knudsen, *Økonomisk metodologi*, 1997. s. 217.

⁵⁶ Christian Knudsen, *Økonomisk metodologi*, 1997. s. 215.

⁵⁷ En nærmere uddybning af disse 3 begreber følger længere nede.

⁵⁸ Oliver E. Williamson, *The economic institutions of capitalisme*, 1985. s. 68.

Model over fremgangsmåden ved valg af governance structure.⁵⁹

		Investment Characteristics		
		Nonspecific	Mixed	Idiosyncratic
Frequency	Occasional	Market governance	Trilateral governance	
	Recurrent		Bilateral governance	Unified governance

Graden af regulering stiger i grad med aktivspecifitet, som kan variere fra nonspecific over til mixed og idiosyncratic. Frekvensen for transaktioner karakteriseres som occasional eller recurrent.⁶⁰ Denne oversigt over reguleringsstrukturer kaldes transaktionsomkostningsparadigmets strukturelle prædiktioner.

Parterne kan på denne måde finde frem til, hvilken grad af regulering de bør benytte, når de arbejder med kontrakter i byggebranchen, hvis der ønskes optimering af en transaktion. Den rette reguleringsgrad bør dermed sænke transaktionsomkostninger, og gøre transaktionen mere efficient. Begrebet governance structure er dermed meget relevant for denne undersøgelse.

1,7,3. Programmets negative/ positive heuristik.

Programmets negative og positive heuristik kan bruges som en vejledning til, hvordan forskningsprogrammet benyttes.⁶¹

Den negative heuristik består af programmets tidligere nævnte ”hårde kerne”. Tvivlen kan således ikke rettes imod, hvorvidt alle agenter er begrænset rationelle og opportunistiske.

⁵⁹ Oliver E. Williamson, *The economic institutions of capitalisme*, 1985. s. 79.

⁶⁰ Gennemgang af disse begreber følger længere nede.

⁶¹ Christian Knudsen, *Økonomisk metodologi*, 1997. s. 219

Gøres dette, mister forskningsprogrammet sin mening, da dette sætter spørgsmålstegn ved eksistensen af ikke-trivielle kontrakter.

Der kan heller ikke stilles spørgsmålstegn ved efficiens begrebet, da reguleringsstrukturens økonomisering med transaktionsomkostninger også indgår i den ”hårde kerne”.

Programmets hårde kerne er dermed ikke-falsificerbar.

I programmets positive heuristik ligger derimod en række anvisninger på, hvordan der kan arbejdes med programmets beskyttelsesbælte. Beskyttelsesbæltet består, som tidligere nævnt, af tre faktorer, som kan variere ud fra den konkrete transaktion. Dette vil sige, at forskeren her har mulighed for at sætte spørgsmålstegn ved disse faktorer for at komme frem til løsningen af det konkrete problem.⁶²

Transaktionsomkostningsteoriens forskningsprogram kan således benyttes til at undersøge, hvilken grad af regulering der bør tilføres girafhusaftalen, og om partnering er en efficient løsning ved entreprisekontrakter i byggebranchen.

Dette gøres ved at vurdere, hvordan situationsforudsætningerne i byggebranchen ser ud i forhold til programmets tre uafhængevariable, som er; transaktions frekvensen, usikkerhed og aktivspecifitet.

Disse tre faktorer kan sammen tegne et billede af, hvordan parterne bør regulerer transaktionen, som i dette tilfælde er byggeentreprisen.

Analysen af situationsforudsætningerne vil ske ud fra de aktørforudsætninger, som indgår i programmets hårde kerne, som er, at aktørerne er begrænset rationelle og opportunistiske. Disse aktørforudsætninger er konstante og kan ikke ændres uden at afvise forskningsprogrammet som helhed.

Ud fra efficiens begrebet vil der findes frem til den grad af regulering, som vil optimere transaktionen og gøre den mere efficient. Dette gøres ud fra Williamsons teori om governance structure, hvor de to vigtigste faktorer er graden af aktivspecifitet og transaktionens frekvens. Når der er fundet frem til den rette governance structure, bliver transaktionen optimeret.

Der bør derfor undersøges, hvilken type transaktion en byggeentreprise er. Ved undersøgelse af transaktionen ud fra Williamsons principper om governance structure kan det ses, om en partneringaftale giver den rette grad af regulering i en byggeentreprise.

⁶² Christian Knudsen, *Økonomisk metodologi*, 1997. s. 220.

1,7,4. Antagelser om adfærd:

Før der foretages en nærmere gennemgang af teorien, er det vigtigt at specificere, hvad de grundlæggende antagelser om adfærd i Williamsons teori indeholder.

Williamson uddyber disse begreber i bogen "The economic institutions of capitalisme" fra 1985. I et kapitel, som han kalder "Contractual man", gennemgås begreberne "begrænset rationalitet" og "opportunisme", og hvad de betyder for transaktionsomkostningsteorien.

I det Neoklassiske paradigme arbejdedes der med markedet som den efficiente reguleringsform og det stærke rationalitetsbegreb. Her var grundantagelsen, at agenter var fuldt rationelle⁶³, og der fandtes dermed ikke kontraktuelle problemer. På et marked med fuldkommen information og fuld rationalitet kan opportunisme ikke eksistere. Agenten kan grundet den fulde rationalitet altid gennemskue, hvem der vil agere opportunistisk, og der er dermed ingen incitament for opportunisme.

Indenfor new institutional economics tages skridtet videre, idet der udvides med adfærdsbegrebet om begrænset rationalitet i et forsøg på at beskrive den adfærd, som rent faktisk gør sig gældende på et marked med flere agenter.

"Modern institutional economics should study man as he is, acting within the constraints imposed by real institutions" Coase 1984.

Begrænset rationalitet:

Begrænset rationalitet er en semi-stærk grad af rationalitetsbegrebet, hvor agenter er "intendedly rational, but only limitedly so", dvs. at agenterne har fuld intention om at handle rationelt, men forhindres af den begrænsede information.⁶⁴ Dette problem mener Williamson, udelukkende vil kunne løses via den rette governance struktur.

Opportunisme:

Forskellige kategorier kan således benyttes af agents individuelle adfærd, som kaldes "self-interest orientation". Den stærkeste grad af individualisme er opportunisme begrebet, som gør sig gældende i transaktionsomkostningsteorien.

⁶³ Oliver E. Williamson, *The economic institutions of capitalisme*, 1985. 45

⁶⁴ Oliver E. Williamson, *The economic institutions of capitalisme*, 1985. 45.

Williamson forklarer opportunistiske begrebet som ”self-interest seeking with guile”⁶⁵, hvilket kan oversættes til: individuel adfærd med mulighed for at snyde.

Opportunistiske opstår som resultat af den begrænsede rationalitet og mangel på information. Dette gør det svært for en agent på markedet at gennemskue, hvilke agenter der vil handle opportunistisk. Det er dog vigtigt at pointere, at agenter er forskellige, og at opportunistisk adfærd ikke er en selvfølge, men en risiko som agenterne pålægges i kontraktssituationen.⁶⁶ Uden opportunistiske ville kontraktretlige problemer aldrig opstå, idet der kunne aftales, at alle informationer var frit tilgængelige.

1,8. Metode integreret del.

Som en afrunding på denne afhandling integreres dele fra den juridiske og økonomiske metode, med henblik på at forklare nogen særlige karakteristika i girafhusaftalen. Analysen i dette kapitel vil blive foretaget som en perspektivering af partneringaftalen, i henhold til begreberne åbenhed, tillid og samarbejde. Dette gøres ved at belyse disse karakteristika som en del af ydelsen i transaktionen, og undersøge deres indbyrdes betydning.

1, 9. Struktur.

I kapitel 1 gennemgås problemstilling og metode. Dette kapitel sluttet af med en præsentation af casen.

Den juridiske del af analysen er foretaget i kapitel 2 og 3. I kapitel 2 foretages en fortolkning af girafhusaftalen, med henblik på at konkretiserer hvad formålet er med aftalen. Dette kapitel indledes med en gennemgang af teorien omkring viljeserklæringen og aftalen. Girafhusaftalens bindende virkning analyseres i kapitel 3. Denne analyse foretages ud fra reglerne i Aftaleloven, samt i henhold til hensigtserklæringer.

Den økonomiske analyse foretages i kapitel 4 og 5. I kapitel 4 analyseres girafhusaftalen ud fra teorien om inkomplet kontraktsteori, for at illustrerer problemerne ved begrænset rationalitet og opportunistiske, i den inkomplette kontrakt.

Kapitel 5 indeholder en undersøgelse af, hvilken grad af regulering parterne i girafhusaftalen bør tilføre transaktionen. Til dette benyttes Transaktionsomkostningsteorien og Oliver E. Williamsons governance structure model, til at analyserer transaktionen. Ud fra dette analyseres hvilke konsekvenser den valgte governance structure har for udførelsen af transaktionen, samt i hvilken grad den kan optimere denne.

⁶⁵ Oliver E. Williamson, *The economic institutions of capitalisme*, 1985. 47.

⁶⁶ Oliver E. Williamson, *The economic institutions of capitalisme*, 1985. 48.

I sidste kapitel foretages en perspektivering af aftalen ud fra de særlige karakteristika i aftalen, som er åbenhed, tillid og samarbejde. Disse karakteristika analyseres i forhold til hinanden og i forhold til formålet i girafhusaftalen.

Til sidst foretages en samlet konklusion på afhandlingen som helhed.

1, 10. Præsentation og begrundelse for valg af case: Nyt girafhus i Københavns Zoo.

For at tydeliggøre problemstillingen og lette analysen, har jeg valgt at foretage analysen som et casestudie. Som case er der benyttet en partneringaftale, der omhandler opførelse af et girafhus i Zoologiske Have i København.

Casen tager udgangspunkt i den originale partneringaftale om det nye girafhus i Zoo, som stod færdigt i 2001.⁶⁷

Aftalen om opførelsen af girafhuset er et godt eksempel på en partneringaftale, da den indarbejder alle de faktorer, som adskiller en partneringaftale fra en traditionel kontrakt. Parterne har udarbejdet en aftale, hvor de ligger vægt på alle de vigtigste faktorer i partnering. Det drejer sig her om et samarbejde, som blandt andet bygger på åbenhed, tillid og samarbejde.

Der søges her præsentation af en partneringaftale, der i så høj en grad som muligt lever op til de anbefalinger, der gives omkring udarbejdelsen af et partneringprojekt. Dette skyldes, at afhandlingen udarbejdes som et single casestudie, hvor der benyttes et enkelt eksempel til at finde frem til nogle generelle konklusioner angående fænomenet partnering. Det vil dermed være en fordel at bruge et eksempel, som berører de vigtigste emner inden for partnering. Under vejs i analysen vil girafhusaftalen blive sammenholdt med Byg's vejledning om "Partnering i praksis.", som i analysedelen vil blive kaldt standard paradigmet.

Kapitel 2. Formålet med partneringaftalen.

En partneringaftale adskiller sig fra traditionelle aftaler på flere måder. Indgåelsen af aftalen foregår ved forhandling mellem parterne, hvilket betyder, at alle parter er med til at udarbejde selve partneringaftalen. Partneringaftalen fungerer dermed som en rammeaftale, som er med til at regulere den efterfølgende successive aftaleforhandling.⁶⁸ Derudover indvilliger parterne i en

⁶⁷ <http://www.zoo.dk/00,-d-,BesogZoo/OmZoo/Historien.aspx>

⁶⁸ Begreberne rammeaftale og successiv aftaleforhandling er nærmere beskrevet i kapitel 3.

partneringaftale i at deltage i et samarbejde, som stiller nogen anderledes krav til samarbejdet i forhold til den traditionelle kontrakt. I partneringaftalen sættes der fokus på åbenhed, tillid og samarbejde, og der opfordrer til, at eventuelle tvister skal løses i positiv dialog. Det er derfor interessant at gå ind i en fortolkning af partneringaftalen og analysere formålet med disse anderledes krav og formuleringer og på den måde skabe forståelse for formålet med aftalen. Hvorfor vælger parterne at indgå i et sådan ”særligt forpligtigende samarbejde” frem for en traditionel byggeentreprise?

2.1. Tilbudsloven og partnering.

At byggebranchen i Danmark har fået interesse for partnering som en ny samarbejdsform, har også givet sig til udtryk i Tilbudsloven. I forarbejderne til Tilbudsloven nævnes partnering som begreb. Partnering er ikke ellers nævnt i dansk lovgivning, og det er da også kun i forarbejderne til Tilbudsloven, at partnering nævnes⁶⁹.

I Tilbudsloven § 8 bestemmes det, at:

Medmindre udbyderen annullerer licitationen, skal ordren i overensstemmelse med licitationssbetingelserne tildeles

- 1) det laveste bud, eller
- 2) det økonomisk mest fordelagtige bud under hensyntagen til forskellige kriterier, som varierer efter den pågældende ordre, f.eks. pris, byggetid, driftsomkostninger, rentabilitet, teknisk værdi og påvirkning af miljøet

Med denne bestemmelse åbnes der op for muligheden for nye samarbejdsformer som f.eks. partnering, idet der i betænkningen til lovforslaget står følgende:

Formålet med disse regler er at styrke konkurrencen i sektoren for at fremme udviklingen hen imod et bedre og billigere byggeri, at fremme mulighederne for at drage nytte af de fordele, nye samarbejdsformer/partnering kan indebære og at sikre virksomhederne fair og lige muligheder for at deltage i offentlige byggeopgaver.

Hermed anerkender lovgiver, at der ved at åbne op for muligheden for nye samarbejdsformer som partnering kan opnås et bedre og billigere byggeri.

I de almindelige bemærkninger findes der også en beskrivelse af de særlige omstændigheder omkring valg af samarbejdsparter, som gør sig gældende, når parterne benytter partnering

⁶⁹ LFF 2001-01-10 nr. 140 Indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren.

som samarbejdsform. Partnering adskiller sig fra traditionelle entreprise kontrakter ved, at prisen ikke kan benyttes som et kriterium, når der vælges denne samarbejdsform.

Det er kendetegnende for partnering, at der ikke ved tildeling af opgaven er sket en sådan detaljering af opgaven, at der i traditionel forstand kan afgives en bindende pris. Partnering vil derfor kun være relevant i situationer, hvor kriteriet for tildeling af ordren er det »økonomisk mest fordelagtige bud«, og hvor et priskriterium kan indgå i de valgte delkriterier på anden måde end med en samlet bindende pris for opgaven, eksempelvis i form af en »målpris« (target price), maksimumspris (ved en bindende budgetramme), enhedspriser, timepriser eller lignende.

De ses således af tilbudsloven, at partnering ikke har til formål at opnå den bedste pris, men i stedet fokuserer på et kriterium om økonomisk fordelagtighed.

Dette er dog knap så vigtigt for aftalen om girafhuset, da dette er en privat partneringaftale.

Tilbudsloven finder kun anvendelse ved indhentning af tilbud på udførelse eller projektering og udførelse af offentlige bygge- og anlægsopgaver og finder dermed ikke anvendelse på partnering mellem private parter. Den vil dermed ikke have betydning for denne opgave. Loven er dog vigtig at nævne, da Tilbudsloven er den eneste retskilde, som beskæftiger sig med begrebet partnering. Af tilbudsloven ser man at formålet med partnering ikke er at opnå bedre priser, selvom et billigere og bedre byggeri alligevel må ses som det endelige mål.

Tilbudsloven forklarer dog ikke, hvorfor brugen af partneringaftaler kan medføre bedre og billigere byggeri. For at undersøge dette må selve partneringaftalen analyseres. I den forbindelse gøres der rede for partneringaftalens formål.

2,2. Formåls fortolkning af girafhusaftalen.

I girafhusaftalen formulerer parterne formålet med aftalen, som følger:

§ 2: Samarbejdsaftalens formål er, at parterne i et åbent og integreret samarbejde gennemfører projektering og udførelse af et girafhus og – anlæg, som overholder bygherrens overordnede krav til økonomi, tid og kvalitet”

Her ses det, at parterne har valgt at lægge vægt på samarbejde og åbenhed, hvilket også er ord, der nævnes gentagne gange i aftalen. Hertil kommer, at udførelsen af det endelige produkt skal opfylde de overordnede krav, som bygherre har stillet til økonomi, tid og kvalitet.

For at gå i dybden med det grundlæggende formål i girafaftalen, foretages en fortolkning af aftalen og en analyse af parternes viljeserklæringer. Formålet med dette afsnit er ikke at gå ind i en udførlig juridisk fortolkningsvirksomhed, da en sådan fortolkning kun kommer på tale, hvis der opstår uenighed om aftalens retsvirkninger.⁷⁰ Denne analyse har således udelukkende til henblik at skabe en forståelse af formålet med girafaftalen, og hvad dette formål kan have af betydning for samarbejdet. Det tilkendegivende formål med aftalen er et vigtigt fortolkningselement, som kan fremgå af såvel aftalen som de øvrige omstændigheder.⁷¹

Som udgangspunkt vil selve fortolkningen af en aftale dog tage udgangspunkt i selve aftalen samt aftalesituationen. Der kan dog inddrages såvel forudgående som efterfølgende omstændigheder.⁷²

2,3. Viljeserklæringen.

Den snævre fortolkning, som forsøger at klargøre, hvilken vilje og hensigt parterne har haft med aftalen, har traditionelt set været anset som primær.⁷³ Dette kan ses i forlængelse af aftalefriheden, som anses som en naturlig konsekvens af, at aftalen bygger på de kontraherende parter fælles vilje.⁷⁴ Det er således i viljeserklæringen, hensigten med parternes aftale findes, og ligeledes hvad parterne angiveligt har set som værende formålet med aftalen.

Viljeserklæringen er ifølge AFTL den mest centrale komponent i et aftaleforhold. Begrebet er bygget op omkring to komponenter; ”viljen” og ”erklæringen”.

Personens ”vilje” til at binde sig til et aftaleforhold bliver først juridisk relevant, når det manifesterer sig i en ”erklæring” over for omverden.⁷⁵ Viljen bag et løfte er dermed relevant, når en aftale skal fortolkes. Tilbud og accept, fuldmagtserklæringer m.m. er alle eksempler på viljeserklæringer.

Ved fortolkning af en kontrakt, har viljeserklæringerne dermed en central betydning for retsvirkningen og bør dermed undersøges nærmere.⁷⁶

Der eksisterer forskellige principper for, hvordan en viljeserklæring kan tolkes.

⁷⁰ Lennart Lyng Andersen (2), s. 388.

⁷¹ Lennart Lyng Andersen (2), s. 394.

⁷² Lennart Lyng Andersen (2), s. 389.

⁷³ Lennart Lyng Andersen (2), s. 376.

⁷⁴ Lennart Lyng Andersen (2) s. 22.

⁷⁵ Mads Bryde Andersen, Grundlæggende aftaleret, 2008. S. 75.

⁷⁶ Bernard Gomard, *Almindelig kontraktsret*, 2009. s.262.

Hvis en aftale studeres ud fra viljesteorien, er det essentielle løftegivers vilje med erklæringen⁷⁷. Betragtes derimod tillidsteorien, lægges der i stedet vægt på den forventning løftet skaber hos løftemodtager.⁷⁸ Her anses det, at løftemodtager kan have tillid til, det han opfatter som løftegivers vilje som værende det mest centrale.

Til sidst kan viljeserklæringen anses ud fra erklæringsprincippet, som udelukkende ser på, hvad der er erklæret, og hvordan denne erklæring normalt vil kunne forstås. Erklæringsteorien er dermed en modificeret udgave af tillidsteorien.⁷⁹

Ifølge Mads Bryde Andersen, kan viljesteorien være svær at gøre gældende i praksis, idet der sjældent vides med sikkerhed, hvad der var løftegivers egentlige vilje, da han afgav sin viljeserklæring. Det kan dermed være problematisk at føre bevis i en pågældende sag ud fra viljesteorien alene. En undersøgelse af løftegivers adfærd før viljeserklæringen kan dog bidrage til at danne et indblik i, hvad selve hensigten bag erklæringen er⁸⁰.

Det samme problem må opstå ved benyttelsen af tillidsteorien, da det ligeledes er svært at skabe sig et indblik i præcis, hvilke forventninger erklæringen har skabt hos løftemodtager.

Dette leder os dermed i retningen af erklæringsteorien, som vel nok ligger tættest på den måde, en dømmende ret vil anskue en viljeserklæring. Her undersøges, hvad der rent objektivt må forstås med erklæringen.

I sidste ende vil en domstol som regel ende op med en helt fjerde model, hvor begge parter forhold gør sig gældende. En integreret afvejningsteori⁸¹ tager udgangspunkt i, at den ene part har haft en vilje til at blive forpligtiget, og at denne vilje har skabt en forventning hos den anden part. Man foretager her en afvejning af begge parter forhold ud fra de retskilder, som må gøre sig gældende.

Inden for dansk lovgivning findes der områder, hvor der til en hvis grænse er taget stilling til fordel for enten hensynet til afgiverens vilje eller modtagerens tillid.

Inden for forbrugerretten spiller viljen ofte en stor rolle, når der eksisterer forskellige fortrydelsesregler, som beskytter forbrugeren. Men i den kommercielle aftaleret vejer hensynet til modtagerens forventning og tillid ofte tungest⁸².

⁷⁷ Mads Bryde Andersen (2), s. 43.

⁷⁸ Mads Bryde Andersen (2), s. 44.

⁷⁹ Mads Bryde Andersen (2), s. 45.

⁸⁰ Mads Bryde Andersen (2), s. 45.

⁸¹ Mads Bryde Andersen (2), s.46.

⁸² Mads Bryde Andersen (2), s. 43.

I tiden op til AFTL tilblivelse i 1917 lages der også mest vægt på modtagerens forventning.⁸³ At AFTL lægger vægt på tillidsteorien ses i § 32, stk. 1. Ifølge § 32, stk. 1 er afgiveren af en viljeserklæring, som på grund af fejl hos afgiveren har fået et andet indhold end, hvad der var hensigten, ikke bundet, hvis modtageren er i ond tro. Der er dog ikke tale om en radikal version af tillidsteorien, da risikoen for forvanskning foretaget af budbringer, ikke bæres af afgiveren, jf. § 32, stk. 2.

Da en partneringaftale udarbejdes af parterne via fælles formulering og workshops, kan der argumenteres for, at en integreret afvejningsteori gør sig gældende.⁸⁴ I girafhusaftalen bygger aftalen i høj grad på tillid, hvilket også fremgår af aftalens succesmål i § 3. Dette leder os over i tillidsteorien, hvor løftemodtagers evne til at kunne vise tillid til det erklærede som værende det vigtigste i aftalen. Det tætte samarbejdet i en partneringaftale vil miste meget af sin værdi, hvis ikke parterne kan have en tillid til, at løftegiver vil overholde det erklærede.

Et andet centralt element i girafhusaftalen er åbenhed, som allerede er fastslået i aftalens formål under § 2. Denne åbenhed kræver dog en stærk vilje til at deltage i et åbent samarbejde, hvor papirer er åbne og tilgængelige for alle parter i aftalen. Hvis viljen til at deltage i et åbent samarbejde ikke er til stede, vil aftalen ikke kunne fungere. Dermed har viljesteorien også en central betydning i den efterfølgende analyse af aftalen.

Vi ender dermed op med en integreret afvejningsteori, hvor der tages hensyn til alle parters forhold. En integreret afvejningsteori stemmer også godt overens med de specielle karakteristika ved partneringaftalen, hvor alle parter underskriver samme dokument. Alle parterne giver dermed løfte om at forfølge det fælles mål.

Parterne formulerer aftalen i fællesskab, og alle parter underskriver. Alle parterne i aftalen fremstår således både som løftegiver og løftemodtager. Dermed får både viljesteorien og tillidsteorien betydning for analysen.

2,4. Analyse af girafhusaftalens klausuler.

I det følgende afsnit vil girafaftalens klausuler blive analyseret med henblik på at skabe et overblik over formålet i aftalen. Visse klausuler er af mindre betydning for denne analyse og vil dermed ikke blive gennemgået i dybden, selvom der evt. vil blive henvist til dem undervejs. De klausuler, som får betydning for denne analyse, er følgende:

- §2- Formål.
- §3- Succesmål.

⁸³ Bernard Gomard, *Almindelig kontraktsret*, s. 56.

⁸⁴ Forholdene omkring selve indgåelsen af partneringaftalen er gennemgået i kapitel 3.

- §7- Samarbejdes grundlag og forløb.
- §10- Parternes ydelser og arbejdsopgaver
- §11- Håndtering af tvister.

Hvert afsnit i analysen er bygget op over de enkelte klausuler i aftalen, således at de enkelte klausuler bliver delt op i stykker, som efterfølges af en analyse. Til understøttelse af analysen benyttes byggeriets ”standardparadigme” som et væsentligt fortolkningselement til at skabe et overblik over, i hvilken grad girafhusaftalen svarer overens med de intentioner, branchen har haft med brugen af partnering i byggeriet.⁸⁵

§ 2: Formål.

Samarbejdsaftalens formål er, at parterne i et åbent og integreret samarbejde gennemfører projektering og udførelse af et girafhus og – anlæg, som overholder bygherrens overordnede krav til økonomi, tid og kvalitet”

§ 2 og 3 i girafhusaftalen er formålsklausuler og har en løsere formulering end de efterfølgende klausuler. Disse klausuler har dermed en mere overordnet karakter set i forhold til aftalen og skal derfor ses i samspil med de efterfølgende klausuler, som er mere præcise i deres formulering. Dette betyder dog ikke, at § 2 og 3 ikke har nogen indvirkning på de krav, der stilles til parterne, men blot at deres betydning for aftaleforholdet bør ses i sammenhæng med de efterfølgende klausuler om f.eks. aftaleforholdets grundlag og forløb i § 7.

Det fremgår af § 2, at parterne har valgt at sætte fokus på et åbent og integreret samarbejde, som skal overholde bygherrens overordnede krav til økonomi, tid og kvalitet. I klausul 4 og 5 er en del af disse overordnede mål omkring økonomi og tid opstillet. Disse to klausuler vil ikke blive gennemgået nærmere, da de ikke har nogen betydning for analysen af selve aftalens formål.

Hvad der i aftalen menes med et åbent og integreret samarbejde er derimod interessant for formålet med aftalen, og betydningen bliver også uddybet nærmere i de senere klausuler.

§ 3. Succesmål.

Den tredje klausul i kontrakten opstiller en række succesmål for henholdsvis proces og produkt. Disse succesmål har som tidligere nævnt en meget overordnet karakter, som danner grundlag for en senere uddybning i de efterfølgende klausuler.

⁸⁵ For en nærmere redegørelse for ”standardparadigmet” som retskilde eller fortolkningsbidrag, se kapitel 1.

Klausulen er opdelt i de succesmål, der knyttes til henholdsvis proces og produkt. De succesmål, der knyttes til processen, er som følger:

§ 3, stk. 1

- At der opretholdes en høj grad af teamspirit baseret på åbenhed, ærlighed. Tillid og gensidig respekt.
- At sikre at team ånden er forankret i egen organisation.
- At processen gennemføres i et positivt og konstruktivt samarbejde.
- At processen gennemføres i positiv dialog i stedet for modspil og tvister.
- At byggeriet gennemføres uden eller med få gener for haven.

Her er begrebet åbenhed igen sat i fokus sammen med tillid og et positivt og konstruktivt samarbejde. Det bliver således slået fast, at samarbejdet er i fokus, og at åbenhed og tillid er et nøgleord for samarbejdet, ligesom det ses af § 2. Her kommer dog ingen nærmere konkretisering af ”åbenhed” og ”tillid”, og hvad disse indebærer. At der lægges vægt på et positivt og konstruktivt samarbejde er dog ikke overraskende og vil også kunne være tilfældet i andre typer af kontrakter⁸⁶. Det er således begreberne ”åbenhed” og ”tillid”, som vil blive uddybet nærmere.

Punkt 4 i klausulen nævner tvistløsning, som vil blive nærmere uddybet under analysen af klausul 11.

Succesmål for selve produktet ses af § 3, stk. 2.

- At det nye girafhus bliver et markant, publikumsattraktivt islet i Københavns ZOO og at det giver en høj trivsel for dyrene.
- At bygherrens overordnede krav til funktionalitet, økonomi, tid og kvalitet, herunder arkitektur overholdes.
- At byggeriet gennemføres som miljø-rigtigt, ud fra et sæt vedtagne miljømål.
- At parterne opnår tilfredsstillende økonomiske resultater.
- At byggeriet afleveres mangelfrit indenfor tidsrammen.

Her er især punkt 4 interessant, idet der står, at parterne skal opnå tilfredsstillende økonomiske resultater. Her er ingen uddybning af, hvad et ”tilfredsstillende økonomisk resultat ” kunne være. Det virker dog ikke til kun at være en overholdelse af den økonomiske ramme, der er tale om her. En nærmere uddybning af dette vil foretages ud fra de efterfølgende klausuler.

§ 7. samarbejdets grundlag og forløb.

⁸⁶ Christina D. Tvarnø (3), s. 2.

Under klausul 7 i aftalen fastlægges grundlaget for samarbejdet samt forløbet. Her fastslås det, at parterne forpligtiger sig til at handle i overensstemmelse med målsætningerne og intentionerne i nærværende aftale. Set i forhold til de tidligere gennemgåede klausuler må det i særdeleshed dreje sig om begreberne åbenhed og tillid samt at opnå et tilfredsstillende økonomisk resultat.

Herefter uddybes, hvad der menes med begreberne åbenhed og tillid, som er nævnt både under formål og succesmål. I § 7, står følgende.

Parterne forpligter sig til at handle i overensstemmelse med målsætninger og intentioner i nærværende aftale.

Det er afgørende, at parternes samarbejde bygger på tillid, fuld åbenhed og professionalisme. Dette indebærer at parterne gensidigt har indsigt i hinandens økonomi knyttet til byggesagen, herunder at entreprenøren fremlægger sine kalkulationer og tilbud fra underentreprenører og leverandører.

Under punkt 4 i ”byggeriets standardparadigme” står følgende angående partneringaftalens organisation og samarbejdsform:

”Aftalens parter forpligter sig til at handle i overensstemmelse med intentionerne i nærværende aftale. Det er således en afgørende forudsætning for og for realiseringen af den målsætning og de intentioner, der udspringer af den aftalte samarbejdsform, at parternes samarbejde bygger på tillid, fuld åbenhed og professionalisme”.

Herudover findes der i standardparadigmet en nærmere uddybning af, hvad begrebet åbenhed indebærer, som også vil kunne bruges til at definere, hvad parterne forpligtiger sig til, når de indgår en partneringaftale, som er baseret på åbenhed. Under bemærkningerne til punkt 6,2 i standardparadigmet står, at *”fuld åbenhed indebærer, at detailspecifikation af alt prisdannelse oplyses i relevant omfang”*.

Dette svarer godt til formuleringen i girafhusaftalen, som også lægger vægt på tillid og åbenhed.

I § 7 står der netop, at partnerne skal have indsigt i den del af hinandens økonomi, som omhandler denne byggesag. På denne måde får alle indsigt i, hvilke omkostninger hver part har båret, og om der evt. har været opnået rabatter eller andre besparelser. Åbenhed i partneringaftalen bliver ifølge standardparadigmet lig med åbne regnskaber og information omkring prisdannelse, hvilket sker med henblik på at fremme incitamentet til at handle i byggeriets interesse.

Det faktum, at alle parterne har indsigt i alle dokumenter, vil medføre, at de forskellige parter ikke har mulighed for at skjule oplysninger for hinanden og gør det muligt at få et overblik over det samlede overskud, uden at en af parterne har mulighed for at holde visse økonomiske fordele for sig selv.

I afsnit 4 står der først, at parterne skal have indsigt i hinandens økonomi knyttet til byggesagen, herunder at entreprenøren skal fremlægge sine kalkulationer og tilbud fra underentreprenører og leverandører. For at formålene om åbenhed og tillid skal virke optimalt, bør fremlæggelse af kalkuler gælde alle parter, da alle parter vil kunne holde forskellig information skjult, med henblik på selv at drage fordel af dem. I denne aftale har parterne dog kun valgt at lade disse ekstra krav gælde for entreprenøren, hvilket formentlig skyldes entreprenørens indkøb samt samarbejde med forskellige underentreprenører. Princippet uddybes nærmere i § 10.

Efter indgåelsen af partneringaftalen skal aftalens målsætninger og intentioner varetages af styregruppen, som består af fire personer, herunder en repræsentant fra hver af parterne. Også projektledelsen består af fire personer, som hver især repræsenterer en part i aftalen.

En nærmere specifikation af parternes respektive opgaver og ansvarsområder ved projektering og udførelse er opgivet i klausul 8.

§ 10. Grundlag for og indhold i entreprisekontrakten

Entreprisekontrakten baseres på AB92 og bestemmelserne i denne samarbejdsaftale.

Parterne i girafhusaftalen har valgt at tiltræde AB92 som helhed, hvilken på visse punkter ikke svarer godt overens med det særlige samarbejde i en partneringaftale.

AB 92 fungerer som en række standardvilkår om almindelige betingelser for arbejde og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed. De almindelige bestemmelser regulerer praktiske forhold som sikkerhed, forsikring, ophævelse og tvister. Flere af bestemmelserne harmonerer ikke med formålet med en partnering aftale, som lægger op til dialog, tæt samarbejde og intern løsning af tvister. AB 92 bærer præg af traditionel kontraktsret med bestemmelser, som angår sikkerhedsstillelse, tidsfrister, mangler og voldgift. Dette medfører, at mange af bestemmelserne er direkte i strid med ideen om partnering og kan ødelægge formålet i aftalen.

Det er således relevant, at overveje, hvorfor der i girafhusaftalen som i de fleste andre partneringaftaler, er foretaget et valg om at støtte aftalen på AB 92.

Ifølge Christina D. Tvarnø skyldes dette, at en manglende henvisning til AB 92, vil medføre, at den almindelige obligationsret vil finde anvendelse som udfyldningsgrundlag for aftalen. Dette ville ikke være hensigtsmæssigt i en byggeaftale.⁸⁷

Det vil dermed være hensigtsmæssigt, hvis byggebranchens parter i stedet udformer en række kontraktsbestemmelser om misligholdelse, som henvender sig specielt til partneringaftaler. Da dette ikke er tilfældet, har byggebranchens parter således kun AB 92 at henvise til, hvis de ikke ønsker at baserer aftalen på den almindelige obligationsret.

Her kan det diskuteres, hvorvidt parterne i girafhusaftalen burde have fraskrævet sig visse bestemmelser i AB 92, idet disse bestemmelser ikke harmonerer med aftalen.

Som det fremgår af kapitel 1 er AB 93 en retskilde, som kræver tiltrædelse af parterne, og parterne behøver dermed ikke at tiltræde standardbestemmelserne som helhed.

Ifølge byggeriets standardparadigme bør parterne fratræde visse bestemmelser i standard betingelserne. Under punkt 3 i ”standardparadigmet” gøres det klart, at der er visse bestemmelser i AB92, som ikke svarer overens med formålet i partneringaftaler⁸⁸.

Herefter går girafhusaftalen igen ind i kravet om åbenhed, idet der står følgende:

På baggrund af projektforslaget udarbejder entreprenøren i fuld åbenhed en kalkulation af entreprenøromkostningerne baseret på udgifterne til egenproduktion, leverancer og underentreprenører. Entreprisensummen fremkommer ved at tillægge det aftalte dækningsbidrag på yy %. Entreprisensummen kan ikke overstige den økonomiske ramme for entreprenørudgifter nævnt i afsnit 4.

Her nævnes igen udarbejdelsen af kalkuler over entreprenørens udgifter, som også er nævnt under § 7. Igen fremgår det, at der lægges særlig vægt på åbenheden omkring entreprenørens udgifter. Der ønskedes således en grundigere gennemgang af entreprenørens økonomi. Ønsket om en særlig udspecificering af entreprenørens økonomi, må skyldes entreprenørens samarbejde med underentreprenører og leverandører, som står udenfor partneringaftalen. Det er entreprenøren, som står for indkøb af materialer samt samarbejder med forskellige underentreprenører, hvilket kan give ham større mulighed for at holde visse dele af sit arbejde skjult, som f.eks. opnåede rabatter eller nedslag i priser.

⁸⁷ Christina D. Tvarnø (3), s. 3.

⁸⁸ En nærmere gennemgang af hvilke paragrafer, som er i strid med formålet i en partneringaftale, kan findes i Bygs ”standardparadigme” under bemærkningerne til punkt 3,1.

I standardparadigmet er der dog ikke lagt særlig vægt på fremlæggelse af entreprenørens kalkuler. Her fastslås det blot, at der er fuld åbenhed i økonomien for alle parter. Dette er også tilfældet i Girafhusaftalen, selvom der er lagt særlig vægt på, at entreprenørens arbejde bør underlægges yderligere åbenhed. Denne del af aftalen stemmer dog dårligt overens med begrebet tillid, som der ellers lægges vægt på igennem hele aftalen.

Afregning foretages derudover efter følgende principper og med nedennævnte incitament:

Der er fuld åbenhed om økonomien og alle parter er medansvarlige for at sikre at økonomien holder og forpligtet til at medvirke til at optimere økonomien til gavn for byggeriet og med henblik på at opnå øget indtjening og besparelser for alle parter.

Her introduceres begrebet om fælles optimering, idet der står at parterne er ” *forpligtet til at medvirke til at optimere økonomien til gavn for byggeriet og med henblik på at opnå øget indtjening og besparelser for alle parter.* ”

Her fastslås det, at alle parterne skal optimere økonomien til gavn for byggeriet.⁸⁹ Parterne forpligtiger sig hermed til at optimere transaktionen som helhed frem for at optimere deres eget udbytte af samarbejdet. Parterne går dermed fra suboptimering til helhedsoptimering af transaktionen..

Helhedsoptimering hænger nøje sammen med kravet omkring åbenhed.⁹⁰ De åbne regnskaber sikrer, at alle parter har kendskab til relevant information omkring prisdannelser, omkostninger, aflønninger mm. Dette medfører øget incitament til at helhedsoptimere, da det bliver væsentligt sværere at holde særlige informationer for sig selv med henblik på at optimere sit eget udbytte af aftalen. Helhedsoptimering af transaktionen skal således sikre et øget overskud for alle parter i byggeriet. Begreberne omkring åbenhed og Helhedsoptimering er fuldstændig centrale for partneringaftaler og er også at finde i standardparadigmet. Under punkt 6,2 i standardparadigmet står følgende:

“der er fuld åbenhed omkring økonomien, og alle parter er medansvarlige for at sikre, at økonomien holdes inden for budgetrammen, og er forpligtede til at optimere økonomien med henblik på at opnå en øget indtjening/besparelse for alle parter ”

⁸⁹ Her bevæger man sig således ind i økonomisk teori og sprogbrug. Optimering er et almindeligt benyttet begreb i økonomien, og selvom formålet med denne del af afhandlingen er en juridisk analyse af aftalen, vil det i partneringaftaler ofte være svært at holde disse to områder fuldkommen adskilt. Dette skyldes grundlæggende, at partneringaftaler er juridiske aftaler, som bygger på økonomiske rationaler. I Økonomidelen vil ordet fællesoptimering blive benyttet, frem for helhedsoptimering.

⁹⁰Christina D. Tvarnø(3), s. 3.

Ved at sætte fokus på den helhedsoptimering af byggeriet, adskiller girafhusaftalen sig således væsentligt fra traditionelle entrepriseaftaler. I den traditionelle aftale vil parterne hver især forsøge at suboptimere eget udbytte og opnå den bedste pris for deres arbejde. Det gøres dog klart at helhedsoptimering skal ske til fordel for alle parter i aftalen, idet alle parter herved skal opnå en øget indtjening og besparelse.

Herefter følger en incitamentsaftale.

Entreprenør- og rådgiverudgifter, nævnt i afsnit 4, kan i overensstemmelse med den valgte opgavefordeling og efter aftale mellem parterne, forskydes indenfor den samlede ramme for disse udgifter.

Såfremt det i pkt. 4 anførte beløb til uforudseelige udgifter ikke forbruges og/eller der i udførelsesfasen fremkommer besparelser ved projektændringer, som kan godkendes af alle parterne, samt at betingelserne i pkt. 5 og 6 er overholdt, fordeles det uforbrugte beløb med 1/3 til bygherre, 1/3 til entreprenør, 1/6 til arkitekt og 1/6 til ingeniør.

Denne del af aftalen fastslår en fordeling af det anførte beløb til uforudseelige udgifter i tilfælde af, at dette beløb ikke forbruges. Dette giver parterne incitament til at overholde de budgetterede udgifter, idet det anførte beløb vil blive fordelt imellem parterne, hvis budgettet holder.

Bonus nævnt i pkt.4 udbetales såfremt byggeriet overholder den økonomiske ramme, er afleveret mangelfrit til tiden og i øvrigt overholder alle samarbejdsaftalens bestemmelser. Bonus fordeles med 3/5 til hovedentreprenøren, 1/5 til bygherre, 1/10 til arkitekten og 1/10 til ingeniøren.

En bonus fordeles imellem parterne, såfremt byggeriet overholder den økonomiske ramme, er afleveret mangelfrit, til tiden og i øvrigt overholder alle samarbejdsaftalens bestemmelser. Denne bestemmelse tjener ligeledes som et incitament til, at parterne skal overholde tidsfristen og de øvrige samarbejdsbestemmelser i aftalen.

Under punkt 6.4 i ”standardparadigmet” lægges der op til, at der bør inddrages en incitaments aftale i partneringaftalen. Det ses også af standardparadigmet, at parterne kan udarbejde en model for overskuds- og underskudsdeling, hvilket understøtter vigtigheden af brug af incitament i en partnering aftale. Incitament er vigtige i en partneringaftalen, da parterne skal have incitament til at følge kravet om helhedsoptimering. I girafhusaftalen har parterne valgt at indgå en incitaments aftale, der skal bevirke, at parterne undgår uforudseelige udgifter samt en bonusaftale, som udløser en bonus, hvis byggeriet overholder tid og aftalens øvrige

bestemmelser. I girafhusaftalen indgår der ikke nogen model over underskudsdeling, hvilket evt. kan føre til uenighed imellem parterne i tilfælde af underskud i byggeriet. Parterne kan her blive uenige om, hvem der skal bære hvilken del af underskuddet.

§ 11. Håndtering af tvister:

Det er et succeskriterium at eventuelle uenigheder løses i en positiv dialog. Såfremt dette ikke kan opnås, vil parterne forinden formelle tiltag efter ABR/AB gøre brug af Foregreben tvistløsning (der udpeges en eller flere opmænd) efter bestemmelser herom udarbejdet af Voldgiftsnævnet for bygge - og anlægsvirksomhed. Dette gælder også parternes aftaler med underleverandører/-entreprenører.

Indholdet i § 11 svare således til to af kravene til processen i § 3.

- At processen gennemføres i et positivt og konstruktivt samarbejde.
- At eventuelle uenigheder løses i positiv dialog i stedet for modspil og tvister.

Samme princip fastslås i klausul 11, som siger, at ” *det er et succeskriterium, at evt. tvister løses i en positiv dialog* ”. Er det ikke muligt for parterne at løse problemet via dialog, åbner aftalen op for brug af foregreben tvistløsning.⁹¹

Dette svarer overens med punkt 11. i ”standardparadigmet”. Kan uenigheder ikke løses i styregruppen, tilråder ”standardparadigmet” brug af mediation eller mægling, hvor girafhusaftalen har valgt mægler/opmand modellen. Det er klart, at traditionel tvistløsning ved en domstol eller voldgift vil være imod intentionerne i denne aftale, og bør undgås. Skal sagen fremlægges ved voldgift, vil hver part søge at opnå det resultat, som tjener deres stilling i samarbejdet bedst. Dette vil være imod kravet om helhedsoptimering og bør derfor altid undgås i en partneringaftale. Parterne bør også vælge en tvistløsnings model som ikke er til skade for det særlige samarbejde i aftalen,

2.5. Delkonklusion.

Som det ses af ovenstående gennemgang af aftalen, er det ikke partneringaftalens formål at definere, hvordan det endelige byggeri skal se ud. Aftalen stiller i stedet en række retningslinjer op, som specificerer parternes adfærd samt bygherrens behov. Parterne forpligtiger sig således til en række overordnede betingelser, som i sidste ende skal føre til et bedre byggeri.⁹²

⁹¹ Dvs. at voldgiftsnævnet vælger en opmand, som giver sin opfattelse af uenigheden. Herefter kan parterne frivilligt vælge at anvende denne løsning.

⁹² Med et bedre byggeri menes både et billigere og kvalitetsmæssigt bedre byggeri, som i sidste ende bør sikre alle parter et bedre udbytte af byggesagen.

De overordnede betingelser, der lægges vægt på i aftalen, og som er gennemgående i de fleste klausuler, er tillid, åbenhed og samarbejde. Formålet med disse tre parametre er, at parterne ser byggesagen som en helhed frem for at fokusere på eget udbytte af aftaleforholdet. Når parterne fokuserer på projektet som en helhed, undgås det, at parterne modarbejder hinanden og følger deres egne interesser. Parterne i aftalen skal dermed fjerne fokus fra, hvor stort et udbytte de hver især får af projektet, til i stedet at fokusere på at gøre det samlede udbytte større. Idéen med dette er, at denne tilgang vil øge overskuddet for alle parter i byggeriet. På den måde bliver hovedformålet med girafhusaftalen helhedsoptimering.

Når parterne indgår en partneringaftale, giver de udtryk for en vilje til at optimere byggeriet som en helhed frem for udelukkende at optimere deres egen andel af udbyttet. Parterne indvilliger dermed i at arbejde med åbne bøger og indgå i et samarbejde, der i høj grad bygger på tillid. Når parterne afgiver denne viljeserklæring om helhedsoptimering, sker det med en forventning til, at deres samarbejdspartnere efterlever samme krav. Hvis ikke alle parter fjerner fokus fra egne interesser i forløbet og i stedet fokuserer på transaktionen som en helhed, mister aftalen sit formål. Helhedsoptimering bliver således det grundlæggende formål i aftalen, som parterne binder sig til, når de indgår partneringaftalen. I forbindelse med dette formål, forpligtiger parterne sig også til at samarbejde, arbejde med åbne bøger og visse tillid til hinanden. Partneringaftalen får således den klare konsekvens, at der stilles en række yderligere krav til selve ydelsen, end hvad der er tilfældet i traditionelle bygge entrepriser. Parterne i aftalen binder sig dermed til at opfylde disse yderligere krav, som i høj grad knytter sig til samarbejdet og processen⁹³.

Kapitel 3: Partneringaftalens bindende virkning.

I foregående afsnit blev formålet i girafhusaftalen analyseret. Denne analyse førte frem til konklusionen af, at formålet i girafhusaftalen er helhedsoptimering af transaktionen. Dvs. at partneringaftalen adskiller sig fra traditionelle byggeentrepriser ved, at alle parter er med til at formulere partneringaftalen⁹⁴, hvorefter de arbejder mod et fælles mål. Den efterfølgende konkretisering af aftalen sker ved successive aftaleindgåelser.

I stedet for at udarbejde en kontrakt med fokus på kravspecifikation, misligholdelsesbestemmelser, ansvarsfraskrivelser og bodsbestemmelser, udarbejdes der i

⁹³ Væsentligheds kriteriet for disse krav til ydelsen, vil blive belyst i kapitel 6.

⁹⁴ Christina D. Tvarnø (3), afsnit 7.

stedet en aftale om et særligt forpligtigende samarbejde, hvor parterne fokuserer på fælles målsætninger, helhedsoptimering, åbne regnskaber og brug af incitamenter og nøgletal. Denne nye aftaleform lægger således i langt højere grad vægt på tillid og dialog end rettigheder og misligholdelsesbeføjelser.⁹⁵

En Partneringaftale bygger på successiv aftaleindgåelse på baggrund af en rammeaftale.⁹⁶ Parterne forhandler sig i fællesskab frem til et kort aftaledokument over de grundlæggende betingelser og forhold, som skal gøre sig gældende i aftaleforholdet. Selve partneringaftalen har i høj grad til funktion at danne ramme om samarbejdet og parternes adfærd i forbindelse med byggeriet. Girafhusaftalen lægger f.eks. vægt på åbenhed, tillid og samarbejde imellem parterne. I aftalen foreligger ikke nogen decideret kravspecifikation men en formulering af bygherrens behov, som søges opnået igennem forløbet.

Indgåelsen af en partneringaftale får således andre konsekvenser for transaktionen og dermed også parterne, end en traditionel byggeentreprise har.

Formålet med dette afsnit er at undersøge disse konsekvenser ved at undersøge i hvilken grad, parterne i en partneringaftale er bundet i forhold til en traditionel aftale. Det interessante spørgsmål bliver dermed at undersøge, om aftalens særlige karakter sammen med den successive aftaleindgåelse kan medføre tvivl om, hvorvidt parterne i girafhusaftalen er bundet i samme grad som parterne i en traditionel byggeentreprise.

For en besvarelse af denne problemstilling kræves der en redegørelse for det juridiske indhold af en partneringaftale. Til løsning af denne problemstilling analyseres girafhusaftalen ud fra reglerne om aftalers indgåelse samt relevante domme. Hertil støttes analysen på relevante fortolkningsbidrag, hvilket især vil være relevant juridisk litteratur.

3, 1. Aftaleloven og den traditionelle aftaleret.

Med DL fra 1683 fastslås de første grundlæggende principper om formfrihed og aftalers bindende virkning, som stadig er gældende inden for den danske aftaleret i dag.

I danske lov 5-1-1 og 5-1-2 fastslås princippet om formfrihed og aftalers gyldighed. Allerede her fastsloges det, at alle aftaler er bindende, hvad end de er givet mundtligt eller skriftligt. Måden en aftale indgås har dermed ingen indflydelse på, hvorvidt den er bindende. Det er dog som regel

⁹⁵ Christina D. Tvarnø (3), afsnit 2.

⁹⁶ Christina D. Tvarnø (7), s. 4.

nemmere at føre bevis for en skriftlig aftale frem for en mundtlig. Ved en dybere analyse af partneringaftalens binding af parterne skal reglerne i AFTL, som er gældende på formuerettens område benyttes.

I Lovens § 1 fastslås det, at ”Tilbud og svar på tilbud er bindende for afgiveren”.

For at undersøge hvorvidt der foreligger et ”tilbud” og et ”svar” i forbindelse med partneringaftalen, undersøges hvad der i AFTL menes med tilbud og svar på tilbud.

AFTL fra 1917 er den mest centrale lov ved regulering af aftaleforhold i Danmark. For at give en klar indsigt i lovens anvendelsesområde definerer Lennart Lyng Andersen udtrykkende i overskriften således.

Med begrebet aftale menes de viljeserklæringer, som afgives af aftalens parter. Retshandel defineres som ”den private viljeserklæring, som efter sit indhold går ud på at stifte, forandrer eller ophæve ret, og som derfor har den af indholdet angivne retsvirkning, for så vidt ikke særlige omstændigheder foreligger”⁹⁷.

3, 2. Den traditionelle model for aftalers indgåelse.

For at forstå problemstillingen bag partneringaftalens særlige udarbejdelse som successiv aftaleforhandling på baggrund af en ramme aftale, sættes partneringaftalen op imod den traditionelle model for aftalers indgåelse, som er AFTL’s tilbud-accept model. Her foreligger der en endelig aftale, når der er afgivet et tilbud og et svar på tilbud, jf. § 1 i AFTL.

Tilbud:

Ifølge Lennart Lyng Andersen er et tilbud *et løfte, dvs. en viljeserklæring, der lægger bånd på afgiveren*. Dette løfte taber sin retsvirkning, hvis ikke det antages rettidigt.⁹⁸

Et tilbud foreligger kun, hvis løftegiver har taget endelig stilling og forelægger modtagerne to muligheder, som er accept eller afslag.

Ifølge løfteprincippet er løftegiver forpligtet fra det tidspunkt, hvor han afgiver et tilbud. Løftegiver er således bundet af sit tilbud, allerede før tilbuddet er accepteret, hvilket umiddelbart giver modtageren en hvis fordel.

Der er dog mulighed for at sætte en frist for antagelse af tilbuddet eller for at tilbagekalde tilbuddet, jf. § 2, stk. 1 og § 7 i AFTL.

⁹⁷ Lennart Lyng Andersen(1) s. 21-22.

⁹⁸ Lennart Lyng Andersen (2) s. 38.

Accept:

På trods af det haltende retsforhold, som etableres, når tilbud gives⁹⁹ og løftegiver bindes af sit tilbud, kan modtageren dog ikke udskyde sit svar uendeligt.

I tilfælde af at tilbudsgiver har fastsat en frist for afgivelse af accept, gør reglerne i § 2 i AFTL sig gældende. I så tilfælde skal ”antagende” svar være kommet frem til tilbudsgiver inden fristens udløb jf. § 2, stk. 1. Med antagende svar menes der her ”overensstemmende accept”¹⁰⁰.

Accepten anses for at være nået frem, når den er nået så langt, at tilbudsgiveren under normale omstændigheder ville have haft chance for at gøre sig bekendt med denne.

Har tilbudsgiver dog ikke ansat en frist for accept, gør reglerne i § 3 om den legale acceptfrist sig gældende.

Ifølge denne regel skal accepten være ”kommet frem til tilbudsgiver inden udløbet af det tidsrum, som ved tilbuddets afgivelse af ham kunne påregnes at ville medgå”. Ved tilbud til fraværende personer indgår i fristen, forsendelse af tilbud, betænkningstid og forsendelse af accept. Tilbud til nærværende personer det vil sige, at mundtlig fremsættelse af tilbud skal accepteres straks med mindre, der gives en frist for accept, jf. § 3, stk. 2.

Kommer et antagende svar for sent frem, anses det som et nyt tilbud, jf. § 4. Der gælder dog en hvis reklamationspligt, som pålægges den oprindelige tilbudsgiver, hvis han ikke vil godkende svaret. Undlader han at give afsenderen meddelelse herom, anses aftalen for indgået, jf. § 4, stk. 2. Afgives der uoverensstemmende accept, anses dette som afslag i forbindelse med nyt tilbud, jf. § 6, stk. 1. Dette gælder dog ikke, hvis afsenderen af svaret går ud fra, at det er overensstemmende med tilbuddet, og tilbudsgiveres måtte indse dette, jf. § 6, stk. 2.

Det ses dermed ud fra bestemmelserne i kapitel 1 i AFTL, at en aftale anses for indgået, hvis det antagende svar er kommet frem hos tilbudsgiver i rette tid.

Den model for aftalers indgåelse, som vi finder i Aftaleloven, er således bygget op over et fremsat tilbud og en accept. Aftalefrihedens grundsætning medfører, at aftalen fungerer som en lov, som regulerer parternes adfærd. Lovgiver har dermed valgt at lade aftaleparternes vilje råde, hvilket medfører, at parterne frit kan ordne egne forhold og udforme aftalen, som de ønsker det. Så længe der foreligger et tilbud og en accept, vil aftalen være bindende.¹⁰¹

I girafhusaftalen foreligger der ikke et fremsat tilbud. Det er de involverede parter opgave i fællesskab at formulere en partneringaftale.

⁹⁹ Lennart Lyng Andersen (2) s. 39.

¹⁰⁰ Lennart Lyng Andersen (1) s. 44.

¹⁰¹ Dette gælder ikke hvis aftalen er i strid med anden lovgivning. Jf. kapitel 1.

Denne partneringsaftale indeholder ikke nogen kravspecifikation eller konkretisering af byggeriet. Parterne forhandler sig i stedet frem til en partneringsaftale, som danner en ramme om deres samarbejde. Girafhusaftalen ligger således til grund for den efterfølgende successive aftaleindgåelse, hvor parterne indgår aftaler omkring en konkretisering af byggeriet.

Den traditionelle tilbud-accept-model kan således ikke benyttes i sin helhed på partneringsaftaler. Det bliver dermed en mere kompleks aftale model, hvilket gør det sværere at afgøre, hvornår parterne bliver bundet af det aftalte.

3.3. Hensigtserklæringer.

Efter en gennemgang af den traditionelle model for aftalers indgåelse foretages her en gennemgang af hensigtserklæringer. Da AFTL bestemmer, hvornår en aftale er indgået, og dermed hvornår parterne bliver bundet af deres viljeserklæring, er det interessant at holde viljeserklæringer op imod den konstaterende erklæring, som er hensigtserklæringen. En hensigtserklæring er ikke bindende for parterne, da den ikke giver udtryk for en reel vilje men derimod en hensigt. Udformningen af hensigtserklæringen adskiller sig også fra reel aftaleindgåelse. Hensigtserklæringen kan dermed benyttes til at foretage en sammenligning imellem en bindende viljeserklæring og en simpel hensigtserklæring. Ud fra denne sammenligning konkluderes, hvorvidt en partneringsaftale som girafhusaftalen er en bindende aftale.

En hensigtserklæring er et prækontraktuelt instrument, som kan udarbejdes i forbindelse med en forhandlingssituation. Erklæringen skal give udtryk for parternes seriøse intentioner og bør i sidste ende blive afløst af en endelig kontrakt.

Ligesom i girafhusaftalen er der således ikke tale om et dokument, som indeholder en specificering af det endelige produkt. Også her foretages en sådan specificering senere i forløbet.

Mads Bryde Andersen definerer hensigtserklæringer som følgende:

*”En hensigtserklæring er en konstaterende erklæring, der udtrykker afgiverens tanker om, hvordan han agter at disponere i fremtiden.”*¹⁰²

Med en konstaterende erklæring menes der *”en udtalelse, der forholder sig til et forhold i den ydre verden eller i afgiverens bevidsthed, men som ikke giver udtryk af at skabe en forpligtelse for afgiveren”*. Dermed gives en konstaterende erklæring ikke med en intention om at skabe et retsgrundlag¹⁰³.

¹⁰² Mads Bryde Andersen (2), s. 94.

¹⁰³ Mads Bryde Andersen (2), s. 92.

En hensigtserklæring må dermed aldrig forveksles med en viljeserklæring, som jo ligger bag et egentligt bindende løfte, som vi ser det i AFTL.¹⁰⁴

En hensigtserklæring giver dermed ikke ret til naturalopfyldelse eller positivopfyldelsesinteresse, hvis den ikke følges op af en handling, som bekræfter den, hvilket vil sige en egentlig aftale. Parterne i en partneringsaftale kan således ikke anse en hensigtserklæring, som en forsikring om, at en aftale vil blive indgået.

Hvis girafhusaftalen ikke er en bindende aftale men blot en hensigtserklæring, vil det således påføre parterne en vis risiko indtil det punkt i forløbet, hvor en konkretisering af selve ydelsen finder sted, og hensigtserklæringen afløses af en endelig aftale.

Dette betyder dog ikke, at en hensigtserklæring kan gives på skrømt uden at kunne forvente nogen form for konsekvens.

Har afgiveren af en hensigtserklæring handlet culpøst, ved f.eks. at handle svigagtig og give udtryk for en hensigt, som reelt aldrig har eksisteret, kan der blive tale om negativ opfyldelsesinteresse. Dette ses også i forhold til den konstaterende erklæring, hvor modtageren kan bringe reglerne om svig i anvendelse, hvis erklæringen er afgivet svigagtigt, jf. § 30 i AFTL¹⁰⁵.

For at erstatning kan komme på tale, må der dog kræves en hvis grovhed, da selve formålet med hensigtserklæringen netop er at undgå de løftevirkninger, som en almindelig viljeserklæring vil medføre.

Thorsten Iversen argumenterer også for, at en hensigtserklæring kan øge den loyalitetspligt, som i forvejen opstår, når parterne indleder en forhandlingssituation¹⁰⁶. Han mener, at loyalitetspligten i forbindelse med hensigtserklæringer kan medføre erstatningsansvar i to situationer.

- 1) Hvis erklæringen er afgivet på skrømt.
- 2) Hvis afgiveren opgiver den hensigt, som han har tilkendegivet, og ikke uden ugrundet ophold informerer modtageren, kan der pålægges erstatningsansvar for tab, som modtageren har lidt i denne forbindelse.

¹⁰⁴ Dette afsnit giver udtryk for hvorledes hensigtserklæringer opfattes i Danmark. Jan Hellner giver i bogen ”Kommersiell avtalsrätt” udtryk for, at der er en forskel på hvordan hensigtserklæringer opfattes (her letters of intent) i Danmark og i Sverige, jf. bogens s. 36.

¹⁰⁵ Mads Bryde Andersen (2), s. 94.

¹⁰⁶ Thorsten Iversen, s. 86,

Iversen skriver ligesom Bryde Andersen, at der kun kan blive tale om negativ kontraktsinteresse.

Selvom en hensigtserklæring ikke svarer til en bindende aftale, kan parterne således ikke afgive falske hensigtserklæringer, uden at dette kan få retlige konsekvenser. De andre parter i forhandlingsforløbet vil dog kun blive holdt skadefri ud fra reglerne om negativ kontraktsinteresse.

I aftalen om girafhuset vil parterne således blive kompenseret for de omkostninger, som de må have båret i forbindelse med indgåelsen af aftalen.

Formålet med en hensigtserklæring er dermed ikke at give et egentlig løfte, som skaber en juridisk binding for angiveren. En hensigtserklæring er udelukkende et dokument, der skal skabe klarhed over, hvilke hensigter parterne har med forhandlingsforløbet.

I girafhusaftalen benyttes der dog formuleringer, som klart adskiller sig fra de formuleringer, der ville blive benyttet i en hensigtserklæring. I girafhusaftalen benyttes ordet ”aftale” flere steder, og i § 7 benyttes ordet forpligtigelse, idet der står ” *Parterne forpligter sig til at handle i overensstemmelse med målsætninger og intentioner i nærværende aftale*”.

En sådan formulering med efterfølgende underskrift af parterne ville ikke blive benyttet i en hensigtserklæring, da en sådan erklæring kun skal give udtryk for parternes hensigt og ikke en konkret forpligtigelse. En hensigtserklæring må således ikke tage form af en decideret aftale, da dette kan medføre at parterne bliver bundet af erklæringen, jf. U.1982.227 Ø¹⁰⁷.

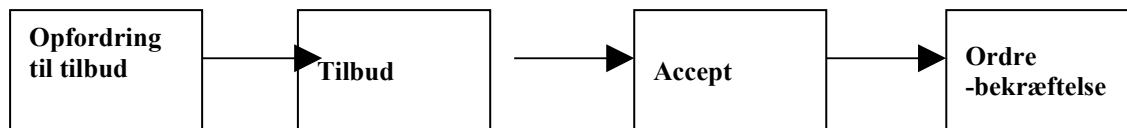
Ud fra dette kan det dermed konstateres, at girafhusaftalen ikke er en hensigtserklæring.

3.4. Forløbet i en partneringaftale.

For at undersøge om partneringaftalen er bindende ud fra reglerne i AFTL om indgåelse af aftaler, undersøges hvordan en partneringaftale udarbejdes. Her ses først et eksempel på, hvordan forløbet i en traditionel aftale ville se ud.

¹⁰⁷ Hvis en hensigtserklæring tager karakter af en egentlig aftale, kan parterne risikere at blive bundet af deres erklæringer, hvilket ikke er hensigten.

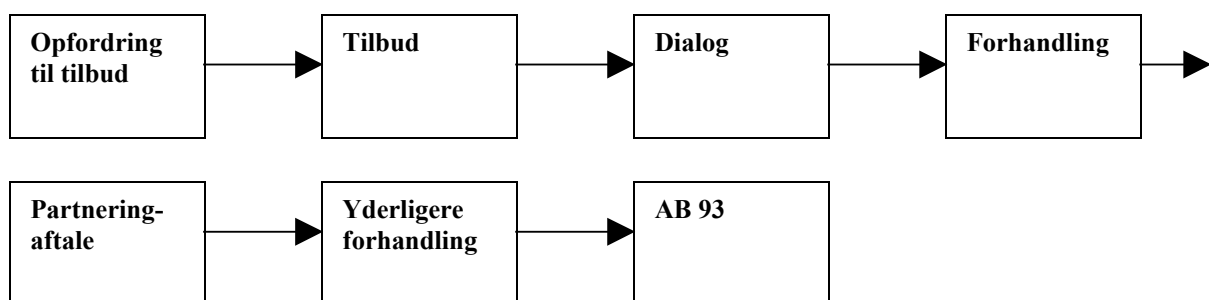
I den forbindelse henvises der til dommen U 1982.227 Ø, hvor den ene part (A) var af den forståelse at aftale var sluttet, mens den anden part (B) så dokumentet som en ren hensigtserklæring. B's begrundelse var blandt andet, at ”indholdet af det rettede forslag var af en sådan ufuldstændig karakter og efterlod så mange åbne spørgsmål, at sagsøgte betragtede dokumentet, der ikke blev underskrevet, men blot paraferet, som et letter of intent”. A var dog af den overbevisning at en aftale var indgået, hvilket også kunne ses ud fra ordlyden af A's omskrevne eksemplar, der blev fremsendt til B nogle måneder efter. Derudover havde B i en tidligere skrivelse selv omtalt dokumentet som ”aftale”. Retten fandt at der var indgået aftale mellem parterne.



Et eksempel på en sådan traditionel aftale kunne være en traditionel byggeentreprise. Her vil bygherre henvende sig til en entreprenør med en opfordring til, at entreprenøren skal udarbejde et tilbud. Herefter vil entreprenøren udarbejde et tilbud, som forelægges bygherre. Herefter kan bygherrer enten antage eller afslå tilbuddet. Visse ændringer i aftalen vil eventuelt blive foretaget på baggrund af dialog imellem bygherre og entreprenør. I sidste ende vil der foreligge et endeligt tilbud og en accept i form af bygherres underskrift.

En partneringaftale er væsentlig anderledes, da der i langt højere grad fokuseres på dialog imellem parterne, og alle parter indgår fra starten. Partneringaftalen udarbejdes dermed i fællesskab, og samarbejdet er delt op i forskellige faser.

En typisk partnering aftale vil se ud som i nedenstående figur¹⁰⁸:



Der kommer således en masse ekstra led ind i forhandlingsprocessen, som ikke ville være tilfældet i en traditionel aftale.

Bygherre vil således modtage et tilbud på en byggeentreprise, som efterfølges af dialog parterne imellem. Herefter formuleres en fælles partneringaftale. Denne partneringaftale fungerer herefter som en rammeaftale, som ligger til grund for en yderligere forhandling omkring detaljerne i aftalen. Parterne vil som regel støtte aftalen på bestemmelser i AB 93.

Forløbet kan deles op i to faser:¹⁰⁹.

Fase 1) Her udarbejdes et byggeprogram, hvor bygherrens behov afdækkes, og der skabes vished for arkitektur, kvalitet, tid, og økonomi. Fase 1 opstiller dermed rammerne for det videre forløb.

¹⁰⁸ Christina D. Tvarnø(1), s. 79.

¹⁰⁹ Bygs ”standard paradigme” s. 36.

Fase 2) Her udføres selve byggeriet ud fra en realisering af de behov, som afdækkes i fase 1. Målet er her at optimere produkt og proces og levere den forventede kvalitet til aftalt tid og økonomi.

Der er således en klar forskel fra den traditionelle aftale, hvor der foreligger et konkret tilbud, som accepteres. Her indgår parterne i stedet i et samarbejde om partneringaftalen.

3.5. Successiv aftaleforhandling og rammeaftaler.

Aftaler, som angår store beløb, eller som finder sted over en længere periode, vil oftest blive indgået successivt.¹¹⁰ Sådanne aftaler kan f.eks. være aftaler om større byggeprojekter, og partneringaftaler i byggebranchen har også karakter af successiv aftaleforhandling.

Forhandlingen om en aftale begyndes ved først at diskutere hovedpunkter og siden detaljer. I første omgang er der dermed ikke tale om en egentlig aftale men bare en forhandling om en aftale. Det afgørende spørgsmål er dermed, på hvilket konkret tidspunkt parterne bliver bundet af en egentlig aftale.

3.5.1. Successiv aftaleforhandling.

Ved successiv aftaleindgåelse kan det være svært at gennemskue hvilke punkter i aftalen, der er indgået fast aftale om, og hvilke punkter der stadigvæk ligger til forhandling.¹¹¹ Forløbet gør det således svært at benytte den traditionelle tilbud-accept model, som vi finder i Aftaleloven. Parterne vil måske opleve, at graden af binding i aftalen stiger i takt med, at de successive forhandlinger skrider frem, men set ud fra et retsligt synspunkt, er dette ikke tilfældet.

Ifølge Jan Hellner er udgangspunktet, at parterne ved successiv aftale indgåelse, kan træde ud af forhandlingerne, når de ønsker det.¹¹² Dette gælder også forhandlinger, som har stået på over længere tid.

Her mener Ramberg, at bindingen i en aftale ikke indtræder successivt, og at aftaleparterne enten er bundet eller ej. Derimod kan graden og antallet af forpligtelser vokse i takt med den successive forhandling af aftalen.¹¹³ Bindingen kan således ikke opdeles i grader, og en part er ikke mere eller mindre bundet. Parterne kan dog forpligte sig til flere forhold i aftalen undervejs, som samarbejdet og den successive aftale indgåelse skrider frem.

¹¹⁰ Lennart Lyng Andersen (2), s. 95.

¹¹¹ Lennart Lyng Andersen (2), s. 96.

¹¹² Jan Hellner, *Kommersiell avtalsrätt*, 1993. s. 35.

¹¹³ Jan & Christina Ramberg, *Almän avtalsrätt*, 2007 .s. 97.

Ramberg går dog videre til at konkludere, at parterne normalt ikke vil anses for bundet, før der er en sammenfattet aftale, som kan ses som en helhed. En binding vil dermed oftest indtræde, når parterne udarbejder og underskriver en skriftlig kontrakt.¹¹⁴ Dette vil som regel ske, når parterne er blevet enige i de grundlæggende forhold i aftalen, som nedskrives i en kontrakt i form af en række ”main terms” eller en rammeaftale, hvorefter parterne efterlader visse ”details” til senere forhandling.

Parterne i girafhusaftalen vil således blive bundet til konkrete ydelser i byggeriet i takt med, at den successive aftaleindgåelse skrider frem. Den enkelte part har ikke bundet sig ved aftale til et konkret forhold i forbindelse med byggeriet, før der er udarbejdet en konkret aftale om dette.

Ifølge Lennart Lyngé kan parterne føre forhandlinger, hvor det er underforstået, at ingen af parterne er bundet, før skriftlig kontrakt er indgået.¹¹⁵ Her aftaler parterne således selv ved indledningen af forhandlingerne, at ingen af parterne er bundet, før en skriftlig aftale er indgået. Det er dog vigtigt at pointere, at der i dansk aftaleret ikke eksisterer nogen formkrav, og at aftalen i nogen tilfælde kan være af en sådan beskaffenhed, at parterne i enkelte tilfælde kan blive anset for at være bundet, før en egentlig skriftlig aftale er underskrevet. Det kan i den forbindelse være interessant at se nærmere på en dom afsagt ved højesteret, hvor den endelige kontrakt ikke var underskrevet:

I U.1977.927 H. havde aktieselskab A påtænkt at udføre en montagehal og havde i den forbindelse modtaget et tilbud fra andelselskab af bygningshåndværkere B. Parterne afholdt et møde d. 9. juli 1974, hvorefter der i referatet til mødet stod, at parterne var kommet til enighed om tilbuddet, idet A dog ønskede visse tekniske ændringer. D. 17. juli afholdtes endnu et møde angående B's udkast til en totalentreprisekontrakt, hvorefter A samme dag sendte et udkast til B, som angav de ændringer A ønskede indført i aftalen. A gav herefter sin advokat fuldmagt til at underskrive aftalen i henhold til de ønskede ændringer i hans fravær. B lod de nævnte ændringer blive indarbejdet i udkastet d. 25. juli og iværksatte projektering. A's advokat skrev dog aldrig under og modtog i mellemtiden yderligere et tilbud fra entreprenør C. D. 6. august udeblev B fra et møde med A's advokat, da B havde erfaret, at C havde givet tilbud på byggesagen, og B havde opfattet det, som om A havde overdraget arbejdet. Herefter sluttede A kontrakt med C.

I denne sag blev A ikendt erstatningspligt til B, da Højesteret fandt, at referatet fra d. 9. juli, sammenholdt med skrivelsen d. 17. juli og advokatens fuldmagt udgjorde bevis for, at aftalen var sluttet.

¹¹⁴ Jan & Christina Ramberg, *Almän avtalsrätt*, 2007.s. s. 97.

¹¹⁵ Lennart Lyngé Andersen (2), s. 96 og s. 93.

I denne sag blev parterne således anset for at være bundet af aftalen, selvom den endelige kontrakt ikke var underskrevet. Parterne i denne dom er dermed blevet bundet af de løfter, som er udsprunget af de successive skridt op til kontraktens underskrivelse. I U.1977.927 H havde A givet B indtryk af, at A ønskede at indgå aftale, hvis en række ændringer blev foretaget i aftalen, hvorefter B foretog de ønskede ændringer. Forhandlingen imellem parterne havde dermed taget en så direkte karakter af løfter, at parterne blev anset for at være bundet. Højesteret lagde dog vægt på referatet fra d. 9 juli, skrivelsen af d. 17. juli samt fuldmagten, som A havde udarbejdet til sin advokat. Det var således skriftlige beviser, som havde betydning i afsigelsen af dommen, og dommen kunne have fået et andet udfald, hvis sagen kun var støttet på mundtlige udsagn imellem parterne. Ikke desto mindre er denne dom et godt eksempel på, hvorledes parterne under successiv aftaleindgåelse, kan blive anset for at være bundet af aftalen, selvom der ikke foreligger en underskrevet kontrakt.

Parterne i girafhusaftalen bør dermed være opmærksomme på, at forhandlingen kan tage en mere direkte karakter af løfter, hvortil parterne kan blive bundet af disse, før en egentlig kontrakt er underskrevet.

3,5,2. Girafhusaftalen. (rammeaftale)

I girafhusaftalen har parterne udarbejdet en partneringaftale ud fra en række grundlæggende forhold. Her har parterne i fællesskab udarbejdet en rammeaftale, som fastlægger det overordnede formål med aftalen og en række overordnede forpligtelser for parterne og deres adfærd. Denne rammeaftale ledsages af bilag med skitseforslag, byggeprogram, miljøformål og lignende.¹¹⁶ De nærmere detaljer om udførelsen af byggeriet fastlægges undervejs ved månedlige statusmøder i styregruppe og projektledelse.¹¹⁷ Her behandles videre spørgsmål om tid og økonomi.

Parterne kan således benytte selve partneringaftalen som et styringsredskab, der fastlægger hvad formålet er med aftalen, og hvad de enkelte parter har pligter til.¹¹⁸ Der udarbejdes kun en fælles aftale, som omfatter både bygherre, hovedentreprenør, arkitekt og ingeniør, og aftalen underskrives af repræsentanten for hver af parterne.

¹¹⁶ Se § 6 i aftalen.

¹¹⁷ Se § 7 i aftalen.

¹¹⁸ Se henholdsvis § 2 og 8 i aftalen.

Girafhusaftalen er således en rammeaftale, som beskriver forløbet i hovedtræk og overlader selve konkretiseringen af byggeriet til senere indgåelse. Dette gøres bevidst, da parterne accepterer, at der ikke kan tages stilling til alle tænkelige problemer på forhånd.

At en aftale kun er angivet i hovedtræk og ikke i detaljer, ændrer ikke på, at den er bindende.

3.6. Konklusion: er Partneringaftalen bindende?

Det ses således ud fra AFTL § 1, at ”Tilbud og svar på tilbud er bindende for afgiveren”. En aftale er således indgået, når Løftegiver har forelagt modtageren et tilbud, og modtageren har afgivet en accept af tilbuddet. I dette øjeblik er aftalen indgået og begge parter er bundet af deres viljeerklæringer.

I en partneringaftale indgås aftalen på en måde, som adskiller sig en smule fra den traditionelle tilbud/accept model, idet aftalen bliver indgået successivt på baggrund af en rammeaftale. Der indgås dermed en rammeaftale, og senere fastlægges detaljerne i byggeriet. Det gør det svært at gennemskue, hvornår parterne bliver bundet af aftalen, og dermed også i hvilken grad de er bundet af aftalen.

I girafhusaftalen vil parterne blive bundet af selve partneringaftalen, efter de har underskrevet dokumentet. I første omgang vil parterne dermed binde sig til selve partnering aftalen. Denne aftale indeholder ikke en konkretisering af selve byggeriet, men angiver i stedet retningslinjer for parternes adfærd samt bygherrens behov. Efter parterne har indgået den bindende partneringaftale, vil de efterfølgende binde sig til forhold omkring selve byggeriet, hvilket sker løbende via successive aftaleindgåelse. Disse aftaler vil binde parterne i det øjeblik, der foreligger tilbud og accept, jf. § 1 i AFTL.

Når parterne har indgået en rammeaftale, er parterne således bundet af indholdet i denne aftale, selvom denne type aftale efterlader mange åbne spørgsmål til senere forhandling. At aftalen mangler konkretisering, har således ikke indvirkning på aftalens bindende virkning, idet parterne har erklæret en vilje til at indgå i et samarbejde om byggeriet af girafhuset. At der evt. opstår uenigheder efter indgåelse af partneringaftalen, betyder dermed ikke at parterne kan bryde med aftalen. Parterne vil stadigvæk være bundet af aftalens overordnede formål.

Jf. analysen i kapitel 2 er formålet med partneringaftalen helhedsoptimering. Parterne har i deres viljeserklæringer forpligtet sig til at holde dette formål for øje, når de indgår i den efterfølgende konkretisering af aftalen. Konsekvensen af den valgte aftaleform bliver således, at parterne har

bundet sig til at indgå i et tæt samarbejde, som er baseret på åbenhed og tillid, og udføre byggeriet således, at det lever op til bygherres behov.

Kapitel 4. Teorien om inkomplette kontrakter.

I transaktionsomkostningsteorien, arbejder parterne med inkomplette kontrakter.

Jurister og økonomer kan have forskellige syn på hvad der gør en kontrakt inkomplet.

Ifølge Ayres og Gertner, anser jurister inkomplette kontrakter, som værende en kontrakt som ikke er fuldt ud specificeret omkring hvilke forpligtelser der pålægges parterne.

Økonomer vil derimod fokusere på hvorvidt en kontrakt optimere parternes udbytte bedst muligt, og anse en kontrakt som ikke opnår dette, for at være inkomplet. Dvs. at økonomer anser en (pareto) efficient kontrakt, som optimerer udbyttet for begge parter, som værende komplet.¹¹⁹

Da denne opgave er udarbejdet inden for både juridisk og økonomisk teori, er begge synspunkter relevante, men når der refereres til komplette kontrakter, er det hovedsagligt den juridiske synsvinkel, som der henføres til.

4.1. Den komplette kontrakt.

I teorien om den komplette kontrakt er alle agenter fuldt rationelle, hvilket betyder, at agenterne har et fuldkomment overblik over alle valgmuligheder og handler rationelt ud fra disse¹²⁰.

For at en kontrakt kan anses, for at være komplet, skal den indeholde specificerede retningslinjer for en hver mulig tvist eller hændelse.¹²¹ En komplet kontrakt ville derfor enten omhandle en yderst simpel ydelse, eller være kompleks og detaljeret ud i det uendelige. I den komplette kontrakt kan alt observeres og verificeres, hvilket betyder at et brud på kontrakten altid opdages og får konsekvenser.¹²²

I virkeligheden kan parterne aldrig skabe en kontrakt, som kan tage højde for alle eventuelle hændelser. Det tætteste de kommer en komplet kontrakt, må være de yderst kortsigtede kontrakter om meget standardiserede ydelser.

¹¹⁹ Ian Ayres & Robert Gertner, *Strategic contractual inefficiency and the optimal choice of legal rules*, 1992 s. 729-730.

¹²⁰ George Hendrikse, *Economics and management of organizations*, 2003, s. 93.

¹²¹ Steven Shawell, *Foundations of economic analyses of law*, 2004, s. 292

¹²² Dette er complete contingent contracts. Jf. George Hendrikse, *Economics and management of organizations*, 2003, s. 93.

Teorien bag den komplette kontrakt er dog vigtig, for at forstå teorien bag den inkomplette kontrakt.

4,2. Den inkomplette kontrakt.

Som nævnt i starten af dette kapitel, er teorien om den inkomplette kontrakt, baseret på samme forudsætninger som transaktionsomkostningsteorien. Her anses agenter for begrænset rationelle og opportunistiske. Agenten har dermed ikke fuldt overblik over alle valgmuligheder, og der vil være risiko for opportunisme.¹²³

Girafhusaftalen er også en inkomplet kontrakt, hvor parterne ikke har den fulde rationalitet til at tage højde for alle fremtidige udfald af kontrakten. Parterne i aftalen har også mulighed for at udvise opportunistisk adfærd, hvilket parterne bør tage højde for når de udarbejder kontrakten. Teorien om den inkomplette kontrakt, kan dermed forklare de grundlæggende problemer, som parterne i en partneringaftale stilles overfor, når de skal indgå aftalen. Teorien om den inkomplette kontrakt kan synliggøre, hvordan en partneringaftale kan minimere disse problemer, samt tegne et billede af, hvordan partneringsaftalen adskiller sig fra den traditionelle kontrakt i denne sammenhæng.

Den inkomplette kontrakt er ikke fuldt udspecificeret, men kan dog være specificeret i større eller mindre grad. Kontrakten vil være kendetegnet ved, at indeholde ”huller”,¹²⁴ hvilket her betyder hændelser, som ikke er specificeret i kontrakten.

I den inkomplette kontrakt har parterne ikke mulighed for at observere alle hændelser, og selv om en hændelse kan observeres, er der ikke fuld verificerbarhed.¹²⁵ Den manglende verificerbarhed betyder, at en part ikke altid kan føre bevis for modpartens handlinger, selvom han er bevidst om dem. Visse faktorer kan for eksempel observeres, men vil være svære at verificere, fordi det er en faktor som kan være svær at måle. Et eksempel kan her tages fra principal-agent teorien, hvor principalen ansætter agenten til at udføre et stykke arbejde. Agenten udfører arbejdet, men principalen er utilfreds med kvaliteten af dette arbejde. Her er det svært at føre bevis for, hvorvidt agenten har ydet sit bedste.

Den manglende verificerbarhed, øger dermed risikoen for, at parterne opfører sig opportunistisk.

¹²³ George Hendrikse, Economics and management of organizations, 2003, s. 201.

¹²⁴ Steven Shawell, Foundations of economic analyses of law, 2004, s. 293

¹²⁵ George Hendrikse, Economics and management of organizations, 2003, s. 94.

Det medfører derfor store omkostninger at forsøge at gøre disse langsigtede inkomplette kontrakter. Parterne skal bruge enorme ressourcer på, at diskutere alle mulige udfald, samt skrive dem ind i kontrakten. Efter kontraktens udførelse skal de yderligere bruge ressourcer på, at overvåge modparten, for at sikre sig at kontrakten overholdes. Dette vil dermed medføre enorme omkostninger, og i nogen tilfælde medfører en inefficent kontrakt.

4.3. Partnering i byggebranchen og inkomplette kontrakter.

Christina Tvarnø skriver, at partnering navnlig bør bruges i længerevarende relationer, hvor parterne kender hinanden, eller hvor samarbejdet har længerevarende karakter. Dertil bør partnering anvendes i ressourcekrævende relationer.¹²⁶

Dette stemmer overens med teorien om inkomplette kontrakter, da især længerevarende kontrakter kan betegnes som inkomplette. Når det drejer sig om en byggeentreprise, hvor byggeriet strækker sig over en længere periode og mange ressourcer er påkrævet, bliver det sværere, at tage højde for alle aspekter i samarbejdets forløb og hvilke omstændigheder der evt. kan indtræffe. I girafhusaftalen er der fire parter involveret, hvilket kan gøre kontrakten endnu mere kompleks.

4.4. Hvordan løser girafhusaftalen problemet med de inkomplette kontrakter.

For at undersøge hvilke værktøjer partneringsaftalen benytter, for at minimere de problemer som truer parterne i den inkomplette kontrakt, gives her en definition af hvad partnering er:

”Begrebet partnering anvendes om en samarbejdsform i et bygge- og anlægsprojekt, der er baseret på dialog, tillid og åbenhed og med tidlig inddragelse af alle parter. Projektet gennemføres under en fælles målsætning formuleret ved fælles aktiviteter og baseret på fælles økonomiske interesser”¹²⁷

Og hvad der karakteriserer partnering:

¹²⁶ Christina D. Tvarnø (8), s. 3.

¹²⁷ ”Partnering i praksis”, s. 6.

”Partnering er karakteriseret ved, at projektets forudsætninger, muligheder og økonomi successivt og systematisk konkretiseres, samt at der parallelt hermed sker tilsvarende konkretisering af de involverede parter forpligtigelser i sagen”¹²⁸

4,4,1. Begrænset rationalitet.

En partnering aftale, som successiv aftale indgåelse på baggrund af en rammeaftale.¹²⁹

Som det ses i aftalen, er girafhusaftalen ikke en udspecificeret aftale, men derimod en meget forenklet aftale, som lægger op til senere konkretisering. Selve partneringaftalen indeholder en række retningslinjer for parternes adfærd, og hvilke behov der skal søges dækket under hele samarbejdet. Den efterfølgende konkretisering af aftalen, vil dermed bygge på de forhold som er lagt fast i partnering aftalen.

Selve partneringaftalen opstiller en række grundlæggende faktorer, omkring parternes adfærd og bygherrens behov. Den successive aftaleindgåelse kan dermed minimere risikoen for, at der opstår problemer og uoverensstemmelser, som parterne ikke har taget højde for på forhånd. Styrken ved en partnering aftale frem for en traditionel aftale er, at parterne undgår de ”huller” i aftalen, som bliver nævnt længere oppe. Når en aftale udføres successivt og konkretisering af aftalen foregår løbende, udfyldes hullerne undervejs. Parterne i girafhusaftalen har valgt at lægge vægt på en løbende konkretisering, hvilket er en fordel da de ikke på forhånd kan forudse alle hændelser i den inkomplette kontrakt. Den successive aftaleindgåelse kan dermed bidrage til en løsning af problemet med den begrænsede rationalitet.

4,4,2. Opportunisme.

Den successive aftaleindgåelse er dog ikke i sig selv nok til at minimere problemerne ved den inkomplette kontrakt. Den største trussel er parternes opportunistiske adfærd, da dette er en væsentlig trussel for formålet om fællesoptimering¹³⁰.

I en partnering aftale er det dermed til skade for det samlede udbytte, hvis parterne falder tilbage i egen optimering, frem for at fokusere på fællesoptimering. I girafhusaftalen har parterne valgt at samarbejde om at maksimere udbyttet af transaktionen som helhed, hvilket i sidste ende vil medføre et større udbytte, for alle parter. Det handler med andre ord om at gøre selve ”kagen” større, frem for at kæmpe om, at få det største stykke til sig selv. Når den ene

¹²⁸ ”Partnering i praksis”, s. 6.

¹²⁹ Christina D. Tvarnø (3), s.1(se nærmere ang. den juridiske fortolkning af begreberne i kapitel 3)

¹³⁰ Jf. Den juridiske analyse i kap 2.

part fokuserer på optimering af eget udbytte, vil det derfor være til skade for modparten, og i sidste ende vil det skade det samlede udbytte af kontrakten.

I girafhusaftalen har parterne sat fokus på åbenhed, tillid og samarbejde som en del af aftalen, hvilket de forpligter sig til, når de indgår aftalen.

Åbenheden i aftalen skal minimere risikoen for visse former for opportunistisk adfærd. Det bliver f.eks. sværere for entreprenøren at skjule eventuelle rabatter eller prisnedslag, som han har opnået og som ikke svare til de oprindelige kalkulationer. Var der ikke åbne regnskaber, ville det være nemmere at beholde den slags gevinster for sig selv, frem for at trække det fra i de samlede omkostninger.

Girafhusaftalen indeholder også en incitamentsaftale som skal få parterne til at spare på uforudsete udgifter, samt overholde reglerne for samarbejdet. Parterne benytter således åbenhed og incitaments aftaler, til at sikre transaktionen imod opportunistisme.

Girafhusaftalen kan dermed bevirke at parterne minimerer de problemer som parterne i en inkomplet kontrakt stilles overfor. Disse problemer knytter sig til antagelsen om begrænset rationalitet og opportunistisme.

Kapitel 5. Transaktionsomkostningsteorien.

Omkostningerne ved at benytte markedet, blev første gang berørt i Coases Artikel fra 1937, ”The nature of the firm”. I Hans artikel ”The problem with social costs” fra 1960 berørte han igen emnet, og her forklarede han mere præcist hvad disse omkostninger bestod i.

Ifølge Ronald Coase opstår der 3 typer af transaktionsomkostninger i forbindelse med at benytte markedet¹³¹. Coase benyttede dog ikke selv betegnelsen transaktionsomkostninger. Denne betegnelse opstod først senere i litteraturen.

1)Den første type omkostning, er de omkostninger som opstår ex-ante, når parterne søger efter den rette at indgå kontrakt med, og herefter underretter vedkommende.

2)Den anden type omkostninger er omkostninger ved forhandling og koncipering af selve kontrakten, da der altid vil være omkostninger forbundet med udarbejdelsen af en kontrakt. Disse omkostninger stiger i takt med specificeringen af kontrakten, da en mere udførlig

¹³¹ R.H Coase, “the problem of social costs” s. 16.

kontrakt medfører flere ressourcer og større omkostninger ved udarbejdelsen. Dette er en vigtig pointe i forhold til partneringaftaler, hvilket vi vender tilbage til længere nede.

3) Den tredje og sidste type omkostning er de omkostninger som opstår ex-post, i forbindelse med håndhævelse af kontrakten. Dette er bl.a. omkostninger til overvågning, advokater og evt. retssager.

Disse 3 typer af transaktionsomkostninger kan således opsummeres som **de 3 K'er: Kontakt, kontrakt og kontrol**. Det er disse 3 typer transaktionsomkostninger, som der i transaktionsomkostningsteorien, arbejdes for at minimere. En optimering af transaktionen i Girafhusaftalen, vil således medføre at parterne bør sænke transaktionsomkostningerne. Ifølge Williamson, vil den rette governance structure medføre en minimering af transaktionsomkostningerne, og det er således vigtigt at parterne finder den rette grad af regulering.

5,1: Karakteristika ved transaktionen.

Med henblik på at sænke transaktionsomkostningerne i transaktionen, bør parterne i girafhusaftalen benytte den rette governance structure, som passer til transaktionens forhold.

Ud fra en analyse af transaktionens karakteristika, undersøges hvilken governance structure som ifølge Williamsons governance structure model¹³², vil bidrage bedst til at optimere transaktionen og gøre den efficient.

Jf. den økonomiske metode, arbejdes der i transaktionsomkostningsteorien med nogle ikke falsificerbare antagelser i forskningsprogrammets hårde kerne, og en række variable som ligger i programmets beskyttelses bælte.

Det vides dermed på forhånd at antagelsen om agents begrænsede rationalitet og opportunistiske adfærd ligger fast, og at der ikke kan stilles spørgsmålstejn ved disse antagelser.

Analysen af transaktionsomkostningers indvirkning på partneringaftalen, vil dermed tage udgangspunkt i disse antagelser, imens de 3 variable i beskyttelsesbæltet vil ligge til genstand for analysen.

Karakteristika ved transaktionen:

¹³² Se kapitel 1.

Når vi undersøger transaktionsomkostninger i partneringaftale, starter vi i programmets positive heuristik, som er:

- 1) Frekvensen.
- 2) Graden af usikkerhed, hvorunder en transaktion udføres.
- 3) Graden af aktivspecifitet.

5,1,1. Frekvensen af transaktionen.

Williamsons inddeler frekvens i 3 kategorier: one-time, occasional, og recurrent. For at simplificere sin model har han dog valgt at se bort fra one-time transaktioner, idet han antager, at køber og sælger altid handler under intentionen om at foretage forretninger på en kontinuerlig basis.

Dette medfører at Williamsons governance structure model kun indeholder occasional og recurrent.

Frekvensen refererer dog udelukkende til købers aktivitet på markedet, hvilket er en grundlæggende antagelse i modellen.¹³³

Hvad der præcis ligger i begreberne occasional og recurrent, kan være svært at udlede fra Williamsons bøger og artikler. Flere steder i litteraturen, hvor økonomer har arbejdet med Williamsons model, er begreberne blot tolket som henholdsvis ”lav” og ”høj”. Her virker det ofte som om, modellen blot refererer til antallet af leveringer. Dette virker ikke helt som hensigten, idet Williamson fokuserer meget på de kontraktmæssige aspekter, som er hele grundlaget i modellen. I denne afhandling vil begreberne dermed benyttes som følgende, idet det antages, at det er dette kontraktmæssige aspekt Williamson lægger vægt på.

Her benyttes begreberne ”occasional” og ”recurrent” ikke som reference til antallet af leveringer, men som hyppigheden hvormed en aftale indgås eller ændres. En kontrakt som medfører, at en virksomhed over en lang periode skal aftage produktet fra en leverandør, uden at dette kræver genforhandling eller ændring af vilkårene i kontrakten, vil dermed høre under occasional. Dette skyldes, at frekvensen hvormed køber kontraherer med sælger, er lav, selvom ydelsen leveres ofte. Et eksempel på dette kunne være, en kontrakt der medfører, at køber hver måned i 5 år skal modtage et fast antal komponenter, uden at dette kræver yderligere kontrahering mellem parterne efter aftalens indgåelse. Der er dermed tale om en

¹³³ Oliver E. Williamson, *The economic institutions of capitalism*, 1985. s. 72.

transaktion, som er mindre kompleks, selv i de tilfælde hvor transaktionen medfører aktivspecifitet.

Ses der derimod på en langsigtet kontrakt, som lægger op til en hyppigere kontrahering mellem køber og sælger, vil denne transaktion karakteriseres som reccurant. Dette vil f.eks. være en kontrakt som bliver indgået successivt eller kræver løbende genforhandling.

Williamson argumenterer dermed for, at en hyppigere kontrahering mellem køber og sælger, vil lægge op til en mere specialiseret governance structure.¹³⁴

Frekvensen i en girafhusaftalen:

Idet en partneringaftale, som tidligere nævnt, fungerer som en rammeaftale med successiv aftaleindgåelse, må hyppigheden af transaktionen karakteriseres som reccurent. Girafhusaftalen vil dermed kræve en hyppig kontrahering imellem parterne.

På den anden side er der kun tale om et enkelt byggeprojekt, hvor parterne ikke nødvendigvis vil samarbejde om efterfølgende projekter. Selvom der er tale om en hyppig kontrahering, foregår den dog kun i en afgrænset tidsmæssig periode, og her kan derfor diskutere om dette går på tværs af Williamsons antagelse om, hvilke krav der stilles til en specialiseret governance structure. Imens samarbejdet står på, vil der dog foregå en hyppig kontrahering og ud fra den karakterisering af begrebet hyppighed, som er foretaget her, må hyppigheden i denne transaktion ses som værende reccurent.

5,1,2. Graden af usikkerhed.

I Williamsons governance structure model, holdes usikkerheden konstant og indgår dermed ikke i skemaet. Williamson antager at usikkerhed altid vil være til stede, i en så tilstrækkelig grad, at en form for tilpasning af reguleringsstrukturen er nødvendig.¹³⁵ Dette hænger nøje sammen med den begrænsede rationalitet, der gør det svært at forudsige fremtidige hændelser, samt opportuniste begrebet. Usikkerheden spiller en større rolle, i de tilfælde hvor en transaktion er underlagt mixed eller idiosyncratic aktivspecifitet.

Usikkerhed i girafhusaftalen:

I et aftaleforhold kan der være mange forskellige former for usikkerhed. I en byggeentreprise kan parterne være usikre på, hvad de endelige omkostninger bliver, i forbindelse med det udførte arbejde. Det kan dermed være svært at sætte en pris for arbejdet på forhånd. Under

¹³⁴ Oliver E. Williamson, *The economic institutions of capitalisme*, 1985. s. 72-73.

¹³⁵ Oliver E. Williamson, *The economic institutions of capitalisme*, 1985. 79.

antagelsen om agenternes begrænsede rationalitet, øges usikkerheden. Dette skyldes, at agenterne ikke har fuldt overblik over mulige alternativer¹³⁶. Dette betyder, at parterne kan være i tvivl om, hvorvidt de får udført arbejdet på den bedste og billigste måde, i forbindelse med hovedentreprenørens samarbejde med underentreprenører, indkøb af materialer m.m. Bygge branchen er dermed underlagt en stor usikkerhed i forhold til omverden

Usikkerhed kan også opstå i forhold til relationen parterne imellem. Under antagelsen om opportunistik vil parterne være udsat for usikkerhed, i form risiko for modpartens opportunistiske adfærd. Opportunistik vil altid være en trussel i et aftaleforhold inden for transaktionsomkostningsteorien, men denne trussel kan minimeres. En partneringsaftale vil således altid være underlagt usikkerheden, via situationer hvor parterne finder incitament til, at handle opportunistisk. Dette skyldes problemet med, at gennemskue hvilke agenter, som vil handle opportunistisk.

5,1,3. Aktivspecifitet.

Aktivspecifitet er det område af transaktionsomkostningsteorien, som Williamson selv fremhæver som det vigtigste.

*"It is nonetheless true that asset specificity is the big locomotive to which transaction cost economics owes much of its predictive content. Absent this condition, the world of contract is vastly simplified"*¹³⁷.

Denne faktor indgår i Williamsons model over governance structure.

Williamson foretager her den grundlæggende antagelse, at karakteriseringen af investeringer, refererer til sælgers investeringer. Det er således, som udgangspunkt sælger der foretager specifikke investeringer i denne model.

Der foreligger aktivspecifitet, når et aktiv er specificeret i retning af et specifikt projekt eller en virksomhed, og aktivet mister værdi uden for samarbejdet. Der opstår dermed en forskel imellem værdien i den bedste og den næstbedste anvendelse, hvilket betegnes som kvasi-

¹³⁶ Christian Knudsen, *Økonomisk metodologi – Bind 2*, 1997, s. 215.

¹³⁷ Oliver E. Williamson, *The economic institutions of capitalism*, 1985. 56.

renten.¹³⁸ Jo mere specifikke aktiverne bliver, desto mere øges den bilaterale afhængighed. De specifikke investeringer har dermed karakter af irreversible omkostninger.¹³⁹

I mange kontraktforhold er specifikke investeringer en nødvendighed, hvilket stiller krav til måden parterne bør indrette kontrakten. Derfor spiller aktivspecificitet en primær rolle, i forhold til Williamson's governance structure.

Aktivspecificitet kan udgøre en trussel for den part, som har investeret i de specifikke aktiver, idet der vil opstå risiko for hold-up.

Hold-up problemet opstår, som et resultat af opportunistisk adfærd i samspil med de specifikke investeringer. Når agenten foretager specifikke investeringer, bliver han dårligere stillet i en forhandlingssituation, og principalen vil være i stand til at presse ham, til at indgå aftale om mindre fordelagtige vilkår, ved at true med at afslutte samarbejdet.

Williamson kategoriserer aktivspecificiteten ud fra de 3 kategorier: non-specific, mixed og idiosyncratic. En nærmere redegørelse af hvorledes de specifikke investeringer pålægges parterne, må henføres til den antagelse, som siger, at karakterisering af investeringer i modellen, udelukkende refererer til investeringer som foretages af sælger¹⁴⁰. Dette leder frem til følgende ræsonnement om, hvilken rolle aktivspecificiteten spiller for henholdsvis sælger og køber.

De specifikke investeringer vil hovedsagelig være pålagt sælger, da han er nød til at indrette sit produktionsapparat (viden, maskiner m.m.), således at han kan levere det aftalte produkt til køber. Det antages, at sælger i de fleste situationer bærer den største risiko ved de specifikke investeringer. Sælger vil dermed også være mest sårbar overfor hold-up. Køber bør derfor give sælger incitament, til at indgå disse specifikke investeringer. Dette gøres via det, som Williamson kalder for "safeguards".¹⁴¹

I takt med at aktivspecificiteten stiger vil køber blive mere sårbar, da det medfører set up costs, at finde nye alternative leverandører og indgå nye kontrakter. Mere specifikke investeringer kræver således mere komplekse reguleringsstrukturer, indtil parterne i sidste ende vil finde størst nytte, i at foretage en vertikal integration.

¹³⁸ Nicolai Juul Foss, *transaktionsomkostningsperspektivet*, 1995, s 117

¹³⁹ I økonomisk teori kaldes dette oftest "sunk costs".

¹⁴⁰ Oliver E. Williamson, *The economic institutions of capitalisme*, 1985. s. 72.

¹⁴¹ Safeguards bliver gennemgået længere nede.

Aktivspecifitet og girafhusaftalen:

I forbindelse med byggebranchen vil der ligeledes opstå aktivspecifitet. I aftalen om girafhuset, vil alle parter gennem forløbet investere i specifikke aktiver af forskellig art.

Generelt kan der siges, at alle fire parter investerer i human capital, idet de og deres ansatte bruger tid på at opbygge viden, som er nødvendig og specifik i forhold til opførelsen af girafhuset. Hertil kommer udarbejdelse af budgetter og ideer til byggeriet. Arkitekten vil f.eks. udarbejde tegninger m.m. som kan fremvises for bygherre. Efterfølgende bruger parterne tid på at indgå aftalen. Som arbejdet skrider frem, vil parterne i nogle tilfælde investere i maskiner eller værktøj, som kan karakteriseres som specifikke investeringer.

Under byggeriet vil bygherrer blive afhængig af de andre parter, idet bygningen er under opførelse og det vil medføre ekstra omkostninger for bygherre, hvis en part skal skiftes ud.

Der opstår på denne måde en stor afhængighed parterne imellem, hvilket i en normal kontrakt ville medføre store transaktionsomkostninger, i forbindelse med udarbejdelsen af kontrakten, da begge parter ønsker at udarbejde en kontrakt som sikrer deres forhold bedst muligt. Dette kan medføre meget lange og komplekse kontrakter.

Det må dermed konstateres at der i forhold til byggeentrepriser vil opstå en høj grad af aktivspecifitet, hvilket kan komplicere udarbejdelsen af kontrakten og medføre store transaktionsomkostninger.

5.2. Safeguards.

Når deres opstår aktivspecifitet i forbindelse med en transaktion, kan markedet ikke længere tilføre transaktionen den rette type regulering. Der opstår et behov for sikkerhedsstillelse, så agenten kan føle sig sikret imod opportunistisk adfærd, som kan true hans investering og stille ham dårligt i en forhandlingssituation. Denne type sikkerhedsstillelse kalder Williamson, for ”safeguards.”

Om safeguards’ funktion skriver Williamson følgende:

“Organize transactions so as to economise on bounded rationality, while simultaneously safeguarding them against the hazards of opportunism”¹⁴²

¹⁴² Oliver E. Williamson, *The economic institutions of capitalism*, 1985. s. 32.

For at minimere problemet med den opportunistiske adfærd, som truer agenten når han indgår specifikke investeringer, bør parterne indføre Safeguards i transaktionen. Safeguards er en måde at give agenten en sikkerhed for sine investeringer, så han ikke er udsat for risiko for hold-up eller tab, hvis samarbejdet ophæves. På den måde er safeguards en fordel for transaktionen, da agenten får incitament til, at udføre de specifikke investeringer, og bliver tildelt en form for sikkerhed imod den opportunistiske adfærd. Safeguards har også betydning for prisen på en ydelse, idet sælger vil kræve en højere pris, i tilfælde hvor der ikke stilles en sikkerhed for tab.

Da de specifikke investeringer er nødvendige for udførelsen af transaktionen, vil det til fordel for begge parter, at disse safeguards finder sted.

Safeguards kan tage mange former, og har ofte en direkte sammenhæng med den valgte governance structure¹⁴³. Når Parterne vælger vertikal integration, er det en effektiv måde at safeguard'e en transaktion, idet hold-up truslen forsvinder i den interne organisation. Da køber og sælger er forenet under samme organisation, er der heller ikke risiko for, at den ene part vil lide et tab, i tilfælde af opsigelse af transaktionen. Da vertikal integration ikke vil være den optimale løsning for alle transaktioner¹⁴⁴, findes der også måder, hvor på autonome bilateralt afhængige parter, kan indfører safeguards, uden at integrerer sig i samme organisation.

Dette kan ske ved, at køber tilbyder sælger fuld kompensation i tilfælde af aflysning af ordren. Køber kan også vælge, at foretage specifikke investeringer i forbindelse med transaktionen, således at det ikke kun er sælger, der bærer en risiko ved de specifikke investeringer. På den måde skabes der en bedre ligevægt i forholdet imellem parterne, idet begge parter bliver sårbare over for hold-up og opsigelse af samarbejdet.

Da det her er konstateret, at byggeriet af girafhuset, vil medfører aktivspecificitet, skal parterne dermed være opmærksomme på hvilke safeguards aftalen medfører. Der bør således skabes bedre incitament til, at investerer i specifikke aktiver.

5.3. Williamson's governance structure.

Efter en undersøgelse af transaktionsomkostningsteoriens variable faktorer, kan Williamson's governance structure teori bruges, til at undersøge hvilken grad af regulering, parterne i giraf-

¹⁴³ Oliver E. Williamson, *The economic institutions of capitalisme*, 1985. s. 178-179. Her skabes et overblik over typer af safeguards.

¹⁴⁴ Set ud fra Williamson's governance structure er ikke alle transaktioner egnede til vertical integration, idet denne type af regulering er omkostningsfuld.

aftalen skal benytte. Ved valg af den rette governance structure kan parterne optimere transaktionen og sænke transaktionsomkostningerne.

Governance structure kan defineres som:

*”Et kontraktmæssigt arrangement, der består af en nærmere specificeret beslutningsprocedure, og som benyttes af transaktionsparterne, når de skal tilpasse en kontrakt til nye, ændrede vilkår.”*¹⁴⁵

Aktivspecifiteten er den vigtigste faktor i transaktionsomkostningsøkonomien. Uden aktivspecifitet, ville alle transaktioner kunne foregå på markedet uden uforholdsmæssige store omkostninger, og parterne ville nemt og omkostningsfrit kunne forlade forholdet, da der ikke eksisterer nogen bilateral afhængighed. Først når aktivspecifiteten stiger og den bilaterale afhængighed opstår, bliver parterne mere sårbare i forhold til samarbejdet, og behovet for andre typer af regulering opstår. Aktivspecifitet indgår derfor i Williamsons model over, hvordan investment characteristics matcher med den rette governance structure.

Det er dog mere fordelagtigt, at benytte de specialiserede governance structures, hvis en transaktion har en høj hyppighed frem for en sjælden, og derfor indgår hyppigheden, som den anden bestemmende faktor i Williamsons model.¹⁴⁶

5,3,1. Dimensioner i Governance structure.

Williamson deler reguleringsformer op i tre forskellige typer ¹⁴⁷:

- Markedet.
- Hierarkiet (virksomheden).
- Hybriderne (f.eks. joint ventures, franchise, lange kontrakter).

Williamson tildeler hver reguleringsform sin egen tilpasningsform. Tilpasningsformen i en transaktion afspejler måden transaktionen tilpasser sig eventuelle forstyrrelser i kontraktforholdet.

Markedet.

¹⁴⁵ Christian Knudsen, *Økonomisk metodologi – Bind 2*, 1997. s. 217.

¹⁴⁶ Oliver E. Williamson, *Economic organization*, 1986, s. 111.

¹⁴⁷ Agnete Raaschou- Nielsen og Nicolai Juul Foss, *Indledning til rets- og kontraktsøkonomi*. 1997, s. 91.

Markedet er kendetegnet af tilpasningsform (A), som står for autonomi¹⁴⁸. Her er parterne uafhængige af hinanden og markedet tilpasser sig selv ud fra prismekanismen. Her benyttes traditionel kontraktlov til at håndhæve kontrakter, og en hver misligholdelse af kontrakter medfører sanktioner.

Incitamentsstrukturen er stærk på markedet¹⁴⁹. Da parterne ikke er afhængige af hinanden, og kun ønsker at samarbejde med de bedste, giver det et stærkt incitament til at yde den bedste performance, for at overleve konkurrencen på markedet. Den stærke incitamentsstruktur er markedets største styrke.

Hierarkiet:

Hierarkiet er kendetegnet ved tilpasningsform (C), som står for samarbejde (cooperation)¹⁵⁰. Her er parterne bilateralt afhængige og evt. uenigheder løses internt i virksomheden. Hierarkiet benytter således ikke traditionelle kontrakter. I stedet bruges der forberance contract law. Det vil sige, at parterne løser konflikter internt i hierarkiet. Hierarkiets styrke ligger i evnen til, at tilpasse sig de langsigtede kontrakter, således at spild undgås. I stedet udfyldes hullerne i de inkomplette kontrakter undervejs¹⁵¹.

Incitamentsstrukturen i hierarkiet er svagt, da det interne samarbejde og overbærenhed, ikke giver incitament til at performe bedst muligt.

Hybriden:

Hybriderne opstår som en mulighed for, at inddrage dimensioner af begge tilpasningstyper. I hybriden bibeholder parterne den autonomi, som kendes fra tilpasningstype (A), hvilket sikrer en stærkere incitamentsstruktur. Denne incitamentsstruktur svækkes dog af det tætte samarbejde, som også eksisterer i hybriden. Det tætte samarbejde som tilhører tilpasningstype (C), mister dog noget af sin specielle tilpasningsevne, idet parterne i hybriden stadigvæk eksisterer som autonome parter på et marked. På grund af denne autonomitet vil samarbejdet stadigvæk bygge på et kontraktmæssigt arrangement. På den måde inddrager hybriden, elementer fra begge reguleringsformer. En sådan integrering af reguleringsformer, medfører samtidigt, at alle elementer svækkes, i forhold til deres styrke i de oprindelige reguleringsformer. Elementer fra både tilpasningstype (A) og (C), går derfor hen og bliver semi-stærke.

¹⁴⁸ Oliver E. Williamson, *The mechanism of governance*, 1996. s. 102.

¹⁴⁹ Oliver E. Williamson, *The mechanism of governance*, 1996. s. 104.

¹⁵⁰ Oliver E. Williamson, *The mechanism of governance*, 1996. s. 103.

¹⁵¹ Oliver E. Williamson, *The mechanism of governance*, 1996. s. 103.

Nedenstående model illustrerer forholdet imellem marked, hierarki og hybrid.¹⁵²

Attributes	Governance Structure		
	Market	Hybrid	Hierarchy
Instruments			
Incentive intensity	++	+	0
Administrative controls	0	+	++
Performance attributes			
Adaptation (A)	++	+	0
Adaptation (C)	0	+	++
Contract law	++	+	0

*++ = strong; + = semi-strong; 0 = weak.

Disse 3 reguleringsformer og deres tilpasnings mekanisme, kan herefter henføres til hver deres type af kontrakter. Williamson opdeler disse i klassiske kontrakter, neoklassiske kontrakter og relationelle kontrakter.

5,3,2 Market governance.(Klassiske kontrakter)

Når graden af aktivspecifitet er lav, vil det ifølge Williamson, være mest efficient, at benytte markedet som reguleringsstruktur, hvad end frekvensen er høj eller lav.

Markedet reguleres af traditionelle kontrakter, da der på markedet ikke eksisterer nogen præference i forhold til samarbejdspartnere. Her er ofte tale om standardiserede ydelser, og parterne kan skifte deres samarbejdspartnere ud, uden store omkostninger. Samhandelspartnere kan vælges ud fra egen erfaring, eller parterne kan spørge andre agenter på markedet til råds. Dette medfører, at alle parter har incitament, til at handle ansvarligt, i henhold til rygteeffekten og konkurrencen på markedet. Tilpasningsformen er således Autonomitet.

Her opstår en længerevarende relation og samarbejde mellem to parter, udelukkende som et resultat af en konkurrence dygtig pris og en god ydelse. Kan en anden potentiel udbyder, tilbyde samme produkt til en lavere pris, vil en virksomhed vælge denne udbyder i stedet. Markedet anvender klassisk kontraktlov, som lægger vægt på regler og paragrafer, og arbejder med formelle kontrakter. På markedet benytter parterne klassisk konfliktløsning og udfaldet af kontrakten er forudsigeligt¹⁵³. Der er dermed ikke tale om langsigtede inkomplette kontrakter, men kortsigtede kontrakter, som er tilnærmelsesvis komplette.

¹⁵² Oliver E. Williamson, *Economic organization*, 1986. s. 104.

¹⁵³ Oliver E. Williamson, *Economic organization*, 1986. s. 113.

5,3,3. *Trilateral governance.(neoklassiske kontrakter)*

Når aktivspecifiteteten stiger til at være mixed eller idiosyncratic, og parterne kun kontraherer lejlighedsvis (occasional), bør de benytte trilateral governance. Det er under trilateral governance, at de såkaldte hybrider opstår, som en løsning der ligger imellem markedet og den vertikale integration.¹⁵⁴ Dette kunne f.eks. være franchise eller joint ventures.

På grund af aktivspecifiteteten, er der opstået en bilateral afhængighed imellem parterne. Sælger har investeret i specifikke aktiver, som vil miste værdi uden for samarbejdet. Samtidig er køber klar over, at en udskiftning af leverandøren vil medføre uforholdsmæssigt store omkostninger. Parterne er dermed særligt interesseret i at opretholde relationen.

Under trilateral governance arbejder parterne med langsigtede kontrakter, som er inkomplette¹⁵⁵. Den trilaterale governance structure benytter neoklassiske kontrakter, hvor parterne benytter en 3. mands indgriben til løsning af eventuelle konflikter om kontrakten. Voldgift bliver således brugt frem for traditionel retssag¹⁵⁶. På den måde undgår parterne retssager, som koster tid og penge, og som kan være en trussel mod relationen imellem de bilateralt afhængige parter.

5,3,4. *Specialiserede governance structures: (relationelle kontrakter)*

Når aktivspecifiteteten er mixed eller idiosynkratisk, som under trilateral governance, men frekvensen stiger til recurrent, ændrer forholdet sig imellem parterne, og parterne vil drage fordel af, at forbindelsen bliver mere relationel.¹⁵⁷ Her vil transaktionen ifølge Williamson få brug for en mere specialiseret governance structure.

1) Bilateral governance:

Når aktivspecifiteteten er mixet, betyder det, at aktiverne som indgår i transaktionen, er delvist specificerede. Selvom frekvensen af transaktionen er recurrent, vil det som regel ikke være fordelagtigt, at udføre en vertikal integration, set ud fra fordele ved economies og scale¹⁵⁸. Da sælger skal udføre specifikke investeringer, vil det dog kræve en anderledes form for kontrakt, end den traditionelle kontrakt, som benyttes på markedet.

¹⁵⁴ Oliver E. Williamson, *The mechanism of governance*, 1996. s. 105.

¹⁵⁵ Se kapitel 4, afsnit om inkomplette kontrakter.

¹⁵⁶ Oliver E. Williamson, *Economic organization*, 1986. s. 114.

¹⁵⁷ Christian Knudsen, *Økonomisk metodologi – Bind 2*, 1997. s. 219.

¹⁵⁸ Dette skyldes blandt andet, at en integrering i virksomheden, medfører øgede omkostninger som et direkte resultat af bureaukrati.

I forbindelse med denne afhandling, vil den bilaterale governance structure blive anset for at være en hybrid. Dette skyldes at den bilaterale regulering i høj grad tilpasser sig ud fra Cooperation, uden at der er tale om en egentlig integrering af parterne. Der er således tale om en hybrid som i højere grad benytter sig af cooperation, end de hybrider opstår under den trilaterale governance.

Når der arbejdes med langsigtede inkomplette kontrakter, er det grundet parternes begrænsede rationalitet, ikke muligt at forudse alle fremtidige komplikationer. Der vil dermed opstå et behov for senere tilpasning af kontrakten¹⁵⁹. Dette vil ofte skabe problemer, når tilpasningen sker på tværs af markedet, frem for internt i virksomheden, da den ene part ofte vil mangle incitament til, at ændre på vilkårene i kontrakten. Alligevel må begge parter have interesse i, at foretage sådanne justeringer, grundet den bilaterale afhængighed¹⁶⁰.

Under bilateral governance er parterne bilateralt afhængige af hinanden, og begge parter har dermed en stærk interesse i, at opretholde forholdet. Køber vil ikke søge en anden leverandør, idet dette kræver store omkostninger i forbindelse med de specifikke investeringer, som den nuværende leverandør allerede har foretaget. Leverandøren vil dertil ikke forsøge, at afsætte produkterne til anden, sidde da disse er specifikke i forhold til den oprindelige aftager. Den bilaterale governance adskiller sig dog fra hierarkiet, idet parterne stadigvæk beholder deres autonomitet i forhold til hinanden¹⁶¹. Virksomhederne vil ikke blive direkte integreret, som det sker under vertikal integration. Det tætte samarbejde tager udgangspunkt i et specielt projekt imellem virksomhederne.

Ifølge Williamson bør parterne mindske risikoen for opportunistiske adfærd, ved at tilpasse kontrakten, således at den kun tillader justeringer af forhold, som ikke indeholder lige så stor risiko for opportunistik som andre¹⁶². Parterne kan f.eks. indgå aftale om, at justeringer kan ske i forhold til leverancers kvantitet eller tid, men at der ikke kan ske justeringer i prisen¹⁶³.

2) *Internal organization:*

Stiger aktivspecificiteten til Idiosyncratic, vil vertikal integration blive mere fordelagtigt, da den høje aktivspecificitet medfører flere komplikationer, i forbindelse med tilrettelæggelse af

¹⁵⁹ Oliver E. Williamson, *Economic organization*, 1986. s. 115.

¹⁶⁰ Oliver E. Williamson, *Economic organization*, 1986. s. 114.

¹⁶¹ Oliver E. Williamson, *The economic institutions of capitalism*, 1985, s. 75.

¹⁶² Oliver E. Williamson, *Economic organization*, 1986. s. 115-116.

¹⁶³ En justering af prisen vil dog være tilladelig, hvis det skyldes udefrakommende faktorer, som medfører ændringer i omkostningerne ved leverancen, og dermed truer eksistensen af samarbejdet. Williamson bruger prisen på kobber som et eksempel. En prisjustering vil således være acceptabel, hvis sælger er stærkt afhængig af dette materiale, for at kunne levere.

samarbejdet. Dermed bliver det mere efficient, at samle parterne i samme virksomhed og foretage vertikal integration. Her kan en tilpasning af transaktionen foregå, udelukkende ud fra et samlet maksimerings synspunkt og uden risiko for juridiske konflikter. I hierarkiet undgås dermed spild, som kan opstå når begge parter søger at egen optimerer. Hvis transaktion viser sig, at være ineffektiv for den ene part, kan dette skabe konflikt mellem to parter på et åbent marked. Opstår det samme problem i samme organisation, vil virksomheden undlade, at gennemføre transaktionen og undgå spild. Hierarkiet sparer også de ex-ante transaktionsomkostninger, som udfærdigelsen af en kontrakt havde medført under bilateral governance.¹⁶⁴

Opstår der interne konflikter i hierarkiet, vil parterne løse konflikten internt, uden mulighed for at foreligge konflikten for domstol.

5,4. Girafhusaftalens governance structure.

Som beskrevet i afsnit 5,3 kan parterne benytte Williamsons model til at bestemme hvilken reguleringsstruktur girafhusaftalen bør underlægges, hvis parterne ønsker at optimere transaktionen. Denne governance structure vil have en række konsekvenser for måden transaktionen bør gennemføres. For det første vil parternes samarbejdsform være af stor betydning for transaktionen. Måden transaktionen tilpasser sig eventuelle forstyrrelser i kontraktforholdet, vil også afhænge af den valgte regulering. Hertil kommer at hver type af regulering har hver sin form fremgangsmåde ved løsning af konflikter, og hver sin måde at safeguard transaktionen. Disse konsekvenser vil blive gennemgået i de næste afsnit. I dette afsnit bestemmes hvilken governance structure, der gør sig gældende i girafhusaftalen. Dette bestemmes ud fra transaktionens karakteristika.

Graden af aktivspecifitet er forholdsvis høj i byggeprojekter, hvilket også ses af girafhusaftalen, hvor aktivspecifiteten er placeret under ”mixet” i Williamsons governance structure model¹⁶⁵. Der kan derfor opstå problemer, hvis parterne benytter de klassiske kontrakter, som kendetegner markedet, idet markedet ikke tager højde for den bilaterale afhængighed, som opstår imellem parterne. Parterne bør derfor vælge, at benytte en governance structure, som tager højde for denne bilaterale afhængighed, som opstår imellem dem ved transaktionen.

¹⁶⁴ Oliver E. Williamson, *Economic organization*, 1986. s. 116.

¹⁶⁵ Jf. Gennemgangen af aktivspecifitet i kap. 5, afsnit 1,3.

Alle parterne i girafaftalen har en klar interesse i at byggeprojektet gennemføres, og føres til ende af de samme parter, som oprindeligt indgik aftalen. Hvis en part skiftes ud, vil det medføre betydelige sunk cost, da parterne har foretaget specifikke investeringer i byggeprojektet.

En langsigtet kontrakt som girafaftalen, er præget af en hvis usikkerhed, grundet parternes begrænsede rationalitet. En klassisk kontrakt med markedet som regulering tilbyder i den forbindelse ingen fleksibilitet¹⁶⁶. Parterne vil således ikke være i stand til at tilpasse kontrakten i forhold til uforudsete hændelser. Vælger parterne en relationel kontrakt, kan de bruge fleksibilitet i aftalen til at udligne uforudsete komplikationer i forbindelse med byggeriet.

Som det fremgår af gennemgangen af transaktionens karakteristika, er girafhusaftalen en transaktion, som kræver hyppig kontrahering imellem parterne. I Williamsons model vil transaktionen dermed blive placeret ud for rubrikken ”reccurant”.

Da denne transaktion har en højere hyppighed, og medfører en forholdsvis stor grad af specifikke investeringer, vil parterne kunne drage nytte af en specialiseret governance structure¹⁶⁷.

Som det ses af modellen¹⁶⁸, vil girafhusaftalen blive placeret under den bilaterale governance structure. Her vælger parterne en relationel tilgang til kontrakten, på grund af den bilaterale afhængighed, imens de stadigvæk bibeholder deres autonomitet i forhold til hinanden.

Girafhusaftalen vil kunne drage fordel af denne type regulering, da parterne vil have lettere adgang til, at tilpasse kontraktvilkår løbende. Dette skyldes, at den bilaterale reguleringsstruktur anerkender at parterne er bilateralt afhængige af hinanden. Parterne i en bilateral kontrakt søger således, at løse problemer i forløbet, ved at åbne op for muligheden, for at tilpasse vilkår i kontrakten efter aftalens indgåelse.

Denne form for fleksibilitet, minimerer den usikkerhed der opstår i de langsigtede kontrakter, som resultat af den begrænsede rationalitet. Når parterne ikke behøver at tage stilling til alle forhold i kontrakten på forhånd, kan de løbende tilpasse kontrakten og undgå tab.

¹⁶⁶ Oliver E. Williamson, *Economic organization*, 1986, s. 103.

¹⁶⁷ Oliver E. Williamson, *Economic organization*, 1986, s. 111.

¹⁶⁸ Se modellen i kapitel 1, afsnit 7,2.

Set i forhold til det juridiske indhold i girafhusaftalen, kan parterne anse den bilaterale kontrakt, som en ramme for samarbejdet¹⁶⁹. Denne type regulering gør genforhandling til en mulighed, frem for at benytte sig af strenge regulative regler. Parterne bør dog tage højde for, at ikke alle vilkår er nemme at genforhandle, da visse vilkår indeholder stor risiko for opportuniste.¹⁷⁰

5,4,1. Girafhusaftalens tilpasningsform.

Via den bilaterale governance structure har parterne valgt, at danne nogen rammer om samarbejdet, som i høj grad lægger sig op af hierarkiet. Det vil sige, at parterne har valgt den tilpasningstype som Williamson betegner Cooperation(C).¹⁷¹

Set i forhold til Girafhusaftalen, som jo bygger på åbenhed, tillid og samarbejde og ikke mindst fællesoptimering, er denne tilpasningstype bedre end den autonome tilpasning (A), som benyttes på markedet.

Da girafhusaftalen arbejder med fællesoptimering, er det vigtigt, at parterne vælger en relationel kontrakttype, hvor de kan fokusere på samarbejde og bevarelse af relationen.

Under tilpasningstype A, vil et formål om fællesoptimering, aldrig kunne fungere. På markedet er alle parter uafhængige af hinanden og respondere autonomt til eventuelle forstyrrelser, med henblik på at optimere egen nytte.¹⁷² Her er relationelle kontrakter ikke nødvendige, da ydelserne er standardiserede i en sådan grad, at parterne altid kan skifte en samarbejdspartner ud med en anden. Parterne ville således ikke umiddelbart have noget incitament, til at fællesoptimere under tilpasnings type A. Ideen om at alle parter skal følge et fælles mål stemmer ikke overens med den autonome tilpasning.

De neoklassiske kontrakter og de dertil hørende hybride reguleringstyper lægger sig midt imellem markedet og hierarkiet. De inddrager således dimensioner fra begge typer af governance structures. Det er dog ikke muligt at foretage denne integrering, uden at disse dimensioner mister styrke. Transaktionen kan ikke både drage fordel af den stærke incitaments struktur som er at finde på markedet, og samtidigt udnytte den fleksible regulering som kendetegner hierarkiet. ¹⁷³Trilateral governance inddrager således

¹⁶⁹ Se kapitel 3 afsnit 5,2.

¹⁷⁰ Se kapitel 5 afsnit 3,4 under bilateral governance.

¹⁷¹ Se kap 5 afsnit 3,1 omkring tilpasning i hierarkiet.

¹⁷² Oliver E. Williamson, *The mechanism of governance*, 1996, s.102.

¹⁷³ Forholdet imellem de forskellige reguleringsformer og deres dimensioner, kan ses af modellen i afsnit 3, 1.

tilpasningstype C, men i en betydelig svagere form end under hierarkiet. Girafhusaftalen har behov for et stærkere fokus på samarbejde, end hvad den trilaterale governance structure kan tilbyde.

Under tilpasning C vil parterne bedre kunne skabe de rette relationelle rammer, for en fælles målsætning. Men denne tilpasningstype har dog også sine ulemper, som parterne i girafhusaftalen skal være opmærksomme på, når de udarbejder aftalen.

Unde cooperation er incitamentsstrukturen betydelige svagere end på markedet. På markedet er der konkurrence og aktørerne vælger den leverandør, som leverer den bedste og billigste vare. Dermed har aktører på markedet et stort incitament til, at reducerer omkostninger og performe bedst muligt.¹⁷⁴ Den relationelle reguleringsform, vil dermed ikke give parterne i girafhusaftalen et lige så stort incitament til at performe, som de ville få via de klassiske kontrakter.

I hierarkiet vil det til tider være svært at finde den rette kilde til både profit og tab, og afdelingerne i virksomheden kan altid forsøge at stille sig selv i det bedste lys. Da konkurrencen som eksisterer på markedet, ikke eksisterer på samme måde i hierarkiet, vil der ikke være et lige så stærkt incitament til at performe.¹⁷⁵ Dette må dog ses som en del af hierarkiets tilpasningsform, da en decideret konkurrence internt kan skade det ønskede samarbejde.

I girafhusaftalen er det heller ikke ønskeligt, at parterne skal konkurrere internt, idet formålet er samarbejde og fællesoptimering. Men parterne bør alligevel være opmærksom på, at give hinanden incitamentet til at performe mere effektivt. Dette incitament kan blive dulmet, når parterne arbejder under tilpasning C.

I forhold til den bilaterale regulering i girafhusaftalen, bibeholder parterne dog stadigvæk deres autonomitet. Dette må medføre at en vis grad af incitament stadigvæk vil eksistere. Grundet autonomiteten er det stadigvæk muligt, at skifte en samarbejdspartner ud, selvom det vil medfører store omkostninger, i form af set up-costs.¹⁷⁶

I girafhusaftalen har parterne valgt at benytte en incitaments aftale, til at styrke parternes incitament til at performe, samt incitamentet til at overholde aftalen og fælleoptimerer. Dette

¹⁷⁴ Oliver E. Williamson, *The mechanism of governance*, 1996, s 103

¹⁷⁵ Oliver E. Williamson, *The mechanism of governance*, 1996, 104

¹⁷⁶ Setup-costs er de omkostninger, en udskiftning af samarbejdspartner vil medfører.

vil i en vis grad kompensere for den manglende incitaments dannelse i den bilaterale regulering.

I § 10 står der, at hvis det tilsidesatte beløb til uforudsete udgifter ikke benyttes, eller der forekommer besparelser, så kan det resterende beløb fordeles imellem parterne. Dette giver parterne incitament til at opnå besparelser, som grundet fællesoptimering, vil være til fordel for alle parter i aftalen.

Derudover indgår der en bonusaftale, som siger, at der udbetales en bonus til parterne, hvis byggeriet afleveres mangelfrit, til tiden og overholder samarbejdsaftalen. Dette giver parterne incitament til, at udfører arbejdet så efficient som muligt, samt overholde samarbejdsbetingelserne.

5,4,2. Tvistløsning og håndhævelse i girafhusaftalen.

Under den bilaterale reguleringsstruktur benytter parterne ikke domstolene, til at løse konflikter, idet konflikter skal løses internt.¹⁷⁷ Dette er vigtigt for samarbejdet, idet retssager potentielt kan ødelægge relationen, og blive en trussel for det samarbejde. Mediation vil være en typisk løsning under den bilaterale regulering.

Voldgift er dog stadigvæk en mulighed, idet parterne i samarbejdet bibeholder deres autonomitet. Dette er en af de væsentligste forskelle imellem den bilaterale governance structure og hierarkiet, da den interne organisering i hierarkiet udelukker muligheden for indgriben fra domstolene.

I girafhusaftalen har parterne også valgt, at tvistløsning skal foregå internt i virksomheden, hvilket er samme tilgang til tvistløsning, som passer ind i den bilaterale governance structure. I girafhusaftalen kan tvistløsning eventuelt ske ved hjælp af en opmand, hvis parterne ikke selv kan komme til enighed.¹⁷⁸ Her er dog også henvist til AB 92, som en sidste udvej, hvis konflikten ikke kan løses internt.

Benyttelsen af AB 92 stemmer dog ikke overens med den bilaterale governance structure, og må dermed i henhold til denne teori ikke være egnet ved udførelsen af girafhusaftalen. Dette skyldes at AB 92 har karakter af klassisk kontraktlov, som bygger på kravspecifikation, og en stærk håndhævelse af klausulerne. AB 92 regulerer således aftalen ud fra hvad der er rigtig,

¹⁷⁷ Oliver E. Williamson, *The economic institutions of capitalisme*, 1985, 203-204.

¹⁷⁸ Se § 11i girafhusaftalen ang. tvistløsning.

set ud fra kravene i aftalen, frem for at fokusere på hvad der er optimalt for transaktion. Hertil kommer at reglerne i AB 92 ikke fokuserer på, hvad der er relationsbevarende, og dermed kan være til skade for relationen imellem parterne, hvilket ikke stemmer overens med den bilaterale reguleringsstruktur.

I henhold til den bilaterale reguleringsstruktur bør parterne således ikke basere deres aftale på AB 92.

5,4,3. Safeguards i Girafhusaftalen.

Under gennemgangen af aktivspecifitet, blev begrebet ”safeguards” afdækket.

Da parterne i girafhusaftalen foretager specifikke investeringer, vil de ønske at få stillet en form for sikkerhed for disse investeringer, da disse ikke vil opnå samme værdi udenfor den pågældende transaktion.

Bygherres specifikke investeringer:

I girafhusaftalen er det tydeligt, at bygherrer fra starten indgår specifikke investeringer, især i form af Human capital. Han bruger en masse tid på workshops og møder med parterne i indledningsfasen, som vil være at anse som en sunk cost, hvis samarbejdet ophører. På den måde er der en hvis form for ligestilling imellem parterne, idet både bygherrer, entreprenør, ingeniør og arkitekt foretager specifikke investeringer. Dette vil fungere som en safeguard, som øger parternes tillid til hinanden. Ifølge § 9 i aftalen kan bygherre dog ophæve aftalen og benytte det udarbejdede materiale, såfremt forventninger og intentioner i aftalen ikke opfyldes. Dette medfører at bygherren stadigvæk har en større sikkerhed end de øvrige parter.

Kompensation for tab:

Muligheden for at opnå kompensation for tab, ved opsigelse af aftalen er omtalt i girafhusaftalens § 9. Her er der dog kun tale om kompensation af entreprenørens udgifter, som maks. kan andrage 40.000 kr. Der er således ikke nødvendigvis tale om fuld kompensation. Det mest effektive safeguard havde været en fuld kompensation af alle parter.

Disclosure:

Der er dog andre metoder, som kan fordrer tillid imellem parterne og give større sikkerhed for deres investeringer. I girafhus aftalen arbejder parterne med åbne bøger, hvilket i kontraktsøkonomi betegnes ”disclosure”. Disclosure kan være en fordel, når der opstår

aktivspecifitet, idet parterne nemmere kan få indsigt i modpartens hensigter.¹⁷⁹ Den part som foretager de specifikke investeringer, vil således have større tillid til modparten. Idet den asymmetriske information reduceres, vil behovet for lange komplekse kontrakter også sænkes, og informationsdeling kan således sænke omkostninger i forbindelse med udarbejdelsen af en kontrakt.

Disclosures vil givetvis ikke tilfører transaktionen den fornødne sikkerhedsstilling alene, men kan i samspil med andre former for safeguards øge tilliden imellem parterne. De vigtigste safeguards i girafhusaftalen bliver således de gensidige specifikke investeringer i samspil med åbenheden omkring økonomien.

5.4.4. Girafhus aftalens transaktionsomkostningsøkonomiserende effekt.

Ifølge Williamson vil valget af den rette governance structure, medføre en transaktionsomkostningsøkonomisering af transaktionen. Den rette governance structure vil således optimere transaktionen da transaktionsomkostningerne minimeres.

Som nævnt i starten af dette kapitel, opdeler Coase transaktionsomkostningerne i 3 K'er. Set i forhold til Girafhusaftalen, vil en gennemførelse af transaktionen medføre en sænkning af følgende typer af transaktionsomkostninger.

Kontakt:

De omkostninger som en transaktion medfører i indledningsfasen, er omkostninger ved at finde den rette part at indgå kontrakt med og tage kontakt til denne.

I forbindelse med Girafhusaftalen, vil en bilateral governance structure ikke kunne sænke disse omkostninger. Bygherrer skal stadigvæk finde frem til den rette entreprenør, ingeniør og arkitekt, og eventuelt afholde møder med disse parter, før parterne endelig beslutter at udarbejde en aftale. Den bilaterale governance structure kan dermed ikke sænke de transaktionsomkostninger, som transaktionen medfører ex-ante.

Kontrakt:

Girafhusaftalen er en rammeaftale, og er dermed forholdsvis kort og simpel. Selve specificeringen af byggeriet vil blive fastlagt efterfølgende, ved successiv aftaleindgåelse. Når parterne arbejder med den bilaterale regulering, har de mulighed for at tilpasse transaktionen løbende. Da parterne ikke skal tage stilling til alle forhold i forløbet på forhånd, kan dette

¹⁷⁹ Oliver E. Williamson, *The economic institutions of capitalism*, 1985. s. 302 øverst.

medføre lavere omkostninger ved udarbejdelsen af kontrakten. Jo mere detaljeret en kontrakt er, desto længere tid vil det kræve at udarbejde den. Dermed vil en mindre detaljeret kontrakt medføre lavere transaktionsomkostninger.

Kontrol:

Transaktionsomkostningerne i forbindelse med den efterfølgende håndhævelse af aftalen, vil være betydeligt lavere under bilateral governance.

Da parterne indgår i et tæt samarbejde med åbne regnskaber, vil en decideret overvågning af parterne ikke være nødvendig, idet alle parter frivilligt fremlægger deres bøger. Parterne har således nem indsigt i de andre parters forhold, således at oplysninger ikke holdes skjult.

Den interne konfliktløsning, medfører at parterne sparer penge på de juridiske omkostninger. Parterne løser deres konflikter internt, evt. ved hjælp fra 3. mand, frem for at gå i retten. Dette vil sænke de transaktionsomkostninger, som er forbundet med håndhævelsen af aftalen.

5,5. Delkonklusion.

For at optimere transaktionen bør parterne vælge den rette governance structure, ud fra transaktionen karakteristika. Den rette regulering vil herefter medføre en optimering af transaktionen, og dermed lavere transaktions omkostninger.

En transaktion som girafhusaftalen, vil ikke kunne fungere under market governance. Transaktionen kræver en hyppigere kontrahering, og har en for høj grad af specifikke investeringer. Girafhuset hører dermed ikke under den slags transaktioner, som kan drage fordel af tilpasningstypen A, idet denne tilpasningstype passer de mere standardiserede transaktioner. Dertil kommer at målsætninger som åbenhed, samarbejde og fællesoptimering, ikke kan fungere på markedet, idet parterne på markedet agerer fuldkommen autonomt.

Som det ses ud fra ovenstående vil girafaftalen og dens målsætninger, have et stort behov for tilpasning ud fra tilpasningstype C. I Partnering aftalen opstår der dermed en form for trade-off imellem den stærke incitamentsstruktur som er at finde på markedet, og det nære relationelle samarbejde og interne konfliktløsning som findes i hierarkiet

Efter en nærmere undersøgelse af girafhusaftalens dimensioner, ender transaktionen dermed under den bilaterale governance structure. Denne governance structure hører under de relationelle kontrakter og benytter dermed hovedsagligt tilpasningsformen Cooperation. Den bilaterale regulering lægger sig dermed i højere grad op af hierarkiet, men uden der foregår en

egentlig integrering af parterne, som her beholder deres autonomitet. Dette vil således, kunne tilføre transaktionen den rette grad af samarbejde, som ligger over den grad, som tilbydes af den trilaterale governance. Den høje grad af samarbejde er nødvendig når parterne arbejder med et formål om fællesoptimering.

Den bilaterale governance structure har den konsekvens for parterne at de indgår i et særligt tæt samarbejde, som medfører transaktionen en højere grad af fleksibilitet. Parterne skal dermed afholde sig fra at benytte traditionel tvistløsning, da dette vil være til fare for relationen. I stedet skal konflikter løses internt eller ved hjælp af mediation.

Konsekvensen af parternes specifikke investeringer bliver, at parterne skal indfører safeguards i transaktionen. I girafhusaftalen indgår de indbyrdes specifikke investeringer, og disclosure, som safeguards for parternes investering.

Under den bilaterale regulering vil selve transaktionen blive optimeret, idet parterne kan bruge relationen til at sænke transaktionsomkostningerne. Her er det primært de transaktionsomkostninger som indgår i kontrakt- og kontrolomkostningerne, som sænkes. Det er dermed de transaktionsomkostninger, som opstår i forbindelse med indgåelsen af kontrakten, samt den efterfølgende kontrol og håndhævelse af kontrakten. Dette medfører en optimering af transaktionen.

Kapitel 6. Partneringaftalens særlige karakteristika.

Den overordnede problemstilling i denne afhandling har været, at belyse formålet i girafhusaftalen, og at undersøge hvilke konsekvenser en partneringaftale har for udførelsen af transaktionen.

I kapitel 2 konkluderes det, at formålet i girafhusaftalen er, at parterne skal fælles optimere, med henblik på, at optimere transaktionen som helhed, frem for at optimere egen vinding.

Fælles optimering er således en væsentlig del af ydelsen i girafhusaftalen.

Girafhusaftalen adskiller sig således fra traditionelle entrepriseaftaler, idet der opstår anderledes krav til ydelsen. Hvor man i en traditionelle entreprise aftale vil stille krav til udførelsen af selve byggeriet, materialer, tidsfrister og lignende, knytter kravene i en partnering aftale sig yderligere i høj grad til selve samarbejder og processen.

For at formålet om fælles optimering, skal kunne fungerer i praksis, skal aftalen bygge på åbenhed, tillid, og et tæt samarbejde. Disse tre faktorer bliver således de værktøjer, som

parterne skal benytte, for at kunne når det endelige mål, som er fællesoptimering. Faktorer som åbenhed, tillid, samarbejde og i særdeleshed fællesoptimering, stiftes der bekendtskab med som økonomiske rationaler i kontraktøkonomisk teori. Partneringaftalen bliver således en juridisk kontrakt, som bygger på økonomiske rationaler.¹⁸⁰

Formålet med dette afsnit er, at foretage en perspektivering af girafhusaftalen i henhold til aftalens særlige karakteristika. Undersøgelsen vil tage udgangspunkt i væsentligheden af de 3 faktorer, set i forhold til formålet i aftalen og i forhold til hinanden.

6.1. Åbenhed.

I girafhusaftalen har parterne valgt, at åbenhed skal være en central del af samarbejdet, jf. § 7 i girafhusaftalen. Som beskrevet i kapitel 2, er åbenhed en central del af partneringaftalen, da ønsket er, at parterne ikke har mulighed for, at skjule information, som er relevant for samarbejdet og transaktionen. For at formålet omkring fællesoptimering kan overholdes, er det vigtigt at parterne har indsigt i alt relevant information omkring prisdannelse, aflønning, omkostninger og indtjening. Parterne skal med andre ord, arbejde med åbne bøger, for at undgå at parterne kan snyde hinanden.¹⁸¹

Set i et økonomisk perspektiv, er disclosure en vigtig del af partneringaftalen, da åbenhed kan minimere risikoen for opportuniste. Opportuniste er den største trussel for formålet om fællesoptimering, da den opportunistiske adfærd kan medføre at en eller flere parter begynder at egen optimere. Da opportuniste er en central antagelse, vil parterne ikke kunne fjerne risikoen for opportuniste, men parterne kan minimere denne trussel ved hjælp af åbenhed. Åbenhed kan dermed anses som en safeguard, som kan give parterne en sikkerhed for deres investering¹⁸². Åbenheden gør det svært at agere opportunistisk, da det bliver svært at skjule sin adfærd for de andre parter.

Set ud fra formålet om fællesoptimering, er åbenheden en uundværlig del af aftalen. Hvis parterne arbejder med lukkede bøger, vil det være nemt, at snyde de øvrige parter med henblik på at følge egne interesser. Det vil også være mindre attraktivt for parterne at arbejde

¹⁸⁰ . I denne forbindelse argumenterer Christina Tvarnø for at fortolkning og udfyldning af en partneringaftale ikke kan udføres ud fra den traditionelle aftaleretlige løsningsmodel alene. I så tilfælde bør man dermed inddrage økonomisk teori som en del af løsningsmodellen. Se Christina Tvarnø(1), s. 81.

¹⁸¹ Henvis til kapitel 2.

¹⁸² Se kapitel 5, afsnit 4, 3.

mod fælles mål, hvis der hersker tvivl om hvorvidt dette er tilfældet for alle parter. Åbenhed bliver således en yderst væsentlig del af ydelsen i girafhusaftalen.

6,2. Tillid.

I girafhusaftalen, forpligter parterne sig til at bygge samarbejdet på tillid, jf. § 3 og § 7. Hvad der menes med begrebet tillid, er dog ikke nærmere defineret. I det følgende vil dette begreb blive uddybet, på baggrund af formålet i aftalen, samt økonomisk teori.

At tillid inddrages i partneringaftalen, som en nøgelfaktor for samarbejdet er ikke uden grund. Partneringaftalen sigter mod fællesoptimering, men selvom parterne forpligter sig til at fællesoptimere, og selv om der hersker åbenhed imellem parterne, vil der altid være en vis risiko for, at en af parterne vælger ”at snyde på vægtskålen”. Her er parternes tillid til hinanden essentiel. Hvis parterne ikke har tillid til, at alle arbejder mod samme mål, vil de ikke have det fornødne grundlag til selv, at vælge det fælles mål. Fællesoptimering bør være win-win situation, hvor alle parterne drager nytte af resultatet af den fælles optimering. Når parterne i girafhusaftalen vælger at inddrage tillid, sker det med henblik på at få formålet om fællesoptimering, til at glide nemmere igennem aftalen. Hvad parterne i girafhusaftalen mener med ”tillid”, bliver dermed som følger; tilliden til at alle parter arbejder mod samme mål i fælles interesse. Derfor anses tillid som en grundsten i partnering.

Ifølge Williamson er ordet ”tillid” dog misledende, når ordet bruges i forbindelse med en transaktion, som er understøttet af safeguards.¹⁸³ Der kan i den forbindelse argumenteres for at safeguards ikke er nødvendige, hvis der hersker fuld tillid imellem parterne.

Williamson arbejder ikke med tillids begrebet, som dette er defineret ud fra Girafhusaftalen. I stedet arbejder Williamson med ”calculative trust”, som er en form for kalkulativ tillid, som tager udgangspunkt i en form for cost-benefit analyse. Dette definerer Coleman som følger:

*”trust is warranted when the expected gain from placing oneself at risk to another is positive, but not otherwise. Indeed, the decision to accept such a risk is taken to imply trust.”*¹⁸⁴

På den måde er der ikke tale om en reel tillid, hvor parterne i transaktionen grundlæggende stoler på hinanden. Der er i stedet tale om, at parterne vælger at have tillid til de øvrige parter, hvis dette kan betale sig, ud fra de informationer de har om risiko og potentielt udbytte.

¹⁸³ Oliver E. Williamson, *The mechanism of governance*, 1996, s. 256.

¹⁸⁴ James Coleman, *The foundations of social theory*, 1990, s. 105.

I transaktionsomkostningsteorien er tillid ikke nødvendig med mindre der eksisterer en risiko. Der opstår risiko i en transaktion, når parterne udfører specifikke investeringer og bliver bilateralt afhængige.¹⁸⁵ Risiko er dermed ikke til stede på markedet, og i hierarkiet fjernes risikoen, idet parterne ikke længere har en autonom eksistens. Det vil sige at kalkulativ tillid kun spiller en rolle i hybriderne og dermed i den bilaterale governance som girafhusaftalen udføres under.

Da kalkulativ tillid er en beregning af risiko, vil transaktionen dermed drage nytte af de kontraktuelle safeguards, da disse safeguards kan minimere risikoen. I Girafhusaftalen er Disclosure (åbenhed), en vigtig måde at safeguards transaktionen¹⁸⁶ Uden safeguards ville risikoen ved de specifikke investeringer blive for store for parterne, hvilket i teorien ville medføre en højere pris, eller at girafhusaftalen ikke bliver indgået.

Der er således ikke tale om et tillidsbegreb, som matcher det, som her uddrages af girafhusaftalen.

6.3. Samarbejde.

I en partneringaftale er samarbejdspligten grundlæggende for aftaleforholdet, og der refereres også til samarbejdets betydning flere steder i girafhusaftalen. I formålsklausulen § 2 står følgende. *"Samarbejdsaftalens formål er, at parterne i et åbent og integreret samarbejde gennemfører projektering og udførelse af et girafhus.."*. Samme princip er at finde i Standardparadigmets punkt 1,1, som siger at *"opgaven løses i en partneringmodel, hvor Bygherre, Arkitekt, Ingeniør og entreprenør i fællesskab løser opgaven i et åbent samarbejde"*. At samarbejdet har stor betydning for processen, som i partneringaftaler er alt afgørende for selve produktet, ses af punkt 2,2, som siger at, *"Parterne har sat sig som mål at opfører et byggeri, der opfylder bygherrens behov, samt at gennemføre en proces, som leder frem til produktet i vished om, at kvaliteten af processen kan være afgørende"*.

At alle parter i byggeriet, fra starten indgår i et fælles samarbejde, er unikt for partneringaftaler. Set i forhold til formålet om fællesoptimering er dette samarbejde essentielt, for at sikre en proces hvor alle parter følger fælles mål. Uden samarbejde vil parterne ikke kunne sikre, at alle arbejder med samme mål for øje. Christina Tvarnø argumenterer for, at væsentlighedskriteriet for denne del af ydelsen bør bedømmes strengt¹⁸⁷, da transaktionen ikke

¹⁸⁵ Oliver E. Williamson, *The mechanism of governance*, 1996, s. 256

¹⁸⁶ se kapitel 5, afsnit 4,3.

¹⁸⁷ Christina D. Tvarnø(3), s. 2.

kan gennemføres som aftalt, hvis ikke processen bygger på samarbejde, jf. Standardparadigmets punkt 1,1 og 2,2.

I kapitel 6, fører analysen af transaktionen i girafhusaftalen, frem til at parterne bør vælge en struktur i transaktionen, som ligger sig mest op af tilpasningsformen Cooperation¹⁸⁸. I den Bilaterale governance structure bruger parterne Cooperation, med henblik på at bevare relationen, og gøre transaktionen mere fleksibel i forhold til forstyrrelser, så inefficente beslutninger undgås. Cooperation er således den dominerende tilpasningsform i girafhusaftalen, da der er tale om en transaktion hvor den bilaterale afhængighed er central, og parterne ønsker at bevare relationen. Da usikkerheden er høj i byggeentrepriser¹⁸⁹, vil den øgede fleksibilitet som cooperation medfører, også være en fordel for transaktionen.

Teorien om den bilaterale governance structure understøtter således væsentligheden af samarbejdet imellem parterne i girafhusaftalen, og argumentet for væsentlighedskriteriet af samarbejdspligten som en del af ydelsen i partneringaftaler. Rent praktisk vil et formål om fællesoptimering ikke kunne fungerer uden et særligt tæt samarbejde, som sikrer at alle parter sigter mod fælles mål.

6.4. Sammenhængen imellem åbenhed, tillid, og samarbejde.

I de foregående afsnit er der gjort rede for de tre kriterier som en væsentlig del af ydelsen. Bedømmelsen af hvorvidt disse faktorer er væsentlige for transaktionen, støtter sig op af formålet om fællesoptimering og forholdende i den bilaterale governance structure. I det følgende vil de tre kriteriers forhold til hinanden blive undersøgt, med henblik på at belyse hvilke konsekvenser, det ville have for transaktionen, hvis en eller flere af disse faktorer ikke bliver overholdt.

Når parterne vælger, at inddrage et kriterium om åbenhed i transaktionen, vil dette stille krav til samarbejdet mellem parterne. Når parterne har indsigt i hinandens papirer, vil det være medvirkende til at skabe et anderledes samarbejde end hvad der normalt vil være tilfældet i byggebranchen. Hvis ikke samarbejdspligten var et væsentligt kriterium i partnering aftalen, ville et kriterium om åbenhed ikke give mening. Det er netop fordi at parterne indgår i et særligt samarbejde, hvor de følger fælles mål, at åbenhed bliver et vigtigt kriterium. Uden

¹⁸⁸ Se kapitel 5, afsnit 4,1.

¹⁸⁹ Se kapitel 5, afsnit 1,2.

samarbejdspligten, ville parterne blot agere som en række individuelle parter som får indsigt i hinandens papirer, uden egentlig at benytte åbenhed til noget positivt i transaktionen. Der opstår dermed en tæt relation imellem kriteriet om åbenhed og samarbejde.

Kriteriet om Tillid i girafhusaftalen, har en vigtig betydning for formålet om fællesoptimering. Ud fra både Williamsons teori og praksis, må der dog stilles spørgsmålstejn ved, om tillid kan eksistere uden åbenhed. Set ud fra Williamsons teori, må det konkluderes, at tilliden kun opstår, hvis parterne får stillet sikkerhed i form af safeguards for deres investeringer. En vigtig safeguard i aftalen er åbenhed, og i forhold til kriteriet om tillid er åbenhed især vigtigt.

Ses tillid ud fra de praktiske omstændigheder i samarbejdet, ville parterne formentlig ikke indgå en partneringaftale baseret på tillid alene. Uden åbenhed vil parterne skulle udvise tillid til, at alle parterne arbejder mod fælles mål, uden at de for stillet bevis for, at dette faktisk er tilfældet. Formålet om fællesoptimering, vil dermed blive svært at håndhæve, og det ville blive lettere, at snyde de øvrige parter i samarbejdet. Med det for øje ville konsekvensen være, at det bliver betydeligt sværere for alle parter at udvise den tillid, som er nødvendig i en partnering aftale, hvis ikke også åbenhed indgår som et væsentligt kriterium.

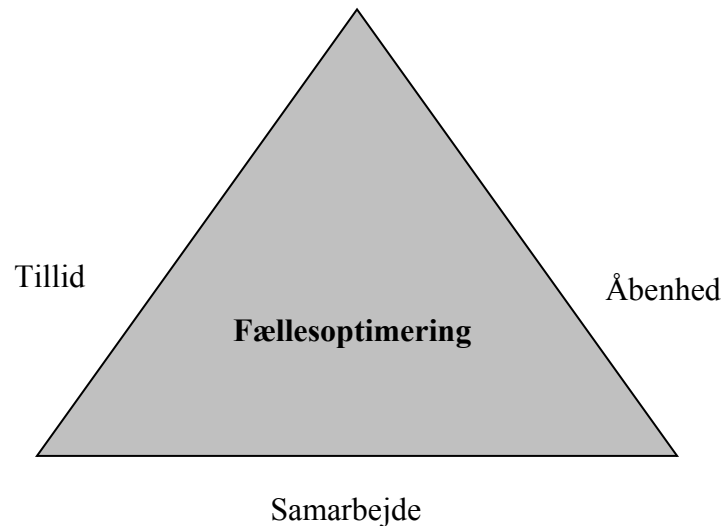
I forrige afsnit konkluderes der, at samarbejdspligten er en væsentlig del af ydelsen i en girafhusaftalen, og at samarbejdet er en nødvendighed for at sikre formålet om fællesoptimering. Samarbejdspligten har også en vigtig forbindelse til kriterierne om tillid. Et tæt samarbejde vil fungerer bedst, hvis det baseres på en tillid imellem parterne. Opstår der mistillid imellem parterne, vil det kunne få konsekvenser ved at parterne i stedet modarbejder hinanden. Dette vil igen have store konsekvenser for formålet om fællesoptimering.

6,5. Delkonklusion.

Det kan således konkluderes, at åbenhed, tillid og samarbejde, må anses som en væsentlig del af ydelsen i girafhusaftalen og i partneringaftaler i almindelighed. Hvis disse kriterier ikke overholdes af parterne, vil det være en trussel imod den fælles optimeringen og dermed en trussel imod formålet i aftalen.

Hertil kommer, at disse kriterier også understøtter hinanden hver især. Åbenhed og tillid er tæt forbundne, og ville ikke kunne eksisterer uden hinanden. Samarbejdet i partneringaftalen er baseret på åbenhed og tillid, som er de to kriterier som karakteriserer det særlige forpligtigende samarbejde i aftalen. Dermed er der også en sammenhæng imellem valget af

disse kriterier, og konsekvensen hvis et kriterium ikke overholdes. Undlader parterne at overholde et af kriterierne, bliver konsekvensen, at transaktionen ikke kan gennemføres ud fra de omstændigheder som er omtalt i aftalen. Sammenhængen kan illustreres som følgende.



Åbenhed, tillid og samarbejde som lige store sider i den ligebenede trekant, som danner rammerne om formålet fællesoptimering.

Kapitel 7. Konklusion.

Ved at fortage en fortolkning af klausulerne i girafhusaftalen, uddrages det at formålet i aftalen er helhedsoptimering, hvilket i økonomisk sprogbrug benævnes fælles optimering. Denne fælles optimering af transaktionen, medfører at hver enkelt part i aftalen, skal optimere sit arbejde til fordel for selve byggeriet, frem for sub optimere eget udbytte. Formålet om fælles optimering er grundstenen i den viljeerklæring, parterne hver især afgiver når aftalen indgås. For at gøre det muligt for parterne at arbejde mod et fælles mål stilles der en række krav til samarbejdet, som i lyset af formålet med aftalen, må anses som en væsentlig del af ydelsen. Parterne forpligtiger sig dermed til et særligt forpligtigende samarbejde, som støtter på åbenhed og tillid. Der stilles således en række ekstra krav til ydelsen, når parterne indgår en partneringaftale, i stedet for en traditionel aftale. Disse ekstra krav knytter sig i høj grad til samarbejdet og processen. At partnering aftalen stiller yderligere krav til ydelsen, bliver således en vigtig konsekvens ved brugen af partneringaftaler.

Girafhusaftalen kan ses som en rammeaftale, som er bindende for parterne. Det fastslås her at en manglende konkretisering af selve transaktionen, ikke har betydning for aftalens bindende virkning. Efter indgåelsen af den fælles partneringaftale, konkretiseres transaktionen

successivt. Denne successive konkretisering af transaktionen, vil dermed bygge på de krav til samarbejdet, som parterne har indgået aftale om i partneringaftalen.

Girafhusaftalen har karakter af en inkomplet kontrakt, hvor parterne ikke har mulighed for at forudse alle mulige udfald af kontrakten. Dette medfører stor usikkerhed for transaktionen. Den successive aftaleindgåelse i girafhusaftalen, kan dog forebygge en del af denne usikkerhed, da parterne tager stilling til selve konkretiseringen af aftalen løbende efter indgåelsen af partneringaftalen. På den måde kan parterne udfylde huller i aftalen undervejs, i stedet for at udarbejde en lang kompleks kontrakt, som alligevel kan tage højde for alle risici og muligheder. Kravet om åbenhed imellem parterne kan endvidere mindske risikoen for opportunistisk adfærd.

For at optimere transaktionen, skal parterne benytte en governance structure som passer til transaktionens karakteristika. Girafhusaftalen er underlagt en reccurant kontrahering, og ikke mindst en høj grad af aktivspecifitet. Der opstår dermed en bilateral afhængighed imellem parterne i girafhusaftalen, hvilket har den konsekvens at parterne risikerer at miste penge på deres specifikke investeringer, hvis ikke de bibeholder relationen. Ifølge Williamsons teori bør parterne dermed vælge den bilaterale governance structure. Denne governance structure har en særlig relationel karakter, og bygger på Kooperation. Parterne kan dermed tilpasse sig forstyrrelser i transaktionen ved at samarbejde, hvilket giver transaktionen en særlig fleksibilitet. Som konsekvensen af den bilaterale governance structure og de specifikke investeringer, skal parterne benytte intern konfliktløsning med henblik på at opretholde relationen. Kan parterne ikke løse konflikten ved intern dialog, åbner den bilaterale kontrakt op for brugen af mediation.

Safeguards bør indgå i aftalen, hvilket er en konsekvens af de specifikke investeringer. Når alle parter på samme tid indgår specifikke investeringer, og arbejder under disclosure, fungerer dette som safeguards, hvilket giver parterne en sikkerhed for deres investering.

I sidste ende medfører den bilaterale governance af girafhusaftalen, en sænkning af de transaktionsomkostninger, som indgår i kontrakt- og kontrolomkostningerne. Dette medfører en optimering af aftalen.

Litteraturliste

Bøger:

- Andersen, Ib, *Den skinbarlige virkelighed*, 2005.
- Blumer, Peter, *Juridisk metode*, 2009.
- Bryde Andersen, Mads (1), *Ret & Metode*, 2002.
- Bryde Andersen, Mads (2), *Grundlæggende aftaleret*, 2008.
- Gomard, Bernard, *Almindelig kontraktsret*, 1996.
- Gomard, Bernard, *Almindelig kontraktsret*, 2009.
- Hellner, Jan, *Kommersiell avtalsrätt*, 1993.
- Hendrikse, George, *Economics and management og organizations*, 2003.
- Iversen, Thorsten, *Støtteerklæringer*, 1996.
- Knudsen, Christian, *Økonomisk metodologi – Bind 2*, 1997.
- Lyng Andersen, Lennart (1), *Aftaleloven – med kommentarer*, 2005.
- Lyng Andersen, Lennart (2), *Aftaler og mellemænd*, 2006.
- Raaschou- Nielsen, Agnete og Juul Foss, Nicolai *Indledning til rets- og kontraktsøkonomi*. 1997.
- Ramberg, Jan & Christina, *Almän avtalsrätt*, 2007.
- Ross, Alt og Trolle, Jørgne, *Indledning til retsstudiet*, 1974.
- Shawell, Steven, *Foundations of economic analyses of law*, 2004.

- Tvarnø, Christina D. og Nielsen, Ruth, *Retskilder og Retsteorier*, 2008.
- Williamson, Oliver E, *The economic institutions of capitalism*, 1985.
- Williamson, Oliver E, *Economic organization*, 1986.
- Williamson, Oliver E, *The mechanism of governance*, 1996.

Vejledninger:

- "Partnering i praksis" kan findes på www.danskbyggeri.dk under følgende link:
[http://www.danskbyggeri.dk/C1256C6F0050C67D/D5333D2904884534C12570F300436B78/\\$File/partnering-webudgave-OKT.pdf](http://www.danskbyggeri.dk/C1256C6F0050C67D/D5333D2904884534C12570F300436B78/$File/partnering-webudgave-OKT.pdf)
- "Brug af partnering i Danmark", Byggeriets evaluerings Center. 2005

Artikler:

- Ayres, Ian & Gertner, Robert, *Strategic contractual inefficiency and the optimal choice of legal rules*, 1992.
- Coase, Ronald H., *The nature of the firm*, *Economia* 1937.
- Coase, Ronald H., *The problem of social costs*, *Chicago journals*.
- Cumberland, Flemming, *Indtrængningsproblematikken og erhvervsøkonomiske teoriområder*, workingpaper institut for afsætningsøkonomi på CBS 2005.
- Juul Foss, Nicolai, *Kontrakter og ejerskab*, workingpaper, 1999.
- Juul Foss, Nicolai, *transaktionsomkostningsperspektivet*, *Erhvervsøkonomisk Teori*. København: Samfundslitteratur 1995.
- Tvarnø, Christina D. (1), *Partnering – En aftaleretlig udfordring*. RETTID 2002, s. 74-81.
Kan downloades fra:
http://www.cbs.dk/forskning_viden/institutter_centre/institutter/law/menu/medarbejdere/menu/videnskabelige_medarbejdere/videnskabelige_medarbejdere/lektorer/tvarno
- Tvarnø, Christina D. (2), *Loyalitetspligt og partneringaftaler*. Julebog 2002, Juridisk Institut, Handelshøjskolen i København. Kan downloades fra:
http://www.cbs.dk/forskning_viden/institutter_centre/institutter/law/menu/medarbejdere/menu/videnskabelige_medarbejdere/videnskabelige_medarbejdere/lektorer/tvarno
- Tvarnø, Christina D. (3), *Nogle særlige karakteristika ved partneringaftaler i byggebranchen*, UFR 2003B.366.
- Tvarnø, Christina D. (4), *Partnering – i et økonomisk og juridisk perspektiv*, Working Paper, Marts 2003. Kan downloades fra:
http://www.cbs.dk/forskning_viden/institutter_centre/institutter/law/menu/medarbejdere/menu/videnskabelige_medarbejdere/videnskabelige_medarbejdere/lektorer/tvarno

- Tvarnø, Christina D. (5), *En partneringavtale er ikke som andre avtaler*, Logistikk og Innkjøp årg. 8, 2004/4
- Tvarnø, Christina D. (6), *Partnering er et barn av globaliseringen*, Logistikk og Innkjøp årg. 8, 2004/3
- Tvarnø, Christina D. (7), *Introduktion til partneringaftalen*, kan findes på www.seslegal.com .
- Tvarnø, Christina D. (8), *Hvorfor og hvornår skal man anvende partnering*, kan findes på www.seslegal.com.

Domme:

U.1977.927 H

U. 1994.470 H.

U.1982.227 Ø

Bilag 1.

Partneringavtale

Nyt girafhus i Københavns Zoo.

Indholdsfortegnelse over aftalen:

- 1. Samarbejdsparterne.**
- 2. Formål.**
- 3. Successmål.**
- 4. Byggesagens overordnede økonomiske ramme.**
- 5. Byggesagens tidsmæssige rammer.**
- 6. Byggeriets omfang og kvalitetsniveau.**
- 7. Samarbejdets grundlag og forløb.**
- 8. Parternes ydelser og arbejdsopgaver.**
- 9. Ophævelse af samarbejdsaftalen.**
- 10. Grundlag for og indhold i entreprisekontrakten.**
- 11. Håndtering af tvister.**
- 12. Andre forhold.**
- 13. Underskrifter**

1. Samarbejdsparterne:

Mellem følgende parter indgås herved denne samarbejdsaftale om opførelsen af et nyt girafhus på 450 m² inkl. servicefaciliteter og ca. 3500 m² udeanlæg placeret i Københavns Zoologiske Haves afdeling i Søndermarken.

Bygherre:

Zoologisk Have, København; Søndre Fasanvej 79, 2000 Frederiksberg

Repræsenteret ved Jesper Myhr

Hovedentreprenør:

NCC Danmark A/S BYG.

Repræsenteret ved Jens Erik Øelund.

Arkitekt:

Arkitekter Dall og Lindhartsen A/S.

Stjernegade 5, 3000 Helsingør

Repræsenteret ved Kjeld K. Knudsen.

Ingeniør:

Rambøll, Bredevej 2, 2830 Virum.

Repræsenteret ved Kaare K.B Dahl.

De anførte repræsentanter skal være til rådighed for opgavens løsning gennem hele byggesagen.

2. Formål.

Samarbejdsaftalens formål er, at parterne i et åbent og integreret samarbejde gennemfører projektering og udførelse af et girafhus og – anlæg, som overholder bygherrens overordnede krav til økonomi, tid og kvalitet.

3. Succesmål.

Proces

- At der opretholdes en høj grad af teamspirit baseret på åbenhed, ærlighed, tillid og gensidig respekt.
- At sikre at team ånden er forankret i egen organisation.

- At processen gennemføres i et positivt og konstruktivt samarbejde.
- At processen gennemføres i positiv dialog i stedet for modspil og tvister
- At byggeriet gennemføres uden eller med få gener for haven.

Produkt:

- At det nye girafhus bliver et markant, publikumsattraktivt islæt i Københavns Zoo, og at det giver en høj trivsel for dyrene.
- At bygherrens overordnede krav til funktionalitet, økonomi, tid og kvalitet, herunder arkitektur overholdes.
- At byggeriet gennemføres som miljø-rigtigt, ud fra et sæt vedtagne miljømål.
- At parterne opnår tilfredsstillende økonomiske resultater.
- At byggeriet afleveres mangelfrit indenfor tidsrammen.

4. Byggesagens overordnede økonomiske ramme.

Byggesagens økonomi er baseret på en privat donation. Den økonomiske ramme, som skal overholdes, kan opstilles således.

Entreprenørudgifter xxxxx

Rådgiverudgifter xxxx

Bygherrerudgifter xxxx

Uforudsete udgifter xxxx

Eventuel bonus xxxx

Byggeudgifter i alt xxxx

25 % moms xxxx

I alt xxxx

Bygherrerudgifter er udgifter til advokat, landinspektør, jordbundsundersøgelse, tilslutningsafgift, reproduktion, attester mv. samt særligt inventar og udstillingsindretninger.

5. Byggesagens tidsmæssige rammer.

Girafhus og – anlæg skal tages i brug senest den 1. juli 2001. Følgende terminer er gældende for byggesagens gennemførelse:

- Indgåelse af denne samarbejdsaftale ultimo september 2000 (Fase 1)

- Udarbejdelse og prissætning af projektforslag afsluttes den 1.november 2000 (fase 1)
- Indgåelse af entreprisekontrakt medio november 2000(fase 1)
- Udarbejdelse af hovedprojekt afsluttet medio januar 2001
- Byggeplads/udførelse medio januar til juni 2001 (fase 2)

6. Byggeriets omfang og kvalitetsniveau.

Der henvises til bilag 1, som indeholder skitseforslag, byggeprogram, miljømål og referencer på lignende bygninger og anlæg med henblik på funktioner og kvalitet.

7. Samarbejdets grundlag og forløb.

Bygherren har indgået ABR baserede rådgivningsaftaler med arkitekter Dall og Lindhartsen A/S og Rambøll, som harmonerer med intentionerne i denne samarbejdsaftale.

Projektudførelsen skal ske på grundlag af byggeprogram og det projektmateriale, der er oplyst i bilag 1.

Parterne forpligter sig til at handle i overensstemmelse med målsætninger og intentioner i nærværende aftale.

Det er afgørende, at parternes samarbejde bygger på tillid, fuld åbenhed og professionalisme. Dette indebærer, at parterne gensidigt har indsigt i hinandens økonomi knyttet til byggesagen, herunder at entreprenøren fremlægger sine kalkulationer og tilbud fra underentreprenører og leverandører.

Det overordnede ansvar, for at aftalens målsætninger og intentioner efterleves, varetages af styregruppen bestående af:

Kjeld K. Knudsen, Arkitekter Dall og Lindhartsen A/S

Kaare K.B. Dahl Rambøll

Peter Lauge Christensen, NCC Danmark A/S BYG.

Jesper Myhr, Zoologisk Have.

Projektledelsen på opgaven varetages af:

Kjeld K. Knudsen, Arkitekter Dall og Lindhartsen A/S

Kaare K.B. Dahl Rambøll

Jens Erik Øelund, NCC Danmark A/S BYG.

Jesper Myhr, Zoologisk Have.

Specifikke ansvarsområder er beskrevet i punkt 8.

Der afholdes månedlige statusmøder omkring tid og økonomi med deltagelse af styregruppen og projektledelsen.

8. Parternes ydelser og arbejdsopgaver.

Det er parternes fælles ansvar, at der til stadighed gennemføres en målrettet og effektiv proces/projektering/udførelse med udgangspunkt i en klar arbejdsdeling, et entydigt projekt og en klar tidsplan,

Parternes respektive opgaver og ansvarsområder i relation til projektering og udførelse fremgår af følgende.

Zoologisk Have:

Medvirke i den samlede projektledelse.

Varetage og formidle bygherrens og brugernes krav og ønsker under projektering og udførelse.

Føre overordnet regnskab for byggesagen.

Dall og Lindhardtzen:

Medvirke i den samlede projektledelse.

Udførelse af arkitektprojekt og i henhold til rådgivningsaftale og i overensstemmelse med budgetter og tidsplaner.

Varetage projekteringsledelsen.

Rambøll:

Medvirke i den samlede projektledelse.

Udførelse af ingeniørprojekt og i h. t. rådgivningsaftale og i overensstemmelse med budgetter og tidsplaner

NCC:

Medvirke i den samlede projektledelse.

Medvirke i projekteringsfasen, herunder med løbende prissætning.

Gennemførelse af produktion, i overensstemmelse med entrepriseaftale, projekt, budget og tidsplan.

Varetage byggeledelsen i byggefasen.

9. Ophævelse af samarbejdsaftalen.

Såfremt forventningerne og intentionerne i denne samarbejdsaftale ikke kan opfyldes, kan bygherren ophæve aftalen og frit benytte det udarbejdede materiale.

Såfremt Zoo vælger at ophæve aftalen, afregnes NCC for medgåede omkostninger, disse kan dog maksimum andrage 40.000 kr. ex. moms.

10. Grundlag for og indhold i entreprisekontrakten

Entreprisekontrakten baseres på AB92 og bestemmelserne i denne samarbejdsaftale.

På baggrund af projektforslaget udarbejder entreprenøren i fuld åbenhed en kalkulation af entreprenøromkostningerne baseret på udgifterne til egenproduktion, leverancer og under-entreprenører.

Entreprisensummen fremkommer ved at tillægge det aftalte dækningsbidrag på yy %. Entreprisensummen kan ikke overstige den økonomiske ramme for entreprenørudgifter nævnt i afsnit 4.

Afregning foretages derudover efter følgende principper og med nedennævnte incitament:

Der er fuld åbenhed om økonomien, og alle parter er medansvarlige for at sikre, at økonomien holder, og forpligtet til at medvirke til at optimere økonomien til gavn for byggeriet og med henblik på at opnå øget indtjening og besparelser for alle parter.

Entreprenør- og rådgiverudgifter, nævnt i afsnit 4, kan i overensstemmelse med den valgte opgavefordeling og efter aftale mellem parterne, forskydes indenfor den samlede ramme for disse udgifter.

Såfremt det i pkt. 4 anførte beløb til uforudseelige udgifter ikke forbruges, og/eller der i udførelsesfasen fremkommer besparelser ved projektændringer, som kan godkendes af alle parterne, samt at betingelserne i pkt. 5 og 6 er overholdt, fordeles det uforbrugte beløb med 1/3 til bygherre, 1/3 til entreprenør, 1/6 til arkitekt og 1/6 til ingeniør.

Bonus nævnt i pkt.4 udbetales, såfremt byggeriet overholder den økonomiske ramme, og byggeriet er afleveret mangelfrit til tiden og i øvrigt overholder alle samarbejdsaftalens bestemmelser. Bonus fordeles med 3/5 til hovedentreprenøren, 1/5 til bygherre, 1/10 til arkitekten og 1/10 til ingeniøren.

11. Håndtering af tvister

Det er et succeskriterium, at eventuelle uenigheder løses i en positiv dialog. Såfremt dette ikke kan opnås, vil parterne forinden formelle tiltag efter ABR/AB gøre brug af foregreben tvisteløsning (der udpeges en eller flere opmænd) efter bestemmelser herom udarbejdet af Voldgiftsnævnet for bygge - og anlægsvirksomhed.

Dette gælder også parternes aftaler med underleverandører/-entreprenører.

12. Andre forhold

Det forudsættes, at jordbundsundersøgelser og situations- og nivellementsplan udføres så de kan danne grundlag for projektudformningen, samt at godkendelse fra fredningsnævnet og øvrige myndigheder, foreligger til den fastsatte termin for byggearbejdets påbegyndelse.

13. Underskrifter

Bilag:

Følgende projektmateriale:

Byggeprogram

Skitseforslag af bygning

Skitser af udeanlæg, hegnstyper og grave mv.

Ingeniørbeskrivelse af konstruktioner, ventilation,

VVS-, El-installationer

Referencer: Eksisterende girafhus, Næsehorns hus og anlæg og

Savanneanlæg

Tidsplan

.