

# Indholdsfortegnelse

<b>Forord .....</b>	11
<b>Kapitel 1. Kontrahering af fælles optimering – Partneringsaftaler – i et komparativt og spilteoretisk perspektiv .....</b>	13
<i>Af Christina D. Tvarnø</i>	
1. Introduktion.....	13
1.1. Indledende definitioner .....	13
2. Partneringaftalens parter og bindende virkning .....	14
3. Partnering – en flerparts aftale.....	16
4. Rammeaftale eller fuldkommen aftale .....	17
5. Partneringaftalens formål.....	19
6. Gennemsigtighed og åbne regnskaber.....	19
7. Behovspecifikationer i partneringaftalen i Danmark og UK .....	20
8. Incitamentsaflønning af parternes opfyldelse .....	22
9. Ændring af kontraktadfærd i økonomisk og spilteoretisk perspektiv	23
10. Konflikt og partnering .....	30
11. Afsluttende bemærkninger .....	34
<b>Kapitel 2. An economic analysis of EU trademark law; the role of the average consumer in trademark infringement between two confusingly similar trademarks .....</b>	37
<i>Af Rasmus Dalgaard Laustsen</i>	
1. Introduction .....	37
2. EU trademark law .....	40
2.1. Background in brief .....	40
2.2. The average consumer – what does the legislation say?.....	41
3. Trademarks as property .....	42
4. Trademarks and the lowering of consumer search costs .....	44

## *Indholdsfortegnelse*

5.	Consumer search costs for different product markets in physical and online market places .....	47
5.1.	Consumer search costs for different product markets.....	47
5.2.	Consumer search costs in physical and online market places....	49
5.3.	Trademarks on different products sold in different markets.....	51
5.4.	Summary .....	53
6.	The CJEU's application of the average consumer; overall considerations.....	54
6.1.	The rationale of trademarks .....	54
6.2.	The average consumer – real or fiction? .....	55
6.3.	Is the average consumer in fact average? .....	56
6.4.	The average consumer and the global appreciation test .....	57
6.5.	Average consumer and the level of attention .....	58
7.	The CJEU's application of the average consumer in the online environment .....	59
8.	Bringing more policy into EU trademark law .....	62
9.	Conclusion .....	64
	<b>Kapitel 3. That effect does regulation have on the culture of banks ..</b>	65
	<i>By David McIlroy</i>	
1.	Abstract .....	65
1.2.	1.2. The effect of the Financial Services Act 1986 on the culture in banks.....	66
1.2.	1.2. The effect of the Financial Services and Markets Act 2000 .....	68
2.	Exploiting the detailed rules .....	69
2.1.	2.1. Interest rate swap mis-selling: ignoring the detailed rules.....	71
2.2.	2.2. The LIBOR Scandal: disregard for the rules.....	73
2.2.1.	2.2.1. Other factors .....	75
2.3.	2.3. Markets as a-moral .....	77
3.	The efficient market hypothesis .....	78
3.1.	3.1. Remedies .....	80
3.1.1.	3.1.1. Regulating the behaviour of banks and bankers .....	80
3.1.1.1.	3.1.1.1. The approved persons regime .....	80
3.2.	3.2. The Senior Managers Regime .....	83
4.	The cultural question .....	85
5.	Conclusions .....	86

<b>Kapitel 4. Where do we stand on discounts? – A Danish perspective</b>	89
<i>Af Christian Bergqvist</i>	
1. Discounts and competition law .....	90
2. Discounts and competition law – doctrines and sub doctrines .....	92
3. The concept of abuse and discounts .....	94
4. Loyalty discounts and surrogates .....	97
4.1. Pure loyalty discounts .....	103
4.1.1. When to consider foreclosure plausible? .....	105
4.1.2. When size matters – super dominance and quasi-monopolies.....	112
4.2. Mixed bundling .....	113
4.3. Quantum discounts.....	114
4.3.1. Quantum discounts, economics of scale and quasi-monopolies.....	116
4.4. Selective price cuts and discounts .....	118
4.5. Defensive discounts .....	119
4.6. Summing up on loyalty discounts and the way forward.....	120
5. Discrimination.....	120
5.1. Discrimination and other forms of abuse .....	121
5.2. Unclear framework for the analysis.....	123
5.2.1. The principles can be extracted from the wording .....	124
5.3. Primary-line-discrimination – foreclosure of the primary market.....	129
5.3.1. A narrow window if foreclosure is plausible.....	130
5.3.2. Sectors with unusual cost structures .....	132
5.4. Second-line-discrimination.....	132
5.4.1. Discrimination of downstream trading parties .....	133
5.4.1.1. The requirements follow the general conditions .....	134
5.4.2. Preferential treatment of own interest.....	136
5.5. National based discrimination .....	137
5.6. The somewhat unclear approach on discriminatory discounts ..	138
<b>Kapitel 5. Systemet i systemet ved siden af systemet</b> .....	141
<i>Af Vibe Thimgaard Knoop</i>	
1. Indledning .....	141
1.1. Et tankeeksperiment med det frie marked som udgangspunkt ..	141
1.1.1. Hvorfor ikke anvende retsdogmatikken?.....	142
1.1.2. Arik lens opbygning .....	143
2. Den kommunale taksationskommission.....	143
2.1. Taksationssystemet .....	144

## *Indholdsfortegnelse*

3.	Tilgang til information i de kommunale taksationskommissioner ....	145
3.1.	Adgang til kendelser truffet af den kommunale taksationskommission .....	145
4.	Den kommunale taksationskommission – et monopolorgan? .....	146
5.	Der træffes en kendelse.....	148
5.1.	Ønsket om information og hvilke informationer der er relevante .....	148
6.	Betydningen af manglende information om kommissionen og i kommissionen .....	151
6.1.	Asymmetrisk information.....	151
7.	Forskellige scenarier af asymmetrisk information i kommissionen..	152
7.1.	Scenarie I.....	152
7.1.1.	Resultat .....	154
7.2.	Scenarie II .....	154
7.2.1.	Resultat .....	155
7.3.	Scenarie III .....	155
7.3.1.	Resultat .....	156
8.	Sammenfatning .....	156
<b>Kapitel 6. Naboyerstatning og vindmøller – et retsøkonomisk perspektiv.....</b>		159
<i>Af Bent Ole Gram Mortensen</i>		
1.	Indledning .....	159
1.1.	Om opstilling af vindmøller.....	160
1.2.	Negative eksternaliteter .....	161
1.3.	Støtte til vindmøller .....	162
2.	Generelt om værditabsordningen .....	163
2.1.	VE-lovens og værditabsordnings formål.....	164
2.2.	Kort om anden reguleringen af vindmøller .....	165
2.3.	Hvilke anlæg omfattes .....	166
2.4.	Hvad erstattes gennem værditabsordningen? .....	166
2.5.	Hvem kan opnå erstatning? .....	167
2.6.	Fastsættelse af erstatning .....	167
3.	En undtagelse til den almindelige naboret .....	169
4.	Retsøkonomiske betragtninger .....	169
4.1.	Det samfundsøkonomiske hensyn .....	169
4.2.	Reduktion af markedsfejl.....	170
4.3.	Coase-teoremet og transaktionsomkostninger .....	171
5.	Afsluttende bemærkninger .....	172

<b>Kapitel 7. Methodological differences between legal dogmatics and new institutional economics .....</b>	<b>175</b>
<i>By Jacob Lyngsie &amp; Kim Østergaard</i>	
1. Introduction .....	175
2. The comparative methodological analysis .....	178
2.1. The analytical level .....	181
2.2. The unit of analysis .....	183
2.3. Assumptions about actors' behaviour .....	187
2.4. The existence of transaction costs .....	193
3. Conclusion .....	196

Denne bog er omfattet af lov om ophavsret og må ikke videregives – herunder udlånes, sælges eller kopieres – i digital form.

Indholdet må alene anvendes af licenstagere i henhold til de til enhver tid gældende licensbetingelser.

© Jurist- og Økonomforbundets Forlag

# Forord

Rets- og kontraktøkonomi udgør det mest etablerede og udbyggede forskningsfelt i krydsfeltet mellem jura og økonomi. Moderne rets- og kontraktøkonomi har dog siden sin start i 1960’erne været forholdsvis fokuseret på den økonomiske analyse af retlige problemstillinger. Om end litteraturen også har indeholdt mere juridisk fokuseret forskning, har den alt overvejende tendereret en økonomisk tilgang. Det er således ikke underligt, at disciplinen også hovedsageligt har været drevet af bidrag fra økonomer. Klassiske spørgsmål såsom økonomisk rationale for erstatningspligt, reguleringen af positive/negative eksternaliteter osv. kan siges at udspringe fra et økonomisk perspektiv om at maksimere det økonomiske output. Nutidige bidrage til litteraturen er fortsat med hovedvægten på økonomiske perspektiver, men er også i stigende grad begyndt at anvende den juridiske metode proaktivt og inkorporere juridisk motiverede problemstillinger. Mere specifikt kan man tale om, at rets- og kontraktøkonomi i stigende grad er blevet et interdisciplinært forskningsfelt, herunder hvorledes juraen kan anvendes strategisk.

Foranlediget af den stigende juridiske tilgang til rets- og kontraktøkonomi afholdt Syddansk Universitet en nordisk forskerkonference i sommeren 2014 med fokus på en interdisciplinær tilgang til sammenkoblingen af økonomisk og juridisk teori. Konferencens mål lå i tilknytning til den klassiske rets- og kontraktøkonomiske tilgang, men indeholdte et bredere ønske om at belyse, hvorledes de to discipliner i sammenhæng kan indgå ligeværdigt. Således tilhørte de deltagende forskere ikke blot de klassiske fagmonopolære forskningsfelter (jura og økonomi), men også krydsfeltet mellem de to discipliner. Temaet for konferencen klarlagde, at bidrag som hovedvægt burde indeholde en reflekteret benyttelse af begge discipliner. Om end mere klassik rets- og kontraktøkonomiske analyser også var til stede, er det klart i skrivende stund, at konferencen bidrog væsentligt til udbredelsen af den interdisciplinære tilgang.

Selvom nordiske bidrage til den rets- og kontraktøkonomiske litteratur ikke er fuldstændig fraværende, har der historisk været en stærk amerikansk indflydelse. Denne indflydelse er selvfølgelig naturlig, givet forskningsfeltets oprindelse. Dog er etableringen af en stærkere tilstedeværelse af europæisk og i særdeleshed nordisk forskning ønskværdigt. Hvor andre forskningsfelter

## *Forord*

har undergrupperet sig i nordiske forskningsfælleskaber, har forskningen inden for krydsfeltet mellem jura og økonomi ikke i samme omfang været føleskabssøgende. Konferencens sekundære mål var derfor at styrke opmærksomheden på den nordiske forskning, som bedrives.

Nærværende bog kan ses som produktet af begge ønsker; nemlig en koncis præsentation af interdisciplinær forskning, fremført af førende nordiske forskere. Bogen skal således ikke ses som et samlet værk med et klart defineret emnefelt, men som en antologi med bidrag fra forskellige disciplinære perspektiver og problemstillinger.

Bogens antologiske fremtoning fremstår dog heller ikke som følge af tilfældig sammensætning af bidrag fra de indbudte forskere. Alle de indeholdte artikler har gennemgået indholds- og problemstillingsmæssigt peer-review. Ønsket om at udfærdige en bog, som i sin helhed rummer de mange facetter, som interdisciplinær forskning, i krydsfeltet mellem jura og økonomi, består af, er således opnået i kraft af det gennemgående tema i alle artiklerne; nemlig forståelse for, hvordan økonomisk og juridisk tænkning i sammenhæng muliggør oplysning og perspektivering af problemstillinger. Modsat den fagmonopolære forskning, og i nogen udstrækning også klassisk rets- og kontraktøkonomi, er det forskningsmæssige perspektiv ikke entydigt fastlagt i nærværende fremstilling. Således vil nogle artikler udgå hovedsageligt fra et juridisk eller økonomisk perspektiv, og andre vil benytte begge i ligevægt.

Ønsket om at udbrede den interdisciplinære tilgang til problemstilling og samtidig synliggøre nordiske bidrag, fremstår derved af bogen i sin helhed. Selvom relevansen af enkelte kapitler for læseren sandsynligvis er motiveret af de konkrete problemstillinger, udspringer bogens overordnede relevans af ønsket om at styrke den fremtidige nordiske interdisciplinære forskning inden for jura og økonomi.

Tak til stud.merc.jur. Nicoline Hofman, SDU for hjælp med korrekturlæsning og opsætning af artiklerne. Ligeledes tak til forfatterne, der har bidraget og muliggjort denne antologi.

Endelig tak til Dreyers Fond for økonomisk støtte til udgivelsen.

Odense & Frederiksberg november 2015

Bent Ole Gram Mortensen

Jacob Lyngsie

Kim Østergaard

## KAPITEL 1

# Kontrahering af fælles optimering

## Partneringsaftaler – i et komparativt og spilteoretisk perspektiv

*Af professor Christina D. Tvarnø*

### 1. Introduktion

Dette paper omhandler kontrahering af fælles optimering i partneringaftaler i byggebranchen i henholdsvis Danmark og Storbritannien. Formålet med dette paper er at analysere en række centrale bestemmelser i en dansk og en engelsk standard-partneringaftale og at sammenligne de to partneringaftalers indhold. Endvidere er hensigten med dette paper at forklare partneringaftalens særlede karakteristika ud fra spilteoretiske overvejelser. Partneringaftaler indeholder klausuler, der eksplisit definerer fælles optimering gennem bygherrens behov frem for krav; incitamenter frem for misligholdelsesbeføjelser; samarbejde, tillid, åbenhed om økonomien i projektet og incitamentsaflønning, i stedet for kontrol, misligholdelsesbeføjelser og risikostyring. Karakteristika, der samlet set adskiller partneringaftalen fra mere traditionelle aftaler, og som kan forklares ved hjælp af spilteoretiske overvejelser.<sup>1</sup>

#### 1.1. Indledende definitioner

Indledningsvis foretages tre kontraktuelle definitioner af den type partneringaftale, der er omfattet af analysen i dette paper. For det første betragtes partneringaftalen, der er omfattet af dette paper, som et alternativ til traditionelle aftaler, fordi partneringaftalen adskiller sig fra den traditionelle aftale i både

1. Se også Erhvervs- og Boligstyrelsen, Arbejdspapir om brug af workshops ved partnering, Projekt nye samarbejdsformer, oktober 2002, s. 5.

## Kapitel 1. Kontrahering affælles optimering

form og indhold.<sup>2</sup> Dette understøttes af BYG's partneringaftale i kommentaren til § 3.1:

»ABR 89 og AB 92 er udformede med de traditionelle samarbejdsformer for øje. Den fuldt udbyggede partneringmodel, som er beskrevet her, afviger så meget herfra, at visse af bestemmelserne i ABR 89 og AB 92 ikke er egnede, og at man i det hele taget ved fortolkningen af de bestemmelser i ABR 89 og AB 92, der ikke eksplisit ændres, lægger vægt på de særlige forhold, der gør sig gældende ved partneringaftalen.«

For det andet omfatter dette paper bindende fler-parts-partneringaftaler, hvilket behandles nedenfor i afsnit 2 og 3. For det tredje omfatter dette paper alene partneringaftaler i byggebranchen.

## 2. Partneringaftalens parter og bindende virkning

Der findes mange forskellige former for samarbejdsaftaler, herunder partnerskabsaftaler, partneringaftaler, offentligt privat samarbejde mv. Dette paper omhandler private partneringaftaler, og udelukkende den type partneringaftale, der i form og indhold er beskrevet i Dansk Byggeris partneringkontrakt, BYG's<sup>3</sup> partnering standardparadigme *Partnering i praksis* (fremover kaldet BYG's partneringaftale) og i den britiske standard partneringaftale (PCC2000).<sup>4</sup> Såvel den britiske som den danske partneringaftale bygger på kriterier som fælles nytte,<sup>5</sup> åbne regnskaber,<sup>6</sup> samarbejde, tillid og åbenhed<sup>7</sup> samt etablering af alternativ tvistløsningsprocedure.<sup>8</sup>

2. Christina D. Tvarnø, Partneringaftalens særlige karakteristika, UFR nr. 45, 8. november 2003 s. 366.
3. BYG: Partnering i praksis, Vejledning i partnering, 2. Udgave, 2005, <http://www.danskbyggeri.dk/files/Servicebutik/Love%20og%20regler/Byggeriets%20love%20og%20regler/Partnering/17124.partneringwebudgave05.pdf>.
4. PPC2000, amended 2008, ACA Standard Form of Contract for Project Partnering, Construction Excellence in the build environment, Construction Industry Council, ACA and Towers & Hammins LLP, 2008, udarbejdet af Dr. David Mosey.
5. Jf. punkt 6.2 i BYG's partneringaftale, 2005 og Erhverv- og Byggestyrelsens Vejledning i partnering, januar 2006, der henvender sig til bygherrer og bygherrerrådgivere, s. 9, samt Byggeriets evalueringscenter, State of the art Rapport, juni 2003 og Erhvervs- og Boligstyrelsen, Arbejdspapir om brug af workshops ved partnering, Projekt nye samarbejdsformer, oktober 2002, s. 5.
6. Se punkt 6.1 i BYG: Partnering i praksis, Vejledning i partnering, 2. Udgave, 2005.
7. Se punkt 2.1 i BYG: Partnering i praksis, Vejledning i partnering, 2. Udgave, 2005.
8. Se punkt 11 i BYG: Partnering i praksis, Vejledning i partnering, 2. Udgave, 2005.