

Contract management (kontraktstyring) i en dansk retsvidenskabelig kontekst

*René Franz Henschel, professor (mso)
Juridisk Institut, Business and Social Sciences,
Aarhus Universitet*

1. Indledning

Denne artikel har til formål at hædre Hans Viggo Godsk Pedersens juridiske virke gennem at give en kort introduktion til en i dansk kontekst ny og i retsvidenskaben forholdsvis uomtalt disciplin, nemlig *contract management*, eller på dansk også betegnet *kontraktstyring*.¹ Som bekendt lyder en gammel talemåde, at en god kontrakt er den, der bliver liggende i skuffen. Denne opfattelse af kontrakten som et primært reaktivt orienteret redskab, der først skal findes frem, når noget går galt, er under stigende pres.

Dette har mange årsager. For det første er der sket en strukturel forandring i den måde, som organisationer producerer på. Fra i overvejende grad at have produceret den færdige ydelse selv, køber virksomheder og organisationer i stigende omfang varer og serviceydelser fra eksterne leverandører ud fra deisen om, at priserne falder, og kvaliteten øges, hvis organisationen udnytter konkurrencen på markedet. Virksomhederne skal koncentrere sig om deres kernekompetence og overlade investeringer i innovation og effektivitetsforbedringer til leverandører. Denne strategi anvendes i stigende omfang også i det offentlige, der udliciterer flere og flere opgaver til private leverandører, eksempelvis IT-services, rengø-

1. Se hertil nærmere René Franz Henschel, *Kontraktstyring* (2016).

ring, vedligeholdelse mv. I takt med denne udvikling vil såvel antallet som kompleksiteten af kontrakter blive forøget, f.eks. i relation til levering af IT-systemer til inddrivelse af skatter eller levering af plejeydelser. Der sker herved også en ændring i kontraktens *funktion* i takt med skiftet fra varesamfund til servicesamfund: kontrakten er nu i stigende omfang blevet det sted, *hvor selve ydelsen defineres*, f.eks. hvorledes en bestemt IT-service eller plejeydelse defineres, testes, leveres, måles og afregnes. Hermed bliver kontrakten ikke kun et passivt, reaktivt redskab, der kun skal tages frem, når noget går galt: tværtimod anvendes kontrakten som et proaktivt projektstyringsredskab, der konstant følges og optimeres f.eks. ved at fastlægge og monitorere, hvorledes ændringer til kontrakten skal foregå og dokumenteres – et aspekt, der undersøges nærmere nedenfor i afsnit 3 i relation til en konkret afgørelse fra den danske Højesteret. Nogle typer kontrakter undergår ligefrem en forandring, så de passer bedre til de grundlæggende forretningsprocesser. Et eksempel er de såkaldte agile eller iterative kontrakter, der har fokus på udvikling af software tilpasset kundens forretningsbehov. Der er i sådanne projekter behov for et tæt samarbejde mellem kunden og leverandøren, hvorfor kontrakten fokuserer på at understøtte dette samarbejde gennem at definere parternes samarbejde, kommunikation, risikohåndtering og tvisteløsning, ligesom der sker en opdeling af styringsmæssige, tekniske og juridiske konflikter med hver sine konfliktløsningsmodeller.²

Såvel antallet som kompleksiteten af kontrakter er derfor stigende. Et løseligt estimat lyder, at antallet af kontrakter er forøget med mindst 50 % de sidste 25 år, og at kontrakter nu regulerer mellem 50-75 % af private virksomheders in- og output.³ Konsekvensen af denne udvikling er, at såvel offentlige som private virksomheder og organisationer har øget deres fokus på kontrakten med henblik på, hvorledes denne mest optimalt håndteres fra »vugge til grav«, på samme måde som virksomheder og organisationer forøgede deres fokus på at styre projekter særligt fra midten af 1950'erne og fremefter.

Contract management er en disciplin, der har fokus på denne optimering. På tilsvarende vis som project management eller projektledelse udviklede sig fra at være en primært ad hoc-baseret aktivitet til en egentlig

2. Se René Franz Henschel: Iterative contracts as proactive law instruments, i Gerlinde Berger-Walliser og Kim Østergaard (Eds.): Proactive law in a Business Environment (DJØF Publishing, 2012), s. 235.

3. Se René Franz Henschel, Kontraktstyring (2016), s. 12.

disciplin med egenartede processer, aktiviteter og fagtermer, på samme vis har styringen af kontrakter de seneste årtier udviklet sig fra ad hoc definerede aktiviteter og processer til i stigende omfang at have de kendetegn, der karakteriserer en egentlig disciplin. I det følgende afsnit introduceres denne nye disciplin nærmere.

2. Baggrund, indhold og formål

Contract management opstod oprindeligt som en disciplin i USA i 1950'erne, hvor verdens første forening for contract management, *National Contract Management Association* (NCMA), grundlagdes. NCMA har i dag ca. 22.000 medlemmer, primært fra USA og primært inden for offentligt indkøb og forsvarsindustrien. I 1999 blev verdens nu største forening, *International Association for Contract and Commercial Management*, dannet. IACCM har over 40.000 medlemmer i 154 lande. I Danmark har IACCM ca. 250 medlemmer. Herudover findes der i Danmark en forening, *Danish Contract Management Association* (DCMA), der har ca. 250 medlemmer.⁴

På tilsvarende vis, som man i relation til projektledelse starter med at definere, hvad et projekt er for at kunne forstå disciplinens mål, er startpunktet for en definition af contract management – eller kontraktstyring – *kontrakten*. Som bekendt defineres en kontrakt i juridisk terminologi som en *aftale* mellem to eller flere parter, hvorved parterne *binder sig til at opfylde* nærmere definerede *forpligtelser*. Hvis disse forpligtelser ikke opfyldes, foreligger der *misligholdelse*. Konsekvensen heraf er, at den skuffede part har et retskrav på opfyldelse, der kan gennemtvinges ved domstolene, i overensstemmelse med forpligtelsens primære indhold (f.eks. at levere ydelsen), ligesom der kan tilkendes erstatning i det omfang, den skuffede part har lidt et tab som en påregnelig og adækvat følge af kontraktbruddet.

Contract management har i sin oprindelige form fokus på parternes forpligtelser og opfyldelsen eller misligholdelsen heraf, som defineret i

4. Se www.dcma.dk. Ifølge foreningens vedtægter, § 2(1), er formål »... at arbejde for udbredelsen og professionaliseringen af contract management i Danmark og i mindre omfang i international sammenhæng. Ved contract management forstås foreningen både den juridiske og den kommercielle forhandling og styring af kontrakter.«

kontrakten. I overensstemmelse hermed ses f.eks. NCMA's definition af Contract management som værende: »... the process of managing contracts, deliverables, deadlines, and contract terms and conditions while ensuring customer satisfaction«. ⁵ I forlængelse heraf ses endvidere definitionen fra The Chartered Institute of Purchasing and Supply (forkortet CIPS), Contract Management Guide (2007), ⁶ der med henvisning til »Best Practices in Contract Management – Strategies for Optimizing Business Relationships«, Aberdeen Group (2004), definerer disciplinen således: »Contract life cycle management is the process of systematically and efficiently managing contract creation, execution and analysis for maximising operational and financial performance and minimising risk«.

I denne forstand handler contract management altså om at påse, at parterne på korrekt vis har *aftalt* de relevante forpligtelser, at forpligtelserne herefter *opfyldes* i overensstemmelse med aftalen, og at eventuel misligholdelse *adresseres* i overensstemmelse med det aftalte eller baggrundsrettens regler. Dette primært administrativt-juridiske fokus ses også afspejlet i den engelske betegnelse *commitment management* – forpligtelsesstyring. Ofte ses det dog, at denne noget snævre definition udvides, således at målet udvides til at omfatte, at operationel og finansiell performance optimeres og risici minimeres, som det ses umiddelbart ovenfor, eller at forhandlinger og udvælgelse af forretningspartnere kommer i fokus, jf. f.eks. denne definition fra *The International Association of Contract and Commercial Management* (forkortet IACCM): ⁷ »Commitment management is an advanced method through which an organization applies quality principles to business terms, policies, practices and processes to drive improvement in negotiation, contract performance and governance standards. It is a systematic way of ensuring that business requirements and capabilities are aligned to formal commitments, to ensure that opportunity selection is optimized and business relationships are fulfilled as agreed.«

5. Se NCMA Contract Management Body of Knowledge (CMBOK), 4th edition (2013), s. 4.

6. http://www.cips.org/documents/CIPS_KI_Contract%20Management%20Guidev2.pdf

7. Se <https://support.iacm.com/support/solutions/articles/9000059135-what-is-the-definition-of-commitment-management-> (sidst besøgt den 10. august 2016).

Der synes på denne baggrund endnu ikke at eksistere nogen internationalt anerkendt og entydig definition af contract management.⁸ I denne artikel defineres contract management derfor som *en systematisk metode, der ved hjælp af en række processer og aktiviteter såvel før, under som efter underskrivelsen af kontrakten har til formål at indfri målet med og maksimere udbyttet af kontrakten, samtidig med at forretningsmæssige risici minimeres, og forretningsmæssige muligheder optimeres.*

På samme vis som projektledelse ofte udøves af ansatte betitlet projektledere eller Project Managers, ses contract management i stigende omfang udøvet af en række specialiserede ansatte, kaldet *Contract Managers*.⁹ Gennem målrettet uddannelse og fornøden erfaring besidder disse Contract Managers de juridiske, tekniske, operationelle og kommercielle færdigheder samt det gode købmandsskab, der skal til for at optimere hele kontraktens livscyklus. Ofte udøves contract management dog af indkøbere, sælgere, bidmanagers, projektledere, virksomhedsadvokater, udbudsjurister mv., og udøvelse af contract management forudsætter derfor ikke anvendelse af særlige titler.

Da contract management indebærer et tæt samarbejde mellem mange interessenter, skal disciplinen endvidere ikke udøves af individer, der er isolerede fra den omkringgivende organisation, men tværtimod som et samarbejde mellem interne såvel som eksterne interessenter. Contract management kan derfor også anskues som en *organisatorisk* kompetence, der opstår som *summen af* de kontraktrettede aktiviteter, der udøves i forskellige dele af organisationen samt i samarbejde mellem kunder og leverandører.¹⁰ Herved forudsætter disciplinen også en betydelig vidensdeling og virksomheder og organisationer, der er åbne for kommunikation og læring.

Contract Managers (eller advokaten, projektlederen mv., der ellers måtte have ansvaret for at udøve contract management i samarbejde med

8. Se hertil også IACCM, *Fundamentals of Contract and Commercial Management* (2013), s. 3 »(...) contract or commercial management is often one of the least defined positions in the corporate hierarchy«.

9. Denne forfatter anslår, at der p.t. er ca. 500 personer med titlen Contract Manager i danske virksomheder, og at dette antal er stigende. Dette ses bl.a. ved, at titlen stadig oftere anvendes på anerkendte jobdatabaser.

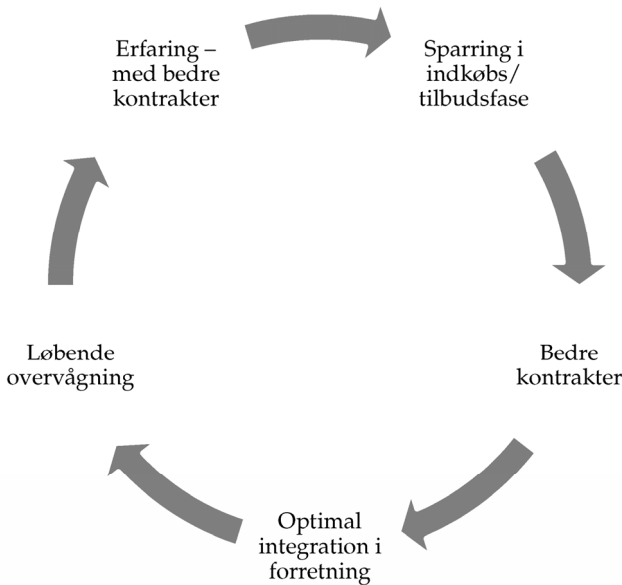
10. Se Kaisa Sorsa og Tarja Salmi-Tolonen *Contracting Capabilities in Project Business – Proactive Management Approaches of Contracting*, i Kalle Kähkönen, Abdul Samad Kazi, og Mirikka Rekola (Eds.): *The Human Side of Projects in Modern Business* (2009), s. 221.

de relevante parter) opererer i et tæt samarbejde med ledelsen og forretningen med henblik på konstant at tilpasse kontrakter og håndteringen heraf til forretningens behov, under hensyn til de relevante strategier og ledelsesbehov.

Contract Manageren har endvidere ansvaret for at *informere* om og *uddanne* såvel forretning som leverandører i, hvad der skal til for at udføre *best practice* contract management i relation til deres organisation. Heraf ses det, at contract management har forbindelse til bl.a. ledelse, Human Ressource Management, kommunikation, projektledelse, Supplier Relationship Management mv.

Contract management sætter derved en tværfaglig proces i gang, hvor organisationen bliver bedre og bedre til at tilpasse kontrakter og processer til organisationens behov under de givne økonomiske rammer. Contract management »kvalitetshjulet« er sat i gang, hvilket udløser en bølge af effektiviseringer og nye samarbejder på tværs af organisationen.¹¹

Figur 1. Contract Management »kvalitetshjulet«



11. Se uddybende René Franz Henschel, *Kontraktstyring* (2016), s. 14.

Forskning og praksis har vist, at en organisation især skal fokusere på *fire hovedområder*, der er fundamentale for at udvikle contract management:¹²

- udvikling af kontraktsindhold;
- udvikling af kontraktrelaterede politikker og processer;
- udvikling af relationelle kompetencer, herunder tværfagligt samarbejde og kommunikation;
- udvikling af organisatoriske og personelle kompetencer og attituder i relation til kontrakter, herunder proaktiv adfærd.

I den følgende sektion vil disse hovedaktiviteter blive uddybet med et eksempel, der er inspireret af en konkret højesteretsdom.

3. Eksempler på contract management illustreret med retspraksis

Som et specifikt eksempel på contract management-aktiviteter kan nævnes *ændringshåndtering*, idet de typiske arbejdsopgaver vil være følgende:

- undersøgelse af de forretningsmæssige behov for, at der kan ske ændringer til kontrakten;
- undersøgelse og udarbejdelse af kontraktmæssige muligheder og vilkår i relation til ændringsmuligheder og processer herfor;
- undersøgelse og udarbejdelse af standardbetingelser i relation til ændringer, f.eks. hvorledes de viger eller ikke viger for ændringer til hovedkontrakten;
- undersøgelse og udarbejdelse af kontrakt-relaterede politikker, praksisser og processer, f.eks. om hvorledes ændringer af kontrakter skal ske (i hovedkontrakt eller tillæg til kontrakt mv.), hvem der har fuldmagt hertil, hvorledes det dokumenteres etc.;
- kontraktrelateret information til og videreuddannelse af relevante personer i forretningen, om hvad der skal til, før noget er en kontraktuel ændring, hvilke faldgruber der er, hvem man skal henvende sig til for hjælp, hvis man er i tvivl mv.;

12. Se Kaisa Sorsa og Tarja Salmi-Tolonen, op.cit., s. 228 ff.

- involvering i specifikke ændringshændelser, herunder sikring af at der sker juridisk-forretningsmæssig analyse af konsekvenser af både manglende og udført ændring;
- afrapportering til ledelse og andre relevante parter, f.eks. om antallet af ændringer henholdsvis ændringsanmodninger i kontrakter, og om dette f.eks. skyldes utilstrækkelig definition af behov og/eller ydelser, leverandører eller kunders manglende evne til at opfylde forpligtelser, manglende forståelse for kontrakter og processer mv.
- udarbejdelse af strategier og taktikker til ændringshåndtering, og monitorering af, at de opstillede mål indfries.

Som et eksempel på, hvorledes contract management spiller en rolle i denne sammenhæng kan nævnes Højesterets dom 25. april 2014 (sag 309/2010), Forsvarets Materieltjeneste (FMT) mod it-leverandøren Saab AB.¹³ Parterne havde i juni 2007 indgået en kontrakt, hvorefter Saab skulle færdiggøre og levere et it-system, der skulle gøre Forsvaret i stand til at kommunikere mere effektivt. Som det er sædvanligt i it-kontrakter, havde parterne aftalt nogle nærmere definerede milepæle, herunder tests af systemets funktionalitet samt en endelig dato for systemets ibrugtagning. Disse milepæle var vigtige for Forsvaret, idet kontrakten med Saab havde afløst en tidligere kontrakt med en anden leverandør, der imidlertid ikke havde kunnet levere som aftalt. Saab havde overtaget denne leverandør og havde herefter påtaget sig en leveringsforpligtelse over for FMT, der indebar, at såfremt systemet ikke blev leveret som aftalt, kunne FMT ophæve kontrakten og kræve hele købesummen – herunder også den, der var blevet betalt til den tidligere leverandør – tilbagebetalt. Da Saab efter FMT's opfattelse ikke overholdt kontraktens bestemmelser om at teste nogle bestemte funktioner ved en aftalt milepælstest i slutningen af 2007, ophævede FMT i februar 2008 kontrakten og krævede, at Saab skulle tilbagebetale 143.024.826 kr. For Højesteret angik sagen, om FMT's ophævelse af kontrakten var berettiget, og hertil udtalte Højesteret, at Saab havde undladt at teste en række krav, der var fastsat i kontrakten, og at milepælen derfor ikke var bestået. Da der ikke var aftalt en afhjælpningsret for så vidt angik fejl og mangler ved milepælen, kunne FMT ophæve kontrakten.¹⁴

13. U 2013.2113/1 (udeladt).

14. Sø- og Handelsretten var nået til et andet resultat, se SH2010.H.0094.08 (dom afsagt den 10. September i sag H-94-08).

For Højesteret argumenterede Saab blandt andet for, at parterne havde *ændret* kontraktens bestemmelser om kravene til testen, således at nogle bestemte krav ikke skulle testes. Dette indebar, at Højesteret skulle tage stilling til, i hvilket omfang der var aftalt ændringer til de oprindeligt aftalte testkrav, herunder om FMT ved deres adfærd havde givet det indtryk, at betingelserne var ændret.

Som det fremgår af dommen, spiller en række faktorer ind på denne bedømmelse. For det første har parternes *underskrevne hovedkontrakt* betydning for denne bedømmelse. Det fremgik således af kontrakten, at »... ingen betaling, gennemgang, kommentering eller godkendelse fra FMT's side af nogen prøve kunne tages som udtryk for en ændring af de krav, der kunne stilles efter kontrakten ...«. ¹⁵ Endvidere fremgik det af kontrakten, at »... De i Denne Kontrakt fastsatte bestemmelser er de eneste gældende for denne leverance, idet det udtrykkeligt mellem KØBER og SÆLGER er aftalt, at der ses bort fra hidtil fulgte sædvaner ved kontraktens indgåelse og praktiske anvendelse, inklusive forespørgsel, tilbud og KØBERs og SÆLGERs generelle indkøbs- og salgsbetingelser ...«, ligesom det var aftalt, at »... Såfremt KØBER eller SÆLGER i enkelte tilfælde under afvikling af Denne Kontrakt unnlader at gøre sin ret gældende, skal dette ikke tages som udtryk for afkald på denne ret i andre eller lignende tilfælde.«

Disse bestemmelser, der har rod i common law traditioner, ¹⁶ har til hensigt at beskytte parternes skrevne kontrakt fra utilsigtede mundtlige eller adfærdsmæssige ændringer og forudsætter således, at ændringer foregår efter formaliserede processer og dokumenteres skriftligt – hvilket er i overensstemmelse med god contract management praksis. Det fremgår endvidere af dommen, at parterne havde forudsat, at *ændringer* af særligt vigtige forpligtelser (»Main Factors«) kun kunne træffes på højere niveau (»Styregruppe« eller af ledelse), ikke på det daglige projektledelsesniveau (»Projektledelsesgruppe«). ¹⁷ Dette indtryk forstærkes af, at parterne end-

15. Dommen s. 2, tilgængelig på <http://www.hoejesteret.dk/hoejesteret/nyheder/Afgorelser/Documents/309-10.pdf> (sidst besøgt den 10. August 2016).

16. Se hertil eksempelvis Lars Gorton, Boilerplateklausuler, i Erhvervsjuridisk Tidsskrift (2009), s. 170.

17. Det fremgår således af dommen (s. 5), at det i kontraktens bilag 8 om projektlederens kompetence er bestemt, at: »Only the Project Managers have the authority to make decisions regarding issues, within the framework of the agreement and within their allocated delegations, derived respectively from: a. Delivery; b. Time-table; and c. Price; hereinafter known as The Main Factors.« Om styregruppens

videre havde aftalt særlige *processer* for vigtige ændringer,¹⁸ der da også bliver fulgt op af FMT, da Saab anmoder om ændringer til kontrakten. Parterne aftaler således i en »Hensigtserklæring«, at de vil forhandle om en ændring til kontrakten i et kontrakttillæg, men FMT gør udtrykkeligt opmærksom på, at »... medvirken til formalisering af kontrakttilægget kan, såfremt der ikke opnås enighed herom, ikke fortolkes som en frafaldelse af nogen rettigheder, nogen form for accept af kontraktbrud eller passivitet ...«. ¹⁹

Der følger nu en periode på ca. otte uger med møder, mailudveksling og diskussion af bl.a. en kategorisering af de fejl, der har været ved den aftalte test, herunder en fælles workshop og et afsluttende forhandlingsmøde, hvorefter FMT slutteligt ophæver kontrakten. Saab bestrider ophævelsen, dels fordi de testede krav efter Saab's opfattelse er bestået efter kontrakten, dels fordi FMT undervejs i processen har accepteret de af Saab foreslåede ændringer til testen eller i hvert fald har givet Saab dette indtryk ved at forhandle over længere tid. Således henviser Saab til, at FMT ikke har forhandlet i god tro. FMT fastholder ophævelsen, fordi kravene til testen ikke er opfyldt, og fordi man ikke har accepteret ændringer af testens indhold eller givet Saab dette indtryk – man har således forhandlet i god tro.

Som nævnt tager Højesteret FMT's påstand til følge, blandt andet under henvisning til, at FMT udtrykkeligt afviser de af Saab foreslåede ændringer, idet Højesteret bemærker, at hverken FMT's projektleder eller FMT's repræsentant i styregruppen efter kontrakten havde bemyndigelse til at træffe afgørelse om begrænsning af de krav, der skulle opfyldes ved milepælen, eller til at aftale tillæg til kontrakten. I denne forbindelse læg-

kompetence var det i bilag 8 bestemt, at »The parties' representatives in the Project Steering Group will have the authority to make all necessary decisions, including judgements pertaining *adjustments* to The Main Factors« (min udhævning).

18. Det fremgik således af et appendiks til bilag 8, jf. note ovenfor, at der skulle udarbejdes et »Contract Change Proposal«, og at »A Contract change proposal shall identify separately the cost of preparation of the Contract change proposal and any proposal variation to the Contract Price and, where approved, the cost of preparation shall be taken into account in calculating the varied Contract Price ...«, og videre at »... Where this Contract change proposal relates to changes of an administrative nature which have no impact upon the Contract Price or on the Statement of Work, the Contractor may provide minimal details of the change. Responses are only required for headings denoted as mandatory ...«
19. Se dommens s. 6.

ger Højesteret også vægt på, at parternes kontrakt afløste en tidligere mislykket kontrakt, hvorfor kravene til rettidig levering var Saab kendt. Heller ikke underskrivelsen af »Hensigtserklæringen« pålægger FMT en pligt til at nå frem til en kontraktændring, idet FMT udtrykkeligt havde gjort opmærksom på, at man ikke herved gav afkald på nogen af sine rettigheder efter kontrakten. Højesteret bemærker endvidere, at der ikke er grundlag for at fastslå, at FMT ikke forhandlede i god tro.

4. Konklusion

Contract management er en i dansk kontekst ny og i retsvidenskaben forholdsvist ubeskrevet disciplin, hvis relevans imidlertid er uomtvistelig, jf. eksempelvis den ovenfor beskrevne dom fra Højesteret, hvor der blandt andet lægges vægt på kontraktindhold, processer, aftaler om og de facto udøvelse af ledelsesret over projekter, efterfølgende adfærd, samt indledte og senere afbrudte forhandlinger om ændringstillæg til kontrakten, herunder om forhandlinger er foregået i god tro.

Der ligger en stor og vigtig opgave for advokater, virksomhedsjurister mv., om ikke kun at rådgive om kontraktindhold, men om hvorledes processer, tilhørende aktiviteter, forhandlinger, dokumentation mv. mest optimalt håndteres med henblik på, at kontraktens parter klart og utvetydigt forstår de respektive rettigheder og forpligtelser, så konflikter i videst muligt omfang undgås.

Parterne i dommen fra Højesteret havde faktisk forudset, at ændringer til kontrakten skulle håndteres med største omhu. Således havde man i den omtalte »Hensigtserklæring«, punkt 2.7 om »Kontraktstyring« aftalt, at »... Parterne er enige om at etablere en kontraktstyringsgruppe til håndtering af anmodninger om ændringer til Hovedkontrakten inkl. bilag.« Denne kontraktstyringsgruppe blev så vidt ses aldrig oprettet.

Sagen understreger, hvor vigtigt det er at få styr på denne kontraktstyring eller contract management, som denne artikel gerne skulle have illustreret.

