

HENRIK UDSEN

IT-KONTRAKTRET

Ex Tuto
PUBLISHING
www.extuto.com

Kapitel 1

Introduktion til it-kontraktretten

1. Indledning

Der omsættes årligt it-ydelser i Danmark for et tocifret milliardbeløb. Ydelserne spænder fra udvikling, vedligeholdelse og drift af store komplekse systemer, til salg af standardsoftware, standarddrift i cloud-løsninger, rådgivning og anden konsulentbistand.

It-systemernes vitale betydning indebærer, at det ofte har store konsekvenser, når noget går galt. I 2003 indebar driftsfejl i Danske Banks systemer bl.a., at 450.000 danskere gennem flere dage ikke havde adgang til deres netbank, og at store internationale virksomheder ikke kunne gennemføre betalinger. Nationalbanken måtte træde til med 5 mia. kr. for at sikre likviditeten på pengemarkedet. I 2005 oplevede Mærsk massive it-problemer i containerafdelingen, der bl.a. bevirkede fejlforsendelse og fejllastning af containere. Analytikere har anslået Mærsk's tab på disse problemer til 1,5 mia. kr. I 2012 standsede politiet et stort udviklingsprojekt (Polsag) med et tab på omkring en halv mia. kr. til følge. I 2017 blev Mærsk ramt af et globalt cyberangreb, der låste en lang række it-systemer og tvang Mærsk til at lukke for et stort antal havneterminaler med et anslået tab på 2 mia. kr. Samme år stoppede SKAT udviklingen af det stærkt forsinkede gældsinddrivelsessystem EFI, som på det tidspunkt havde kostet over 1 mia. kr. Den manglende brug af systemet havde medvirket til, at danskernes

gæld til det offentlige var steget til 90 mia. kr. Det er uvist, hvor mange af disse penge det er muligt at inddrive.

Behov for
forudsigelighed –
aftaleregulering

Disse sager, og mange andre, illustrerer, at it-problemer potentielt kan føre til meget store tab og dermed også store krav. Derfor er der behov for en høj grad af forudsigelighed i parternes indbyrdes aftaleforhold. Mange it-leverancer, som f.eks. systemudvikling eller drift, har imidlertid en kompleksitet, der kan gøre det vanskeligt at fastlægge præcist, hvad der er omfattet af leverandørens ydelse, ligesom kundens behov kan ændre sig undervejs i projektet. Endvidere forudsætter denne type projekter, at kunden også yder forskellige bidrag f.eks. i forbindelse med afprøvning af systemet. Dette stiller store krav til de kontrakter, parterne indgår, med henblik på at fastlægge ydelser, forpligtelser og misligholdelsesbeføjelser.

Behov for
kendskab til
baggrundsretten

Med kontrakten ønsker parterne at skabe klarhed over indholdet af deres indbyrdes forpligtelser, misligholdelsesbeføjelser mv., og det er en nærliggende tanke, at parternes aftale gør op med den retlige regulering af it-leverancen, hvorfor der ikke er behov for et nærmere kendskab til de bagvedliggende obligationsretlige regler. Denne antagelse er imidlertid ikke rigtig.

For det første kan det forhandlingstaktisk være væsentligt at vide, hvad dansk rets almindelige regler siger om forhandlingstemaet. Dels vil det i sig selv kunne være et argument i forhandlingerne, at partens ønske er et udtryk for, hvad der gælder efter dansk rets almindelige regler. Dels – og væsentligst – vil dansk rets almindelige regler være det, man falder tilbage på i mangel af særskilt aftale. Når man skal afgøre, hvor fast man vil stå i forhandlingen af et givet vilkår, er det derfor afgørende at vide, hvad der gælder, hvis ikke der angives noget i aftalen. Derfor ender forhandlingerne ganske ofte i diskussioner om, hvad dansk rets almindelige regler siger på det pågældende punkt.

For det andet vil selv ikke den mest omfattende og detaljerede aftale kunne forholde sig til alle de uenigheder, der kan opstå i et stort og langvarigt it-projekt. Det er derfor næsten uundgåeligt, at der undervejs vil opstå spørgsmål, som må besvares med inddragelse af dansk rets almindelige regler.

Jurister, der arbejder med it-kontrakter, må derfor både have kendskab til kontraktreguleringen og den baggrundsretlige regulering af it-leverancen. Kravet om kendskab til kontraktreguleringen indebæ-

rer bl.a. et kendskab til de reguleringstemaer, som kontrakten bør indeholde, et kendskab til de standardkontrakter, der gælder på området, og i tilknytning hertil et kendskab til de branchesædvaner, der gælder for forskellige typer af it-leverancer. Kravet om kendskab til den baggrundsretlige regulering indebærer bl.a., at juristen skal have kendskab til de særlige forhold, som gør sig gældende for den konkrete it-leverance, og fortolke de baggrundsretlige regler i lyset heraf. Det er disse spørgsmål, som er genstandsfeltet for it-kontraktretten.

Hovedformålet med denne bog er at give en fremstilling af den baggrundsretlige regulering af it-leverancer.

Bogens formål

Udover nærværende fremstilling er den eneste danske monografi på området *Nørager-Nielsen* Edb-kontrakter fra 1987. Herudover er emnet mere overordnet behandlet af *Bryde Andersen* i IT-retten, kapitel 21 og 22 og i Enkelte transaktioner, kapitel 5.4.

Gennem den baggrundsretlige fremstilling præsenteres læseren endvidere for de centrale reguleringstemaer for de væsentligste typer af it-aftaler, ligesom fremstillingen løbende inddrager de relevante standardkontrakter. Hermed er det også bogens formål at give en bredere indføring i it-kontraktretten.

Det er derimod ikke bogens formål at give bud på udformningen af kontraktbestemmelser eller at levere systematiske fortolkningsbidrag til standardkontrakterne. Der er gennem de senere år udarbejdet en række fremstillinger, der giver læseren indblik i den kontraktuelle regulering af forskellige typer it-leverancer, se navnlig *Dragsted*, IT-kontrakter 1 og 2, *Dragsted* m.fl., K01 med kommentarer, samme K02 med kommentarer og *Horsfeldt*, IT outsourcing. Disse fremstillinger beskriver reguleringstemaer, mulige kontraktbestemmelser og (for så vidt angår de to førstnævnte) fortolkningen af de eksisterende standardkontrakter. Se også referencerne til litteratur fra de øvrige nordiske lande i afsnit 5 nedenfor.

Endelig er det sigtet, at bogen kan bidrage til den fortsatte udvikling af den del af den almindelige obligationsret, der omhandler længerevarende og komplekse ydelser.

2. It-kontraktrettens retskilder

2.1. Parternes aftale

Udgangspunktet for reguleringen af parternes indbyrdes forhold vil være den indgåede aftale. Er aftalen uklar, må retstilstanden mellem parterne afgøres ved en fortolkning. Er det omtvistede spørgsmål ikke reguleret i aftalen, må forholdet afgøres på grundlag af baggrundsretten. Baggrundsretten kan efter omstændighederne endvidere tillægges betydning ved fortolkning af aftalen. Navnlig hvis aftalen er uklar og kun i meget begrænset omfang forholder sig til den konkrete problemstilling, kan det være nærliggende at lægge vægt på den baggrundsretlige regulering ved fortolkning af aftalen.

Der vil være en glidende overgang mellem situationer, hvor aftalen slet ikke forholder sig til den konkrete problemstilling, og baggrundsretten derfor bruges som primær retskilde, og situationer, hvor aftalen kun indirekte eller perifert forholder sig til problemstillingen, og baggrundsretten derfor inddrages som fortolkningskriterium.

I det omfang leverancen er omfattet af *præceptiv lovgivning*, vil denne gå forud for aftalen. It-leverancer er kun i begrænset omfang undergivet præceptiv lovgivning.

Væsentligst er databeskyttelsesforordningen, der sætter rammer for, hvordan personoplysninger må behandles. Parterne kan eksempelvis ikke i en driftsaftale aftale et lavere sikkerhedsniveau, end der kræves efter forordningen, hvis der behandles personoplysninger i det driftede it-system. Ophavsretten sætter grænser for, hvornår licensgiveren må forbyde licenstageren at videresælge et program. Skal leverandøren overtage nogle af kundens medarbejdere i forbindelse med outsourcing af it-ydelser, vil lov om virksomhedsoverdragelse indeholde præceptive regler, der beskytter de involverede medarbejdere og bl.a. giver dem ret til ansættelse hos leverandøren. Endelig skal offentlige kunder overholde udbudsreglerne ved indgåelse af aftaler om større (it-)anskaffelser. Udbudsreglerne regulerer dog ikke parternes indbyrdes kontraktforhold, efter aftalen er indgået, men foreskriver regler for, hvordan udbudsprocessen skal

gennemføres. Disse regelgrundlag er nærmere omtalt i afsnit 2.6 nedenfor.

2.2. Obligationsretten

Dansk rets almindelige obligationsretlige regler udgør det væsentligste regelgrundlag, når parternes forpligtelser skal fastlægges i en it-leverance og ikke følger af parternes aftale. Det forudsætter derfor et ganske indgående kendskab til obligationsretten at arbejde med it-kontrakter.

Nogle it-leverancer vil omfattes af købeloven. Det vil f.eks. gælde visse former for køb af standardsoftware, spilprogrammer mv., jf. nærmere i kapitel 5. Leverancer, hvor den primære ydelse er en tjenesteydelse, vil ikke være omfattet af købeloven. Det gælder eksempelvis udvikling, drift og vedligeholdelse af programmel.

Købeloven

Ved tilpasning af standardprogrammel vil det bero på en konkret vurdering, om købeloven finder anvendelse, jf. nærmere herom kapitel 2.3.3.1.

For en lang række praktisk væsentlige it-leverancer vil udgangspunktet således være, at købeloven ikke finder anvendelse.

Det er af og til blevet gjort gældende, at købeloven i det væsentlige er udtryk for almindelige obligationsretlige grundsætninger, og at købelovens bestemmelser derfor kan anvendes analogt uden for lovens område.

Se eksempelvis *Ussing*, *Obligationsretten*, s. 9 og *Nørager-Nielsen*, *Edb-kontrakter*, s. 28.

Som analyserne i de kommende kapitler viser, er der så mange tilfælde, hvor købelovens regler ikke kan overføres, at udsagnet ikke kan tiltrædes.

Det kan derfor heller ikke tiltrædes, når *Nørager-Nielsen* samme sted anfører, at det væsentlige problem i edb-retlig sammenhæng ofte vil være at analysere og beskrive de edb-retlige fænomener på en sådan

måde, at disse placeres på rette måde i det veludviklede køberetlige system.

Som anført af *Hørlyck* er der ikke noget grundlag for at betragte løbsørekøbet som den obligationsretlige typekontrakt, Tilvirkningskøbet, s. 11. Eller som formuleret af *Iversen*: “Tiden forekommer at være inde til et definitivt opgør med at betragte købeloven som en slags ‘obligationsrettens grundlov’”, *Entrepriseretten*, s. 39.

I mange tilfælde vil det ikke spille nogen rolle for parternes forpligtelser, at aftalen omhandler en it-leverance og forpligtelsen kan umiddelbart udledes af den almindelige obligationsret og de almindelige obligationsretlige fremstillinger. Dette er imidlertid ikke altid tilfældet. Med køberettens stærke position har obligationsretten traditionelt haft stort fokus på vareydelsen.

Hørlyck beskriver behandlingen af tilvirkningskøbet i retslitteraturen som yderst stedmoderlig, *Tilvirkningskøbet*, s. 14. Dette er muligvis ved at ændre sig i takt med, at mere komplekse aftaler får en stadig stigende betydning.

Endvidere foreligger der kun en beskeden retspraksis om parternes forpligtelser ved levering af komplekse og længerevarende ydelser, da tvister herom ofte afgøres ved voldgift. Dette kan i sig selv medvirke til, at det er vanskeligt at finde svar på de obligationsretlige spørgsmål, der opstår ved levering af it-ydelser, i de almindelige obligationsretlige fremstillinger.

Herudover rummer forskellige aftaletyper så grundlæggende forskelle, at det kun på et mere overordnet plan er muligt at opstille obligationsretlige grundsætninger af generel karakter, der dækker alle aftaletyper.

Se også *Iversen*, *Obligationsret 1*, s. 274: “Den indbyrdes faktiske lighed mellem mangelssituationerne i forskellige kontraktstyper er ofte beskeden.”

I erkendelse heraf suppleres fremstillingerne af den almindelige obligationsret af obligationsretlige analyser, der afgrænses til en bestemt type af aftaler, som rummer nogle grundlæggende fællestræk. I sin

analyse af tilvirkningskøbet tager *Hørlyck* eksempelvis udgangspunkt i aftaler, hvor de solgte genstande skal fremstilles til køberens individuelle behov og nævner som eksempler herpå udvikling af genstande med nærmere angivelse af krav til funktion, salg af standardkomponenter med omfattende montering, reparation af løsøre og specialfremstilling af edb-programmel, *Tilvirkningskøbet*, s. 15 ff. *Nørager-Nielsen* tager i sine analyser af edb-kontrakter udgangspunkt i købeloven og entrepriseretlige og værkslejeretlige grundsætninger. Med de to sidstnævnte typer af grundsætninger sigter *Nørager-Nielsen* til arbejdsaftaler, hvor realdebitor påtager sig at frembringe et resultat og foretager således sine analyser med udgangspunkt i obligationsretlige regler om resultatforpligtelser. I artiklen “Om de længerevarende kontraktforholds forankring i den almindelige kontraktret”, TFR 2011, nr. 3-4, s. 468 ff., identificerer *Ole Hansen* længerevarende kontrakter, som et selvstændigt forskningsfelt.

Ole Hansen definerer længerevarende kontrakter som “kontrakter, der er kendetegnet ved, at opfyldelseshandlingerne udføres succesivt eller løbende over en længere periode, og at der – bl.a. i konsekvens heraf – etableres en tættere kontakt imellem aftalens parter. Det er desuden ofte kendetegnende, at de længerevarende kontraktforhold vedrører udveksling eller frembringelse af komplekse ydelser og store værdier eller ydelser af særlig betydning for det omkringværende samfund.”

Ved at indsnævre genstandsfeltet for identifikationen af obligationsretlige grundsætninger til aftaletyper med visse lighedstræk, vil det være muligt på nogle områder at opstille mere detaljerede grundsætninger og dermed give mere faste svar på de rejste spørgsmål. Dette giver dog den praktiske udfordring, at obligationsretten kun i begrænset omfang rummer mere systematiske beskrivelser af forskellige typer af aftaler med de nævnte lighedstræk. Selv inden for den afgrænsede type af aftaler kan der endvidere bestå forskelle, som gør, at resultatet ikke nødvendigvis vil være det samme på tværs af de enkelte aftaleområder.

Se også *Iversen*, *Obligationsret* 1, s. 276: “Alle de kontrakter der på denne måde pålægger debitor en ‘resultatforpligtelse’, har ikke i

øvrigt noget væsentligt fællesskab. Udtrykket værkslejekontrakter har derfor kun en begrænset værdi som systembegreb.”

Det vil således også være nødvendigt at inddrage it-kontraktrettens særegenheder i de obligationsretlige analyser på samme måde, som det gælder ved analyser inden for andre aftaleområder. Dette indebærer, at sædvaner på området må inddrages, jf. afsnit 2.4 nedenfor. Endvidere vil de eksisterende standardkontrakter, navnlig dem, der har karakter af *agreed documents*, kunne få betydning for fastlæggelsen af retstilstanden, jf. det følgende afsnit 2.3. Også faktiske forhold knyttet til it-leverancer kan spille en rolle for den retlige bedømmelse, jf. herom også *Nørager-Nielsen*, Edb-kontrakter, s. 43 ff. Særegne faktiske forhold kan også bevirke, at der opstår retlige spørgsmål, som ikke har (samme) relevans for øvrige typer af ydelser, og som der derfor ikke findes umiddelbare svar på i den almindelige obligationsret.

Sammenfatning

Disse betragtninger kan sammenfattes således, at fastlæggelsen af den baggrundsretlige regulering af parternes forpligtelser i en it-leverance, sker med udgangspunkt i den almindelige obligationsret, når denne giver umiddelbare svar på de rejste spørgsmål. Der er med andre ord en formodning for, at obligationsretlige grundsætninger, der nyder anerkendelse på tværs af aftaletyper, også vil gælde for it-leverancer. I de ikke sjældent forekommende tilfælde, hvor svaret ikke umiddelbart kan udledes af den almindelige obligationsret, navnlig således som den er kommet til udtryk i de almene obligationsretlige fremstillinger, må svaret stadig søges med udgangspunkt i kendte obligationsretlige argumentationsmønstre og hensynsafvejninger. I disse situationer kan sædvaner og standardkontrakter på it-kontraktrettens område ligeledes få betydning for fastlæggelsen af den baggrundsretlige regulering, ligesom der kan søges inspiration fra beslægtede kontraktområder som eksempelvis entrepriseretten. Det samme gælder de situationer, hvor faktiske forhold på it-kontraktrettens område indebærer, at den almindelige obligationsretlige regulering ikke umiddelbart kan anvendes på it-kontraktrettens område. Det resultat, der måtte følge af almindelige obligationsretlige grundsætninger, kan også fraviges i tilfælde, hvor sædvaner på it-kontraktrettens område fører til et andet resultat. I disse situationer er retsikkerheden dog ofte mindre, da sædvanen netop bliver normerende for retstil-

standen. Usikkerheten består her i at identificere, hvad der er sædvane i branchen, jf. også nedenfor om sædvaner.

I en ganske omfattende dom fra Oslo tingrett af 19. december 2013 om mangler ved et it-system (Ringerike kommune m.fl. mod EVRY, TOSLO-2012-197797)(*), indledte retten med at fremhæve it-kontraktrettens særegenheder, s. 50: "Utgangspunktet for vurdering av EDB-kontrakter er de alminnelige kontraktsrettslige prinsipper og vår rettstradisjon. Det er likevel noen særkjennetegn ved slike kontrakter som kan påvirke den rettslige vurdering. EDB-yttelsene er teknisk meget komplisert, gjelder ofte betydelige verdier, og kontraktene er ofte langsiktige. I det langsiktige perspektivet vil det ofte oppstå endringer underveis, både av praktiske og reguleringsmessige grunne [...]"

Spesielt for IT-kontrakter er også kundens avhengighet av leveransen fordi den er sentral i kundens daglige virke. Viktige og avgjørende rutiner overlates til EDB-systemet, for eksempel de ansattes lønn, virksomhetens inntekter og utgifter, budsjettstyring, kontroll- og sikkerhetsrutiner, skatt osv. Dette gjør kunden sårbar, fordi feil kan få alvorlige følger.

Samtidig er det et særtrekk ved IT-ytelser at feil vanligvis forekommer, og jo mer komplisert et program er, jo flere feilkilder vil det være. IT-ytelser er derfor avhengig av kontinuerlig oppfølging og vedlikehold, og dette skaper en avhengighet mellom kunde og leverandør. Det er dessuten kundens behov som er avgjørende for utforming av programvaren, og kunden må ta aktivt del for å tilrettelegge innen egen virksomhet både teknisk og organisatorisk.

Et annet særtrekk er at leverandøren får et spesielt innblikk i kundens liv og virke. Denne nærheten mellom leverandør og kunde stiller store krav til lojalitet. Dette gjelder også fordi leverandøren besitter kunnskapen om det som leveres, samtidig som kunden vanskelig kan vurdere leveransen reelt før systemet er i bruk.

Etter rettens oppfatning må disse momentene få betydning både for hva som defineres som mislighold og for mulige konsekvenser av mislighold."

2.3. Standardkontrakter

It-kontraktområdet har i mange år været præget af nogle få men vigtige danske standardkontrakter for udvikling af it-systemer.

Med “standardkontrakt” menes her en kontraktformular, der er udarbejdet med henblik på at blive anvendt bredt i markedet. Begrebet omfatter derfor ikke enkelte virksomheders egne standardvilkår udarbejdet til egen brug eller enkelte advokatfirmaers paradigmer. I denne terminologi har eksempelvis de kontrakter, der anvendes af Staten og Kommunernes Indkøbsservice, SKI, ikke karakter af standardkontrakter.

K-kontrakterne

De to første væsentlige standardkontrakter, benævnt K18 (der med nogle justeringer forholdsvis hurtigt afløste den oprindelige K17) og K33, blev udarbejdet i slutningen af 1980’erne og starten af 1990’erne af Kammeradvokaten på vegne af Finansministeriet til brug for de statslige myndigheders indkøb og udvikling af it-systemer. Disse to kontrakter blev efterfølgende afløst af K01 fra 2004 og K02 fra 2007. K01 og K02 er både tiltrådt af kunde- og leverandørorganisationer og har således karakter af agreed documents. I 2012 blev udgivet en standardkontrakt for agil systemudvikling, K03. Denne kontrakt er udarbejdet af Digitaliseringsstyrelsen i samarbejde med Kammeradvokaten og er ikke tiltrådt af leverandørorganisationer og har således ikke karakter af agreed documents. K01, K02 og K03 betegnes i det følgende samlet som “K-kontrakterne”. Kontrakterne er nærmere beskrevet i kapitel 2.3.2. I 2018 udarbejdede Digitaliseringsstyrelsen (i samarbejde med Kammeradvokaten) et udkast til en standardkontrakt for statslige myndigheders it-drift, K04. Udkastet blev i løbet af 2018 sendt i en ikke-offentlig høring med en forventning om, at en endelig version af kontrakten kunne offentliggøres senere samme år. I skrivende stund (marts 2020) er standardkontrakten dog endnu ikke offentliggjort, og den inddrages derfor ikke i bogen.

D17

I 2017 udarbejdede en arbejdsgruppe med repræsentanter fra Dansk IT, IT-Branchen og Danske IT-advokater en standardkontrakt for drift på det private marked. Standardkontrakten, benævnt D17, er med enkelte forbehold tiltrådt af de nævnte organisationer og har dermed karakter af et agreed document. Se nærmere om D17, kapitel 3.2.2.

Standardkontrakterne har som udgangspunkt kun betydning for parternes retsforhold, hvis parterne vælger at lægge dem til grund for leverancen. En part kan således ikke støtte ret på en bestemmelse i

standardkontrakterne, hvis ikke bestemmelsen er vedtaget mellem parterne.

Standardkontrakterne kan dog efter omstændighederne udtrykke en branchesædvane, som kan tillægges betydning ved fortolkning af parternes individuelle aftale og eventuelt også ved fastlæggelsen af baggrundsretten, jf. også *Hørlyck*, Tilvirkningskøbet, s. 21. Dette vil særligt gælde, når standardkontrakterne har karakter af agreed documents, som tilfældet er for K01, K02 og D17. Se også om det hensigtsmæssige i at tillægge standardkontrakter betydning ved fortolkningen af baggrundsretten, *Hagstrøm*, Obligasjonsrett, s. 60: “Det må være mindre betenkelig at en domstol legger til grunn regler som har vist seg å fungere, frem for at domstolene, som presumptivt har lite sakkunnskap på det området det gjelder, på fritt grunnlag skal gjøre sig opp en mening om hva regelen skal være.”

Der er ligeledes udviklet standardkontrakter i Norge og Sverige. I Norge er udgivet en lang række statslige standardkontrakter, som i vidt omfang også anvendes på det private marked. Kontrakterne er tilgængelige fra Direktoratet for forvaltning og IKT's hjemmeside, <www.anskaffelser.no>. Den norske dataforening har ligeledes udgivet en række standardkontrakter under fællestitlen “PS2000”. Kontrakterne er ikke frit tilgængelige men kan købes fra <www.dataforeningen.no>.

Norge og
Sverige

Se som et eksempel på brug af de norske standardkontrakter som fortolkningskilde, Gulating lagmannsretts dom af 3. juni 2015 (Unit4 Agresso mod Corporater, LG-2014-159719)(*): “At vedlikeholdsavgift først løper fra produktet er klart til bruk, i det minste i en pilotavdeling, er i samsvar med bransjepraksis [...] samt at dette understøttes av ordlyden i de standardkontrakter som staten bruker ved slike anskaffelser.”

I Sverige har IT&Telekomföretagen udsendt en række (forholdsvis kortfattede) standardkontrakter. Kontrakterne er ikke frit tilgængelige men kan købes fra <www.itotelekomforetagen.se>. Disse standardkontrakter har selvsagt ikke betydning for fastlæggelsen af parternes forpligtelser ifølge dansk ret men kan dog tjene som inspiration til udarbejdelse af egne kontrakter, navnlig på de områder, hvor der ikke eksisterer danske standardkontrakter.

Se som et ældre eksempel på en sådan inspirationsbrug, *Bostrup, Kontraktgrundlaget ved mindre edb-anskaffelser – Behov for enklere standardkontrakter kan imødekommes med svenske og norske modeller*, Revision & Regnskabsvæsen, 1994, s. 39 ff.

2.4. Sædvaner

Begreb

En sædvane er en handlemåde, der almindeligvis følges af en kreds af aktører inden for et bestemt område.

Se generelt om sædvaner, *Bryde Andersen, Grundlæggende aftaleret*, s. 61 ff. med yderligere henvisninger.

En sædvane kan angå alle typer af forhold, herunder både leverance-mæssige og kontraktuelle forhold. Sædvanen kan således angå den aftaleregulering, branchens aktører normalt følger på et givet område.

Sædvanens
retskildeværdi

En sædvane vil ikke i sig selv være bindende for parterne. Derfor kan den ikke tilsidesætte et aftalt vilkår. Følger det eksempelvis af en sædvane, at en driftsleverandør udarbejder en driftshåndbog, der beskriver den nærmere gennemførelse af driften, vil kunden ikke have krav herpå, hvis det udtrykkeligt fremgår af driftsaftalen, at leverandøren ikke udarbejder en driftshåndbog. En part vil heller ikke kunne gøre gældende, at medkontrahenten er underlagt en forpligtelse alene med henvisning til en sædvane. Derimod kan sædvanen få betydning som inspirationsgrundlag for, hvordan parternes aftale skal fortolkes og udfyldes, jf. *Bryde Andersen, Grundlæggende aftaleret*, s. 62. Sædvanen vil således kunne få betydning for fastlæggelse af baggrundsretten inden for sædvanens område, når baggrundsretten er uklar. Hermed kan sædvaner få stor praktisk betydning inden for it-kontraktretten, tilsvarende *Bryde Andersen, Enkelte transaktioner*, s. 311. Dette vil selvsagt også gælde, når parternes aftalegrundlag henviser til branchesædvaner. Mange aftaler forudsætter, at leverandørens ydelser overholder "god skik" eller tilsvarende standarder. Fastlæggelsen af, hvad der udgør god skik, må ske ved identifikation af branchesædvaner, som hermed får en direkte aftalevirkning.

Det kan være vanskeligt at fastlægge, hvad der er sædvane på et givet område, og ofte vil det kræve en sagkyndig udtalelse. Ved vurderingen af, om et aftalevilkår har karakter af sædvane, kan der tages

udgangspunkt i de gældende standardkontrakter, herunder særligt de der har karakter af agreed documents, dvs. K01, K02 og D17. Den heri liggende sædvanedannelse har dog kun gyldighed for de typer af leverancer, der er omfattet af disse kontrakter. Som nævnt ovenfor, kan det ikke i sig selv tages som udtryk for, at der består en sædvane, alene fordi et vilkår er anvendt i en standardkontrakt. Omvendt vil der være en stærk formodning mod, at et givet vilkår er udtryk for en sædvane, hvis det er i strid med reguleringen i et agreed document.

2.5. Retspraksis

Dansk retspraksis er ikke rig på trykte afgørelser om it-tvister. Dette skyldes, at de fleste større it-aftaler, herunder også de nævnte standardkontrakter, indeholder en voldgiftsbestemmelse. Nogle tvister afgøres ved byretterne, men da byretternes afgørelser ikke gøres tilgængelige for offentligheden, kommer disse afgørelser sjældent til offentlighedens kendskab.

Fra 1984-88 blev udgivet tre it-kontraktretlige domssamlinger, EDB-retlige afgørelser 1-3, redigeret af *Beck & Bruun Nielsen* og for bind 3's vedkommende sammen med *Bender*. Samlingerne rummer en del i øvrigt utrykte afgørelser, der dog i nogen grad præges af andre forhold end de, der gælder i dag. Det var bl.a. en udpræget tendens, at aftalerne i langt højere grad var udfærdiget af leverandørerne og ofte kun i begrænset omfang var forhandlet.

Som nævnt ovenfor, er hovedparten af de domme, der omtales her i bogen, blevet samlet i en domsdatabase, der kan tilgås fra <www.it-kontraktret.dk>.

I det omfang it-leverancens særegenheder ikke har betydning for den juridiske vurdering, vil afgørelser fra andre aftaleområder selvsagt også kunne have præjudikatsværdi.

2.6. Øvrig lovgivning

Obligationsretten vil som nævnt udgøre det primære retsgrundlag for den baggrundsretlige regulering af parternes forpligtelse i en it-leverance, men også andre retsgrundlag har relevans afhængigt af karakteren af den pågældende it-leverance.

2.6.1. Ophavsretten

Brug og overdragelse af edb-programmer er ophavsretligt beskyttet. Fastlæggelsen af parternes forpligtelser i aftaleforhold om udvikling, vedligeholdelse, drift og licensering af programmel forudsætter derfor også inddragelse af de ophavsretlige regler på forskellig vis.

I udviklingsaftaler må parterne forholde sig til, hvem der skal have ophavsrettighederne. Uden særskilt regulering vil kunden som udgangspunkt kun få brugsrettigheder til systemet, mens leverandøren får ophavsrettighederne.

De ophavsretlige regler har også betydning for softwarelicensaftalerne. Grundlæggende udgør de brugsrettigheder, som licensaftalen tildeler licenstageren, en aftalt indskrænkning i de ophavsrettigheder, som licensgiveren i øvrigt besidder. Parterne skal særligt være opmærksomme på, at nogle af ophavsretslovens regler er præceptive og derfor ikke kan fraviges i licensaftalen. Dette gælder bl.a. i et vist omfang brugerens adgang til at fremstille nødvendige brugseksemplarer, fremstilling af sikkerhedseksemplarer og videreoverdragelse af programmet. De fleste af lovens regler er deklatoriske og vil hermed få betydning, hvis ikke licensaftalen indeholder en regulering af det pågældende spørgsmål.

I driftsaftaler har ophavsretten bl.a. betydning for parternes adgang til at overdrage tredjepartsprogrammel til hinanden.

Den ophavsretlige beskyttelse af edb-programmer er beskrevet i kapitel 5, med yderligere henvisninger til speciallitteraturen. De ophavsretlige spørgsmål, der er knyttet til de forskellige typer af it-aftaler, behandles i de respektive kapitler.

2.6.2. Databeskyttelsesretten

Når der lagres og behandles personoplysninger i et it-system, vil behandlingen være omfattet af databeskyttelsesforordningen og dermed skulle opfylde forordningens krav. Pligten til at påse dette påhviler den virksomhed eller myndighed, der bruger systemet, da det er brugeren, som afgør, hvilke oplysninger der skal behandles i systemet. Brugeren bliver i den persondataretlige terminologi den *dataansvarlige*, jf. forordningens art. 4, nr. 7.

Hvis driften af systemet varetages af en ekstern leverandør, vil det i praksis være denne, som behandler personoplysningerne. Da behandlingen sker på vegne af kunden, er det fortsat kunden, som er dataansvarlig, mens driftsleverandøren får karakter af *databehandler*, jf. forordningens art. 4, nr. 8.

Både den dataansvarlige og databehandleren er som udgangspunkt pligtsubjekter efter forordningen og kan dermed blive pålagt et direkte ansvar over for den registrerede. En kunde og en driftsleverandør kan ikke i deres indbyrdes forhold aftaleregulere deres ansvar over for den registrerede. Derimod kan de aftale deres indbyrdes ansvarsfordeling ved persondatakrænkelser, og driftsaftalen vil ofte indeholde en sådan regulering.

Sikkerhedskrav spiller en væsentlig rolle ved it-drift, og forordningens art. 32 om krav til teknisk og organisatorisk sikkerhed har derfor stor praktisk betydning. De sikkerhedsforpligtelser, der følger af bestemmelsen, gælder både for den dataansvarlige og for databehandleren. Bestemmelsen omhandler dog kun ansvaret over for den registrerede, ikke det indbyrdes ansvar mellem kunden og leverandøren, som således må fastlægges i kontrakten.

Databeskyttelsesretten får også betydning ved offshoring af ydelserne, dvs. hvor leverandørens ydelser leveres fra et andet land. Det er udbredt at lade dele af driftsydelserne, og i nogle tilfælde også vedligeholdelsesydelser, udføre af virksomheder i lande som Kina og Indien, hvor lønudgifter og andre omkostninger er væsentligt lavere end i Danmark. Ofte indebærer dette en overførsel af personoplysninger til de pågældende tredjelande, og parterne må sammen sikre, at dette gøres på en måde, som overholder kravene i forordningen og databeskyttelsesloven. Tilsvarende gælder for cloudløsninger, når udbyderens servere er placeret i tredjelande.

De databeskyttelsesretlige spørgsmål, der er knyttet til udvikling og drift af it-systemer omtales i henholdsvis kapitel 2.11 og kapitel 3.7.

2.6.3. Ansættelsesret – lov om virksomhedsoverdragelse

Når leverandøren overtager driften af kundens it-systemer, vil nogle af de jobfunktioner, der hidtil har været placeret hos kunden, ofte flyttes

Pligtsubjekter

Sikkerhedskrav
efter art. 32

Overførsel til
tredjelande

til leverandøren. Dette kan udgøre en virksomhedsoverdragelse i virksomhedsoverdragelseslovens forstand, idet loven både gælder for hel og delvis virksomhedsoverdragelse. Loven har til formål at sikre medarbejderne i tilfælde af virksomhedsoverdragelse og medfører, at den købende virksomhed indtræder i den hidtidige arbejdsgivers forpligtelser over for de ansatte, ligesom loven opstiller visse krav, før det er lovligt at afskedige medarbejdere i forbindelse med en virksomhedsoverdragelse. Som udgangspunkt fortsætter de berørte medarbejdere således i den købende virksomhed på samme vilkår, som de var ansat under i den sælgende virksomhed. Disse regler kan kunden og leverandøren ikke aftale sig udenom, men det er sædvanligt i større driftsaftaler, hvor der overgår medarbejdere, at regulere hvem af parterne, der skal bære forskellige omkostninger i forbindelse med overtagelsen af medarbejderne.

Reglerne om virksomhedsoverdragelse omtales ikke yderligere i det følgende. Herom henvises til den ansættelsesretlige speciallitteratur. Se *Svenning Andersen m.fl.*, Lov om lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse og *Klingsten*, Ansættelsesretlige aspekter ved virksomhedsoverdragelse.

2.6.4. Udbudsreglerne

Når offentlige myndigheder indkøber varer eller tjenesteydelser, indeholder udbudsreglerne nogle krav til udbuddets gennemførelse.

Hvis indkøbet ikke overstiger en bagatelgrænse, der for varer og tjenesteydelser vil ligge på mellem 0,5 mio. kr. og 1,5 mio. kr., er myndigheden typisk ikke omfattet af udbudsreglerne.

Udbudsrettens
genstand

Reglernes primære formål er at regulere selve tildelingen af ordren, men de vil også kunne få en vis betydning for det materielle forhold mellem myndigheden og leverandøren efter aftalens indgåelse. Blandt andet kan parternes aftale blive erklæret ugyldig, hvis ikke de udbudsretlige regler er overholdt, og udbudsbetingelserne kan i nogle situationer inddrages i aftalefortolkningen. Reglerne gælder alle typer af leverancer og er således ikke særegne for indgåelse af it-kontrakter men har stor praktisk betydning på området, fordi offentlige myndig-

heder er en stor indkøber af it. De fleste jurister, der beskæftiger sig med it-kontrakter, må derfor have kendskab til udbudsreglerne.

De udbudsretlige regler er navnlig baseret på EU-udbudsdirektivet (direktiv 2014/24), der er implementeret i udbudsloven. Udbudsdirektivet (og de tidligere gældende udbudsdirektiver) skal understøtte de grundlæggende EU-retlige principper om forbud mod diskrimination på grundlag af nationalitet og fri bevægelighed af varer og tjenesteydelser i det indre marked. Udbudsreglerne skal sikre, at alle leverandører har lige mulighed for at byde på en ordre hos offentlige myndigheder, og at ingen er stillet dårligere i konkurrencen som følge af forhold, som ikke bør tillægges vægt, f.eks. nationalitet (ligebehandlingsprincippet). Udbudsreglerne søger endvidere at sikre gennemsigtighed i, hvilke kriterier der afgør valget af leverandør og udvælgelsesprocessen i øvrigt (gennemsigtighedsprincippet). Ved at gøre det klart, hvilke kriterier der lægges vægt på ved tildelingen af ordren, undgås (i princippet), at der sker usaglig forskelsbehandling gennem anvendelse af usaglige tildelingskriterier.

Selvom de udbudsretlige regler har deres udspring i ønsket om at sikre et effektivt europæisk indre marked, gælder reglerne også i udbud, hvor det alene er danske virksomheder, der byder. Dette nødvendiggøres allerede af, at der først vides, om der er udenlandske bydere, når tilbuddene åbnes. Endvidere har hensynene bag udbudsreglerne også relevans i rent nationale udbud: Når offentlige myndigheder skal købe varer eller tjenesteydelser, bør valget af leverandør ske ud fra objektive, gennemsigtige og saglige principper. Det skal i hvert enkelt køb sikres, at ordren går til den leverandør, der kan levere den bedste løsning målt på pris, kvalitet og andre kriterier, der måtte være relevante i det enkelte tilfælde.

Et centralt element i de udbudsretlige regler er den ordregivende myndigheds pligt til på forhånd at fastlægge, hvilke kriterier der lægges vægt på ved vurderingen af de indkomne tilbud. Hermed er det, i hvert fald teoretisk, muligt at vurdere, om ordren er gået til den, som efter tildelingskriterierne har leveret det bedste tilbud. Et andet centralt element er forbuddet mod at forhandle med tilbudsgiverne. Forhandlingsforbuddet udspringer af ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet. Kunne myndigheden gå i forhandling med en tilbudsgiver, ville der være en risiko for, at denne ville få bedre vilkår end de

Tildelingskriterier

øvrige tilbudsgivere og f.eks. ændre på de dele af sit tilbud, hvor konkurrenterne var stærkere.

Forhandlingsforbuddet har givet store problemer, når offentlige myndigheder skal indgå aftaler om komplekse it-projekter, herunder særligt udvikling af større it-systemer. Den nærmere fastlæggelse af systemets funktionalitet og projektets gennemførelse kan typisk bedst fastlægges gennem en nærmere dialog mellem myndigheden og leverandøren. Denne dialog kan imidlertid først føres, når myndigheden kender til det konkrete tilbud og har udvalgt leverandøren. Selvom myndigheden og leverandøren når frem til, at der er behov for tilpasninger af løsningen og aftalen, giver forhandlingsforbuddet kun meget begrænset mulighed for at foretage efterfølgende ændringer. Denne erkendelse har ført til indførelsen af en særlig udbudsform, kaldet konkurrencepræget dialog, hvor der indgår en dialogfase mellem myndigheden og tilbudsgiverne, inden det endelige tilbud indleveres. Konkurrencepræget dialog kan kun anvendes for særligt komplekse kontrakter, hvor det ikke er muligt at specificere ydelsen på forhånd. Større it-udviklingsprojekter vil typisk leve op til dette krav.

De udbudsretlige regler omtales ikke yderligere i det følgende. Herom henvises til den udbudsretlige speciallitteratur, der er omfattende. Se eksempelvis *Sune Troels Poulsen m.fl.*, EU Udbudsretten, Hamer, Grundlæggende udbudsret, *Treumer (red.)*, Udbudsloven og *Treumer (red.)*, Udbudsretten. Om særlige udbudsretlige problemstillinger forbundet med udbud af it-leverancer, se *Søgaard*, Genudbud af it-systemer i *Hagel-Sørensen (red.)*, Aktuel udbudsret, s. 163 ff. og *Offersen & Frank*, Konkurrencepræget dialog ved indgåelse af særligt komplekse it-kontrakter, *Erhvervsjuridisk Tidsskrift*, 2009, s. 325 ff.

3. Aftaletyper

I det følgende gives en oversigt over de centrale typer af it-aftaler. Af disse behandles udviklingsaftaler, driftsaftaler, vedligeholdelsesaftaler og softwarelicensaftaler i de efterfølgende kapitler, jf. nærmere om denne udvælgelse afsnit 6 nedenfor.

3.1. Udviklingsaftaler

De funktioner, som it-systemer skal varetage, vil i mange tilfælde kunne udføres ved brug af standardprogrammel, der ikke er udviklet til en specifik brugers behov. Men nogle behov kan ikke tilgodeses af standardprogrammel. Brugeren kan i disse tilfælde indgå en aftale om specialudvikling af programmel.

Et specialudviklet programmel vil i praksis være sammensat af nyudviklede komponenter og eksisterende programkomponenter, der eventuelt tilpasses kundens særlige behov. Igennem de senere år har tendensen været, at der i stigende grad sker tilpasning af standardprogrammel, således at andelen af nyudviklet programmel begrænses.

Mange standardprogrammer er designet, så de kan tilpasses brugers behov gennem parameteropsætning. Tilpasning gennem parameteropsætning har ikke karakter af udvikling, da der ikke skabes ny programkode gennem opsætningen.

Fordelen ved specialudvikling er primært, at programmet er skræddersyet til kundens specifikke behov og f.eks. kan understøtte de særlige forretnings- eller sagsbehandlingsgange, der gælder i kundens virksomhed eller hos den offentlige myndighed. Herudover vil kunden selv kunne afgøre, hvornår og hvordan efterfølgende videreudvikling og ændring af programmet skal ske. For standardprogrammel er det typisk producenten, der afgør, hvornår der skal udgives nye versioner, og hvilke ændringer disse skal indeholde.

Fordele ved specialudvikling

Ulempen er navnlig, at det er væsentligt dyrere at anskaffe end standardprogrammel. Hvor udviklingsomkostningerne til standardprogrammel kan spredes ud på alle brugerne, er der for specialprogrammel kun én bruger til at afholde alle omkostninger. Herudover indebærer udviklingen af specialprogrammel ofte et stort ressourcetræk hos kunden, da en succesfuld gennemførelse af et udviklingsprojekt forudsætter et tæt samarbejde mellem kunden og leverandøren. Endvidere er der en større risiko for leveranceproblemer. For det første er der en (ikke ubetydelig) risiko for forsinkelser. For det andet er der en risiko for, at programmet vil være plaget af "børnesygdomme". Disse risici er ikke på samme måde til stede, hvis der vælges eksisterende og kendt standardprogrammel.

Ulemper

Det kendetegner udviklingsaftalen, at ydelsen ikke eksisterer på aftaletidspunktet. Dette gør udviklingsaftalen kompleks, og kompleksiteten øges yderligere af, at kunden på aftaletidspunktet ofte ikke har fuld klarhed over sine egne behov. I løbet af udviklingsprojektet vil det derfor ofte vise sig, at kunden på nogle punkter ønsker noget andet af programmet end oprindeligt forudsat.

Vanskeligt at definere ydelsen på aftaletidspunktet

Vanskelighederne ved på forhånd klart at definere den endelige ydelse indebærer et kontraktskisma, der er svært at løse: Kunden vil ofte ønske, at programmet leveres til en fast pris. Leverandøren vil imidlertid have svært ved at binde sig til en fast pris, hvis ikke ydelsen ligger helt fast på aftaletidspunktet.

Disse vanskeligheder kan adresseres på forskellig vis, herunder ved forskellige former for leverancemodeller.

Leverance-modeller

– vandfalds-modellen

Efter den såkaldte “vandfaldsmodel” udfærdiger kunden en kravspecifikation med en detaljeret beskrivelse af de krav, som programmet skal leve op til. Udviklingen af programmet kan være delt op i arbejdsfaser, men den samlede løsning er defineret på aftaletidspunktet. Af samme grund er vandfaldsmodellen også velegnet i projekter, hvor kunden ønsker en fast pris. Leveringen sker samlet for programmet ved en afsluttende afprøvning af det samlede program. Det er leverandørens ansvar, at programmet lever op til kravspecifikationen, og leverandøren skal uden beregning tilpasse programmet, hvis ikke dette er tilfældet. Såfremt kunden undervejs i projektet ønsker ændringer i programmet, i forhold til hvad der følger af kravspecifikationen, skal kunden betale herfor. Fordelen ved vandfaldsmodellen er, at prisen og ydelsen er kendt på aftaletidspunktet. Kunden risikerer som udgangspunkt ikke store ekstraregninger, og leverandøren risikerer ikke at blive mødt med krav til programmet, som ikke allerede var kendt. Ulempen er, at modellen ikke levner meget fleksibilitet i projektet. Modellen forudsætter, at kunden helt præcist kan definere sine behov til programmet, allerede inden udviklingen er gået i gang, hvilket som nævnt i praksis ofte ikke er muligt. Ofte oplever kunden derfor alligevel ekstraregninger. K01 og K02 er begge baseret på en vandfaldsmodel.

– agil udvikling

Som et alternativ til vandfaldsmodellen står de agile udviklingsmodeller. Der findes en række anerkendte agile metodikker som f.eks. Extreme Programming, Scrum og Atern, men der eksisterer ingen

entydig definition af begrebet “agil udvikling” og dermed heller ingen entydig afgrænsning af, hvilke udviklingsaftaler der kan betegnes som agile udviklingsaftaler. Det bærende i den agile metodik er, at udviklingen skal gennemføres i en række kortere delforløb i tæt samarbejde mellem leverandør og kunde, der giver bedre mulighed for at reagere på ændringsbehov, end den traditionelle vandfaldsmetode tillader. Af samme grund foreligger der ingen endelig kravspecifikation i agile udviklingsprojekter, når projektet igangsættes og derfor normalt heller ingen fast pris på aftaletidspunktet. Standardkontrakten K03 er udarbejdet til brug for agile udviklingsprojekter.

3.2. Softwarelicensaftaler

Når programmet ikke udvikles for en specifik kunde men til et bredere marked, stilles programmet typisk til rådighed for kunderne på vilkår, der fremgår af en standardsoftwarelicensaftale. Der kan grundlæggende sondres mellem de klassiske proprietære licensaftaler og open source-licensaftaler.

Indtil for få år siden var de proprietære licensaftaler reelt den eneste aftaleform, der blev anvendt ved kommerciel tilrådighedsstillelse af programmet. Denne aftaletype er karakteriseret ved, at brugeren får nogle nærmere afgrænsede brugsrettigheder til programmet, mens alle ophavsrettigheder og ejendomsrettigheder i øvrigt forbliver hos leverandøren.

Proprietære
licensaftaler

Heraf den efter dansk sprogbrug ikke helt retvisende betegnelse “proprietær”, der er afledt af det engelske *proprietary rights* (ejendomsret).

For programmer med en meget omfattende brugerskare, som f.eks. Microsofts Office-programmer, vil licensaftalen have karakter af en masseaftale, hvor den enkelte bruger normalt må acceptere licensaftalen, som den foreligger. Forretningsmodellen for denne type programmer tillader ikke individuel forhandling og særskilte vilkår for de enkelte brugere. Der er tale om et standardiseret produkt, som stilles til rådighed på standardvilkår, og prisen for programmet er sat herefter. Typisk, og ud fra samme argumentation, er det ganske begrænset, hvilke krav brugeren kan gøre gældende under aftalen. Programmet

sælges, som det er og forefindes, eventuelle fejl rettes efter leverandørens egen vurdering, og leverandøren vil have fraskrevet sig næsten alt ansvar for tab opstået som følge af mangler ved programmet.

Nogle programmer retter sig mod en mere begrænset brugerskare. Det kan f.eks. være en brancheløsning, der kun har et begrænset antal brancheaktører som brugere. Forholdet mellem parterne vil i disse situationer ligge et sted mellem det forhold, der består mellem kunden og leverandøren ved specialudvikling, og forholdet mellem producenten af standardprogrammel til massemarkedet og brugerne heraf. Med den begrænsede brugerskare har den enkelte kunde større kommerciel betydning for leverandøren, hvilket kan give kunden en bedre forhandlingsposition, der kan indebære, at leverandøren må påtage sig videregående forpligtelser end i massemarkedet. Det er heller ikke usædvanligt, at videreudviklingen af programmet i disse situationer sker i tæt dialog mellem leverandøren og de enkelte brugere.

Alle typer af proprietære licensaftaler må forholde sig til, hvilke brugsrettigheder brugeren udstyres med, og hvilken betalingsmodel der skal gælde. Aftalen må endvidere forholde sig til brugsrettens tidsmæssige og geografiske afgrænsning, hvilke former for brug der er omfattet, om licensen kan overdrages mv. I relation til betaling må aftalen forholde sig til, hvad størrelsen af licensvederlaget skal udregnes efter (f.eks. antal brugere med adgang til programmet, antal samtidige brugere eller antal maskiner programmet er installeret på). Licensmodellerne hører til blandt de væsentligste reguleringstemaer, og de komplicerede modeller giver ofte anledning til tvivl om opførelsen.

Gennem de senere år er open source-licenser blevet stadig mere udbredte som et alternativ til de proprietære licenser. Open source-licenser er karakteriseret ved, at udvikleren af programmet stiller kildekoden gratis til rådighed for brugerne (deraf navnet "open source") og samtidig giver brugerne en vidtgående ret til at kopiere, videredistribuere, ændre og videreudvikle programmet. Open source-licenserne blev oprindeligt etableret på et idealistisk grundlag som et opgør med de klassiske proprietære licensers lukkede model: Når kildekoden gøres offentligt tilgængelig, kan alle fejlrette, videreudvikle og forbedre programmet, og dermed kan det globale udviklersamfund bidrage til bedre og mindre fejlbehæftede programmer. På trods af det idealistiske

udgangspunkt, har open source-licenser fået en betydelig kommerciel udbredelse, og globale leverandører som Microsoft, IBM mfl. udbyder i dag nogle af deres produkter på open source-licenser. På trods af, at kildekoden stilles gratis til rådighed under en open source-licens, er der flere muligheder for at tjene penge på open source-software, bl.a. gennem vedligeholdelse, rådgivning og salg af versioner med ekstra funktionalitet, der er undergivet en proprietær licens.

3.3. Vedligeholdelsesaftaler

Ingen programmer er fejlfrie, og selvom de normalt gennemgår en grundig test inden ibrugtagning, vil der løbende blive opdaget nye fejl i ethvert program. Selv den bedste test vil ikke kunne afdække alle fejl. Større programmer rummer så mange funktioner, at afprøvningen kun kan teste nogle af dem. Mange fejl må derfor udbedres, efter programmet er taget i brug.

Fejlrettelse forudsætter adgang til programmets kildekode. Brugeren vil typisk ikke have adgang til kildekoden til standardprogrammel, medmindre der er tale om open source-programmel. Allerede af denne grund vil brugeren være afhængig af, at producenten retter de fejl, der løbende konstateres. Men selv i situationer, hvor brugeren har adgang til programmets kildekode, f.eks. ved brug af open source-programmel eller specialudviklet programmel, vil brugeren ofte ikke have de fornødne kompetencer til selv at foretage fejlrettelser. Det er derfor sædvanligt, at der indgås en vedligeholdelsesaftale, der forpligter leverandøren til løbende at foretage fejlrettelser.

Leverandørens vedligeholdelsesforpligtelser er grundlæggende forskellige, afhængigt af om der er tale om standardprogrammel rettet mod massemarkedet eller specialudviklet programmel. For standardprogrammel rettet mod massemarkedet vil det normalt være leverandørens egen beslutning, hvordan og hvornår fejlrettelse sker. Forpligtelsen til at rette fejl vil typisk være langt mere omfattende og detaljeret reguleret i relation til specialprogrammel. Det er i disse situationer, at der indgås en særskilt vedligeholdelsesaftale.

Vedligeholdelsesaftalen kan rumme mere end den egentlige fejlrettelse og vil ofte også indeholde et supportelement, der giver brugerne en hotline-adgang til at stille spørgsmål om brug af program-

met. Aftalen kan også give kunden mulighed for at anmode om mindre tilpasninger, uden at der er tale om egentlig fejlrettelse.

Udover selve ydelsesbeskrivelsen og betalingsreguleringen er et af de centrale reguleringstemaer i en vedligeholdelsesaftale, hvor hurtigt leverandøren skal påbegynde fejlrettelse, og om fejlen skal være udbedret inden for et bestemt tidsrum. Ved reguleringen af disse spørgsmål sondres normalt mellem forskellige typer af fejl, således at kravene er strengere, jo mere alvorlig fejlen er.

3.4. Driftsaftaler

Det er af afgørende betydning, at virksomheders og myndigheders it-systemer er tilgængelige for brugerne, hvilket sikres ved et solidt driftsmiljø. Driftsmiljøet består helt overordnet af de computere, som programmerne kører på, og netværk, som forbinder de forskellige computere. De enkelte programmer kan ligge lokalt på brugerens egen computer eller på en central server, hvorfra programmet stilles til rådighed for brugerne.

Centrale virksomhedssystemer, som lønsystemer, CRM-systemer til kundehåndtering mv., vil typisk være lagret på en central server, men også brugerprogrammer, som f.eks. office- og mailprogrammer, kan køres fra et centralt driftsmiljø. Virksomheden kan vælge selv at etablere og drive det centrale driftsmiljø, men virksomheden kan også vælge at lade en ekstern leverandør varetage driften. I så fald har leverandøren ansvaret for driften af kundens systemer, og det er leverandørens opgave at sikre, at driftsmiljøet fungerer, så kundens programmer er tilgængelige som planlagt.

Når virksomheder og myndigheder vælger at lade en ekstern leverandør varetage driften af deres it-systemer, kan det skyldes flere forhold. Blandt de væsentligste er en forventning om besparelser, bedre kvalitet og sikkerhed og fokusering på egne kernekompetencer. Professionelle driftsleverandører vil kunne opnå stordriftsfordele, der ofte gør dem i stand til at levere driftsydelserne billigere, end kunden selv kan gøre det. Samtidig kan den professionelle driftsleverandør investere i den nyeste teknologi og tiltrække de dygtigste medarbejdere. Ofte vil driftsleverandøren derfor kunne tilbyde et højere serviceniveau, end kunden kan opnå ved selv at varetage driften.

Fordele og ulemper ved ekstern drift

Der kan også være ulemper forbundet med at outsource driften til en ekstern leverandør. Som den væsentligste nævnes ofte, at kunden mister kontrollen med driften af sine egne systemer og dermed bliver meget afhængig af leverandøren. I nogle tilfælde har det endvidere vist sig, at de forventede besparelser ikke er opnået, og at kunden har måttet bruge langt flere ressourcer på samarbejdet med leverandøren end forventet. Fordelene synes dog ofte at opveje ulemperne, og faktum er, at et meget stort antal virksomheder og myndigheder vælger eksterne leverandører til driften af deres it-systemer.

Driftsydelsen vil ofte bestå af en række forskellige ydelser. Ved mainframedrift vil leverandøren stille serverkapacitet til rådighed, hvorfra kundens systemer vil blive afviklet. Som en del af driftsmiljøet vil leverandøren anvende driftsprogrammer, som sikrer optimal drift af kundens programmer og som ligeledes sikrer backup af data og beskytter mod hackerangreb og tilsvarende sikkerhedstrusler. Ofte vil leverandøren som en del af sin driftsydelse også håndtere kundens softwarelicenser (betaling, fornyelse mv.) og eventuel kontakt med andre af kundens it-leverandører. Driftsydelsen kan også omhandle kundens desktop-miljø, dvs. de computere, som medarbejderne hos kunden anvender. I så fald varetager leverandøren den løbende udskiftning af computere, opgradering af programmer på computerne mv.

Den aftale, parterne indgår om leverandørens drift af kundens it-systemer, vil ofte være af længere varighed, typisk 4-6 år for større driftsaftaler, men kortere for mindre aftaler. Har driftsleverancen karakter af en standardydelse, f.eks. gennem en cloudløsning, kan kunden ofte opsigte aftalen med ganske kort varsel. I større driftsaftaler kan der være mange startomkostninger forbundet med at flytte driften til leverandøren, og aftalen bliver i så fald kun rentabel, hvis den løber i en længere periode. Blandt de væsentligste reguleringstemaer er derfor behovet for ændringer i løbet af aftaleperioden. Kundens behov vil som regel ændre sig i løbet af aftaleperioden, og det samme vil markedspriserne (normalt i nedadgående retning). Aftalen skal derfor indeholde mekanismer, som tager højde for dette.

Et andet væsentligt element i en driftsaftale er de servicemål, som leverandørens ydelse skal leve op til. Aftalen vil typisk indeholde et krav om, at kundens systemer skal have en nærmere angivet tilgænge-

Ydelser

Centrale
reguleringstemaer

lighed, f.eks. 99,0 %, således at systemerne skal være tilgængelige for brugerne i mindst 99,0 % af den definerede driftstid.

Det er vigtigt for kunden at kunne skifte driftsleverandør ved aftalens ophør. Aftalen vil derfor normalt også indeholde bestemmelser om leverandørens ophørsassistance, når driften skal flyttes til en anden driftsleverandør. Hvis driften tidligere har været varetaget internt hos kunden, vil flytningen til leverandøren ofte indebære en overdragelse af de medarbejdere, der hidtil har varetaget opgaverne internt hos kunden. Reguleringen af denne medarbejderoverdragelse, der er omfattet af lov om virksomhedsoverdragelse, vil også være et reguleringstema i aftalen.

Standard-
løsninger

I disse år er der en markant stigning i brugen af standardiserede driftsløsninger ("plug and play"), ofte leveret som en cloudservice, jf. herom straks nedenfor. Denne bevægelse påvirker også kontraktforholdene, da standardiseret drift i langt højere grad leveres på leverandørens standardvilkår uden eller med begrænset forhandling, på samme måde som det kendes ved salg af standardprogrammel.

Standard-
kontrakter

Som beskrevet ovenfor, findes med D17 og forventligt inden længe K04 to standardkontrakter på it-driftområdet.

3.5. Cloudaftaler

Karakteristik

Gennem de seneste år har cloud computing opnået en stor udbredelse. Begrebet anvendes i forskellige sammenhænge og med forskelligt meningsindhold. Ved analyser af de retlige problemstillinger, som cloud computing giver anledning til og ved aftalereguleringen af cloudydelser, er det væsentligt at have sig for øje, hvad der menes med "cloud computing", særligt fordi begrebet som nævnt anvendes med forskelligt meningsindhold. Overordnet er cloud computing karakteriseret ved, at der leveres tjenester over et netværk (ofte internettet) fra et miljø, som brugeren ikke har indblik i. Typisk har brugeren således ikke kendskab til infrastrukturen i det it-miljø, hvorfra tjenesterne leveres, eller kendskab til, hvor miljøet fysisk befinder sig.

Ordet "cloud" bruges som en metafor for, at databehandling og programafvikling sker i en sky, som brugeren ikke har indblik i.

En god og dækkende beskrivelse af begrebet findes i “The NIST definition of Cloud Computing”.

The National Institute of Standards and Technology, U.S. Department of Commerce, Special Publication 800-145.

Efter denne definition beskrives cloud computing som “a model for enabling ubiquitous, convenient, on-demand network access to a shared pool of configurable computing resources (e.g., networks, servers, storage, applications, and services) that can be rapidly provisioned and released with minimal management effort or service provider interaction”.

Definitionen angiver fem væsentlige karakteristika ved cloud computing:

On-demand self-service

A consumer can unilaterally provision computing capabilities, such as server time and network storage, as needed automatically without requiring human interaction with each service provider.

Broad network access

Capabilities are available over the network and accessed through standard mechanisms that promote use by heterogeneous thin or thick client platforms (e.g., mobile phones, tablets, laptops, and workstations).

Resource pooling

The provider’s computing resources are pooled to serve multiple consumers using a multi-tenant model, with different physical and virtual resources dynamically assigned and reassigned according to consumer demand. There is a sense of location independence in that the customer generally has no control or knowledge over the exact location of the provided resources but may be able to specify location at a higher level of abstraction (e.g., country, state, or data-center). Examples of resources include storage, processing, memory, and network bandwidth.

Rapid elasticity

Capabilities can be elastically provisioned and released, in some cases automatically, to scale rapidly outward and inward commensurate with demand. To the consumer, the capabilities available for provisioning often appear to be unlimited and can be appropriated in any quantity at any time.

Measured service

Cloud systems automatically control and optimize resource use by leveraging a metering capability at some level of abstraction appropriate to the type of service (e.g. storage, processing, bandwidth, and active user accounts). Resource usage can be monitored, controlled, and reported, providing transparency for both the provider and consumer of the utilized service.

Forskellige
ydelser

Cloudløsninger kan både give adgang til programmer, platforme og netværksinfrastruktur. Når programmer stilles til rådighed gennem en cloudløsning, afvikles de på brugerens computer fra cloududbyderens miljø og ofte gennem en webbrowser. Hvis der stilles platforme eller netværksinfrastruktur til rådighed gennem en cloudløsning, kan brugeren lagre og få drevet sine egne programmer og data i cloudmiljøet. Ofte vil cloudløsningen være en kombination, så der både stilles programmer, platforme og infrastruktur til rådighed. Kendetegnen er i alle tilfælde, at det, cloududbyderen stiller til rådighed, er en form for tjenesteydelse. Af denne grund anvendes ofte betegnelserne *Software as a Service* (SaaS), *Platform as a Service* (PaaS) og *Infrastructure as a Service* (IaaS) om de forskellige cloudmodeller, afhængigt af hvad der udbydes. I NIST-definitionen beskrives de tre modeller på følgende måde:

Software as a Service (SaaS)

The capability provided to the consumer is to use the provider's applications running on a cloud infrastructure. The applications are accessible from various client devices through either a thin client interface, such as a web browser (e.g., web-based email), or a program interface. The consumer does not manage or control the underlying cloud infrastructure including network, servers, operating systems, storage, or even individual application capabilities, with the possible exception of limited user-specific application configuration settings.

Platform as a Service (PaaS)

The capability provided to the consumer is to deploy onto the cloud infrastructure consumer-created or acquired applications created using programming languages, libraries, services, and tools supported by the provider. The consumer does not manage or control the underlying cloud infrastructure including network, servers, operating systems, or storage, but has control over the deployed applications and possibly configuration settings for the application-hosting environment.

Infrastructure as a Service (IaaS)

The capability provided to the consumer is to provision processing, storage, networks, and other fundamental computing resources where the consumer is able to deploy and run arbitrary software, which can include operating systems and applications. The consumer does not manage or control the underlying cloud infrastructure but has control over operating systems, storage, and deployed applications; and possibly limited control of select networking components (e.g., host firewalls).

Der eksisterer forskellige cloudtyper, der bl.a. afspejler, hvem der har adgang til cloudtjenesterne, og hvor cloudserverne fysisk er placeret. Således vil en "europæisk cloud" udtrykke, at serverne er placeret i Europa. Den fysiske placering har navnlig betydning for overholdelse af de databeskyttelsesretlige regler, idet databeskyttelsesforordningen indeholder betingelser for og krav til videregivelse af personoplysninger til lande uden for Europa.

Forskellige
cloudtyper

Begrebet "private cloud" vil udtrykke, at den infrastruktur og de tjenester, der er gjort tilgængelige i cloudløsningen, kun er stillet til rådighed for en nærmere afgrænset kreds af brugere, mens "public cloud" omvendt udtrykker, at alle kan få adgang til den pågældende infrastruktur og de pågældende tjenester.

NIST-definitionen sonderer mellem fire cloudmodeller (hvor der kun fokuseres på bruger kredsen, ikke servernes fysiske placering):

Private cloud

The cloud infrastructure is provisioned for exclusive use by a single organization comprising multiple consumers (e.g., business units). It may be owned, managed, and operated by the organization, a third party, or some combination of them, and it may exist on or off premises.

Community cloud

The cloud infrastructure is provisioned for exclusive use by a specific community of consumers from organizations that have shared concerns (e.g., mission, security requirements, policy, and compliance considerations). It may be owned, managed, and operated by one or more of the organizations in the community, a third party, or some combination of them, and it may exist on or off premises.

Public cloud

The cloud infrastructure is provisioned for open use by the general public. It may be owned, managed, and operated by a business, academic, or government organization, or some combination of them. It exists on the premises of the cloud provider.

Hybrid cloud

The cloud infrastructure is a composition of two or more distinct cloud infrastructures (private, community, or public) that remain unique entities, but are bound together by standardized or proprietary technology that enables data and application portability (e.g., cloud bursting for load balancing between clouds).

Fordele og
ulemper

Der kan være flere fordele for brugeren ved at få programmer og øvrige tjenester stillet til rådighed via cloudløsninger. Brugeren slipper for selv at skulle investere i programmer og infrastruktur, da betalingen typisk har form af en løbende abonnementsafgift. Man undgår endvidere, at opdateringer, fejlrettelser mv. skal installeres på de enkelte brugeres computere. Det kan også være en fordel, at programmerne vil kunne tilgås fra alle computere, der har internetadgang.

Det er dog ikke altid, at den bedste løsning for brugeren er en cloudmodel. Over tid kan cloudløsningen blive dyrere, fordi der skal betales et løbende abonnement. Desuden kan brugeren miste kontrol, fordi brugeren ikke har indblik i det miljø, hvorfra programmerne køres. Endvidere vil brugeren ikke kunne tilgå tjenesterne uden inter-

netadgang (en problemstilling der dog får stadig mindre praktisk betydning med udbredelsen af trådløse netværk mv.). Databeskyttelsesretten kan som allerede nævnt også være en barriere for anvendelsen af cloudløsninger, når der lagres personoplysninger i cloudmiljøet, idet brugeren ofte ikke har kendskab til, hvor oplysningerne fysisk er placeret, herunder om de behandles uden for EU, og hvordan de præcist beskyttes.

Det er en vigtig pointe, at cloud ikke er en ydelse men en leveranceform, der kan bruges til at levere programmer, vedligeholdelse og drift. Når cloudløsningen bruges til både tilrådgivningsstilling og drift af programmer, bliver cloudaftalen en slags hybridaftale med elementer fra såvel softwarelicensaftalen som driftsaftalen. Aftalen vil i så fald både skulle forholde sig til omfanget af brugsretten, fejlrettelse og support og andre temaer fra softwarelicensaftalen og til driftsrelaterede reguleringstemaer som servicemål for tilgængelighed og beskyttelse af data.

I Sverige har IT&Telekomföretagen udsendt en standardaftale for cloud computing. En kommentar til aftalen er udgivet af *Christner & Edvardsson*, Cloud Computing – en handledning och kommentar til IT&Telekomföretagens standardavtal Cloud Computing version 2010.

3.6. Kildekodeponeringsaftaler

Med adgang til et programs kildekode er det muligt at foretage videreudvikling, fejlrettelse og andre former for ændringer af programmet. Det vil endvidere være muligt at kopiere dele af programmet ind i et andet program, uden at det umiddelbart vil være muligt at opdage. I mange tilfælde vil programudviklerens forretningsmodel forudsætte, at der kan tjenes penge på videreudvikling og fejlrettelse. Softwareudviklere vil derfor ofte anse programmets kildekode for en forretningshemmelighed, kunderne ikke kan få adgang til.

Dette gør kunden afhængig af, at udvikleren løbende fejlretter og videreudvikler programmet. I mange tilfælde kan kunden leve med denne afhængighed, enten fordi det vil være muligt at udskifte programmet med et andet program, hvis udvikleren ophører med at videreudvikle og fejlrette programmet, eller fordi kunden har fornøden

Problemstillingen

tillid til, at udvikleren vil fortsætte med at udvikle og fejlrette programmet i lang tid fremover. I andre tilfælde er afhængigheden imidlertid ikke acceptabel for kunden. Er et program centralt for kunden, og kan det ikke uden videre udskiftes, f.eks. fordi det er specialtilpasset kundens behov, eller fordi det er dybt integreret med andre af kundens systemer, vil kunden ofte ønske sikkerhed for, at systemet fortsat kan udvikles og fejlrettes, selvom udvikleren ophører hermed.

I nogle tilfælde aftaler parterne derfor, at brugeren kan få adgang til kildekoden, hvis ikke udvikleren foretager fejlrettelse og videreudvikling som nærmere forudsat. Derimod får brugeren ikke adgang til kildekoden, så længe udvikleren foretager fejlrettelse og videreudvikling af programmet som aftalt.

Kunden vil ikke altid stille sig tilfreds med, at kildekoden udleveres af leverandøren selv. Hermed bliver kunden helt afhængig af, at leverandøren ønsker at udlevere kildekoden, og hvis leverandøren er gået konkurs, eller parterne blot er uenige om, hvorvidt betingelserne for udlevering er opfyldt, risikerer kunden at skulle gennemføre en retssag, før udleveringen sker, og da stadig med risikoen for, at kildekoden ikke eksisterer længere. For at undgå denne situation vil kunden ofte forlange, at kildekoden deponeres hos en uvildig tredjepart, som da udleverer kildekoden til kunden, når udleveringsbetingelserne er opfyldt.

Aftalen om kildekodedeponering bliver således en trepartsaftale mellem leverandøren, kunden og depositaren. Det væsentligste regulerings tema er udleveringsbetingelserne. Typisk vil udlevering kunne ske ved leverandørens væsentlige misligholdelse af sine forpligtelser til at vedligeholde og videreudvikle kildekoden samt ved leverandørens konkurs eller betalingsstandsning. I nogle tilfælde vil udlevering også kunne ske ved ophør af vedligeholdelsesaftalen, uanset om der ikke foreligger misligholdelse. Aftalen må også indeholde en tvistløsningsmekanisme i tilfælde af, at leverandøren og kunden ikke er enige om, hvorvidt udleveringsbetingelserne er opfyldt. Da der er behov for en hurtig afklaring, vil aftalen typisk foreskrive, at der nedsættes en uvildig komite eller voldgiftsret, der afgør, om udleveringsbetingelserne er opfyldte. Aftalen vil normalt endvidere regulere, hvad kunden må bruge kildekoden til i tilfælde af udlevering. Sædvanligvis må kun-

den kun anvende kildekode til videreudvikling og fejlrettelse af programmet og kun til brug for sin egen virksomhed.

Kildekodeponering ydes bl.a. af Dansk Deponerings Institut, en afdeling under Teknologisk Institut, som har sine egne standarddeponeringsaftaler (tilgængelige på Teknologisk Instituts hjemmeside, <www.teknologisk.dk>).

3.7. Sammensatte aftaler

I mange tilfælde vil flere af de ovennævnte aftaletyper indgå i et samlet aftalekompleks. En udviklingsaftale vil normalt indeholde en vedligeholdelsesaftale, der forpligter leverandøren til at vedligeholde det udviklede system i en nærmere angivet periode. I nogle tilfælde vil der endvidere også være indgået en driftsaftale, så leverandøren både forstår udvikling, vedligehold og drift af systemet. Hvis der indgår standardprogrammel fra tredjeparter i et specialudviklet system, vil licensvilkårene for dette tredjepartsprogrammel normalt også indgå i aftalen.

Fundamentet for det samlede aftalekompleks kan være en rammeaftale, hvortil de enkelte aftaler indgår som bilag, men ofte vil en af aftalerne være hovedaftalen og de øvrige aftaler bilag hertil. I store udviklingsprojekter, vil udviklingsaftalen typisk være hovedaftalen med vedligeholdelsesaftalen, licensvilkår og eventuelt en driftsaftale som bilag.

Når flere aftaletyper indgår i et samlet aftalekompleks, bliver det indbyrdes forhold mellem aftalerne et væsentligt reguleringstema. Aftalekomplekset må forholde sig til, hvilken af aftalerne der skal have forrang i tilfælde af modstrid mellem bestemmelserne i de enkelte aftaler, og om misligholdelse og ophør af en aftale skal have betydning for de andre aftaler. Skal kunden f.eks. være berettiget til at hæve en udviklingsaftale med tilhørende vedligeholdelsesaftale, hvis udviklingen er forløbet som planlagt, men leverandøren efterfølgende væsentligt misligholder vedligeholdelsesforpligtelsen?

3.8. Øvrige aftaletyper

Udover de ovennævnte typer af it-aftaler vil it-leverancer kunne involvere forskellige andre typer af aftaler, som ikke er specifikke for it-leve-

rancer, men som har en stor praktisk betydning på området, og som it-kontraktjurister derfor må kende til.

3.8.1. Underleverandøraftaler

I større udviklingsprojekter, vil leverandøren ofte benytte sig af underleverandører, der f.eks. har udviklet et program, som skal anvendes i leverandørens samlede system.

Karakteren af underleverandøraftalen vil afhænge af den ydelse, som underleverandøren skal levere. Skal underleverandøren levere konsulentbistand, vil underleverandøraftalen have karakter af en konsulentaftale. Skal underleverandøren udvikle et delprogram til det samlede system, vil underleverandøraftalen have karakter af en udviklingsaftale.

Når der alligevel er grund til at behandle underleverandøraftalen som en særlig aftaletype, skyldes det, at underleverandøraftaler giver anledning til i hvert fald ét væsentligt selvstændigt reguleringstema, nemlig forholdet mellem hovedaftalen (aftalen mellem kunden og hovedleverandøren) og underleverandøraftalen (aftalen mellem hovedleverandøren og underleverandøren). Parterne må tage stilling til, i hvilket omfang hovedaftalens bestemmelser tilsvarende skal gælde i forholdet mellem hovedleverandøren og underleverandøren.

Hovedleverandøren kan have et ønske om, at hovedaftalens bestemmelser fuldt ud skal gælde i forholdet mellem hovedleverandøren og underleverandøren. Vælger parterne denne løsning, bliver underleverandøraftalen forholdsvis kortfattet, idet den i det væsentlige blot vil henvise til hovedaftalen, som da vedlægges som et bilag til underleverandøraftalen. Dette betegnes også som et "back-to-back"-forhold.

Med en back-to-back-aftale opnår hovedleverandøren sikkerhed for, at der ikke opstår en forskydning mellem det, som hovedleverandøren skal levere til kunden, og det, som underleverandøren skal levere til hovedleverandøren. Forpligter hovedleverandøren sig eksempelvis til at rette fejl i systemet inden for fire timer, vil underleverandøren være undergivet en tilsvarende forpligtelse over for hovedleverandøren for den del af systemet, som underleverandøren har ansvaret for. Uden en back-to-back-bestemmelse i underleverandøraftalen må hovedleverandøren sikre sig, at alle forpligtelser fra hovedaftalen, som også har relevans for underleverandørens ydelser, eksplicit skrives ind

Forholdet mellem hovedaftalen og underleverandøraftalen

Back-to-back

med et tilsvarende indhold i underleverandøraftalen, i eksemplet at fejl skal rettes inden for fire timer. Dette kan være en risikabel øvelse for hovedleverandøren, når hovedaftalen er omfattende og forpligtelserne er beskrevet mange forskellige steder i kontrakten, herunder i en lang række bilag.

En fuld back-to-back-aftale vil indebære, at ikke kun hovedaftalens ydelsesbeskrivelser men også aftalens øvrige vilkår videreføres til forholdet mellem hovedleverandøren og underleverandøren. I nogle tilfælde er dette ikke acceptabelt for parterne, og underleverandøraftalen kan da specifikt undtage nogle af hovedaftalens bestemmelser fra back-to-back-vilkåret, eller omvendt angive, at back-to-back-vilkåret ikke gælder, hvis andet følger af underleverandøraftalen. Hovedleverandøren kan f.eks. ønske, at betaling til underleverandøren først sker, når kunden har betalt hovedleverandøren, uanset om det ville følge af back-to-back-vilkåret, at betalingen forfalder et vist antal dage, efter at ydelsen er præsteret. For underleverandøren vil det ofte være afgørende, at back-to-back-vilkåret kun gælder forholdsmæssigt i relation til det ansvar, som underleverandøren kan ifalde. Foreskriver hovedaftalen eksempelvis en ansvarsbegrænsning på 5 mio. kr., vil underleverandøren ikke acceptere en tilsvarende høj ansvarsbegrænsning for levering af en mindre ydelse til en langt mindre værdi. Tilsvarende vil underleverandøren ofte kun acceptere at betale en forholdsmæssig andel af det bodsbeløb, der skal betales under hovedaftalen (ifalder hovedleverandøren eksempelvis en bod på 5.000 kr. for hver dags forsinkelse i et udviklingsprojekt, skal underleverandøren betale en bod på 1.000 kr. pr. dag, hvis underleverandøren leverer et delsystem til 2 mio. kr. ud af en samlet betaling under hovedaftalen på 10 mio. kr., svarende til, at underleverandøren skal betale $\frac{1}{5}$ af den samlede bod, når underleverandøren modtager $\frac{1}{5}$ af den samlede kontraktsum under hovedaftalen).

Hvis underleverandøren kun skal levere en meget begrænset del af den samlede ydelse, vil en back-to-back-aftale normalt ikke blive anvendt. Skal underleverandøren eksempelvis levere nogle få konsulenttimer, vil underleverandøren ikke ønske at skulle forholde sig til en omfattende hovedaftale. I disse situationer vil parterne normalt indgå en almindelig konsulentaftale. Skal underleverandøren levere standardprogrammell, vil dette ofte blive leveret på underleverandørens

egne standardvilkår, og hovedleverandøren må da selv bære risikoen for, om dette program lever op til kravene i hovedaftalen.

3.8.2. Konsulentaftaler

I mange tilfælde vil kunden have behov for en særlig ekspertise, som kunden ikke besidder i sin egen virksomhed. Hvis behovet ikke er stort nok til at ansætte en medarbejder til at varetage den pågældende funktion, kan virksomheden i stedet vælge at indgå aftale med en ekstern konsulent til at bistå med opgaven. Brugen af konsulenter, der beskæftiger sig med it-processer (systemudvikling, opsætning, rådgivning mv.), er omfattende, bl.a. fordi informationsteknologien ofte forudsætter en specialistik, som de færreste virksomheder selv råder over.

En konsulentaftale vil normalt indebære, at konsulentvirksomheden forpligter sig til at levere et vist antal konsulenttimer leveret af konsulenter, der har relevante kundskaber i forhold til den opgave, der skal løses. Konsulentaftalen vil typisk ikke pålægge konsulenten at præstere et bestemt resultat. Det er med andre ord kunden, der bærer risikoen for, at det ønskede resultat kan frembringes af konsulenterne inden for det forventede timetal.

Udover selve ydelsesbeskrivelsen, der altså ofte blot består af en angivelse af timetal og overordnede krav til konsulenternes kompetencer, skal aftalen forholde sig til, hvem af parterne der får ophavsrettigheder og øvrige immaterialrettigheder til det, som konsulenten frembringer. Uden særskilt aftale, vil kunden kun få de rettigheder, som er nødvendige for at udnytte frembringelsen som forudsat, mens alle øvrige rettigheder forbliver hos konsulenten. Det er sædvanligt, at konsulentaftalen tildeler kunden alle rettigheder til det, som konsulenten frembringer særskilt for kunden.

3.8.3. Hemmeligholdelsesaftaler

De fleste udviklings- og driftsaftaler vil indeholde hemmeligholdelsesbestemmelser. I mange projekter indleder parterne imidlertid en dialog, inden selve aftalen underskrives. I denne dialog udveksles ofte fortrolige oplysninger, som man ikke ønsker, at den anden part skal viderebringe. I disse situationer kan parterne vælge at indgå en sær-

skilt hemmeligholdelsesaftale, der fastlægger, hvordan fortrolige oplysninger skal behandles (på engelsk også kaldet “non-disclosure agreement” eller “NDA”). Hemmeligholdelsesaftalen skal bl.a. forholde sig til, hvilke typer af information der skal behandles fortroligt, hvordan fortrolig information må bruges, hvem der må få adgang til den, hvad der skal ske med informationen ved aftalens ophør (tilbagegivelse eller sletning) og eventuelle undtagelser til hemmeligholdelsespligten (lovkrav, information som modtageren allerede er i besiddelse af mv.). Selv uden en hemmeligholdelsesaftale, vil parternes fortrolige informationer ofte være undergivet beskyttelse efter forretningshemmelighedsloven. Med en aftaleregulering af hemmeligholdelsespligten opnås dog ofte en beskyttelse, der passer bedre til behovene i den konkrete situation.

4. Juristens rolle

Indgåelse og gennemførelse af it-kontrakter afføder forskellige arbejdsopgaver for de involverede jurister. Alle disse opgaver vil i større eller mindre omfang forudsætte kendskab til såvel den kontraktuelle som den baggrundsretlige regulering.

4.1. Aftalens udarbejdelse

Det vil ofte være juristen, der udarbejder aftalen. Aftaleudarbejdelsen indebærer forskellige opgaver: Der skal tages stilling til, hvilke reguleringstemaer aftalen skal forholde sig til (skal aftalen f.eks. indeholde en ansvarsbegrænsning²), hvordan reguleringen skal være (hvilket indhold skal en ansvarsbegrænsningsbestemmelse have³), aftalens struktur (rækkefølgen af bestemmelserne, brug af bilag, indbyrdes sammenhæng mellem flere aftaler mv.). Når disse valg er foretaget, skal aftalen konciperes.

Identifikation af aftalens reguleringstemaer er en central men til tider vanskelig del af aftaleudarbejdelsen. Aftalens primære funktion er at beskrive de ydelser, som parterne hver især skal præstere. Et andet væsentligt formål med mere komplekse aftaler, som f.eks. it-aftaler, er at forholde sig til, hvordan nogle af de mulige problemer, der kan opstå i parternes samarbejde, skal løses, og hvordan manglende overholdelse af aftalens forpligtelser skal sanktioneres. Aftalens regule-

Identifikation af
reguleringstemaer

ring af potentielle problemstillinger forudsætter indsigt i, hvilke typer af problemstillinger der typisk opstår i den pågældende transaktions-type. Det er eksempelvis væsentligt, at driftsaftaler indeholder en bestemmelse, der nærmere regulerer, hvordan driftsleverandøren skal bistå kunden, hvis denne ønsker at flytte driften til en anden leverandør ved aftalens ophør, og i hvilket omfang driftsleverandøren kan kræve betaling for sin ophørsassistance. Flytning af driftsmiljøet til en anden driftsleverandør kan i praksis ikke gennemføres uden bistand fra den eksisterende driftsleverandør, og en driftsaftale, der ikke forholder sig til ophørsassistance, forsømmer dermed at regulere et væsentligt forhold i parternes samarbejde. Identifikationen af de relevante reguleringstemaer forudsætter således ofte et indgående kendskab til den transaktionstype, som aftalen vedrører.

Mange it-jurister har dette indgående kendskab og ved derfor, hvilke reguleringstemaer de forskellige typer af it-aftaler bør indeholde. Har man ikke dette kendskab, vil man ofte kunne finde hjælp i de standardkontrakter, der findes på markedet. De ovennævnte standardkontrakter giver eksempelvis et godt indblik i, hvilke reguleringstemaer, forskellige typer af større udviklings- og driftsaftaler bør indeholde. De relevante reguleringstemaer kan også afdækkes med hjælp fra it-sagkyndige og andre ikke-jurister med indsigt i den pågældende transaktionstype. Juristen skal dog være opmærksom på, at disse faggrupper typisk ikke har blik for de juridiske reguleringstemaer, som f.eks. regulering af rettigheder og misligholdelsesbeføjelser. Endelig foreligger som allerede beskrevet en del litteratur, der gennemgår de relevante reguleringstemaer for forskellige typer af it-aftaler, jf. også afsnit 5 nedenfor.

Når de relevante reguleringstemaer er identificeret, skal det afgøres, hvordan de enkelte temaer skal reguleres. For mange temaer vil dette ligge uden for juristens arbejdsområde. Beslutningen om, hvad parterne hver især skal levere i projektet, vil være en kommerciel og leverancemæssig beslutning, der ikke træffes af de involverede jurister. Tilsvarende gælder normalt en lang række andre reguleringstemaer, som f.eks. leveringstid, samarbejdsorganisation, aftalens længde og forlængelsesmuligheder mv. Andre temaer som f.eks. rettighedsregulering, ansvarsbegrænsning og misligholdelsesbeføjelser, er temaer, som juristerne typisk er med til at afgøre indholdet af. Det vil i sidste ende

bero på de konkrete forhold, herunder de enkelte juristers erfaring og kompetencer, hvor stor en andel af reguleringen, der fastlægges af de involverede jurister.

Når reguleringstemaerne er identificeret og indholdet af de enkelte temaer afgjort, er den indholdsmæssige del af aftaleudarbejdelsen gennemført. Der skal herefter tages stilling til, hvordan aftalen skal struktureres, og hvilken ordlyd, de enkelte bestemmelser skal have.

Aftalens struktur kan have betydning for dens overskuelighed og dermed for, hvor tilgængelig og brugbar den vil være for parterne i den efterfølgende kontraktstyring, jf. herom nedenfor. Strukturen kan også lette overblikket i forbindelse med udarbejdelse og forhandling af aftalen, idet forskellige typer af reguleringstemaer samles i bilag til kontrakten, således at ydelsesbeskrivelsen f.eks. udgør et bilag, priser og betalingsbetingelser et andet bilag og vilkår i forbindelse med overdragelse af medarbejdere et tredje bilag. Hermed kan de personer, der har ansvaret for de forskellige reguleringstemaer, i mindre grupper forhandle og udarbejde det konkrete bilag, som der herefter henvises til i hovedaftalen. En af udfordringerne ved denne model er at sikre konsistens mellem hovedaftalen og de enkelte bilag og mellem bilagene indbyrdes.

Aftalens struktur

Det er ofte jurister, der konciperer aftalen, herunder også bestemmelser i aftalen der primært har kommerciel karakter. Det er der flere grunde til. For det første skal kontraktens bestemmelser indgå i et samspil med de bagvedliggende retsregler, der dels kan sætte grænser for parternes aftalefrihed, dels vil fungere som udfyldende retsgrundlag, når aftalen forholder sig tavs. Kontraktkoncipering forudsætter derfor ofte et godt kendskab til de relevante retsregler. For det andet forudsætter en god kontrakt en præcis og konsistent begrebsanvendelse, der efterlader mindst mulig fortolkningstvivel, således som det gælder for alle typer af regler. Kontrakten forudsætter med andre ord en sprogsystematik, der ligger naturligt for jurister, der er uddannet i at læse og forstå regler, som er formuleret efter samme systematik. Ikke kun sprogligt men også strukturelt følger opbygningen af aftalens bestemmelser samme systematik, som kendes fra lovbestemmelser og andre former for retligt bindende bestemmelser: Enhver regel angiver et retsfaktum og en retsfølge (hvis X, så Y).

Koncipering

Kravene til den konciperende jurist afhænger i høj grad af, hvilken funktion aftalen skal varetage. En softwarelicensaftale om brug af en standard Officepakke skal understøtte brugeren med nogle begrænsede brugsrettigheder, begrænse leverandørens ansvar ved fejl mv., men forventes i øvrigt ikke at spille nogen større praktisk rolle for brugerens brug af programmet. I denne situation kan det nok være ønskeligt men ikke afgørende, om aftalen er let at overskue og bruge. For mange softwarelicenser synes det heller ikke at have været en ambition at gøre aftalen let tilgængelig for læseren. Anderledes forholder det sig med aftaler om større udviklingsprojekter eller komplekse driftsydelser. Disse typer af aftaler skal anvendes som et løbende styringsinstrument i projektet (se også nedenfor om juristens rolle som contract manager), og det er derfor afgørende, at de gøres overskuelige og lettilgængelige for læseren. Dette er lettere sagt end gjort, og der er en vis indbygget modsætning mellem ønsket om juridisk præcision og sproglig tilgængelighed. Andre faggrupper vil ofte hævde, at jurister mestrer det første bedre end det sidste.

4.2. Forhandling

Nogle aftaletyper, som f.eks. licenser til privatpersoners brug af spil og andet software, vil ikke være genstand for forhandling. Brugeren må acceptere aftalevilkårene, som de foreligger (med den beskyttelse der måtte følge af præceptiv lovgivning), eller undlade at købe produktet. Ved erhvervsvirksomheders og offentlige myndigheders anskaffelse af standardsoftware vil der normalt være forhandling om pris, mens de øvrige licensvilkår kun i begrænset omfang gøres til genstand for forhandling. Også her må brugeren (virksomheden eller myndigheden) i mange tilfælde acceptere vilkårene, som de er eller finde et andet produkt.

Andre typer af aftaler er derimod genstand for forhandling. Det gælder bl.a. udviklings- og driftsaftaler, og generelt gælder det, at jo større værdi aftalen repræsenterer, jo mere omfattende vil forhandlingerne være. Store udviklings- og driftsaftaler er således typisk genstand for intense og langvarige forhandlinger. Jurister deltager normalt i disse forhandlinger. Forhandlingerne af de juridiske reguleringsstemaer, som f.eks. rettigheder og misligholdelsesbeføjelser, vil normalt blive ført mellem parternes jurister, mens andre mere kom-

mercielle eller tekniske aftaletemaer ofte varetages af andre personer men med deltagelse af jurister, bl.a. med henblik på koncipering og sikring af konsistens med aftalens øvrige vilkår. I nogle tilfælde tager jurister dog også del i de mere kommercielle forhandlinger.

4.3. Kontraktstyring (contract management)

Tidligere var det en udbredt opfattelse, at kontrakten navnlig var et værktøj til at løse opståede tvister mellem parterne. Når kontrakten var indgået, kunne den med andre ord lægges i skuffen, indtil der opstod en tvist. Sådant forholdet det sig ikke længere. I dag anses kontrakten for et vigtigt styringsinstrument, der skal bidrage til en vellykket gennemførelse af it-projektet og sikre, at parterne hver især leverer det, de skal, og modtager de ydelser, de har krav på. Dette er i mange tilfælde vanskeligere at sikre, end det umiddelbart lyder. Komplekse it-projekter indebærer en lang række forpligtelser og rettigheder for begge parter. En driftsydelse vil eksempelvis bestå i mange forskellige typer af ydelser (drift af forskellige applikationer, overvågning, backup, support, løbende opgradering, deltagelse i styregruppemøder, håndtering af tredjepartslicenser mv.), og undervejs i et projekt vil der opstå behov for at ændre i ydelsen. Det kan derfor være svært at overskue præcis, hvilke ydelser kunden har krav på, og hvilke ydelser leverandøren kan kræve ekstra betaling for. En effektiv kontraktstyring kan sikre, at kunden får de ydelser, der er betalt for, og omvendt ikke betaler ekstra for ydelser, som er omfattet af den aftalte pris; og tilsvarende sikre leverandøren, at der betales for alle aftalte ydelser, og at der ikke leveres ekstra ydelser uden ekstra betaling. Der kan derfor være ganske mange penge forbundet med en effektiv kontraktstyring, og denne erkendelse er også årsagen til det stadig større fokus på kontraktstyring.

Ønsket om at anvende kontrakten som styringsinstrument stiller nogle særlige krav til kontrakten, både i relation til indhold, struktur og koncipering. Indholdsmæssigt skal kontrakten rumme bestemmelser, der ikke kun fokuserer på ydelsesbeskrivelse og misligholdelsesbeføjelser, men også på den løbende styring af kontrakten, f.eks. bestemmelser om samarbejdsrelationer, reaktionsmuligheder ved problemer, der endnu ikke har karakter af misligholdelse, informationsforpligtelser mv. Strukturelt og sprogligt skal kontrakten opbygges, så den ska-

Krav til
kontrakten

ber overskuelighed og er let tilgængelig for de personer, der løbende skal arbejde med den i projektet. I store projekter, hvor aftalegrundlaget kan udgøre flere hundrede sider, er dette ikke nogen nem opgave. Sprogligt vanskeliggøres dette som nævnt også af, at ønsket om juridisk klarhed kan stride mod behovet for at gøre sproget let tilgængeligt for personer, der ikke er trænet i at læse juridiske tekster. Der er mange forskellige værktøjer, der kan bruges i bestræbelserne på at gøre kontrakten til et effektivt styringsinstrument, såsom en systematisk og tematiseret bilagsstruktur, diverse oversigtsdokumenter, der f.eks. angiver alle steder i kontrakten, hvor parterne pålægges forpligtelser, og kontraktresumeer, der i et let tilgængeligt sprog kortfattet beskriver kontraktens hovedindhold. Herudover udbydes i stigende omfang contract management-software, der kan anvendes til at nedbryde kontraktens forpligtelser i overskuelige systemer.

Contract
manager-
funktion

Uanset hvor godt kontrakten er indrettet på at fungere som styringsinstrument, vil det ikke have effekt, hvis ikke parterne afsætter ressourcer til en effektiv styring. Det bliver derfor stadigt mere udbredt at ansætte contract managers, der har som arbejdsområde at styre store kontrakter. Forventningen er, at udgiften til disse contract managers vil blive dækket ind, og mere til, af de gevinster, som kontraktstyringen realiserer.

Er man contract manager hos kunden, er en væsentlig opgave at sikre, at leverandøren leverer alle de ydelser, der betales for, og at leverandøren ikke får ekstra betaling for ydelser, som er omfattet af aftalen. Leverandørens contract manager skal sikre, at der opkræves ekstra betaling for ydelser, som ikke er omfattet af aftalen, og som dermed ikke er omfattet af den faste pris. En contract managers arbejde vil herudover bestå i forhandling og udarbejdelse af tillægsaftaler, når der er behov for at ændre i den oprindelige aftale, løsning af tvister og i øvrigt bidrage til, at den part, contract manageren arbejder for, lever op til sine forpligtelser i kontrakten. Nogle af disse opgaver er naturlige arbejdsområder for jurister, og da en løbende læsning og fortolkning af aftalen i øvrigt er et centralt element i contract managerens arbejde, vil contract managers ofte være jurister. Contract management kan dog indeholde mere kommercielle opgaver, som f.eks. prisforhandlinger, og contract management kan derfor også varetages af andre faggrupper.

4.4. Tvistløsning

Uanset hvor grundige parterne har været i forhandlingerne og udarbejdelsen af kontrakten, kan der opstå uenighed om indholdet af kontrakten, og i de større og komplekse projekter, vil det være uundgåeligt, at der opstår tvister undervejs. Ofte løses sådanne tvister ved et kommercielt forlig, men selv i disse situationer tager forliget sit udgangspunkt i parternes fortolkning af kontrakten og dermed den retsposition, parterne mener at have. Et kommercielt forlig vil med andre ord normalt være baseret på en juridisk vurdering af partens stilling i tvisten, og selv et kommercielt forlig vil derfor involvere jurister. Kan parterne ikke nå en forligsmæssig løsning, vil førelsen af en voldgiftssag eller retssag selvsagt også være en arbejdsopgave for parternes jurister.

5. Litteratur

Den første omtale af it-kontraktrettens problemstillinger i dansk retslitteratur foreligger med *Koktvedgaards* artikel "Bidrag til elektronrettens almindelige del" trykt i *Juristen*, 1968, s. 157 ff. Her drøftes bl.a. data-behandlerens ansvar for regnefejl over for kunden og gyldigheden af ansvarsfraskrivelsesvilkår. Artiklen indeholder som led heri en gengivelse af den ansvarsfraskrivelsesbestemmelse, der blev anvendt af det daværende Datacentralen.

Danmark

Med *Nørager-Nielsens* "Edb-kontrakter" fra 1987 fremkom det første større samlede værk om it-kontraktret i Danmark. Bogen søger primært at beskrive den baggrundsretlige regulering af udvalgte typer af it-ydelser, men rummer også beskrivelser af en række bestemmelser fra de på tidspunktet eksisterende standardkontrakter. Bogen behandler bl.a. udvikling, vedligeholdelse og licensering af standardprogrammel, hvorimod driftsydelserne ikke er medtaget.

I samme periode fra 1984-1988 blev udgivet tre domssamlinger med titlen "Edb-retlige afgørelser 1-3" redigeret af *Beck & Bruun Nielsen* og for den sidstes vedkommende tillige af *Bender*. Samlingerne rummer en del i øvrigt utrykte afgørelser med referater af dommene. Mange af afgørelserne præges i nogen grad af andre forhold end dem, der gælder i dag. Det var bl.a. en udpræget tendens, at aftalerne i langt

højere grad var udfærdiget af leverandørerne og ofte kun i begrænset omfang var forhandlet.

I 2000 udgav *Dragsted* "IT-kontrakter I og II", der rummer en lang række it-aftaleparadigmer og desuden en tekstdel med kommentarer til de forskellige paradigmer og råd til reguleringen af de forskellige aftaletemaer. Bøgerne tilsigter således ikke at beskrive den baggrundsretlige regulering.

I 2004 og 2007 udgav *Dragsted, Horsfeldt, Langemark & Sørensen* kommentarer til henholdsvis K01 og K02. Bøgerne kommenterer standardkontrakternes enkelte bestemmelser, giver forslag til alternative og supplerende bestemmelser og råd til reguleringen af de enkelte temaer. Herudover rummer bøgerne også mere generelle kapitler om udbudsret, ophavsret, kontraktstyring, konflikthåndtering og driftsaftaler. Bøgerne har ikke til formål at beskrive den baggrundsretlige regulering.

Bryde Andersens "IT-retten" fra 2005 (2. udgave) indeholder to kapitler om "IT-overdragelse" (kap. 21) og "misligholdelse af IT-kontrakter" (kap. 22), der navnlig beskriver den baggrundsretlige regulering af en række temaer inden for it-kontraktretten. *Bryde Andersens* "Enkelte transaktioner" rummer også et afsnit (kap. 5.4) om it-aftaler, der primært fokuserer på aftalereguleringen.

Horsfeldt udgav i 2005 "IT outsourcing", der var den første danske fremstilling af reguleringen af it-drift. Bogen fokuserer primært på aftalereguleringen, men rummer også betragtninger om den baggrundsretlige regulering.

Norge og Sverige

Litteraturen i de øvrige nordiske lande kan også have en vis interesse for den danske it-kontraktret, da de nordiske landes obligationsretlige regler rummer væsentlige lighedstræk. I Norge udkom tidligt to fremstillinger om regulering af it-ydelser med *Bulls* "EDB-kontrakter" (med fokus på den baggrundsretlige regulering) og *Christophersen & Føyens* "Edb-anskaffelser" (med fokus på aftalereguleringen), begge fra 1981. I 1997 udgav *Tórsvund* bogen "Kontraktsregulering – IT-kontrakter", der primært behandler reguleringstemaer og aftalereguleringen, men dog også indeholder visse betragtninger om den baggrundsretlige regulering. I 2006 udgav en række forfattere under redaktion af *Føyen m.fl.* bogen "Kontrakter for udvikling av programvare", der ligeledes primært behandler aftalereguleringen. I Sverige foreligger med "IT-

avtal” af *Perméus & Lindberg* en kommentar til de væsentligste svenske standardaftaler. “Cloud Computing” af *Cristner & Edvardsson* er en kommentar til IT&Telekomföretagens standardaftale for cloud computing. *Lindberg, Kahn & Krouthéns* “IT-avtal – särskilt om outsourcing” fra 2009 behandler reguleringstemaerne ved aftaleindgåelse om it-outsourcing, primært outsourcing af drift. Der foreligger ingen svenske it-kontraktretlige monografier, der beskriver den baggrundsretlige regulering.

Ønsker man at orientere sig i engelsk it-kontraktret kan henvises til *Klinger & Burnett*, “Drafting and Negotiating IT Contracts” og *Baker m.fl.*, “IT Contracts and Dispute Management”. Fra tysk ret kan henvises til *Hoeren*, “IT-Vertragsrecht”.

England og
Tyskland

6. Om bogens opbygning, afgrænsning, brug af retskilder og begrebsanvendelse

Når man vil foretage en analyse af den baggrundsretlige regulering af it-leverancer, står man med den metodiske udfordring, at en “it-leverance” kan dække over ganske forskellige typer af ydelser. Dette afspejles af de forskellige typer af it-aftaler, der er omtalt ovenfor, herunder også de forskellige standardkontrakter. Dette betyder på den ene side, at det næppe vil være frugtbart at behandle alle typer af it-leverancer og it-aftaler i samme analyse. Nogle spørgsmål vil ikke have relevans for alle typer af it-aftaler, og spørgsmålene vil ikke i alle tilfælde kunne besvares identisk, selvom de er relevante for alle typer af it-aftaler. Også inddragelsen af standardkontrakter vanskeliggøres, hvis alle leverance- og aftaletyper samles i én samlet analyse. På den anden side vil besvarelsen for en række spørgsmål være identisk uafhængigt af aftaletypen. Dette følger allerede af det ovenfor anførte om it-kontraktrettens indplacering i den almindelige obligationsret. En opsplitning af analysen i et stort antal forskellige aftaletyper vil dermed nødvendigvis gøre, at identiske analyser skal gentages mange steder. På den baggrund er fremstillingen baseret på det metodiske valg at opdele analyserne efter nogle få men centrale typer af it-aftaler.

Bogens opbygning
og afgrænsning

Ved udvælgelsen heraf er der lagt vægt på en række faktorer. Et første og helt grundlæggende kriterium er, som allerede angivet, ydelsens karakter. Ved rubriceringen heraf kan der sondres mellem (1)

– aftaletyper

tilvejebringelse og tilrådighedsstilling af programmet, (2) vedligehold og support og (3) den tekniske drift. For hver af disse tre typer af ydelser, kan der sondres mellem individualiserede ydelser og standardydelser. For tilvejebringelse og tilrådighedsstilling består sondringen mellem specialudviklet/tilpasset programmel og standardprogrammel. For vedligehold vil sondringen normalt følge programmets karakter og således bestå mellem vedligeholdelse af specialudviklet programmel og standardprogrammel. Mens sondringen mellem specialudviklet programmel og standardprogrammel har bestået siden fremkomsten af standardprogrammerne i 1970'erne, har sondringen mellem den individualiserede drift og standarddriftsydelsen først for alvor fået betydning i de senere år med udbredelsen af standarddriftsydelser gennem cloud-teknologien (med Microsoft Azure og Amazon Web Services (AWS) som de førende standardprodukter på nuværende tidspunkt).

Opdelingen kan illustreres på følgende måde:

	Tilvejebringelse og tilrådighedsstilling af programmel	Vedligehold af programmel	Drift af programmel
Individualiseret ydelse	Specialudvikling/tilpasning af programmel	Vedligehold af specialprogrammel	Drift af programmel med tilpasset driftsmiljø
Standardydelse	Tilrådighedsstilling af standardprogrammel	Vedligehold af standardprogrammel	Drift af programmel i standarddriftsmiljø

– Individualiserede ydelser

Bogens hovedfokus er de individualiserede ydelser, særligt tilvejebringelse (i form af udvikling og tilpasning) og drift af programmel. Når vægten er lagt på de individualiserede ydelser, skyldes det navnlig, at behovet for en kortlægning af den baggrundsretlige regulering må anses for størst her. Standardydelser vil som regel være omfattet af leverandørens standardvilkår uden, eller med meget begrænset, individuel forhandling og ofte ikke være underlagt dansk ret. Som følge af aftaleforholdets og standardydelseernes natur, opstår endvidere sjæl-

dent juridiske komplekse tvister om standardydelse, der skal afgøres ud fra baggrundsretlige analyser.

Blandt de individualiserede ydelser er hovedvægten lagt på udviklingsydelsen og driftsydelsen. Det er disse to ydelser, der er mest komplekse, som er genstand for den mest omfattende kontraktregulering og giver anledning til de fleste tvister.

Uanset bogens fokus på de individualiserede ydelser, må en samlet fremstilling af it-kontraktretten også forholde sig til standardydelse. Bogen indeholder derfor også et kapitel om tilrådighedsstillelse (licensering) og vedligehold af standardprogrammel. Derimod indeholder bogen ikke et selvstændigt kapitel om standarddriftsydelsen. Denne sondring afspejler, at tilrådighedsstillelsen af standardprogrammel er en ydelse af en helt anden karakter end udvikling af specialprogrammel, hvorimod standarddriftsydelsen efter sin natur er den samme type af ydelse, som den individualiserede driftsydelse. Selvom der er forskelle på disse to former for driftsydelser og deres kontraktuelle regulering, vil mange af reguleringstemaerne og de baggrundsretlige analyser være identiske. Henset hertil og til bogens generelle vægtning af de individualiserede ydelser, rummer bogen et samlet kapitel om driftsaftaler med vægten på den individualiserede drift men i et vist omfang også med inddragelse af sondringen mellem de to former for drift, når denne har relevans for de retlige analyser.

– standardydelse

Cloudteknologien har ikke kun betydet, at driftsydelsen i stigende omfang leveres som en standardydelse, men har også medført, at standardprogrammel nu ofte leveres som en service, der stilles til rådighed fra leverandørens eget driftsmiljø. Hermed får ydelsen karakter af en samlet serviceydelse, der omfatter både tilrådighedsstillelse, vedligeholdelse og drift af standardprogrammel. Dette ændrer dog ikke i sig selv karakteren af de enkelte typer af ydelser, og i disse tilfælde får aftalen karakter af en form for hybridaftale. Som nævnt ovenfor er cloudteknologien ikke en ydelsestype men en leveranceform. I de tilfælde, hvor det har betydning for den retlige analyse, om standardprogrammel stilles til rådighed gennem en cloudløsning (som en service) eller ved kopier hos brugeren selv, omtales sondringen i kapitlet om softwarelicenssaftaler.

– cloudaftaler

Som nævnt, vil den baggrundsretlige regulering i nogle tilfælde være identisk på tværs af aftaletyper. Hermed opstår det fremstillingstekniske spørgsmål, om den pågældende regulering kun skal beskrives i et af kapitlerne med henvisning hertil fra øvrige kapitler, eller om beskrivelsen skal gentages i de enkelte kapitler. I kapitlerne om udviklingsaftaler og driftsaftaler, er der nogle steder valgt at medtage samme tekst i begge kapitler. Dette er gjort for at gøre fremstillingen mere læsevenlig som opslagsværk. Den, der søger svaret på en problemstilling udsprunget af en driftsaftale, behøver således ikke at springe mellem læsning i kapitlet om driftsaftaler og kapitlet om udviklingsaftaler og vice versa.

– professionelle brugere

Bogen tager primært sigte på retsforholdet mellem professionelle parter. For udviklings-, drifts- og vedligeholdelsesaftaler giver dette mere eller mindre sig selv, men også kapitlet om softwarelicensaftaler har dette udgangspunkt.

Brug af retskilder

I tillæg til beskrivelsen af it-kontraktrettens kilder i afsnit 2 ovenfor skal her knyttes nogle bemærkninger til bogens brug af domme, sædvaner og standardkontrakter.

– domme

Den begrænsede domspraksis på det it-kontraktretlige område gør det mere relevant at inddrage domme med begrænset retskildeværdi, herunder byrettsdomme og ældre domme. Udover den retskildeværdi, der trods alt kan tillægges disse domme, tjener de ofte også som illustrative eksempler på de særlige retlige problemstillinger, der kan opstå i it-leverancer.

Se også *Iversens* beskrivelse af samspillet mellem teori og praksis: “Samvirket mellem teori og praksis er lige livsnødvendig for begge. Uden teoretisk behandling bliver praksis en gold ophobning af enkelttilfælde, uden overblik, samling, systematik, orden videreudvikling, uden mulighed for forståelse eller fordybelse. Uden praksis bliver teorien en ørkesløs diskussion af abstrakte principper, uden kød og blod, uden praktiske eksempler, uden mål og med, uden evne til at vække interesse, undren og eftertænksomhed”, *Entrepriseretten*, s. 52.

Af disse grunde, og da der endvidere generelt også blandt fagets udøvere er stor interesse for it-kontraktretlige domme, herunder domme fra byretterne, inddrager bogen ikke kun domme fra Højesteret, lands-

retterne og SØ- og Handelsretten men også byretsdomme, herunder ældre domme.

I bogen omtales også udenlandske afgørelser. Disse har ingen direkte retskildeværdi i dansk ret, men navnlig domme fra de øvrige nordiske lande vil stadig have interesse henset til det tætte slægtskab mellem obligationsretten i de nordiske lande. Det gælder endvidere også for disse domme, at de kan være illustrative for de behandlede problemstillinger. I særlig grad inddrages norsk retspraksis, da der foreligger et større antal offentliggjorte norske it-kontraktretlige domme. Dette skyldes en kombination af, at brugen af voldgift ikke er så udbredt i Norge som i Danmark (og en lang række andre lande), og en mulighed for at finde de pågældende domme gennem søgning i den norske domsdatabase "Lovdata" (<www.lovdata.no>), der indeholder domme fra alle retsinstanter.

Som led i arbejdet med 2. udgaven af denne bog er hovedparten af de domme, der omtales i bogen, blevet samlet i en domsdatabase, der kan tilgås fra <www.it-kontraktret.dk>. Domme, der i denne bog er markeret med (*), kan findes i domsdatabasen.

– domsdatabase

Med sit fokus på den baggrundsretlige regulering rummer fremstillingen ikke forslag til koncipering af kontraktbestemmelser eller systematiske fortolkningsbidrag til de eksisterende standardkontrakter. Standardkontrakterne har ikke desto mindre en væsentlig rolle i fremstillingen. For det første kan de have retskildeværdi ved fastlæggelsen af baggrundsretten, som nærmere beskrevet ovenfor i afsnit 2.3. For det andet tjener eksempler på aftaleregulering i standardkontrakterne til at illustrere den praktiske håndtering af de spørgsmål, der undergives baggrundsretlig behandling. Det er ikke vanskeligt at udvælge de relevante standardkontrakter, idet der som nærmere beskrevet i afsnit 2.3 ovenfor kun eksisterer nogle få men centrale standardkontrakter på området, nemlig K-kontrakterne og D17. Disse inddrages løbende i kapitlerne om udviklingsaftaler og driftsaftaler.

– standardkontrakter

Som omtalt ovenfor, spiller sædvaner en betydning som retskilde på it-kontraktrettens område. Dette gælder både sædvaner af faktisk og retlig karakter (leverancesædvaner og aftalesædvaner). Begge disse typer af sædvaner er ofte vanskelige at identificere. I konkrete tvister dokumenteres faktiske sædvaner typisk gennem brug af sagkyndige erklæringer. Aftalesædvaner kan i et vist omfang dokumenteres gen-

– aftalesædvaner

nem standardkontrakter, men reguleringen af et givent spørgsmål i en standardkontrakt vil ikke nødvendigvis være udtryk for en sædvane. Dette kan bl.a. illustreres ved at sammenholde de to standardaftaler for drift D17 og K04 (høringsversionen), der langt fra på alle reguleringssområder indeholder en identisk regulering. Hertil kommer, at en gængs brancheopfattelse ikke kun kan knytte an til selve reguleringen, men også til det bagvedliggende formål med reguleringen. I fortolkningen af en bestemmelse kan det således spille en rolle, om der kan identificeres en gængs opfattelse af formålet med denne type bestemmelse. I så fald vil der være en formodning for, at den konkrete bestemmelse også udspringer af dette formål. Et eksempel herpå er bodsbestemmelser, der i it-kontrakter nok primært har et præventivt formål, mens de i entrepriseretten primært har til formål at objektivere erstatningsudmålingen. Dette har betydning for fortolkningen af bodsbestemmelser, jf. nærmere herom kapitel 2.9.2.5.

Begreber

I fremstillingen anvendes en række begreber, der kort skal præsenteres her. I større og komplekse aftaler om udvikling, drift og vedligeholdelse af it-systemer anvendes sædvanligt betegnelsen *kunden* og *leverandøren* om henholdsvis realkreditor og realdebitor. Disse begreber vil også blive anvendt her. I beskrivelsen af softwarelicensaftaler vil begreberne *licenstagere* og *licensgiver* blive brugt om realkreditor og realdebitor. Visse steder anvendes begrebet *producenten* for at tydeliggøre, at det er udvikleren af programmet, der sigtes til. Ofte vil producenten være identisk med licensgiveren, men det kan dog også tænkes, at producenten har givet en mellemmand ret til at licensere programmet, således at mellemmanden optræder som licensgiver.

Alle de aftaletyper, der behandles i de følgende kapitler, omhandler udvikling, drift, vedligeholdelse og tilrådgivelsesstilling af *edb-programmel*. I daglig tale anvendes i dag næsten udelukkende software som betegnelse for edb-programmel. Bl.a. fordi programbegrebet er den anvendte term i ophavsretsloven bruges begrebet også her i fremstillingen. De få steder, hvor softwarebegrebet anvendes (bl.a. bruges begrebet "softwarelicensaftale"), anvendes det synonymt med programbegrebet.

Navnlig i større og komplekse aftaler anvendes ofte begrebet *it-system*. Hermed sigtes normalt til en flerhed af edb-programmer, der

indgår i et samspil. Efter omstændighederne kan der også indgå hardware i anvendelsen af systembegrebet.

Om man bruger begrebet *aftale* eller *kontrakt*, er en smagssag. Kontraktbegrebet giver vel stærkere associationer til selve aftaledokumentet, men begreberne bruges synonymt i fremstillingen.