

# IT-KONTRAKTRET





HENRIK UDSEN

# IT-KONTRAKTRET

Henrik Udsen  
*It-kontraktret*  
Anden udgave, første oplag

Denne bog er udgivet i marts 2020 af EX TUTO PUBLISHING A/S. Grafisk tilrettelæggelse og sats af MERE.INFO A/S, som har anvendt LibreOffice/Linux samt skrifterne Baskerville Original og Cronos designet af henholdsvis FRANTIŠEK ŠTORM i 2000 og ROBERT SLIMBACH i 1996. JAN TRZASKOWSKI har stået for forlagsredaktion og LINO VOGT har været ansvarlig for korrekturlæsning. Bogen er trykt på Munken Pure 100 g/m<sup>2</sup> af NARAYANA PRESS, der ligger på Gyllingnæs syd for Odder. Indbindingen er udført af BUCHBINDEREI S.R. BÜGE GMBH i Celle.

Ex Tuto A/S er medlem af Forening for Boghaandværk, og vi støtter bæredygtig skovforvaltning ved at anvende FSC-certificeret papir.

Copyright © 2020 the author  
Printed in Denmark 2020  
ISBN 978-87-420-0035-9

**Ex Tuto Publishing A/S**  
Toldbodgade 55, 1.  
DK-1253 København K  
[www.extuto.com](http://www.extuto.com)



# Kapiteloversigt

<b>1. Introduktion til it-kontraktretten</b>	<b>1</b>
<b>2. Udviklingsaftaler</b>	<b>51</b>
<b>3. Driftsaftaler</b>	<b>285</b>
<b>4. Vedligeholdelsesaftaler</b>	<b>431</b>
<b>5. Softwarelicensaftaler</b>	<b>457</b>
<b>6. Tvistløsning og tvistforebyggelse</b>	<b>507</b>
<b><i>Bibliografi</i></b>	<b>531</b>
<b><i>Stikordsregister</i></b>	<b>539</b>



# Indholdsfortegnelse

<b>Forord</b>	<b>xv</b>
<b>Forkortelser</b>	<b>xvii</b>
<b>Begreber</b>	<b>xix</b>
<b>1. Introduktion til it-kontraktretten</b>	<b>1</b>
1. Indledning	1
2. It-kontraktrettens retskilder	3
2.1. Parternes aftale	3
2.2. Obligationsretten	5
2.3. Standardkontrakter	9
2.4. Sædvaner	12
2.5. Retspraksis	13
2.6. Øvrig lovgivning	13
2.6.1. Ophavsretten	13
2.6.2. Databeskyttelsesretten	14
2.6.3. Ansættelsesret – lov om virksomhedsoverdragelse	15
2.6.4. Udbudsreglerne	16
3. Aftaletyper	18
3.1. Udviklingsaftaler	18
3.2. Softwarelicensaftaler	21
3.3. Vedligeholdelsesaftaler	23
3.4. Driftsaftaler	24
3.5. Cloudaftaler	26
3.6. Kildekodedeponeringsaftaler	31
3.7. Sammensatte aftaler	33
3.8. Øvrige aftaletyper	33
3.8.1. Underleverandøraftaler	33
3.8.2. Konsulentaftaler	35
3.8.3. Hemmeligholdelsesaftaler	36
4. Juristens rolle	37
4.1. Aftalens udarbejdelse	37
4.2. Forhandling	40
4.3. Kontraktstyring (contract management)	41
4.4. Tvistløsning	42

5.	Litteratur	43
6.	Om bogens opbygning, afgrænsning, brug af retskilder og begrebsanvendelse	45

## **2. Udviklingsaftaler** **51**

1.	Indledning	51
2.	Leverancemodeller	52
2.1.	Vandfaldsmodellen og den agile udviklingsmodel	52
2.2.	Kravene til systemet	55
2.3.	Betaling	57
2.4.	Tidsplan og faseopdeling	58
3.	Regelgrundlaget	59
3.1.	Parternes aftale	59
3.2.	Standardkontrakter	59
3.2.1.	K18 og K33	59
3.2.2.	K01 og K02	60
3.2.3.	K03	61
3.2.4.	Standardkontrakternes retlige betydning	62
3.3.	Baggrundsretten	63
3.3.1.	Købeloven og de obligationsretlige regler	63
3.3.2.	De ophavsretlige regler	66
3.3.3.	De databeskyttelsesretlige regler	66
3.3.4.	Udbudsretten	67
4.	Leverandørens ydelser og forpligtelser	67
4.1.	Systemet	69
4.1.1.	Det obligationsretlige udgangspunkt	69
4.1.2.	Kravspecifikation og løsningsbeskrivelse	74
4.1.3.	Systemets enkeltelementer	78
4.1.3.1.	Funktionelle krav	78
4.1.3.2.	Svartider og driftseffektivitet	80
4.1.3.3.	Kompatibilitet	81
4.1.3.4.	Udbygningsmuligheder	82
4.1.3.5.	Dokumentation	83
4.1.3.6.	Kildekode	86
4.1.4.	Aftalt kvalitetsmålestok – "god it-skik" mv.	90
4.1.5.	Overholdelse af lovkrav	93
4.1.6.	Gevinstrealisering	98
4.2.	Leverandørens projektstyring	101
4.3.	Leverandørens rådgivningspligt	106
5.	Kundens betaling og øvrige forpligtelser	114
5.1.	Betaling	114
5.2.	Kundens øvrige forpligtelser	118
6.	Levering og afprøvning af systemet	119
6.1.	Levering – det obligationsretlige udgangspunkt	119
6.1.1.	Retsvirkningerne af levering	119
6.1.2.	Hvornår indtræder leveringstidspunktet?	119
6.1.3.	Hvornår er der sket levering?	120
6.2.	Afprøvning	121
6.2.1.	Udgangspunktet	121
6.2.2.	Typer af prøver	122



6.2.3.	Parternes bidrag i afprøvningen	123
6.2.4.	Godkendelse af prøven	123
6.2.5.	Ibrugtagning af systemet før godkendelse af prøven	127
6.2.6.	Retsvirkninger	130
7.	Ændringshåndtering	132
7.1.	Indledning	132
7.2.	Ændringer af systemet	133
7.2.1.	Den baggrundsretlige regulering	133
7.2.2.	Aftaleregulering	136
7.3.	Ændringer af vederlaget	138
7.3.1.	Den baggrundsretlige regulering	138
7.3.2.	Aftaleregulering	139
7.4.	Ændringer i leveringstiden	139
7.4.1.	Den baggrundsretlige regulering	139
7.4.2.	Aftaleregulering	140
7.5.	Andre ændringer	143
7.6.	Vedtagelse	144
7.6.1.	Udgangspunktet	144
7.6.2.	Formkrav	144
7.6.3.	Fulgt praksis i strid med aftalen	145
8.	Rettigheder	150
9.	Leverandørens misligholdelse	153
9.1.	Misligholdelsesformer (retsfaktum)	153
9.1.1.	Forsinkelse	153
9.1.2.	Faktiske mangler	157
9.1.3.	Retsmangler	157
9.1.4.	Rådighedsmangler – manglende overholdelse af lovkrav	158
9.2.	Misligholdelsesbeføjelser (retsfølge)	159
9.2.1.	Naturalopfyldelse	159
9.2.1.1.	Generelt om naturalopfyldelse	159
9.2.1.2.	Leverandørens afhjælpningspligt	160
9.2.1.3.	Kundens ret til selv at udbedre	165
9.2.2.	Ophævelse	168
9.2.2.1.	Forsinkelse	169
9.2.2.2.	Mangler	171
9.2.2.3.	Aftalebestemmelser	173
9.2.2.4.	Tidspunkt hvor ophævelsen får virkning – ex tunc eller ex nunc	177
9.2.2.5.	Hel eller delvis ophævelse	182
9.2.3.	Forholdsmæssigt afslag	186
9.2.4.	Erstatning	188
9.2.4.1.	Ansvarsgrundlag	189
9.2.4.2.	Krav om kausalitet og adækvans	194
9.2.4.3.	Tabsopgørelsen	195
9.2.5.	Bod	201
9.2.6.	Betalings tilbageholdelse og modregning	210
9.3.	Bortfald af misligholdelsesbeføjelser	211
9.3.1.	Manglende reklamation	211
9.3.2.	Kundens accept af misligholdelsen – forligsaftaler mv.	220
9.3.3.	Leverandørens afhjælpningsret	222

9.3.4.	Ansvarsbegrænsnings- og ansvarsfraskrivelsesbestemmelser	227
9.3.5.	Force majeure	239
9.3.6.	Forhold som kunden har ansvaret for	242
9.3.7.	Forældelse	245
9.3.8.	Annulation	247
10.	Kundens misligholdelse	248
10.1.	Misligholdelsesformer	248
10.1.1.	Betalingsforsinkelse	248
10.1.2.	Misligholdelse af sekundære ydelser – fordringshavermora	248
10.1.3.	Uberettiget ophævelse	250
10.2.	Misligholdelsesbeføjelser	252
10.2.1.	Naturalopfyldelse. Rentekrav	252
10.2.2.	Ophævelse	253
10.2.3.	Erstatning	258
	10.2.3.1. Ansvarsgrundlag	258
	10.2.3.2. Kausalitet og adækvans	259
	10.2.3.3. Tabsopgørelsen	260
10.2.4.	Leverandørens ret til at tilbageholde sine ydelser	261
10.3.	Bortfald af misligholdelsesbeføjelser	262
10.3.1.	Manglende reklamation	262
10.3.2.	Kundens efterfølgende betaling	263
10.3.3.	Ansvarsbegrænsnings- og ansvarsfraskrivelsesbestemmelser	264
10.3.4.	Annulation	266
10.3.5.	Afbestillingsret	267
11.	Databeskyttelsesretlige spørgsmål	268
11.1.	Databeskyttelse gennem design	270
11.2.	Konsekvensanalyse (DPIA)	272
11.3.	Brug af personoplysninger i forbindelse med aftestning	276
11.4.	Indholdsmæssige krav til systemet	279
11.5.	Ansvar for ulovlig behandling af personoplysninger	281

### **3. Driftsaftaler** **285**

1.	Indledning	285
2.	Regelgrundlag	286
2.1.	Parternes aftale	286
2.2.	Standardkontrakter	287
	2.2.1. D17	287
	2.2.2. K04	288
2.3.	Baggrundsret	288
3.	Due diligence og transition	289
3.1.	Due diligence – leverandørens forudgående undersøgelser	289
3.2.	Transition – overflytning og afprøvning	294
	3.2.1. Transitionsplanen	294
	3.2.2. Overtagelsesprøve og driftsprøve	295
	3.2.3. Godkendelse af prøverne	296
	3.2.4. Prøvernes retsvirkning	296
	3.2.5. Overtagelse af medarbejdere	298

4.	Leverandørens ydelser	299
4.1.	Det obligationsretlige udgangspunkt	299
4.2.	Resultatkrav eller systemkrav	300
4.3.	Driftsydelsen	301
4.3.1.	Kundeprogrammer, driftskapacitet og driftsmiljø	301
4.3.2.	Servicemål	302
4.4.	Relaterede ydelser	304
4.5.	Overholdelse af lovkrav, standarder og interne forskrifter	306
4.5.1.	Lovkrav	306
4.5.2.	Standarder	310
4.5.3.	Interne forskrifter	311
4.6.	Aftalt kvalitetsmålestok – “god skik” mv.	312
5.	Kundens betaling og øvrige forpligtelser	313
5.1.	Betaling	313
5.1.1.	Driftsvederlagets størrelse og sammensætning	313
5.1.2.	Betalingstidspunkt	314
5.1.3.	Prisændringer	315
5.2.	Kundens øvrige forpligtelser	315
6.	Ændringshåndtering	315
6.1.	Ændringer i leverandørens ydelse	316
6.1.1.	Den baggrundsretlige regulering	316
6.1.2.	Aftaleregulering	319
6.2.	Ændringer i vederlaget	322
6.2.1.	Den baggrundsretlige regulering	322
6.2.2.	Aftaleregulering	323
6.3.	Ændringer i tidsplanen	324
6.3.1.	Den baggrundsretlige regulering	324
6.3.2.	Aftaleregulering	325
6.4.	Vedtagelse	326
7.	Behandling af personoplysninger	326
7.1.	Kunden og leverandøren som dataansvarlig og databehandler	326
7.2.	Hjemmelsgrundlaget for behandlingen af personoplysninger	330
7.3.	Den registreredes rettigheder	331
7.4.	Sikkerhed	333
7.4.1.	Krav om sikkerhedsforanstaltninger	333
7.4.2.	Oplysningspligt ved sikkerhedsbrud	335
7.5.	Overførsel af personoplysninger til tredjelande	336
7.6.	Krigsreglen	339
7.7.	Sanktioner	343
7.7.1.	Bødestraf	343
7.7.2.	Erstatning	345
7.7.3.	Tortgodtgørelse	348
7.7.4.	Aftaleregulering	350
7.8.	Aftaleregulering – oversigt	352
8.	Rettigheder	352
8.1.	Rettigheder til edb-programmer	353
8.1.1.	Programmet udviklet af den ene af parterne uafhængigt af driftsaftalen	353
8.1.2.	Programmet udviklet som led i driftsaftalen	354

8.1.3.	Kundens tredjepartsprogrammel	355
8.1.4.	Leverandørens tredjepartsprogrammel	361
8.2.	Rettigheder til systemdata	361
8.3.	Rettigheder til information om driftsafviklingen	363
9.	Leverandørens misligholdelse	366
9.1.	Misligholdelsesformer	366
9.1.1.	Forsinkelse	366
9.1.2.	Faktiske mangler	366
9.1.3.	Retsmangler	367
9.1.4.	Rådighedsmangler – manglende overholdelse af lovkrav	367
9.2.	Misligholdelsesbeføjelser	367
9.2.1.	Naturalopfyldelse	367
9.2.1.1.	Generelt om naturalopfyldelse	367
9.2.1.2.	Leverandørens afhjælpningspligt	368
9.2.1.3.	Kundens ret til selv at udbedre	371
9.2.2.	Ophævelse	372
9.2.2.1.	Forsinkelse	372
9.2.2.2.	Mangler	373
9.2.2.3.	Aftalebestemmelser	374
9.2.2.4.	Tidspunkt hvor ophævelsen får virkning	377
9.2.2.5.	Hel eller delvis ophævelse	378
9.2.3.	Forholdsmæssigt afslag	379
9.2.4.	Erstatning	380
9.2.4.1.	Ansvarsgrundlag	380
9.2.4.2.	Krav om kausalitet og adækvans	381
9.2.4.3.	Tabopgørelsen	382
9.2.5.	Bod	385
9.3.	Bortfald af misligholdelsesbeføjelser	388
9.3.1.	Manglende reklamation	388
9.3.2.	Kundens accept af misligholdelsen – forligsaftaler mv.	391
9.3.3.	Leverandørens afhjælpningsret	391
9.3.4.	Ansvarsbegrænsnings- og ansvarsfraskrivelsesbestemmelser	392
9.3.5.	Force majeure	397
9.3.6.	Forhold som kunden har ansvaret for	402
9.3.7.	Forældelse	405
9.3.8.	Annulation	405
10.	Kundens misligholdelse	406
10.1.	Misligholdelsesformer	406
10.1.1.	Betalingsforsinkelse	406
10.1.2.	Misligholdelse af sekundære ydelser – fordringshavermora	406
10.1.3.	Uberettiget ophævelse	407
10.2.	Misligholdelsesbeføjelser	409
10.2.1.	Naturalopfyldelse. Rentekrav	409
10.2.2.	Ophævelse	409
10.2.3.	Erstatning	412
10.2.3.1.	Ansvarsgrundlag	412
10.2.3.2.	Kausalitet og adækvans	413
10.2.3.3.	Tabopgørelse	414
10.2.4.	Leverandørens ret til at tilbageholde sine ydelser	415

10.3.	Bortfald af misligholdelsesbeføjelser	418
10.3.1.	Manglende reklamation	419
10.3.2.	Kundens efterfølgende betaling	420
10.3.3.	Ansvarsbegrænsnings- og ansvarsfraskrivelsesbestemmelser	420
10.3.4.	Annulation	422
11.	Ophør og ophørsassistance	423
11.1.	Aftalens varighed	423
11.2.	Leverandørens pligt til at yde ophørsassistance	425
11.3.	Tilbagelevering af aktiver	428

#### **4. Vedligeholdelsesaftaler 431**

1.	Indledning	431
2.	Regelgrundlaget	431
3.	Vedligeholdelsesydelser	432
3.1.	Omfattet programmel	432
3.2.	De enkelte typer af vedligeholdelsesydelser	433
3.2.1.	Forebyggende vedligeholdelse	433
3.2.2.	Individuel fejludbedring	434
3.2.3.	Ny versioner og releases	437
3.2.4.	Andre typer af ydelser	438
3.2.5.	Generel kvalitetsmålestok	440
3.3.	Vedligeholdelse af tredjepartsprogrammel	440
4.	Betaling	443
5.	Misligholdelse	444
5.1.	Leverandørens misligholdelse	445
5.1.1.	Naturalopfyldelse	445
5.1.2.	Ophævelse	445
5.1.2.1.	Generelt	445
5.1.2.2.	Forholdet mellem vedligeholdelsesaftalen og udviklingsaftaler – cross default	446
5.1.2.3.	Forholdet mellem vedligeholdelsesaftalen og driftsaftaler – cross default	450
5.1.3.	Forholdsmæssigt afslag	452
5.1.4.	Erstatning	452
5.1.5.	Bod	452
5.1.6.	Ansvarsfritagelses- og ansvarsbegrænsningsbestemmelser	453
5.2.	Kundens misligholdelse	453
6.	Ophør	454

#### **5. Softwarelicenssaftaler 457**

1.	Indledning	457
2.	Baggrundsretten	458
2.1.	Den ophavsretlige regulering	458
2.2.	Købeloven og den almindelige obligationsret	463
3.	Proprietære licenser	466
3.1.	Programlicensen – realydelser	466
3.1.1.	Brugsrettens omfang	466
3.1.2.	Programmets funktionalitet	468
3.1.3.	Kompatibilitet	469

3.2.	Support, vedligeholdelse, opdatering	469
3.3.	Betaling	471
3.4.	Overdragelse	472
3.5.	Misligholdelse	479
3.5.1.	Licensgiverens misligholdelse	479
3.5.2.	Licenstagernes misligholdelse	482
3.5.2.1.	Betalingsmisligholdelse	482
3.5.2.2.	Krænkelser af rettigheder	484
3.6.	Ansvarsbegrænsninger	487
3.7.	Lovvalg og værneting	488
4.	Open source-licenser	489
4.1.	Grundlæggende introduktion til open source-filosofien og open source-licensering	489
4.2.	Generelt om OSS-licenser	491
4.2.1.	OSS-licensens karakteristika	491
4.2.2.	OSS-licenserne	492
4.2.3.	OSS-licensens samspil med de ophavsretlige regler	493
4.3.	Reguleringstemaer i OSS-licenser	494
4.3.1.	Licenstagernes rettigheder	494
4.3.2.	Licenstagernes forpligtelser ved videreoverdragelse af programmet	496
4.3.2.1.	Informationspligt	496
4.3.2.2.	Tilrådspligt	496
4.3.2.3.	Copyleft	497
4.3.3.	Betaling	498
4.3.4.	Ansvarsfraskrivelse	500
4.3.5.	Ophør	501
4.4.	OSS-licensens juridiske status og aftalereaktionen mellem licensgiver og licenstagere	503
<b>6. Tvistløsning og tvistforebyggelse</b>		<b>507</b>
1.	Indledning	507
2.	Begreberne "tvistløsning" og "tvistforebyggelse"	508
3.	Klassisk tvistløsning – voldgift og afgørelse ved de almindelige domstole	509
4.	Andre former for tvistløsning	512
4.1.	Forenklede former for tvistløsning gennem brug af sagkyndige	512
4.2.	Forhandling	516
4.3.	Mægling	517
5.	Tvistforebyggelse	519
5.1.	Regulering af samarbejde og personlige relationer	519
5.2.	Dokumentation af efterfølgende aftaler	521
5.3.	Parternes modenhed	523
5.4.	Proaktive beføjelser (proactive remedies)	524
6.	Perspektivering	526
<b>Bibliografi</b>		<b>531</b>
<b>Stikordsregister</b>		<b>539</b>

# Forord

**F**ormålet med denne bog er at beskrive den baggrundsretlige regulering ved aftaler om forskellige typer af it-leverancer, særligt udvikling og drift. Som advokat fandt jeg, i lighed med mange af mine kolleger, stor nytte i Nørager-Nielsens Edb-kontrakter fra 1987, der som den hidtil eneste danske monografi beskriver den obligationsretlige regulering af it-leverancer. It-kontraktretten er ikke en disciplin løsrivet fra den almindelige obligationsret, men hviler tværtimod på denne. Det er dog min opfattelse og erfaring, at der er et behov for en fremstilling, der særligt fokuserer på parternes rettigheder og pligter ved it-leverancer. Det er mit håb, at denne bog kan tjene dette formål og dermed hjælpe praktiserende it-jurister på samme måde, som Nørager-Nielsens Edb-kontrakter har gjort gennem mange år. Bogen har taget sit udgangspunkt i kapitlerne om it-kontraktret fra min bog *It-ret*, men er en markant udbygning heraf.

En række personer har læst og kommenteret tidligere udgaver af manuskriptet. Jeg takker for alle de værdifulde kommentarer, jeg har fået. Også en særlig tak til min mor, Solveig Udsen, der har hjulpet med korrekturlæsning.

Fredensborg og København, august 2014

*Henrik Udsen*

## Forord til 2. udgaven

Siden udgivelsen af 1. udgaven i 2014 har en række forhold gjort det relevant at opdatere bogen.

I 2017 udkom standardkontrakten for it-drift, D17. Dette var den første danske standardkontrakt for it-drift, og bogens kapitel om driftsaftaler er blevet suppleret med eksempler fra D17. Det var endvidere forventningen, at den kommende statslige standardkontrakt for it-drift, K04, ville være offentliggjort forud for bogens udgivelse. K04 er imidlertid blevet forsinket og dermed ikke medtaget i bogen.

Med databeskyttelsesforordningen (GDPR) og den massive opmærksomhed, som databeskyttelsesreglerne har fået, har det også været nødvendigt at tilpasse beskrivelsen af disse regler i bogen. Udover en justering og udbygning af afsnittet om databeskyttelsesretlige spørgsmål knyttet til it-drift i kapitel 3, er tilføjet et nyt afsnit om databeskyttelsesretlige spørgsmål relateret til it-udvikling i kapitel 2.

Antallet af domme, der behandles i bogen, er væsentligt udvidet siden 1. udgaven. Dette omfatter selvsagt en række domme afsagt efter 1. udgavens udgivelse men også en række norske domme, der er blevet medtaget i 2. udgaven. Samtidig med udgivelsen af denne 2. udgave er offentliggjort en domsdatabase, der samler disse domme. Domsdatabase er tilgængelig fra <[www.it-kontraktret.dk](http://www.it-kontraktret.dk)>. I bogen er domme, der findes i domsdatabase, markeret med (\*).

En lang række personer har gennem årene bidraget med kommentarer og forbedringsforslag til bogen. Jeg takker for alle de værdifulde input, jeg har fået. Tak til stud.jur. Adam Christensen og stud.jur. Ulrika Skadhauge for hjælp med korrekturlæsning, registre mv.

Fredensborg og København, marts 2020

*Henrik Udsen*



# Forkortelser

<b>Aftl.</b>	Aftaleloven
<b>Dbl.</b>	Databeskyttelsesloven
<b>ERA</b>	Edb-retlige afgørelser (bind I-III)
<b>ET</b>	Erhvervsjuridisk Tidsskrift
<b>JÅF</b>	Juridisk årbog fra Forbrugerstyrelsen
<b>Kbl.</b>	Købeloven
<b>Mfl.</b>	Markedsføringsloven
<b>Ohl.</b>	Ophavsretsloven
<b>OSS</b>	Open source software
<b>Rpl.</b>	Retsplejeloven
<b>SSA-D</b>	Statens Standardavtaler for IT-anskaffelser – driftsavtalen
<b>SSA-T</b>	Statens Standardavtaler for IT-anskaffelser – Udviklings- og tilpasningsavtalen
<b>T:BB</b>	Tidsskrift for Bolig- og Byggeret
<b>TfR</b>	Tidsskrift for Rettsvitenskap
<b>U</b>	Ugeskrift for retsvæsen



# Begreber

## **Agil udvikling**

Fællesbetegnelse for en række softwareudviklingsmetodikker, hvor udviklingen sker i en række kortere iterative udviklingsforløb. Hermed søges at skabe en større fleksibilitet i projektet, hvor der kan tages højde for løbende ændringsønsker. *Scrum* er et eksempel på en agil metodik, mens *vandsfaldsmodellen* er dens metodiske modsætning.

## **App**

Forkortelse for *applikation*. Anvendes særligt om de (små)programmer, der kan downloades til smartphones, tablets og andre håndholdte enheder, men kan i princippet dække over alle former for *brugerprogrammel*.

## **Applikation**

Betegnelse for software, der har et brugerformål, som eksempelvis tekstbehandlingsprogrammer og regneprogrammer. En anden betegnelse er *brugerprogrammel*.

## **Assembler**

Program, der oversætter *assembler sprog* til *maskinkode*.

## **Assembler sprog**

Lavniveau programmeringssprog, der ligger tæt på maskinkode. Anvendes ikke så meget mere, men benyttes på *mainframe* computere.

## **Atern**

Se *DSDM Atern*.

### **Brugerprogrammel**

Betegnelse for software, der har et brugerformål, som eksempelvis tekstbehandlingsprogrammer og regneprogrammer. En anden betegnelse er *applikation*.

### **Change order**

Samme som *ændringsanmodning* (se dette).

### **Change request**

Samme som *ændringsanmodning* (se dette).

### **Cloud computing**

En leverancemodell, hvorefter 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.

### **Cluster**

Betegnelse for et sæt af computere, der er forbundet således, at de kan betragtes som et fælles system. Betegnelsen anvendes bl.a. ved drift af systemet, hvor driftsleverandøren stiller en række clusters til rådighed for driften af kundens programmer.

### **Copyleft**

Betegnelse for en bestemmelse i en *open source-licens*, hvorefter videreudviklede versioner af open source-programmet skal stilles til rådighed under samme open source-licens, som det oprindelige program. Copyleft-vilkåret kan potentielt medføre, at et proprietært program, der anvender en open source-komponent, underlægges open source-licensens krav om at frigive kildekoden. Copyleft-vilkåret er af denne grund en kontroversiel bestemmelse, der har ført til modstand mod open source-licenser.

### **Compiler**

Program, der kan oversætte fra ét programmeringssprog til et andet, herunder fra *kildekode* til *maskinkode*.

**CPU**

Forkortelse for “Central Processing Unit”. Den centrale regneenhed i en computer. I nogle driftsaftaler udregnes driftsvederlaget efter, hvor meget CPU-kraft kunden får stillet til rådighed i driftsmiljøet. I nogle softwarelicensaftaler er licensvederlaget afhængigt af, hvor mange CPU’ere, softwaren kører på. Anvendes synonymt med begrebet *processor*.

**CPU-licens**

En softwarelicensaftale, hvor licensvederlaget er afhængigt af, hvor mange CPU’ere, softwaren kører på.

**D17**

Standardkontrakt til brug for it-drift på det private marked. D17 er udarbejdet af en arbejdsgruppe med repræsentanter fra Dansk IT, IT Branchen og Danske IT-advokater og har karakter af et agreed document.

**Desktop**

Betegnelse for stationær computer. En aftale om eksempelvis “desk top maintenance” omhandler således vedligeholdelse af stationære computere hos kundens medarbejdere.

**Driftsaftale**

En aftale, hvor en leverandør påtager sig at stille et driftsmiljø til rådighed for afvikling af en kundes programmel. Hvis driften hidtil har været varetaget af kunden selv, vil aftalen ligeledes have karakter af en aftale om *outsourcing*.

**Driftsprøve**

Ofte benyttet betegnelse for en afprøvning, hvor et nyt system over en periode testes i en driftssituation, der svarer til den virkelighed, systemet skal bruges i. Begrebet bruges i nogle driftsaftaler også om en afprøvning, der skal dokumentere, at driften lever op til de aftalte servicemål, efter driften er overgået til leverandøren.

## **DSDM Atern**

En metode til *agil udvikling*. Anvendes som grundlag for K03.

## **Enkeltbrugerlicens**

En softwarelicensaftale, der kun giver én bruger ret til at anvende programmet. I modsætning til *flerbrugerlicens*.

## **ERP-program**

ERP en forkortelse for “Entreprise Ressource Planning”. Et ERP-program er et program, der samler og integrerer en lang række af en virksomheds centrale funktioner, som f.eks. ordrebehandling, salg, indkøb, lagerstyring og økonomistyring. Fundamentet for et ERP-program er ofte en fælles central virksomhedsdatabase. De største udbydere af ERP-programmer er SAP, Oracle og Microsoft.

## **EULA**

Forkortelse for End User License Agreement. En softwarelicensaftale, der retter sig mod slutbrugere (i modsætning til eksempelvis en *OEM-aftale*, der retter sig mod en producent, der indbygger softwaren i sit eget produkt).

## **Extreme programming**

En metode til *agil udvikling*.

## **Facility management**

Betegnelse for levering af en serviceydelse, der supplerer kundens kerneforretning. Et eksempel herpå er en leverandørs drift af en kundes programmel. Ofte anvendes forkortelsen “FM” for facility management.

## **Flerbrugerlicens**

En softwarelicensaftale, der giver flere brugere ret til at anvende programmet. I modsætning til *enkeltbrugerlicens*.

**Gap analyse**

Betegnelse for en sammenligning af funktionaliteten i flere systemer. Bruges ofte til afdækning af, om et nyt system (som minimum) har samme funktioner som det hidtil anvendte system.

**Hardware**

Fællesbetegnelse for det fysiske udstyr, der indgår i et it-system, som computer, skærm, tastatur, printer mv. Hardware og *software* udgør tilsammen de centrale komponenter i et it-system.

**IaaS**

Forkortelse for *Infrastructure as a Service*.

**Infrastructure as a Service**

En *cloud computing* tjeneste, hvor leverandøren stiller en it-infrastruktur til rådighed for kunden i form af fysiske eller virtuelle maskiner eventuelt sammen med andre ydelser som eksempelvis firewalls. Ofte forkortet "IaaS".

**Iteration**

Begreb, der anvendes i systemudvikling som betegnelse for, at udviklingen sker i en række delforløb (iterationer). Begrebet anvendes ofte i forbindelse med *agil udvikling*.

**ITIL**

Forkortelse for "Information Technology Infrastructure Library". ITIL er en samling best practice procedurer for håndtering af it-operationer (it service management). Procedurene blev udarbejdet og samlet i en række bøger af den engelske regering i slutningen af 1980'erne og er siden blevet videreudviklet. ITIL tilsigter at dække alle faser af it service management, herunder indkøb, service level management, capacity management, it-sikkerhed, software asset management, change management, supplier management.

**K01**

Standardkontrakt fra 2004 udarbejdet til brug for kortvarige it-projekter. K01 er baseret på en vandfaldsmodel og afløste K18. K01 er

et agreed document udarbejdet af repræsentanter fra kunde- og leverandørside.

### **K02**

Standardkontrakt fra 2007 udarbejdet til brug for længerevarende komplekse it-projekter. K02 er baseret på en vandfaldsmodel og afløste K33. K02 er et agreed document udarbejdet af repræsentanter fra kunde- og leverandørside.

### **K03**

Standardkontrakt fra 2012 til brug for agile it-projekter. K03 er et supplement til K01 og K02, der begge er baseret på vandfaldsmodellen. K03 er udarbejdet af Digitaliseringsstyrelsen og Kammeradvokaten med høring af branchens parter og har ikke karakter af et agreed document.

### **K04**

Standardkontrakt til brug for drift af større statslige it-systemer. K04 udarbejdes af Digitaliseringsstyrelsen i samarbejde med Kammeradvokaten. Et udkast blev sendt i ikke-offentlig høring i 2018. I skrivende stund (marts 2020) er K04 endnu ikke offentliggjort.

### **K18**

Statslig standardkontrakt for standardiserede edb-systemer fra 1992. K18 blev i 2004 afløst af *K01*.

### **K33**

Statslig standardkontrakt for edb-totalleverance fra 1987. K33 blev i 2007 afløst af *K02*.

### **Kildekode**

Den udgave af *programmets* kode, der er menneskelæsbar, og som dermed kan anvendes til at foretage ændringer mv. i programmet. I modsætning til *maskinkode* og *objektkode*.



**Kildekodedeponering**

Deponering af *kildekoden* hos en tredjepart med det formål, at kunden kan få adgang til kildekoden, når nærmere betingelser er opfyldt, f.eks. at leverandøren misligholder sin vedligeholdelsesforpligtelser eller går konkurs.

**K-kontrakterne**

Samlebetegnelse for standardkontrakterne K18, K33, K01, K02, K03 og K04. Undertiden anvendes begrebet som samlebetegnelse for de nye standardkontrakter, K01, K02, K03 og K04.

**Klient**

Betegnelse for en computer, der modtager ressourcer, som f.eks. *programmer* og data, fra en anden computer. Den computer, der stiller ressourcerne til rådighed, betegnes som server.

**Kravspecifikation**

En beskrivelse af de krav, som et nyt system skal leve op til i en udviklingsaftale. Kravspecifikationen bliver dermed en central del af ydelsesbeskrivelsen.

**Kritisk vej**

Betegnelse for en kæde af indbyrdes forbundne aktiviteter i et projekt, der har betydning for projektets slutdato. Hvis en aktivitet på kritisk vej forsinkes, medfører det en forsinkelse af projektets slutdato.

**Laptop**

Betegnelse for bærbar computer.

**LPAR**

Forkortelse for “Logical PARTition” (logisk adskillelse). Betegnelsen dækker over én computer, der er logisk opdelt, således at den indeholder flere virtuelt separate computere, der kan køre på hvert sit styresystem.

### **Løsningsbeskrivelse**

Ofte benyttet betegnelse for leverandørens beskrivelse af, hvordan systemet lever op til kravene i *kravspecifikationen*.

### **Mainframe**

Betegnelse for computere med stor kapacitet, der anvendes til at drive større virksomheders og myndigheders store og kritiske applikationer. Mainframe-computeren kan håndtere stor mængde input (målt i *MIPS*), har stor driftssikkerhed og kan køre i lange tidsintervaller uden afbrydelse.

### **Maskinkode**

Den udgave af *programmets* kode, der er alene består af nuller og ét-taller og dermed ikke er menneskelæsbar. Anvendes synonymt med *objektkode*. I modsætning til *kildekode*.

### **Migrering**

Betegnelse for en gradvis overgang i modsætning til én samlet overgang. Datamigrering betegner eksempelvis, at data løbende flyttes til et andet system.

### **MIPS**

Forkortelse for “Million Instructions Per Second”. MIPS udtrykker processorens ydeevne i en computer. En MIPS er udtryk for, at processoren kan yde én million instruktioner pr. sekund.

### **Objektkode**

Den udgave af *programmets* kode, der er alene består af nuller og ét-taller og dermed ikke er menneskelæsbar. Anvendes synonymt med *maskindekode*. I modsætning til *kildekode*.

### **OEM-aftale**

En aftale, der giver køberen ret til at indarbejde sælgerens produkt i sit eget produkt. Anvendes bl.a. om en softwarelicensaftale, der giver licenstageren ret til at indarbejde programmet i sit eget produkt. OEM er en forkortelse for “Original Equipment Manufacturer”.

**Open source**

Open source-begrebet refererer til, at et *programs kildekode* gøres tilgængelig for brugerne.

**Open source-licens**

En open source-licens er en softwarelicensaftale, der giver brugeren adgang til programmets kildekode og flere rettigheder til programmet, end en *proprietær licens* normalt gør.

**Operativsystem**

Grundlæggende programmel i en computer, der styrer computerens forskellige enheder og sætter applikationsprogrammel i stand til at kommunikere med computerens hardware. Ofte anvendes forkortelsen "OS" for operativsystem. Microsoft Windows, OS X (Mac) og Android er eksempler på operativsystemer. Begrebet anvendes synonymt med *styresystem*.

**Outsourcing**

Flytning af en intern funktion til ekstern leverandør. Eksempler på outsourcing er flytning af drift eller vedligehold af programmel, der hidtil har været varetaget af intern it-afdeling, til en ekstern leverandør.

**Overtagelsesprøve**

Ofte benyttet betegnelse for en afprøvning, der skal dokumentere, at et nyt system besidder den aftalte funktionalitet. Begrebet bruges også i nogle driftsaftaler for en afprøvning, der skal dokumentere, at den etablerede driftsplatform fungerer og sandsynliggøre, at leverandøren vil være i stand til at varetage driften af kundens systemer efter flytningen.

**PaaS**

Forkortelse for *Platform as a Service*.

**Parameteropsætning**

Mange standardprogrammer giver brugeren mulighed for at justere på en række parametre for at tilpasse programmet til brugerens individuelle behov. Dette nævnes parameteropsætning.

### **Platform as a Service**

En *cloud computing*-tjeneste, hvor leverandøren stiller en it-plattform til rådighed for kunden i form af en it-infrastruktur og en række andre ydelser, som eksempelvis styreprogrammel, der giver kunden mulighed for at køre egne applikationer. Ofte forkortet "PaaS".

### **PRINCE2**

Projektstyringsmetode, der er meget anvendt i it-udviklingsprojekter.

### **Processor**

Den centrale regneenhed i en computer. Benævnes også "Central Processing Unit", forkortet "CPU".

### **Programmel**

Fællesbetegnelse i ubestemt form for *programmer*. Synonymt med det engelske *software*.

### **Projekttrekanten**

Betegnelse for en projektstyringsfigur, der omfatter tid, omfang (scope) og pris. Figuren illustrerer, at der er en indbyrdes sammenhæng mellem disse tre kriterier.

### **Proprietær licens**

En softwarelicensaftale, der udstyrer licenstageren med begrænsede rettigheder og ikke giver adgang til kildekoden. I modsætning til *open source-licens*.

### **Proprietært program**

*Program*, der er undergivet en *proprietær licens*.

### **RCA**

Forkortelse for *root cause analyse*.

### **Release**

Betegnelse for en opdateret udgave af standardprogrammel, hvor der er rettet kendte fejl og eventuelt også tilføjet ny funktionalitet eller fore-

taget andre forbedringer. En release betegner mindre opdateringer af programmet, mens en *version* betegner større opdateringer. Overgang til en ny release markeres ofte med et nyt decimaltal i programmets versionsnummer (fra 5.1 til 5.2)

### **Root cause analyse**

En analyse af årsagerne til en utilsigtet begivenhed, f.eks. et systemnedbrud.

### **SaaS**

Forkortelse for *Software as a Service*.

### **Scope**

Ofte benyttet betegnelse for de ydelser, der er omfattet af aftalen (og dermed den aftalte pris i fastprisaftaler), særligt kerneydelser i form af krav til systemet i en udviklingsaftale og driften i en driftsaftale.

### **Scope creep**

Betegnelse for ukontrollerede ændringer i et projekt, der medfører, at projektet får et større og utilsigtet omfang end forudsat. Ændringer i projektets omfang, der er kontrolleret gennem behørigt ændringshåndteringsprocedurer, betegnes ikke som scope creep.

### **Scrum**

En metode til *agil udvikling* med fokus på projektledelse.

### **Scrumfall**

Sammentrækning af ordene "scrum" og "waterfall". Betegnelse for projekter, der kombinerer *vandfaldsmodellen* med *agil udvikling*. *Water-scrum-fall* er en anden betegnelse for det samme.

### **Server**

Betegnelse for en computer med stor kapacitet, der deler sine ressourcer, f.eks. data og *programmer*, med andre computere. Modtagercomputeren betegnes *klient*. Et eksempel er en server, der stiller en hjemmeside til rådighed for andre computere, der er tilsluttet www.

### **Service tower**

Betegnelse for gruppering af tjenester i en *driftsaftale*. Tjenesterne kan være opdelt i forskellige service towers, så drift af mainframe eksempelvis udgør ét service tower, mens drift af PC'ere udgør et andet service tower.

### **Sitelicens**

En softwarelicensaftale, der giver alle personer inden for en angivet enhed ret til at bruge *programmet*, eksempelvis alle medarbejdere i en virksomhed. En sitelicens definerer således ikke antallet af brugere, som en *flerbrugerlicens* gør.

### **SKI**

Forkortelse for "Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S". SKI er en central indkøbsorganisation, ejet af staten og KL, der gennemfører EU-udbud på vegne af den offentlige og halvoffentlige sektor og etablerer rammeaftaler på en række vare- og tjenesteydelsesområder, herunder inden for indkøb af it-ydelser.

### **SLA**

Forkortelse for "Service Level Agreement". En SLA angiver nærmere krav til ydelsen, f.eks. krav til tilgængelighed og opetid i en *driftsaftale*. Trods brug af ordet "agreement" er et SLA-dokument sjældent en selvstændig aftale, men en del af den samlede aftales ydelsesbeskrivelse.

### **Software**

Fællesbetegnelse i ubestemt form for *programmer*. Synonymt med det danske *programmel*. Software og *hardware* udgør tilsammen de centrale komponenter i et it-system.

### **Software as a Service**

En *cloud computing*-tjeneste, hvor leverandøren stiller programmel til rådighed for kunden via leverandørens egen hardwareplatform i en abonnementsordning. Forkortes ofte SaaS.

### **SOW**

Forkortelse for *statement of work*.

**Statens IT-projektråd**

Et organ nedsat af regeringen, der bl.a. skal foretage systematisk risikovurdering af alle statslige it-projekter med en værdi på mere end 10 mio. kr. og følge den statslige portefølje af store it-projekter.

**Statement of work**

Betegnelse for det, der skal leveres under aftalen, dvs. ydelsesbeskrivelsen.

**Styresystem**

Grundlæggende programmel i en computer, der styrer computerens forskellige enheder og sætter applikationsprogrammel i stand til at kommunikere med computerens hardware. Microsoft Windows, OS X (Mac) og Android er eksempler på styresystemer. Begrebet anvendes synonymt med *operativsystem*.

**Systemprogrammel**

*Programmel*, der skal styre og kontrollere computerens hardwarekomponenter og tilvejebringe kommunikation mellem *hardware* og *applikationer*. *Styresystemer* og utility programmer er eksempler på systemprogrammel. I modsætning til applikationer.

**T&M**

Forkortelse for *Time & Material*.

**Test case**

Beskrivelse af krav til et system i en nærmere afgrænset situation til brug for at afgøre, om systemet lever op til det aftalte.

**Time & Material**

Vederlagsmodel, hvor prisen afhænger af den tid og de materialer, leverandøren bruger i projektet. Modellen er karakteriseret ved, at prisen ikke kendes på forhånd, og står hermed i modsætning til en fast pris-model.

### **Udviklingsaftale**

En aftale, hvor leverandøren påtager sig at udvikle et *program* med en given funktionalitet til kunden.

### **Vandfaldsmodel**

Normalt betegnelsen for en udviklingsmodel, hvor det program, der skal udvikles, er detailspecificeret, før udviklingen påbegyndes. Metodisk er vandfaldsmodellen modsætningen til *agile udvikling*.

### **Version**

Betegnelse for en opdateret udgave af standardprogrammet, hvor der er rettet kendte fejl og tilført ny funktionalitet og foretaget andre forbedringer. En version betegner større opdateringer af programmet, mens en *release* betegner mindre opdateringer. Overgang til en ny version markeres ofte med et nyt versionsnummer.

### **Water-scrum-fall**

Sammentrækning af ordene “waterfall” og “scrum”. Betegnelse for projekter, der kombinerer *vandfaldsmodellen* med *agil udvikling*. *Scrumfall* er en anden betegnelse for det samme.

### **Work around**

Betegnelse for omgåelse af en systemfejl. En work around har normalt karakter af en midlertidig foranstaltning, indtil fejlen endeligt rettes.

### **Ændringsanmodning**

Ofte benyttet betegnelse for en formaliseret anmodning fra en af aftalens parter om en ændring af den aftalte ydelse. Den engelsksproget betegnelse er *change request* eller *change order*.



## 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 Mærskts 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.

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 aftale-

Behov for  
forudsigelighed –  
aftaleregulering

forhold. 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.

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 indebærer 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 licenstagere 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 løsørækøbet 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 specialfrem-

stilling 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 retsusikkerheden dog ofte mindre, da sædvanen netop bliver normerende for retstilstanden. Usikkerheden 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 EVERY, TOSLO-2012-197797)(\*), indledte retten med at fremhæve it-kon-



traktrettens 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](http://www.anskaffelser.no)>. Den norske dataforening har ligeledes udgivet en række standardkontrakter under fællestitlen “PS2000”. Kontrakterne er ikke frit tilgængelig men kan købes fra <[www.dataforeningen.no](http://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](http://www.itotelekomforetagen.se)>. Disse standardkontrakter har selv sagt 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 sædvaner 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](http://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 deklaratoriske 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 data-

ansvarlig, 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 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

Pligtsubjekter

Sikkerhedskrav  
efter art. 32

Overførsel til  
tredjelande

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 virksomheds-overdragelse. 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.

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 myndigheder 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. Udbuds-

Udbudsrettens  
genstand

Bagvedliggende  
principper



direktivet (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 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

Tildelingskriterier

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.)*, Aktuell 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 brugerens 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

Ulemper 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

Vanskeligt at definere ydelsen på aftaletidspunktet

det derfor ofte vise sig, at kunden på nogle punkter ønsker noget andet af programmet end oprindeligt forudsat.

Vanskelighederne ved på forhånd klart at definere den endelige ydelse indebærer et kontraktkskisma, 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.

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.

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

Open source-  
licenser

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 programmet. 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.

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 måt-

Fordele og ulemper ved ekstern drift



tet 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 driftsprogrammel, som sikrer optimal drift af kundens programmel 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 programmel på computerne mv.

Ydelser

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.

Centrale reguleringstemaer

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 tilgængelighed, 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 reguleringsstema i aftalen.

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.

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

### 3.5. Cloudaftaler

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 brugerne 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. Kendetegnende 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 con-

trol 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 brugerkredsen, 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).

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 internetadgang (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

Fordele og  
ulemper

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 hybridafteale 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 standardafteale 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 fejlrætter 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 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

Problemstillingen

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 reguleringstema 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 kunden kun anvende kildekoden til videreudvikling og fejlrettelse af programmet og kun til brug for sin egen virksomhed.

Kildekodedeponering 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](http://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 forestår 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-leverancer, 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 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 programmel 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 specialistviden, 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 særskilt 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 ansvarsbegrænsning?), hvordan reguleringen skal være (hvilket indhold skal en ansvarsbegrænsningsbestemmelse have?), 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 regulering 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

Identifikation af  
reguleringstemaer

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.

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 fortolkningstvivl, 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).

Kravene til den konciperende jurist afhænger i høj grad af, hvilken funktion aftalen skal varetage. En softwarelicensaftale om brug af en standard Officepakke skal udstyre 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 reguleringstemaer, som f.eks. rettigheder og misligholdelsesbeføjelser, vil normalt blive ført mellem parternes jurister, mens andre mere kommercielle 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. Sådan forholder 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 skaber 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.

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 stadig 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 kon-

trakten, 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 forskel-

lige 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.

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 *Tórvund* 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 nødvendiggøre, 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) tilvejebringelse og tilrådighedsstillelse 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 tilrådighedsstillelse består sondringen mellem specialudviklet/tilpasset programmel og standardprogrammel. For

– aftaletyper

vedligehold vil sontringen normalt følge programmets karakter og således bestå mellem vedligeholdelse af specialudviklet programmel og standardprogrammel. Mens sontringen mellem specialudviklet programmel og standardprogrammel har bestået siden fremkomsten af standardprogrammerne i 1970'erne, har sontringen 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:

	<b>Tilvejebringelse og tilrådighedsstilling af programmel</b>	<b>Vedligehold af programmel</b>	<b>Drift af programmel</b>
<b>Individualiseret ydelse</b>	Specialudvikling/tilpasning af programmel	Vedligehold af specialprogrammel	Drift af programmel med tilpasset driftsmiljø
<b>Standardydelse</b>	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. Standardydelse 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 sjældent 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 udviklingsaf-

taler 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 byretsdomme 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 eftertænkksomhed", *Entreprisesretten*, 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, landsretterne 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.

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.

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 gennem 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 reguleringsområder indeholder en identisk regulering. Hertil kommer, at en

– domsdatabase

– standardkontrakter

– aftalesædvaner

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 tilrådighedsstillelse 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.

## Kapitel 2

# Udviklingsaftaler

### 1. Indledning

Som beskrevet i kapitel 1, har brugeren ofte behov for en it-understøttelse, som ikke kan opnås gennem de standardprodukter, der findes på markedet. I disse tilfælde kan det være nødvendigt at få udviklet specialløsninger.

Udviklingen af it-systemer er en kompleks proces, der både kan være forbundet med store omkostninger og risici. Det er derfor nødvendigt at fastlægge parternes rettigheder og pligter i udviklingsprojektet i en udviklingsaftale.

I udgangspunktet er de problemstillinger, som udviklingsaftalen må forholde sig til, de velkendte obligationsretlige temaer: Hvilken (real)ydelse skal leveres, hvornår og hvor skal ydelsen leveres, hvor meget og hvordan skal der betales, hvornår foreligger en misligholdelse, og hvilke beføjelser har den ikke-misligholdende part til rådhed. Udvikling af it-systemer adskiller sig imidlertid på en række punkter fra de fleste andre typer af leverancer. Ydelsen eksisterer endnu ikke på aftaletidspunktet, hvilket bl.a. stiller særlige krav til aftalens ydelsesbeskrivelse. Det kan også være vanskeligt i udviklingsfasen at konstatere, om udviklingen forløber som planlagt, fordi der ikke er et fysisk produkt, der løbende tager form, som det eksempelvis er tilfældet for byggerier. Der er endvidere særlige udfordringer med at konstatere, om systemet lever op til aftalens krav, både fordi det ikke er muligt at beskrive alle krav udtømmende, og fordi det er vanskeligt at afprøve, om kravene er opfyldt. Disse og andre forhold bevirker, at der må stilles nogle særlige krav til indholdet af en it-udviklingsaftale, og de påvirker også den baggrundsretlige regulering.

I det følgende beskrives først valget mellem forskellige typer af aftalereguleringsmodeller (afsnit 2) og det regelgrundlag, der gælder for udviklingsydelsen (afsnit 3). Derefter gennemgås i afsnit 4-10 nogle af de centrale reguleringstemaer i udviklingsaftalen: realydelsen, betaling, afprøvning, ændringshåndtering, rettigheder og misligholdelse. Kapitlet afsluttes i afsnit 11 med en beskrivelse af en række databeskyttelsesretlige spørgsmål knyttet til it-udvikling.

## 2. Leverancemodeller

Udarbejdelsen af en udviklingsaftale forudsætter stillingtagen til en lang række reguleringstemaer, som det nærmere beskrives nedenfor. Inden da må parterne imidlertid træffe nogle mere grundlæggende valg om leverancemodell.

### 2.1. Vandfaldsmodellen og den agile udviklingsmodel

Som beskrevet i kapitel 1, kan der sondres mellem en række forskellige udviklingsmodeller, hvoraf de to mest udbredte og omtalte i dag er vandfaldsmodellen og den agile udviklingsmodel.

Vandfaldsmodellen er karakteriseret ved, at kravene til systemet, prisen og tidsplanen er fastlagt forud for projektets igangsættelse. For en umiddelbar betragtning, vil det være i begge parter interesse, at aftalens hovedelementer er fastlagt ved aftalens indgåelse. Kunden ved, hvilken pris der skal betales, og overraskes ikke af ekstraregninger i løbet af projektet. Leverandøren ved omvendt, hvad der skal leveres, og har derfor mulighed for at foretage en præcis prisberegning. På denne måde at fastlægge hovedydelseerne endeligt i aftalen er helt almindelig kontraktpraksis for langt de fleste typer af ydelser, og det er derfor heller ikke overraskende, at denne leverancemodell også har været det historiske udgangspunkt for it-udviklingsaftaler. Både K01 og K02, og de to forgængere, K18 og K33, er således baseret på vandfaldsmodellen.

Erfaringerne med udvikling af komplekse it-systemer har imidlertid vist, at det i praksis ikke er muligt endeligt at fastlægge indholdet af systemet, inden projektet er gået i gang. I løbet af projektet vil der opstå behov for at ændre systemet. Kundens behov kan ændre sig i løbet af projektet, parterne får mere viden om systemet osv. Ændringer

i systemet indebærer typisk også et øget ressourceforbrug hos leverandøren og dermed et krav om en merbetaling og normalt også en ændring af tidsplanen. Forestillingen om, at kravene til systemet, prisen og tidsplanen endeligt kan fastlægges på forhånd, har med andre ord vist sig ikke at holde i praksis.

Se således også den nedenfor omtalte Bonnerup-rapport, s. 21: “Erfaringerne fra de undersøgte projekter viser klart, at offentlige købere helt fra starten bør tage det udgangspunkt, at ikke alle krav til systemet kan fastlægges på forhånd. Der skal gøres plads til fleksibilitet og ændringer undervejs i projektforsløbet.”

Med denne erkendelse blev det sædvanligt at indsætte ændringshåndteringsbestemmelser i udviklingsaftaler baseret på vandfaldsmodellen. Både K01 og K02 indeholder eksempelvis, i modsætning til deres forgængere, K18 og K33, ændringshåndteringsbestemmelser (se mere om reguleringen af ændringer i afsnit 7 nedenfor). Hermed bliver det afgørende, om de ønsker til systemet, som kunden måtte have i løbet af projektet, alene har karakter af præciseringer eller af egentlige ændringer. En præcisering af kravspecifikationen vil være omfattet af den faste pris, mens en ændring er særskilt betalbar. Hermed indbygges en potentiel konflikt og løbende diskussion mellem kunden og leverandøren, der ikke er frugtbar for samarbejdet.

Vandfaldsmodellens ulemper og erkendelsen af, at vandfaldsmodellens teoretiske udgangspunkt (at system, pris og tid endeligt kan fastlægges på forhånd) ikke stemmer overens med den praktiske virkelighed i et it-udviklingsprojekt, har ført til udbredelsen af den agile udviklingsmodel. Filosofien bag denne model er, at kravene til systemet løbende skal fastlægges i samarbejde mellem parterne, i erkendelse af, at det alligevel ikke er muligt at fastlægge disse på forhånd. I stedet for at bruge ressourcer på at udarbejde en omfattende og detaljeret kravspecifikation før projektet er gået i gang, og derefter bruge ressourcer på løbende at ændre denne og på at drøfte, hvorvidt der er tale om betalbare ændringer eller ej, bør udviklingen ske i faser, hvor kravene til systemet nærmere fastlægges undervejs i dette faseopdelte forløb. Den agile metode stræber efter at rumme den forandringsparathed, som er en indbygget forudsætning i de fleste udviklingsprojekter. Det

Agil udvikling

er endvidere en del af den agile filosofi, at der skal fokuseres mindre på systemets funktionelle krav og mere på de gevinster hos kunden, som skal realiseres med systemet. Denne filosofi kan dog også understøttes af en vandfaldsmodel.

Se også hertil *Dragsted*, Lov&Data, nr. 109, 2012, s. 13 ff. og nr. 110, 2012, s. 32 ff.

Det rum for løbende tilpasninger af ydelsen, som den agile udviklingsmodel er baseret på, indebærer, at mange agile projekter ikke er baseret på en fast pris. Den agile model udelukker dog ikke brugen af en fast pris-model, idet aftalen da må specificere nogle grundlæggende elementer ved systemet, som leverandøren er forpligtet til at levere. En af de udbredte agile udviklingsmodeller, Atern, sonder eksempelvis mellem krav til systemet, som skal opfyldes ("Minimum Usable Subset" – eller "MUS"), og andre typer af krav. K03 er baseret på Atern og sonder tilsvarende mellem "absolutte krav", der skal opfyldes, og "øvrige krav", som leverandøren skal bestræbe sig på at opfylde.

Valg af model

Der er styrker og svagheder ved både vandfaldsmodellen og den agile udviklingsmodel, og selvom den agile model vinder stadig større udbredelse i disse år, må der foretages en konkret vurdering af, hvilken udviklingsmodel der egner sig bedst til det enkelte projekt. Ved denne vurdering må kunden vurdere sit konkrete behov i lyset af de styrker og svagheder, som de forskellige valg (i hvert fald i udgangspunktet) indebærer: En høj grad af fleksibilitet skaber dynamik og mulighed for hurtige omstillinger i projektet men giver mindre sikkerhed for den endelige pris. Fast pris, kravspecifikation og tidsplan giver større sikkerhed for kunden men gør det vanskeligere (og dyrere) at ændre projektet undervejs. Jo mere sikker kunden er på, hvordan systemet skal udformes allerede ved aftalens indgåelse, jo mere taler for at anvende en leverancemodel med fast pris og kravspecifikation (vandfaldsmodel), og jo mindre sikker kunden er på systemets endelige udformning, jo mere taler for en fleksibel leverancemodel (agil udviklingsmodel). Dette er dog kun en forsimplet tommelfingerregel, og i praksis må valget træffes ud fra en nærmere analyse af de konkrete forhold.

Som beskrevet i kapitel 1, er det i realiteten også forsimplet at tale om et valg mellem vandfaldsmodellen og den agile udviklingsmodel. I

Fleksibilitet og forudsigelighed

praksis er der ikke tale om et valg mellem to modeller men om et valg mellem en lang række af modeller, der kan rumme forskellige elementer, der tilsammen afgør kontraktens balanceforhold mellem forudsigelighed og fleksibilitet. Ved dette valg er det vigtigt at forstå modsætningsforholdet mellem forudsigelighed og fleksibilitet: Jo mere fleksibilitet aftalen giver parterne, jo mindre sikkerhed (og dermed forudsigelighed) vil der være for det element i aftalen, der gøres fleksibelt.

Balancen mellem forudsigelighed og fleksibilitet afgøres navnlig af parternes valg knyttet til projektets tre hovedelementer: (1) kravene til systemet, (2) den tilhørende betaling og (3) projektets tidsplan.

## 2.2. Kravene til systemet

Beslutningen om, hvordan kravene til systemet skal fastlægges, indebærer nogle grundlæggende valg.

Det må for det første besluttes, om leverandøren skal underlægges en resultatforpligtelse eller en indsatsforpligtelse. Hvis leverandøren underlægges en resultatforpligtelse, indebærer det, at leverandøren først har præsteret sin ydelse, når der er opnået et nærmere defineret resultat; for udviklingsaftaler vil det sige et system, der lever op til nærmere angivne krav. Hvis leverandøren underlægges en indsatsforpligtelse, skal leverandøren præstere en nærmere defineret arbejdsindsats, typisk et antal timer udført af personer med bestemte kompetencer, hvorimod det ikke er leverandørens ansvar om anstrengelserne munder ud i et færdigt system. Når leverandøren alene har en indsatsforpligtelse, kan aftalen få karakter af en art konsulentaftale. Udviklingsaftaler baseret på vandfaldsmodellen, herunder K01 og K02, pålægger leverandøren en resultatforpligtelse. Konsekvensen heraf er, at leverandøren er i misligholdelse, hvis ikke der præsteres det specificerede system. Ved anvendelse af agile kontrakter kan leverandørens ydelse både antage karakter af en resultatforpligtelse og indsatsforpligtelse, eller en kombination heraf. I K03 sondres som nævnt mellem absolutte krav, som systemet skal opfylde (og som dermed har karakter af en resultatforpligtelse), og øvrige krav, som systemet kun så vidt muligt skal leve op til (og som dermed har karakter af en indsatsforpligtelse). Såfremt kravspecifikationen ikke præcist og detaljeret beskriver kravene til systemet, f.eks. fordi udviklingen baseres på en agil projektmetode, kan der potentielt opstå tvivl om, hvorvidt leverandø-

Resultat-  
forpligtelse eller  
indsatsforpligtelse

ren er underlagt en resultat- eller en indsatsforpligtelse. Dette er uhen- sigtsmæssigt, da der er markante forskelle i parternes retsstilling ved de to typer af forpligtelser. I disse situationer bør det derfor tydeligt fremgå af kontrakten, hvilken type forpligtelse leverandøren er under- lagt.

Problemstillingen illustreres af den norske dom fra Borgarting lag- mannsrett af 5. juni 2007 (Inter Tax mod Cartagena, LB-2006- 164704)(\*), hvor parterne havde aftalt levering af to standard- programmer med en række tilpasninger. Tilpasningerne var imid- lertid ikke beskrevet detaljeret men fremgik af leverandørens til- budsbrev, der indeholdt en løsningsskitse baseret på et enkelt møde mellem parterne. På den baggrund fandt retten ikke, at leverandø- ren havde påtaget sig en resultatforpligtelse: “Hadde det vært meningen at tilbudsbrevet skulle være det avtalemessige grunnlag for en resultatforpliktelse, måtte det ha vært beskrevet i større detalj både hva denne forpliktelse skulle gå ut på og hvilke kriterier som skulle legges til grunn for å avgjøre om forpliktelsen var oppfylt. Det er intet som tyder på at i det hele tatt var mulig på dette tids- punkt – etter et en og en halv time langt møte – å angi spesifikke krav i en slik detalj at en resultatforpliktelse kunne formuleres.”

Et andet grundlæggende valg er, i hvilket omfang specifikationen af systemet skal være fastlagt på tidspunktet for aftalens indgåelse. Efter en klassisk vandfaldsmodel udformes en udtømmende kravspecifika- tion, der på aftaletidspunktet fastlægger de præcise krav til systemet. I den helt rene model vil hverken kunden eller leverandøren kunne kræve ændringer i forhold til det oprindeligt aftalte. Selv i kontrakter baseret på vandfaldsmodellen, er det dog som beskrevet ovenfor sæd- vanligt, at kunden kan kræve efterfølgende ændringer i forhold til det i kravspecifikationen aftalte. Normalt vil dette ske mod særskilt beta- ling, men det ses af og til, at mindre ændringer kan kræves uden beta- ling. Også andre justeringsmekanismer kan indarbejdes for at skabe mere fleksibilitet, selvom kontrakten er baseret på en udtømmende kravspecifikation. Kundens adgang i K01 og K02 til at træde ud af kontrakten inden for en vis periode, hvis der ikke kan blive enighed om prisen for efterfølgende justeringer af kravspecifikationen, kan ses som et eksempel herpå. I den anden ende af spektret kan aftalen inde-

Tidspunkt for  
specifikation af  
systemet



bære, at kravene til systemet først endeligt fastlægges i løbet af projektet og således ikke kendes på aftaletidspunktet. Dette må nødvendigvis indebære, at heller ikke prisen kendes på aftaletidspunktet, jf. også straks nedenfor. Også denne model kan justeres, f.eks. således, at nogle overordnede krav er fastlagt på aftaletidspunktet (eventuelt med udgangspunkt i de ønskede gevinster), mens detailkrav først aftales i løbet af projektet. Efter en anden hybridmodel kan der sondres mellem krav til systemet, der skal opfyldes, og krav, der skal tilstræbes opfyldt, eventuelt sådan, at kunden har mulighed for at omprioritere krav. Denne model er som nævnt valgt i K03, der heller ikke lægger op til samme detaljeringsgrad i beskrivelsen af kravene på aftaletidspunktet, som K01 og K02 gør.

### 2.3. Betaling

Ved fastlæggelsen af betalingsmodellen er det et grundlæggende valg, om leverandøren skal have et fast vederlag for udviklingen af systemet, eller om leverandøren skal betales efter medgået tid og forbrug (også kaldet "time and material" eller blot "T&M"). Når leverandøren modtager et fast vederlag, bliver det leverandørens risiko, hvis projektet tager længere tid end forudsat. Omvendt er det leverandøren, der får gevinsten, hvis projektet kan gennemføres hurtigere end planlagt. I store udviklingsprojekter har det været sædvanligt, at der aftales et fast vederlag. Hermed undgår kunden, i hvert fald i teorien, at blive mødt med ekstra betalingskrav, hvis udviklingen viser sig vanskeligere end forventet.

Det er dog ikke nødvendigvis en fordel for kunden, at udviklingen gennemføres til fast pris. Ved beregningen af den faste pris for systemudviklingen vil leverandøren indregne ekstra timer til imødegåelse af uforudsete problemer og forsinkelser i projektet. Leverandøren vil med andre ord beregne prisen på baggrund af et højere antal timer, end det antal, som leverandøren mener, der skal bruges. Hvis projektet gennemføres på den forventede tid, kommer kunden derfor til at betale en højere pris, end hvis der alene skulle betales efter medgået tid. Man kan anskue det sådan, at kunden betaler en slags forsikringspræmie for at lade leverandøren tage risikoen for, at projektet tager længere tid end forudsat. I takt med udbredelsen af agile udviklings-

Fast pris eller efter medgået tid

metoder er der flere projekter, der gennemføres, uden at prisen på forhånd er fastlagt. Både K01, K02 og K03 har karakter af fastprisaftaler.

## 2.4. Tidsplan og faseopdeling

Fast tidsplan

Et tredje grundlæggende valg er, om systemudviklingen skal være færdigt til et på forhånd fastsat tidspunkt med den konsekvens, at leverandøren vil være i misligholdelse i form af forsinkelse, hvis tidspunktet overskrides. Efter vandfaldsmodellen vil der normalt være aftalt et fast tidspunkt for afleveringen af systemet. Dette gælder eksempelvis både K01 og K02. For agile udviklingsmodeller er der flere varianter, men ofte vil der ikke være fastsat en afleveringsdato, forstået således, at leverandøren ifalder ansvar, hvis ikke systemet er klart til en bestemt dato, men i stedet en dato frem til hvilken, leverandøren forpligter sig til at arbejde på projektet. Dette er en naturlig konsekvens af, at systemet ikke er endeligt specificeret på aftaletidspunktet. I det omfang den agile udviklingsaftale fastlægger nogle krav til systemet, der skal være opfyldt, er der dog ikke noget til hinder for at knytte et fast leveringstidspunkt til disse ydelser. I K03, der som beskrevet forudsætter eksistensen af en række absolutte krav, forpligtes leverandøren til at levere systemet til en bestemt dato.

Faseopdeling

Ved udarbejdelse af tidsplanen må parterne ikke kun forholde sig til, om leverandøren skal forpligte sig til at levere systemet til et bestemt tidspunkt, men også til, om udviklingen skal ske som et samlet projekt med en samlet afprøvning og overtagelse af hele systemet, eller om projektet skal deles op i et antal selvstændige faser, så systemet udvikles og overtages i etaper.

Et agilt udviklingsprojekt forudsætter en faseopdeling typisk med et betydeligt antal faser (eller iterationer), hvorimod en vandfaldsmodel både kan gennemføres med og uden faseopdeling.

K01 er et eksempel på en vandfaldsmodel uden faseopdeling, mens K02 er et eksempel på en vandfaldsmodel med faseopdeling. I K03 anvendes både iterationer (undergivet interne test) og delleverancer (med klassisk afprøvning).

Den faseopdelte model kan med andre ord både anvendes i projekter, hvor systemet er defineret på aftaletidspunktet og i projekter, hvor de

enkelte dele af systemet først defineres i løbet af projektet. Formålet med en faseopdeling vil være at sikre kunden en løbende kontrol med udviklingen i projektet, og i tilknytning hertil eventuelt give kunden mulighed for at iværksætte juridiske sanktioner, hvis ikke de enkelte delfaser gennemføres som forudsat. Den agile faseopdeling skal herudover også sikre muligheden for løbende justeringer af systemets udformning som beskrevet ovenfor.

### 3. Regelgrundlaget

#### 3.1. Parternes aftale

Udgangspunktet for fastlæggelsen af parternes indbyrdes forpligtelser i udviklingsprojektet vil være parternes aftale.

Parterne kan vælge at udfærdige udviklingsaftalen helt fra bunden (eventuelt på baggrund af egne aftaleskabeloner), men ofte tages der udgangspunkt i de eksisterende standardkontrakter K01, K02 og K03, jf. om disse straks nedenfor. Standardkontrakterne vil ikke nødvendigvis opfylde alle de krav, parterne har til aftalen, og ofte tilpasses standardkontrakten derfor til parternes individuelle behov. Selv med tilpasninger vil en stor del af parternes aftale i mange tilfælde tage udgangspunkt i de standardbestemmelser, der følger af standardkontrakterne.

#### 3.2. Standardkontrakter

Der har gennem mange år bestået nogle få men vigtige danske standardkontrakter for udvikling af it-systemer.

##### 3.2.1. K18 og K33

De to første væsentlige standardkontrakter, benævnt K18 og K33, blev udarbejdet i starten af 1990'erne af Kammeradvokaten på vegne af Finansministeriet til brug for de statslige myndigheders indkøb og udvikling af it-systemer. K18 var tiltænkt mindre udviklingsprojekter, mens K33 skulle anvendes til større og mere komplekse udviklingsprojekter.

K18 og K33 fik stor udbredelse og blev anvendt gennem mange år, ikke kun af offentlige myndigheder men også af private virksomheder.

der ved deres anskaffelse af it-systemer. Kontrakterne blev dog også kritiseret for at være for kundevenlige og ikke skabe en rimelig fordeling af risici mellem kunden og leverandøren. I stigende grad blev kontrakterne endvidere kritiseret for ikke at have den fornødne fleksibilitet og ikke at give tilstrækkelig mulighed for at aftale ændringer af ydelsen undervejs i projektet på en hensigtsmæssig måde.

Efter en række offentlige “skandaleprojekter”, hvor udvikling af store it-systemer til offentlige kunder var blevet voldsomt forsinket og langt dyrere end først aftalt, nedsatte Teknologirådet i 2000 det såkaldte “Bonnerup-udvalg”, som skulle udarbejde en rapport med anbefalinger til, hvordan man bedre kunne gribe offentlige it-projekter an. En af rapportens anbefalinger var at udarbejde nye standardkontrakter til erstatning for K18 og K33, der som nævnt blev anset for forældede og ufleksible.

### 3.2.2. K01 og K02

Umiddelbart herefter nedsatte Statens IT-råd i 2001 en arbejdsgruppe, der skulle udarbejde to nye standardkontrakter til afløsning for K18 og K33. Arbejdsgruppen bestod af repræsentanter fra såvel kundesiden som leverandørsiden. Dette var vigtigt, fordi de nye standardkontrakter hermed fik karakter af agreed documents, dvs. dokumenter der var opnået enighed om blandt repræsentanter fra såvel kunde- som leverandørside.

I 2004 blev afløseren for K18, benævnt K01, offentliggjort. K01 er udarbejdet til brug for kortvarige it-udviklingsprojekter. I 2007 blev K02 offentliggjort. K02 afløser K33 og er således tænkt brugt til længerevarende it-udviklingsprojekter med en større grad af nyudvikling, end tilfældet er for K01.

Både K01 og K02 er som beskrevet i afsnit 2.1 baseret på vandfaldsmodellen, hvor det samlede system beskrives, inden udviklingsprojektet starter, og parterne indgår aftale om levering af det samlede system til en fast pris. K01 og navnlig K02 rummer dog en række elementer, som giver en højere grad af fleksibilitet end K18 og K33. Kunden har således ret til at træde ud af projektet mod betaling, hvis der i en indledende afklaringsfase viser sig behov for ændringer i forhold til den oprindelige beskrivelse af systemet, og parterne ikke kan nå til enighed om prisen for disse ændringer. Begge kontrakter indeholder

endvidere en ændringshåndteringsprocedure, der beskriver kundens mulighed for mod betaling at anmode om ændringer af systemet undervejs i udviklingsprojektet. I K02 er der herudover mulighed for, at systemet leveres i faser, så de enkelte delsystemer afprøves for sig, inden systemet til slut afprøves i sin helhed.

Både K01 og K02 er opbygget efter en klassisk kontraktmodel, dvs. med en hovedaftale og en række bilag, der bl.a. rummer kravspecifikationen, vedligeholdelsesvilkår, samarbejdsorganisation mv. K01 indeholder modelbilag, dvs. en egentlig skabelon for bilagene til kontrakten, mens K02 primært indeholder forklaringer til, hvad bilagene bør indeholde.

For begge kontrakter er der udarbejdet en tilhørende vejledning. Der er endvidere på privat initiativ skrevet kommentarer til såvel K01 som K02. Se *Dragsted m.fl.*, K01 med kommentarer (2004) og samme, K02 med kommentarer (2007).

K01 og K02 har opnået stor udbredelse både blandt offentlige og private kunder men ofte således, at kontrakterne tilrettes den enkelte kundes særlige ønsker. Kontrakterne er dog ikke blevet opdateret siden deres tilblivelse i henholdsvis 2004 og 2007, og på nogle punkter fremstår kontrakterne derfor i dag ikke som "state of the art". Undervejs i det følgende omtales løbende reguleringsområder, hvor udviklingen i kontraktpraksis og markedsstandard har ført til ny eller supplerende regulering i forhold til K01 og K02.

### 3.2.3. K03

Med den stigende anvendelse af agile projektmetoder og erkendelsen af, at disse metoder i mange tilfælde fører til bedre projektforbøb, opstod et behov for en agil standardkontrakt som supplement til vandfaldskontrakterne K01 og K02.

I 2010 nedsatte Videnskabsministeriet derfor en arbejdsgruppe, der skulle udarbejde en agil standardkontrakt, K03. Ved projektets start bestod arbejdsgruppen af de samme aktører, som havde udarbejdet K01 og K02. Under arbejdet med kontrakten blev Videnskabsministeriet nedlagt efter et regeringsskifte udløst af et folketingsvalg i 2011. Ansvar for kontrakten og de øvrige standardkontrakter blev herefter overtaget af den nyoprettede Digitaliseringsstyrelse, en styrelse under Finansministeriet. Herefter blev også arbejdsgruppen i sin

oprindelige form nedlagt, og kontrakten blev færdiggjort af Digitaliseringsstyrelsen i samarbejde med Kammeradvokaten. Branchens parter blev inddraget gennem dialog og en afsluttende høring, men da leverandørsidens organisationer, IT-Branchen og DI Digital ikke har tilsluttet sig aftalen, har den ikke karakter af et agreed document på tilsvarende vis, som K01 og K02 har.

K03 adskiller sig fra K01 og K02 ved, at kravene til systemet kun er specificeret på et overordnet niveau ved aftalens indgåelse. Kontrakten forudsætter således, at parterne efterfølgende skal detailspecificere kravene. Herudover er leverandøren ikke undergivet en ubetinget pligt til at opfylde alle krav, idet kontrakten sonder mellem “absolutte krav”, som leverandøren er forpligtet til at opfylde, og “øvrige krav”, som leverandøren kun skal bestræbe sig på at levere. K03 adskiller sig yderligere ved, at kunden på ethvert tidspunkt i projektet kan opsig kontrakten mod betaling af et nærmere aftalt opsigelsesvederlag. Til gengæld er leverancer efter K03 underlagt fast pris og fast tid på samme måde, som gælder efter K01 og K02.

K03 er, som K01 og K02, opbygget efter klassisk kontraktmodel med en hovedkontrakt og en række bilag. Der er udarbejdet modelbilag med tilhørende forklaringer til hver af K03's bilag. Der er endvidere udarbejdet en vejledning til både hovedkontrakt og bilag.

Der har fra leverandørsiden været rejst kritik af, at K03 ikke rummer fornøden fleksibilitet, når både tid, pris og til dels også ydelsen er fastlagt på aftaletidspunktet. Baggrunden for den valgte model er ifølge Digitaliseringsstyrelsen bl.a., at offentlige myndigheder af bevillingsmæssige grunde har et behov for at kende den maksimale beløbsramme på aftaletidspunktet, og at udbudsreglerne endvidere sætter grænser for fleksibiliteten. K03 har ikke opnået samme udbredelse som K01 og K02.

#### 3.2.4. Standardkontrakternes retlige betydning

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 fortolk-

ning af parternes individuelle aftale og eventuelt også ved fastlæggelsen af baggrundsretten. Endvidere kan der muligvis ved uklarhed i aftalegrundlaget opstilles en formodning for, at en bestemmelse skal forstås i overensstemmelse med den retstilstand, der følger af standardkontrakterne. Se også kapitel 1.2.3 om standardkontrakter som retskilde.

### 3.3. Baggrundsretten

Parternes aftale vil ikke nødvendigvis forholde sig til alle de uoverensstemmelser, der opstår undervejs, og i nogle tilfælde kan det derfor være nødvendigt at inddrage baggrundsretten for at få afdækket parternes forpligtelser. Som beskrevet i kapitel 1, kan kendskab til baggrundsretten endvidere have betydning ved forhandling af aftalen. Baggrundsretten vil også have betydning, hvis den indeholder præceptive regler, som parterne ikke kan fravige i deres aftale.

Det vil navnlig være de obligationsretlige regler, der har betydning for fastlæggelsen af parternes indbyrdes rettigheder og forpligtelser. Også andre regelsæt kan dog spille en rolle. Således vil de ophavsretlige regler afgøre, hvilke rettigheder parterne hver især får til systemet, og ligeledes kunne have betydning for lovligheden af at anvende tredjepartsprogrammel. De databeskyttelsesretlige regler vil have relevans i de (mange) situationer, hvor systemet behandler personoplysninger. I tillæg hertil kan branchespecifikke regler have betydning for udformningen af systemet. Der kan sondres mellem de regelsæt, der fastlægger parternes indbyrdes rettigheder og forpligtelser (hvortil hører de obligationsretlige regler og i et vist omfang de ophavsretlige regler) og de regler, der fastlægger krav til udvikling og brug af systemet (herunder de databeskyttelsesretlige regler, i et vist omfang de ophavsretlige regler og eventuelle branchespecifikke regler).

#### 3.3.1. Købeloven og de obligationsretlige regler

Anvendelsen af de obligationsretlige regler rejser spørgsmålet, om købeloven finder anvendelse ved systemudvikling.

Efter kbl. § 1 a gælder loven for "køb". Dette begreb er ikke defineret i loven men dækker efter en sædvanlig opfattelse overdragelse af et formuegode mod vederlag i penge. Afgørende bliver herefter, hvad der udgør et "formuegode". Begrebet dækker først og fremmest fysiske

Købelovens  
anvendelses-  
område

genstande med undtagelse af fast ejendom, der udtrykkeligt er undtaget lovens anvendelsesområde. Også andre typer af formuegoder end fysiske genstande kan være omfattet. Det følger eksempelvis af kbl. §§ 19 og 20, at aktier og skriftlige rentebærende fordringer også er omfattet. Tilsvarende må det antages, at edb-programmer, der leveres som standardprogrammell, vil være omfattet, jf. nærmere kapitel 5. Det ligger dog klart, at tjenesteydelser i form af ydelser, hvor der præsteres en arbejdsindsats, ikke har karakter af et formuegode og dermed ikke omfattes af købeloven.

Dette indebærer, at en systemudviklingsydelse, hvor leverandørens ydelse alene består i at stille medarbejdere til rådighed, som bruger tid på udviklingen af systemet, ikke omfattes af købeloven. Særligt klart er det, hvor leverandøren modtager betaling på timebasis, dvs. hvor kunden køber timer af leverandøren. Men det vil også gælde, selvom der betales en fast pris for systemudviklingen. Man kan ganske vist hævde, at kunden ikke direkte betaler for leverandørens timeforbrug (eftersom prisen er uafhængig af det konkrete timeforbrug), og at det, der købes, derfor ikke er tid, men et edb-program. Realiteten er dog fortsat, at leverandørens primære ydelse er at stille medarbejdere til rådighed, der udvikler et system på baggrund af kundens nærmere ønsker og anvisninger. Hermed får leverandørens ydelse karakter af, hvad der i obligationsretlig terminologi betegnes som værksleje, hvilket ikke omfattes af købeloven.

Ved værksleje forstås sædvanligvis en aftale, hvor den ene part forpligter sig til mod vederlag at frembringe et arbejdsresultat for den anden part.

#### Bestillingskøb

Det er sjældent, at et nyt system udvikles helt fra bunden. Normalt vil der indgå allerede eksisterende programmer eller programkomponenter i løsningen. Leverandørens ydelse vil da bestå i nyudvikling, i tilpasning af eksisterende programmell og i integration af de forskellige delelementer. Om leverandørens ydelse i denne situation vil være omfattet af købeloven afgøres af, om der foreligger et bestillingskøb efter kbl. § 2. Det følger af bestemmelsen, at bestilling af genstande, som først skal fremstilles, anses for et køb i lovens forstand, forudsat (i



erhvervsforhold) at materialerne leveres af fremstilleren og ikke af kunden.

Dette rejser spørgsmålet, om standardprogrammer, der i tilpasset form indgår i det færdige system, udgør et "materiale" i § 2's forstand. Da køb af standardprogrammel udbudt på massemarkedet formentlig omfattes af købeloven, jf. nærmere kapitel 5.2.2, må det tilsvarende gælde, at køb af standardprogrammel i tilpasset form kan udgøre et bestillingskøb efter § 2.

Det vil dog ikke være enhver aftale om systemudvikling, som vil udgøre et bestillingskøb, blot fordi der indgår en standardkomponent i systemet. Et bestillingskøb vil kun foreligge, hvis en væsentlig del af den samlede leverance udgøres af det indeholdte standardprogrammel. Udgør leverandørens tilpasning af standardprogrammel og udvikling af nye programkomponenter den primære del af leverancen, foreligger ikke et bestillingskøb, men værksleje, der ikke er omfattet af købeloven. I større udviklingsprojekter, hvor kundens kravspecifikation ikke tager udgangspunkt i allerede eksisterende programmer, vil købeloven typisk ikke finde anvendelse. Dette vil i så fald gælde hele leverancen. Såfremt en mangel i systemet kan føres tilbage til en mangel i en standardkomponent i systemet, kan kunden derfor ikke gøre købelovens regler gældende for så vidt angår denne mangel.

Man kan med Nørager-Nielsens ord sige, at standardkomponenten mister sin individualitet og bliver integreret i den helhed, der ikke omfattes af købeloven, jf. *Nørager-Nielsen*, Edb-kontrakter, s. 236. Se tilsvarende for entrepriseretten, *Iversen*, Entrepriseretten, s. 37 f.

Leveres et standardprogrammel med mindre tilpasninger, vil udgangspunktet være det modsatte. I det omfang købeloven finder anvendelse, vil det gælde hele systemet, og altså dermed også de tilpasninger, som leverandøren har foretaget.

Se generelt om sondringen mellem bestillingskøb og værksleje *Theilgaard m.fl.*, Købeloven, s. 62. Se i bredere forstand om købelovens anvendelse på informationsprodukter *Frost*, Informationsydelsen.

Hvis købeloven ikke finder anvendelse, vil parternes forhold i stedet blive afgjort af de almindelige obligationsretlige grundsætninger. Da købelovens regler i vidt omfang er en kodificering af almindelige obligationsretlige grundsætninger, vil retstilstanden i mange tilfælde være den samme, uanset om reguleringen sker efter købeloven eller efter almindelige obligationsretlige grundsætninger. Der er dog langt fra fuldstændigt sammenfald mellem disse to retsgrundlag, og som det også vil fremgå af det følgende, vil det i mange tilfælde have betydning, hvorvidt købeloven finder anvendelse.

Om anvendeligheden af købeloven henholdsvis almindelige obligationsretlige regler for it-udviklingsydelser se også *Bryde Andersen*, IT-retten, s. 924 f.

### 3.3.2. De ophavsretlige regler

Ophavsretsloven giver udvikleren af et edb-program eneret til at kopiere og sprede programmet, jf. nærmere herom kapitel 5. De ophavsretlige regler fastlægger hermed, hvem af parterne der i mangel af særskilt aftale, får rettighederne til programmet. Det er endvidere den ophavsretlige eneret, der forbyder brug af tredjeparters programmer uden tilladelse fra tredjeparten, og som dermed indebærer, at der potentielt kan foreligge retsmangler ved systemet, når det indeholder tredjepartsprogrammel.

Edb-programmer kan under nærmere omstændigheder også være omfattet af patentretlig beskyttelse.

Spørgsmålet om rettigheder til det udviklede programmel er nærmere beskrevet nedenfor i afsnit 8.

Om den retlige beskyttelse af edb-programmer se også *Udsen*, IT-ret, kapitel 4.

### 3.3.3. De databeskyttelsesretlige regler

Databeskyttelsesforordningen (GDPR) og den supplerende databeskyttelseslov fastlægger reglerne for, hvornår der må ske behandling af personoplysninger. Det følger bl.a. af forordningen, at behandleren af

personoplysninger skal træffe tekniske sikkerhedsforanstaltninger mod uberettiget adgang til og misbrug af personoplysningerne. De databeskyttelsesretlige regler fastlægger hermed både nogle krav til, hvordan oplysningerne skal behandles i et it-system, og krav til, hvordan it-systemet skal indrettes. Det er hyppigt et forhandlingspunkt, hvem af parterne der har ansvaret for, at systemet lever op til de databeskyttelsesretlige krav, bl.a. fordi det kan være vanskeligt at vurdere, hvornår dette er tilfældet. Databeskyttelsesforordningens art. 25 indeholder et krav om “databeskyttelse gennem design” (måske bedre kendt under den engelske betegnelse “data protection/privacy by design”). Dette indebærer, at databeskyttelse skal tænkes ind i it-systemer allerede i designfasen. De databeskyttelsesretlige reglers betydning for it-udviklingsaftalen er nærmere omtalt i afsnit 11 nedenfor.

#### 3.3.4. Udbudsretten

Som beskrevet, fastlægger udbudsretten primært reglerne for, hvordan en aftale mellem en offentlig myndighed og en privat leverandør skal indgås. En overtrædelse af udbudsreglerne kan imidlertid føre til aftalens ugyldighed og dermed få materielretlig virkning for aftalens parter. Herudover kan udbudsmaterialet få betydning ved fortolkningen af parternes aftale. Når et krav i udbudsmaterialet er gjort til et mindstekrav, kan dette tillægges vægt ved vurderingen af væsentligheden af manglende opfyldelse af det pågældende krav. Dette vil dog kun være ét moment i den samlede vurdering, og det kan ikke uden videre lægges til grund, at manglende opfyldelse af mindstekrav indebærer en væsentlig misligholdelse af aftalen.

## 4. Leverandørens ydelser og forpligtelser

Det overordnede formål med udviklingsaftalen er tilvejebringelsen af et it-system i overensstemmelse med aftalens krav, og udviklingen og leveringen af dette system er leverandørens hovedydelse. Aftalen kan forpligte leverandøren til at levere en række tilknyttede ydelser, som f.eks. undervisning i systemet, vedligeholdelse og drift. I det følgende (afsnit 4.1) fokuseres alene på hovedydelsen, dvs. selve systemudviklingen og de krav, der kan stilles til systemet. Drift og vedligeholdelse behandles i kapitel 3 og 4.

Hovedleverancen:  
systemet

Som allerede beskrevet, har udviklingen af et it-system som regel karakter af et længerevarende og komplekst projekt, der forudsætter et tæt samarbejde mellem kunde og leverandør. It-udviklingsaftalen er derfor også mere end en aftale, der blot fastsætter kravene til systemet, betalingen herfor og eventuelle misligholdelsesbeføjelser. Aftalen er også en projektaftale, der fastlægger vilkårene for projektets gennemførelse, og parternes forpligtelser forbundet hermed. Aftalen vil således pålægge leverandøren en række projektrelaterede forpligtelser i til læg til selve forpligtelsen til at levere systemet, som f.eks. at deltage i den aftalte projektorganisation og i de løbende projektmøder at lade bestemte personer forblive tilknyttet projektet, yde sparring og rådgivning til kunden mv. Disse forpligtelser har til formål at sikre det endelige mål: leveringen af det aftalte system. Som sådan har forpligtelserne en sekundær karakter. Man kan også udtrykke det således, at hvis blot systemet leveres uden mangler til den aftalte tid, kan det forekomme mindre væsentligt, om de løbende projektrelaterede forpligtelser undervejs er blevet opfyldt eller ej. Udsagnet har noget for sig, og næsten alle tvister om misligholdelse af it-udviklingsaftaler omhandler krav baseret på påstande om forsinkelser af eller mangler ved systemet. Dette er imidlertid ikke ensbetydende med, at de sekundære projektrelaterede forpligtelser er uden retlig betydning. Det vil ofte være misligholdelsen af disse forpligtelser, der fører til problemer og forsinkelser i projektet og dermed medvirker til at placere det retlige ansvar herfor. Leverandørens misligholdelse af sine projektrelaterede forpligtelser kan også føre til et selvstændigt erstatningsansvar, hvis misligholdelsen påfører kunden ekstra omkostninger eller andre former for tab. Det konkrete indhold af de projektrelaterede forpligtelser vil bero på den enkelte aftale. Henset hertil, og til at det trods alt som nævnt er mangler og forsinkelser knyttet til systemet, der er udgangspunktet for de fleste tvister, indeholder dette afsnit ikke en nærmere gennemgang af de enkelte mulige projektorienterede forpligtelser. Et spørgsmål knyttet til leverandørens projektrelaterede forpligtelser gøres dog til genstand for behandling, nemlig i hvilket omfang leverandøren har et overordnet projektstyringsansvar og konsekvenserne heraf. Dette mere generelle spørgsmål kan have væsentlig betydning for ansvarsvurderingen i tvister om it-udviklingsprojekter, som det også kommer til udtryk

i en række af de domme, der behandles nedenfor. Spørgsmålet om leverandørens projektstyringsansvar behandles nedenfor i afsnit 4.2.

Aftalen vil også pålægge leverandøren en række andre forpligtelser beslægtet med de her benævnte projektrelaterede forpligtelser. Leverandøren vil således normalt være forpligtet til at deltage i afprøvningen af systemet og i ændringsaktiviteter, der skal sikre kunden, at der kan ske justeringer af systemet undervejs i projektet. Afprøvning og ændringshåndtering og leverandørens forpligtelser forbundet hermed behandles særskilt nedenfor i afsnit 6 og 7.

Som et udslag af den almindelige loyalitetspligt i kontraktforhold, vil realdebitor have en rådgivningspligt over for realkreditor. Denne pligt har en særlig betydning i aftaler om komplekse ydelser, hvor der består et vidensspring mellem parterne, ligesom den også får særlig vægt, når parterne indgår et tæt og langvarigt samarbejde. Dette gælder med andre ord også for leverandørens rådgivningspligt i it-udviklingsaftaler. Rådgivningspligten kan både påvirke kravene til systemet og dermed mangelsvurderingen og føre til et selvstændigt ansvar for leverandøren. Leverandørens rådgivningspligt er nærmere beskrevet nedenfor i afsnit 4.3.

Forpligtelser knyttet til afprøvning og ændringer

Leverandørens rådgivningspligt

## 4.1. Systemet

### 4.1.1. Det obligationsretlige udgangspunkt

Eksistensen af en gyldig aftale forudsætter, at aftalen indeholder en beskrivelse af den realydelse, der skal leveres. Beskrivelsen kan være sparsom, mangelfuld eller ligefrem fejlagtig, uden at aftalen af denne grund mister sin gyldighed, men en ydelsesbeskrivelse må der foreligge.

Aftalens beskrivelse af realydelsen vil danne udgangspunkt for fastlæggelsen af de forpligtelser, der påhviler realdebitor i aftaleforholdet. Når realdebitors forpligtelser fastlægges efter udtrykkelige bestemmelser i aftalen og omstændighederne omkring aftalen, betegnes den tilhørende mangelsbedømmelse ofte som *konkret*. Når vurderingen tager udgangspunkt i en almindelig opfattelse af, hvad der bør kunne stilles af krav til en ydelse som den pågældende, betegnes mangelsbedømmelsen ofte som *abstrakt*.

Konkret og abstrakt mangelsbedømmelse

Ved den abstrakte mangelsbedømmelse antages det, at realydelsen skal være som med rette forudsat af realkreditor. Dette krav medfører bl.a., at realydelsen skal have en kvalitet, der svarer til almindelig god kvalitet inden for den pågældende branche. Kravet medfører endvidere, at realydelsen skal være egnet til de formål, som den pågældende ydelse sædvanligvis anvendes til.

Se som et ældre eksempel herpå Forbrugerklagenævnets afgørelse optrykt i JÅF 1996.109, hvor klageren havde købt en pc, der blev leveret med styresystemet OS/2. Dette styresystem var ikke særlig udbredt, og der blev derfor også kun udbudt et begrænset antal spil, der understøttede styresystemet. Da klageren ønskede at bruge pc'en til spil, gjorde den pågældende gældende, at pc'en var mangelfuld, hvilket blev bestridt af sælgeren. Forbrugerklagenævnet gav sælgeren medhold under henvisning til, at der ikke forelå en mangel, alene fordi OS2-styresystemet gav mere begrænsede muligheder for at afvikle spil på pc'en. Klagenævnet lagde bl.a. vægt på, at klageren var blevet informeret om, at pc'en blev leveret med OS2-styresystemet. Klager kunne derfor ikke med rette forvente, at pc'en kunne anvendes til at afvikle alle de spil, der blev udbudt til pc.

At realkreditor ønsker at anvende genstanden til særlige formål, som realdebitor ikke kendte til og heller ikke burde kende til, har derimod ikke betydning for mangelsbedømmelsen, og realkreditor kan ikke gøre gældende, at der foreligger en mangel, fordi genstanden ikke kan anvendes til sådanne særlige formål. Ved køb af en opvaskemaskine kan køber eksempelvis næppe forvente, at maskinen vil være egnet til anvendelse på et skib, hvis ikke køber har gjort sælger bekendt med denne særlige anvendelse, sml. dommen U.2000.355H. Har realkreditor omvendt gjort realdebitor bekendt med det særlige formål, vil dette sædvanligvis indgå i vurderingen af realydelsen.

Se herved også kbl. § 75 a, stk. 2, nr. 3, hvorefter salgsgenstanden i forbruger køb (kun) skal være egnet til køberens særlige formål, hvis sælgeren har bestyrket forventningen herom.

Udgangspunktet for mangelsvurderingen vil være den konkrete mangelsbedømmelse.

Se således *Theilgaard m.fl.*, Købeloven, s. 721 f., hvor det antages, at der kun skal foretages en abstrakt mangelsvurdering, hvis det ikke af aftalens ordlyd eller omstændigheder omkring aftalen kan udledes, om realydelsen omfatter det forhold, som parterne er uenige om, og *Iversen*, Obligationsret 1, s. 239 f., hvor det anføres, at det i første række må bero på indholdet af salgskontrakten, om salgsgenstanden er mangelfuld, og at det abstrakte mangelsbegreb er en rettesnor for udfyldning i de situationer, hvor kontrakten ikke giver direkte svar på, hvad der er omfattet.

Hvis aftalen udtrykkeligt regulerer indholdet af realydelsen, vil denne regulering således blive lagt til grund. Realkreditor vil i denne situation ikke kunne kræve andet end det, der fremgår af aftalen. Hvis aftalens beskrivelse af realydelsen enten er upræcis eller ikke-eksisterende, må der ske en udfyldning eller fortolkning af aftalen, der vil tage udgangspunkt i, hvad realkreditor med føje kunne forvente af en ydelse som den pågældende.

For it-udviklingsaftaler betyder dette, at kunden kan kræve et system i overensstemmelse med det udtrykkeligt aftalte, og i mangel af en klar og utvetydig ydelsesbeskrivelse, i overensstemmelse med hvad kunden kunne forvente af systemet.

Det springende punkt i alle de tilfælde, hvor beskrivelsen af systemet ikke er tilstrækkelig utvetydig, bliver derfor, hvad kunden med føje kunne forvente af systemet. Dette vil bero på en samlet konkret vurdering med inddragelse af sagens konkrete omstændigheder, herunder hvad der kan udledes af kontrakten og parternes dialog i øvrigt. Også oplysninger om, hvad et system som det pågældende sædvanligvis vil kunne, kan inddrages.

Se eksempelvis Ballerup Rets dom af 31. juli 1987 (ERA 3, s. 111)(\*), hvor retten lagde til grund, at systemet opfyldte kravene i den "formentlig noget spinkle kravspecifikation", bl.a. med henvisning til sædvanlige funktionskrav på aftaletidspunktet.

I større udviklingsprojekter vil kunden ofte have en indledende dialog med flere leverandører og ofte indhente flere tilbud. Som et led i dialogfasen, der har karakter af en salgsfase, hvor leverandøren vil forsøge at overbevise kunden om fordelene ved leverandørens system, vil leve-

Sammenfatning

Hvad kunden med føje kunne forvente af systemet

Forudgående information

randøren afgive en række informationer om sine ydelser og kvaliteten heraf. Betydningen af forudgående oplysninger må udledes af den almindelige lære om oplysninger afgivet forud for aftalens indgåelse, sml. kodificeringen heraf i kbl. § 76, stk. 1, nr. 1 og 2, for så vidt angår forbrugerkøb.

Se generelt herom *Bryde Andersen & Lookofsky*, Lærebog i obligationsret, s. 56 ff.

Som udgangspunkt vil sådanne oplysninger indgå i vurderingen af, hvad kunden med rimelighed kan kræve af leverandørens ydelser, hvis oplysningerne er blevet tillagt vægt af kunden og har været egnet til at skabe en forventning om ydelserne. Konkrete oplysninger vil ofte skabe en større forventning og blive tillagt større vægt end leverandørens generelle anprisninger om egne fortræffeligheder og markedsledende position.

Det ses af og til, at kunden indfører leverandørens indledende informationer også af mere generel karakter i selve aftaleteksten, eventuelt med en tilføjelse om, at kunden har tillagt disse oplysninger vægt ved valget af leverandør. Det er formentlig begrænset, hvor meget vægt domstolene vil tillægge gengivelsen af sådanne generelle anprisninger i kontraktteksten.

I den indledende dialog kan kunden også give udtryk for sine ønsker og behov til systemet. En sådan behovsangivelse kan tilsvarende inddrages i fortolkningen, når ydelsesbeskrivelsen er uklar, men vil som udgangspunkt ikke udgøre en selvstændig del af ydelsesbeskrivelsen, hvis behovene ikke er medtaget i aftalen.

Se herved Oslo tingretts dom af 1. september 2011 (G4s Aviation Security mod KDO Consulting, TOSLO-2010-185231)(\*), hvor kunden forud for aftaleindgåelsen havde angivet nogle særlige behov til systemet, som imidlertid ikke blev medtaget i parternes aftale. Retten afviste på den baggrund, at det var en mangel ved systemet, at det ikke opfyldte disse behov. Retten lagde i sin afgørelse vægt på, at aftalen vedrørte standardprogrammel (med tilpasninger): “[...] det er centralt å ha i mente at leveranseforpliktelsen gjaldt en standardløsning solgt til en større kunde-



gruppe. Holder man prisen for leveransen opp mot den funksjons- rike løsningen [programmet] representerer, mener retten at [kun- den] ikke kunne forvente å få oppfylt alle sine behov med mindre dette kom eksplisitt til uttrykk, hvilket også fremgår av kontrakten punkt 7.2.2.” Der kan heller ikke være tvivl om, at det i særlig grad gælder, at kundens individuelle behov skal fremgå af aftalen, når den vedrører standardprogrammel, men udgangspunktet vil være det samme for programmel, der i højere grad har karakter af specia- letilpasning.

Som led i sin loyale oplysningspligt vil leverandøren være forpligtet til at gøre kunden opmærksom på fejl i ydelsesbeskrivelsen. Består så- danne fejl, og er der tale om fejl, som leverandøren indså, eller i sin egenskab af professionel burde have indset, vil en manglende oplys- ning herom kunne indebære, at ydelsen anses for mangelfuld. Leveran- døren vil i denne situation kunne blive forpligtet til at levere systemet uden disse fejl, jf. nærmere afsnit 4.3 nedenfor om leverandørens råd- givningspligt.

Leverandørens  
loyale  
oplysningspligt

Se også *Nørager-Nielsen*, Edb-kontrakter, s. 176: “Fortielse af oplys- ninger, som leverandøren måtte indse var af betydning for bruger, og som han ikke kunne forvente, at bruger i forvejen var bekendt med, tillægges også ofte væsentlig betydning ved mangelsbedøm- melsen. Leverandøren siges da at have tilsidesat sin *loyale oplysnings- pligt* og dette kan i sig selv medføre, at der foreligger en mangel eller i hvert fald bevirke, at en tvivlsom mangelsbedømmelse falder ud til brugers fordel.”

Udover individuelle forhold som de ovennævnte, vil vurderingen af, hvad kunden med rimelighed kunne forvente, afhænge af, hvad et system som det omhandlede normalt vil kunne præstere. Kunden kan med rimelighed forvente, at et tekstbehandlingsystem kan lagre doku- menter, uanset om dette ikke måtte være beskrevet i aftalen. Denne type af vurderinger – når tilfældet ikke er så oplagt og dermed uprak- tisk som det netop angivne eksempel – vil ofte kræve indhentelse af en udtalelse fra en sagkyndig. Kunden kan imidlertid ikke ved at undlade at specificere kravene til systemet i aftalen forlange, at leverandøren udvikler et system, der i enhver henseende lever op til, hvad der måtte være markedsstandard på området. Lidt forenklet udtrykt kan kunden

Hvad et  
tilsvarende system  
normalt kan  
præstere

ikke bruge en sagkyndig erklæring om, hvad branchestandarder siger om indretningen af et system, som en efterfølgende kravspecifikation. Ønskes dette, må kunden indføre en specifik bestemmelse herom i aftalen. Ofte indeholder aftalen et krav om, at leverandørens ydelser skal leve op til god it-skik, være i overensstemmelse med branchestandard eller lignende. Sådanne bestemmelser vil kunne udvide kravene til systemet i forhold til aftalens specifikke angivelser og i forhold til, hvad kunden i øvrigt med rimelighed kunne have forventet i mangel af specifik angivelse, jf. nærmere afsnit 4.1.4 nedenfor.

#### 4.1.2. Kravspecifikation og løsningsbeskrivelse

Som nævnt, er en af de centrale udfordringer ved udformning af it-udviklingskontrakter at beskrive ydelsen, fordi denne endnu ikke er kendt på aftaletidspunktet. I mange udviklingskontrakter, herunder også K01 og K02, er denne udfordring søgt løst ved, at kunden forud for aftalens indgåelse udarbejder en kravspecifikation, dvs. et dokument, hvor kunden angiver sine krav til systemet. Kravspecifikationen er ofte omfattende og kan bestå af flere hundrede eller tusinde krav til systemet.

Leverandøren skal herefter udarbejde en løsningsbeskrivelse, der angiver, om og hvordan leverandørens løsning opfylder de enkelte krav.

I agile udviklingsaftaler vil der som nævnt ikke blive udarbejdet en fuld kravspecifikation men en mere overordnet kravliste (back log), der nedbrydes og specificeres yderligere i løbet af projektet.

I aftaler hvor det er forudsat, at kunden skal udarbejde en kravspecifikation og leverandøren en efterfølgende løsningsbeskrivelse, er det et praktisk vigtigt spørgsmål, hvem af parterne der skal bære risikoen for uoverensstemmelser mellem kravspecifikationen og løsningsbeskrivelsen. Angiver kravspecifikationen eksempelvis, at systemet skal kunne håndtere alle europæiske valutaer, mens det i løsningsbeskrivelsen er angivet, at systemet kan håndtere danske kroner og euro, opstår spørgsmålet, om systemet er mangelfuldt, hvis det ikke lever op til kravet om at kunne håndtere alle europæiske valutaer men kun de to, der var angivet i løsningsbeskrivelsen. Aftalelovens § 6 om uoverensstemmende accept finder ikke anvendelse, da kundens kravspecifikation ikke har karakter af et tilbud, og leverandørens løsningsbeskri-

Uoverensstemmelse mellem kravspecifikation og løsningsbeskrivelse

velse derfor heller ikke har karakter af en uoverensstemmende accept af et tilbud. I stedet må spørgsmålet afgøres af den lære om “battle of the forms”, der er udviklet i aftaleretten.

Battle of the forms-terminologien dækker over situationer, hvor parterne har vedlagt hver deres modstridende vilkår i det samlede aftalekompleks uden at forholde sig til, hvilke vilkår der skal have forrang. Se nærmere herom *Bryde Andersen*, Grundlæggende aftaleret, s. 202 ff.

Der er angivet flere mulige løsninger på battle of the forms-problematikken. Efter én model gives der forrang til det seneste dokument ud fra den betragtning, at dette dokument udgør den sidste viljeserklæring, og at modparten naturligt bør reagere, hvis denne ikke vil acceptere indholdet. Den part, som fremlægger sidste dokument, må med andre ord have en berettiget forventning om, at modparten har accepteret indholdet, når der ikke protesteres. Den væsentligste indvending herimod er, at dette forudsætter, at parterne har læst og forholdt sig til de forskellige vilkår, hvilket i praksis ikke er tilfældet, når standardvilkår vedlægges større aftaledokumenter. Det kan i denne situation forekomme noget tilfældigt, hvem af parterne der sidst vedlægger sine vilkår. Denne indvending er imidlertid ikke relevant ved afgørelsen af forrang mellem en kravspecifikation og en løsningsbeskrivelse. Den tidsmæssige rækkefølge af dokumenterne er ikke tilfældig, idet løsningsbeskrivelsen er en besvarelse af kravspecifikationen, og af samme grund kan det forudsættes, at kunden læser løsningsbeskrivelsen. Leverandøren må derfor med rimelighed kunne forvente, at kunden reagerer, hvis ikke kunden vil acceptere den løsning, der fremgår af løsningsbeskrivelsen, herunder manglende overholdelse af krav angivet i kravspecifikationen. Uden en særskilt regulering af rangordenen mellem de to dokumenter i aftalen, må udgangspunktet derfor være, at leverandørens løsningsbeskrivelse tillægges forrang.

Tilsvarende *Bryde Andersen*, IT-retten, s. 927.

Dette udgangspunkt forudsætter dog, at kunden ved en gennemlæsning af løsningsbeskrivelsen kan gennemskue, at leverandøren helt eller delvist afviser at opfylde kravet angivet i kravspecifikationen. Er

løsningsbeskrivelsen formuleret på en måde, så kunden ikke med rimelighed kunne forventes at gennemskue, at leverandøren med den valgte formulering ikke vil opfylde kravet, må leverandøren som koncipist og som den professionelle part i forholdet være nærmest til at bære risikoen for uoverensstemmelsen og dermed forpligtet til at leve op til det pågældende krav i kravspecifikationen. Bruger kunden professionelle rådgivere, hvad der vil være sædvanligt i større udviklingsprojekter, kan denne forudsætning om et vidensspring imidlertid ikke uden videre lægges til grund.

Udgangspunktet kan muligvis også fraviges, hvis kontrakten er undergivet offentligt udbud, og løsningsbeskrivelsen indebærer, at systemet ikke overholder udbudsmaterialets mindstekrav. Tillægges løsningsbeskrivelsen i denne situation forrang, vil det efter de udbudsretlige regler kunne medføre aftalens tilsidesættelse. Ved fortolkningstvivil har det formodningen mod sig, at aftalen skal gives et indhold, der strider mod mindstekravene.

Generelt  
formuleret krav

Vælger kunden at formulere kravene til systemet på et mere overordnet niveau, enten som generelt formuleret funktionskrav eller som behovs-krav, efterlader kunden et udvidet rum for leverandørens løsningsbeskrivelse, fordi kunden vanskeligere kan hævde, at løsningsbeskrivelsen strider mod kravspecifikationen. I denne situation vil battle of the forms-problematikken derfor også sjældnere opstå. Dette kan også formuleres således, at der er en (endnu) stærkere formodning for, at løsningsbeskrivelsen skal lægges til grund ved en uenighed om kravene til systemet, når kundens kravspecifikation er af mere overordnet karakter.

Se herved også Oslo tingretts dom af 31. januar 2020 (Samferdselsdepartementet mod IBM)(\*), hvor parterne var uenige om fortolkningen af en række krav i kravspecifikationen. Domstolen fastslog, at kunden havde valgt at specificere kravene med varierende detaljeringsgrad og udtalte om fortolkningen af de generelt formulerede krav: "I tråd med formålet om å nå ut til ulike tilbydere, må de generelle kravene forstås slik at de først og fremst skulle gi leverandøren et handlingsrom til å finne den mest kostnadseffektive løsningen innenfor målbudsjettet. I praksis innebar dette at [kunden] ikke sto fritt til å kreve en annerledes eller forbedret løsning,

dersom den som var utarbeidet av [leverandøren] allerede lå innenfor en rimelig fortolkning av kravene. Dette prinsippet gjelder alle prosjekter hvor leverandøren har en resultatforpliktelse med tids- og kostnadsrammer, i motsetning til en innsatsforpliktelse der kunden fortløpende belastes for utført arbeid.”

For at undgå usikkerhet om forrang vil utviklingskontrakten normalt have forholdt sig eksplisitt hertil. Ofte vil det følge af aftalen, at kravspecifikationen har forrang, medmindre leverandøren udtrykkeligt i løsningsbeskrivelsen har angivet, at et krav ikke opfyldes. Hermed lægges risikoen for uklarheder i løsningsbeskrivelsen over på leverandøren, hvilket formentlig er i overensstemmelse med det baggrundsretlige udgangspunkt, jf. lige ovenfor. K02 går et skridt videre og forudsætter, at leverandøren tilpasser kravspecifikationen, så denne afspejler løsningsbeskrivelsen. I eksemplet ovenfor ville det således ikke være tilstrækkeligt, at leverandøren i løsningsbeskrivelsen angav, at systemet ikke kunne håndtere alle europæiske valutaer men kun danske kroner og euro. Leverandøren ville være nødt til at ændre kravet i kravspecifikationen. Formålet hermed er at gøre det helt tydeligt for kunden, hvornår et krav ikke opfyldes.

Aftaleregulering

Forholdet mellem kravspecifikationen og løsningsbeskrivelsen er i K02 reguleret i pkt. 3.1, 3. og 4. afsnit, der har følgende ordlyd:

Leverandøren har forud for indgåelse af Kontrakten indarbejdet de fornødne ændringer og tilføjelser i det af Kunden udarbejdede udkast til kravspecifikation, eventuelt i dialog med Kunden, således at Løsningsbeskrivelsen kan forudsættes fuldt ud at opfylde Kravspecifikationen [...]

Hvis det efter kontraktindgåelse konstateres, at Kravspecifikationen alligevel ikke opfyldes ved Løsningsbeskrivelsen, skal Leverandøren i fornødent omfang supplere eller ændre Løsningsbeskrivelsen samt levere sådanne yderligere ydelser, der er nødvendige for at opfylde Kravspecifikationen og Kontrakten i øvrigt. Sådant levering skal ske på samme vilkår som fastsat i Kontrakten, herunder uden yderligere vederlag og inden for de i tidsplanen fastsatte frister.

### 4.1.3. Systemets enkeltelementer

Et it-system består af mange forskellige typer af elementer, og de krav, der stilles til systemet, falder derfor inden for forskellige kategorier. I det følgende beskrives nogle af systemets centrale elementer.

#### 4.1.3.1. Funktionelle krav

Beskrivelsen af kravene til systemets funktioner udgør den væsentligste del af ydelsesbeskrivelsen. Størsteparten af de krav, der er indeholdt i kundens kravspecifikation, vil normalt være funktionelle krav.

Selv uden en eksplicit angivelse i ydelsesbeskrivelsen vil visse funktioner være så grundlæggende, at kunden med rimelighed kan forvente, at systemet besidder dem. Det vil bero på en konkret vurdering foretaget af en sagkyndig, hvilke funktioner eksempelvis et økonomisystem kan forventes at besidde, men rummet for funktioner, der kan forventes uden eksplicit angivelse i kontrakten, er næppe stort. Den omstændighed, at et eller to markedsledende systemer har en given funktion, vil eksempelvis ikke i sig selv bevirke, at alle systemer inden for samme område kan forventes at have en tilsvarende funktion.

Ved skift fra ét system til et andet, ønsker kunden nogle gange sikkerhed for, at det eksisterende systems funktioner i det væsentlige genfindes i det nye system. For at afdække om dette er tilfældet, kan kunden derfor anmode leverandøren udarbejde en sammenligning af funktionaliteten i det eksisterende system og leverandørens systems (ofte benævnt en "gap-analyse"). Kombineres dette med et vilkår i aftalen om, at det nye system indeholder samme funktionalitet som det eksisterende system, medmindre andet fremgår af gap-analysen, bliver det leverandørens risiko, at gap-analysen afdækker eventuel funktionalitet i det eksisterende system, som ikke findes i det nye system. Kunden kan med andre ord kræve, at det nye system besidder disse funktioner.

Selv uden en udtrykkelig henvisning til gap-analysen i parternes aftale, vil leverandøren kunne blive ansvarlig for fejl i gap-analysen og dermed være forpligtet til at inkludere den pågældende funktionalitet eller dække kundens udgifter til at lade en tredjepart gøre dette.

Gap-analyse

Udarbejdes gap-analysen af en selvstændig tredjepart, må gælde det samme, såfremt gap-analysen vedlægges udviklingskontrakten som et bilag, og leverandøren hermed har tilkendegivet at acceptere indholdet af analysen. Har leverandøren omvendt ikke tiltrådt eller accepteret gap-analysen, vil den ikke kunne udvide funktionskravene.

Udarbejdes ingen gap-analyse, og regulerer aftalen heller ikke i øvrigt spørgsmålet, kan kunden ikke kræve, at alle funktionerne i det hidtidige system genfindes i det nye system. Såfremt dette er en forudsætning for kunden, må det derfor indgå i parternes aftalegrundlag. Efter omstændighederne kan kundens oplysninger om det hidtidige systems egenskaber dog indgå i fortolkningen af kravene til det nye system, hvis aftalen er uklar, ligesom det kan påføre leverandøren en pligt til at oplyse om det nye systems begrænsninger (se nærmere om leverandørens rådgivningspligt afsnit 4.3 nedenfor).

I Højesterets dom af 20. februar 1985 (Fabrikant Tage Vanggaard mod Kontor-Automation og NP Datacenter, U.1985.334/2H)(\*) lagde Højesteret til grund, at leverandøren var bekendt med, at det var en afgørende forudsætning for kunden, at det nye system kunne udføre de samme funktioner som det hidtidige system. Højesteret lagde herved vægt på, at kunden havde udleveret brugerdokumentationen for det hidtidige system til leverandøren. Tilsvarende resultat blev lagt til grund i en dom fra Vejle ret af 24. juli 1985 (ERA 2, s. 56)(\*). Et nyt faktureringsystem var ikke i stand til at håndtere det antal varenumre, som kunden brugte, og som det hidtidige system kunne håndtere. Et krav herom fremgik ikke af parternes aftale, men retten fandt, at dette var en væsentlig forudsætning for kunden, hvilket sælger burde have vidst, og som sælgeren var nærmest til at bære risikoen for (det må "være en for [sælgeren] kendelig forudsætning, at en køber af et anlæg til afløsning af et bestående forventer i hvert fald samme tekniske kapacitet og ikke tilbagegang på væsentlige punkter, og at antallet af varenumre i et til et handelsfirma leveret system er af væsentlig betydning." Retten lagde endvidere vægt på, at det hidtidige system var stillet til rådighed for sælgerens repræsentanter, at antallet af varenumre blev drøftet, og at det umiddelbart var muligt at konstatere, at det nye system ikke havde samme kapacitet som det hidtidige.

## 4.1.3.2. Svartider og driftseffektivitet

De fleste udviklingskontrakter vil opstille krav til systemets svartider og driftseffektivitet. Svartider angiver, hvor lang tid systemet er om at give brugeren et output, når denne indtaster en kommando i systemet. Driftseffektivitet, ofte også benævnt "tilgængelighed" eller "opetid", angiver hvor stor en del af et angivet tidsrum, systemet har været tilgængeligt for brugerne, og dermed også hvor hyppigt systemet har været utilgængeligt (eller "nede").

Krav til svartider og driftseffektivitet udgør et væsentligt supplement til funktionskravene i den samlede beskrivelse af systemet. Det vil ikke være acceptabelt for brugerne at arbejde med et system, der kan udføre alle de angivne funktioner, hvis brugeren skal vente halve eller hele minutter på tilbagemeldinger fra systemet, eller hvis systemet jævnligt er utilgængeligt i lange perioder.

Svartider angives normalt i sekunder for forskellige typer af funktioner. Efter K02, bilag 6, måles svartider i en opdeling mellem simple, almindelige og komplekse transaktioner. Driftseffektivitet angives som en procentdel af den samlede driftstid, hvor systemet skal være tilgængeligt. Kravene til driftseffektiviteten vil i kontraktpraksis ofte ligge mellem 98,0-99,5 %, bl.a. afhængigt af, hvor kritisk systemet er.

Selv uden eksplicite angivelser i aftalen, vil der gælde nogle minimumskrav til systemets svartider og driftseffektivitet. Kunden kan med rimelighed forvente, at svartiderne ikke er så lange, at systemet reelt er uanvendeligt, og at driftseffektiviteten ikke er så lav, at systemet er mere utilgængeligt end tilgængeligt. Hvilke mere præcise krav, kunden kan stille til svartider og driftseffektivitet, vil bero på en konkret vurdering.

Ved denne vurdering består der en grundlæggende sondring mellem udviklingsydelsen og driftsydelsen. Hvis programmet er programmeret på en sådan måde, at det jævnligt er utilgængeligt og/eller har lange svartider, vil der være tale om en permanent tilstand i programmet, hvilket i sig selv kan være skærpende i vurderingen af, om kunden må acceptere dette. Omvendt kan fejl i driften af systemet have karakter af enkeltstående begivenheder, som ikke nødvendigvis vil gentage sig. Hvis systemet er udviklet af én leverandør og driftsafvikles af en anden leverandør, har kunden bevisbyrden for, at den manglende tilgængelighed skyldes den enkelte leverandørs forhold. Over for



udvikleren må kunden med andre ord bevise, at den manglende tilgængelighed skyldes fejl i programmet og ikke fejl i driftsafviklingen og tilsvarende med modsat fortegn over for driftsleverandøren.

Efter nogle kontrakter lægges denne bevisbyrde på leverandørerne, der således holdes ansvarlig, medmindre den enkelte leverandør kan bevise, at det ikke var den pågældendes ydelse men den anden leverandørs ydelse, der forårsagede problemet. Sådanne bestemmelser er dog sjældent forekommende.

Hvis aftalen har angivet specifikke krav til svartider og driftseffektivitet, vil kunden normalt ikke kunne kræve andet, end hvad der udtrykkeligt er aftalt mellem parterne, jf. hvad der ovenfor er angivet om sondringen mellem den konkrete og den abstrakte mangelsvurdering. Der vil med andre ord være en formodning for, at aftalens angivelse udtømmende gør op med kravene til svartider og driftseffektivitet, medmindre aftalen angiver andet (f.eks. at kravene kun er minimumskrav eller aftalen indeholder andre bestemmelser, der gælder i tillæg til de specifikke krav – se nedenfor om “god skik”-bestemmelser). Såfremt aftalen kun angiver eksplicitte krav til svartider og driftseffektivitet for dele af systemet, må kravene til øvrige dele af systemet fastlægges med udgangspunkt i de ovennævnte baggrundsretlige minimumskrav. Der kan med andre ord ikke opstilles en formodning for, at der slet ikke gælder krav til svartider og driftseffektivitet for disse dele af systemet.

Aftaleregulering

#### 4.1.3.3. Kompatibilitet

Større it-systemer består af en række delsystemer, som fungerer i samspil med hinanden. Når to systemer kan fungere sammen, beskrives det ofte således, at systemerne er kompatible. Beslægtet hermed og ofte anvendt synonymt er begrebet “interoperabilitet”.

Uden særskilt angivelse i aftalen, kan kunden som udgangspunkt ikke kræve, at et leveret system er kompatibelt med kundens eksisterende systemer.

Kompatibilitet med kundens eksisterende systemer

Tilsvarende *Bryde Andersen*, IT-retten, s. 956 og *Lindberg & Westman*, Praktisk IT-rätt, s. 305. I samme retning *Dragsted*, IT-kontrakter I, s. 64.

Dette kræver et kendskab til kundens eksisterende systemer, som det ikke uden videre kan forudsættes, at leverandøren har. Udgangspunktet kan dog ændre sig, hvis leverandøren forud for sin tilbudsafgivelse er bekendt med, at systemet skal indgå i et samspil med andre af kundens systemer. I denne situation bør leverandøren som led i sin rådgivningspligt som minimum afklare, i hvilket omfang kunden forventer, at det leverede system er kompatibelt med andre af kundens systemer. Leverandørens rådgivningspligt rækker dog næppe så langt, at leverandøren er forpligtet til at afklare kundens kompatibilitetsbehov, hvis ikke leverandøren har en konkret viden om kundens systemer eller forventninger, der gør det naturligt at afklare spørgsmålet.

Som anført af *Bryde Andersen* må udgangspunktet også være det modsatte, hvis de to systemer hidrører fra samme leverandør, IT-retten, s. 956. Bestiller kunden således et system fra en leverandør, der tidligere har leveret et system, der stadig er i brug hos kunden, må denne kunne forvente, at der er kompatibilitet mellem de to systemer.

Ingen af K-kontrakterne indeholder regulering af kompatibilitetskravet. Det er således som udgangspunkt kundens ansvar at få angivet eventuelle kompatibilitetskrav i kravspecifikationen.

Behovet for kompatibilitet opstår ikke kun mellem de systemer, der særligt er udviklet eller tilpasset til kunden. Leverandørens løsning må ofte også være kompatibel med standardprodukter. Kunden vil i et vist omfang kunne forvente og forlange, at leverandørens løsning er kompatibel med visse standardprodukter. Jo mere udbredt standardproduktet er, jo mere taler for, at kunden med rimelighed kan forvente kompatibilitet. Det må eksempelvis forventes, at pc-applikationsprogrammer er kompatibelt med de nyeste versioner af Windows-styresystemet. Kompatibilitet er oftest et spørgsmål om, hvorvidt de forskellige komponenter understøtter samme (kommunikations)standard. Også her gælder, at jo mere udbredt standarden er, i jo højere grad kan kunden forvente, at leverandørens løsning understøtter standarden.

#### 4.1.3.4. Udbygningsmuligheder

Kundens virksomhed vil ofte udvikle sig over tid, hvilket medfører et behov for, at kundens it-systemer tilsvarende udvikles, enten ved at

nye funktioner tilføjes, eller ved at systemet skaleres til et større antal brugere. Kunden kan derfor have en interesse i, at leverandøren ved udvikling af programmet sørger for, at det er muligt efterfølgende dels at tilføje yderligere funktioner til programmet, dels at skalere programmet til et større antal brugere.

Uden særskilt aftale vil kunden sædvanligvis ikke kunne kræve, at systemet efterfølgende kan udbygges funktionelt eller skaleres til yderligere brugere. Såfremt kunden har behov herfor, må det angives specifikt i aftalen. Alternativt må kunden efterfølgende indgå en separat aftale med leverandøren om udbygningen af systemet.

K02 rummer ingen bestemmelser om kundens udbygningsret, og kunden må derfor om nødvendigt angive et sådant krav i kravspecifikationen, jf. herved også vejledningen til K02, s. 11.

#### 4.1.3.5. Dokumentation

Som et udslag af den loyale oplysningspligt har sælgeren i nogle situationer en pligt til at oplyse køberen om, hvordan salgsgenstanden anvendes. Se f.eks. U.1952.932Ø), hvor køberen kunne hæve købet af en landbrugsmaskine, da sælgeren havde undladt at hjælpe køberen med at få maskinen i gang. Det var ubestridt, at maskinen ikke i sig selv var mangelfuld. Landsretten anførte bl.a.: “Efter rettens formening måtte det ved levering af en landbrugsmaskine af en så kompliceret og usædvanlig beskaffenhed som den i sagen omhandlede maskine påhvile sælgeren at yde en kunde, der har vanskelighed ved at få maskinen til at virke efter sit formål, den nødvendige bistand ved straks at udsende en montør eller en anden sagkyndig.” Kravet er nu lovfæstet i forbrugerløb i kbl. § 75 a, hvoraf bl.a. fremgår, at køberen skal have de fornødne oplysninger med henblik på montering, anvendelse, opbevaring og vedligeholdelse af salgsgenstanden.

Kravet om en brugsvejledning til køberen, særligt for komplekse salgsgenstande, er således velkendt i den almindelige obligationsret og vil også gælde ved anskaffelse af it-systemer. Uden særlig aftale vil kunden således kunne forvente at modtage en brugerdokumentation, der sætter kunden i stand til at anvende systemet.

Det  
obligationsretlige  
udgangspunkt

Bruger-  
dokumentation

I Vestre Landsrets dom af 7. april 1986 (ERA 2, s. 155)(\*) blev det anset for en hævebegrundende mangel, at kunden først modtog en brugervejledning et år efter leveringen af systemet, og at vejledningen ikke var tilstrækkelig klar, hvilket i væsentlig grad forringede systemets værdi for kunden. Parternes aftale angav, at der skulle leveres en brugervejledning, og dommen kan derfor ikke direkte tages til indtægt for, at kunden også har krav herpå uden særskilt aftale. Dommens betoning af brugervejledningens vigtighed peger dog i denne retning.

Ofte vil brugervejledningen allerede være en forudsætning for, at kunden kan teste systemet i testfasen som aftalt.

Hvad der nærmere kan kræves af brugerdokumentationen, vil bero på en konkret vurdering, hvor der bl.a. må tages højde for systemets kompleksitet og pris. Henset til, at der er tale om kommercielle forhold, kan kunden næppe uden særskilt aftale modsætte sig, at brugerdokumentationen foreligger på engelsk. Der må være en formodning for, at kunden kan tilegne sig indholdet, hvis dokumentationen er udformet på dansk eller engelsk og muligvis også, hvis den er udformet på svensk eller norsk. Derimod kan oplysningspligten næppe opfyldes ved at levere en brugerdokumentation på andre sprog.

For mere komplekse systemer vil det ud over den egentlige brugermanual være naturligt, at leverandøren giver kunden en individuel (mundtlig) vejledning i systemet. Det vil efter omstændighederne kunne være en naturlig del af leverandørens vejledningspligt at foretage en sådan individuel introduktion for kunden. Om det er tilfældet og omfanget heraf vil bl.a. bero på de allerede nævnte faktorer, systemets kompleksitet og pris samt detaljeringsgraden af den skriftlige brugervejledning. Der skal også tages højde for, at uddannelse i brug af systemet ofte aftales som en betalbar tillægsydelse. Kunden kan ikke vederlagsfrit kræve et helt uddannelsesprogram under henvisning til leverandørens vejledningspligt.

I en dom fra Sø- og Handelsretten af 21. juni 2007 (Byernes Varme & Sanitetservice mod Lundberg Data)(\*) havde et VVS-firma købt et nyt regnskabsprogram, der kunne beregne priser både med og uden grossisternes rabatter. Ved installation af programmet blev priserne til kunderne ved en fejl fastsat til priser efter rabat. VVS-firmaet led herved et større tab ved gennem en periode at fakturere

kunderne for lave priser. Det tidligere regnskabsprogram gav kun mulighed for at fastsætte priserne uden grossistrabat, og VVS-firmaet var derfor ikke opmærksom på, at det nye program gav mulighed for at beregne priserne med rabat. Sø- og Handelsretten fandt, at leverandøren burde have gjort VVS-firmaet særligt opmærksom på denne valgmulighed. Sø- og Handelsretten fandt imidlertid, at VVS-virksomheden havde udvist en sådan egen skyld, at erstatningskravet bortfaldt. Retten lagde herved vægt på, at en medarbejder i VVS-firmaet aktivt havde valgt mellem de to beregningsformer uden at have søgt nærmere afklaring af forskellene på dem, og at virksomheden ikke havde foretaget en manuel fakturakontrol efter ibrugtagning af det nye system.

I tillæg til brugerdokumentationen vil kunden ofte have behov for systemdokumentation. Systemdokumentationen sætter kunden i stand til selv (i praksis ofte via en tredjepartsleverandør) at integrere systemet med andre systemer, driftsafvikle systemet og eventuelt foretage vedligeholdelse og fejlrettelse af systemet. Uden en særskilt regulering af kundens adgang til systemdokumentationen, må dette afgøres af, hvilke rettigheder aftalen i øvrigt tildeler kunden. Giver aftalen kunden en eksplicit ret til selv at foretage integration, driftsafvikling, fejlrettelse mv., må det indebære en pligt for leverandøren til at udlevere den systemdokumentation, der er nødvendig for at kunne foretage disse handlinger. I modsat fald bliver de tildelte rettigheder uden realindhold, hvilket leverandøren, som den part, der har indsigt i forholdet, loyalt burde have oplyst kunden. Rummer aftalen omvendt ikke en eksplicit ret for kunden til selv at foretage integration, driftsafvikling, fejlrettelse mv., vil leverandøren næppe være forpligtet til at udlevere systemdokumentation uden særskilt angivelse i aftalen. Spørgsmålet om udlevering af systemdokumentation er nært knyttet til spørgsmålet om udlevering af programmets kildekode, der behandles straks nedenfor.

Kvaliteten af systemdokumentationen er vigtig, da det er systemdokumentationen, der sætter en tredjepart i stand til at vedligeholde og videreudvikle systemet. Systemdokumentation af ringe kvalitet kan derfor vanskeliggøre et leverandørskifte og påføre kunden ekstraomkostninger. Uden særskilt angivelse i aftalen, må kunden kunne forlange systemdokumentation, der lever op til almindelig branchestan-

System-  
dokumentation

dard. Det ville også kunne følge af aftalens krav om, at ydelserne skal leve op til “god skik” eller lignende, jf. afsnit 4.1.4 nedenfor.

Leverandørens pligt til at stille dokumentation til rådighed er i K02 reguleret i pkt. 3.4, der i uddrag har følgende ordlyd:

Leverandøren skal levere den Dokumentation, der er nødvendig for at udnytte Leverancen, herunder Systemdokumentation for de i Leverancebeskrivelsen beskrevne tekniske grænseflader i Leverancen. Endvidere skal Leverandøren levere den Dokumentation til Kunden, der er nødvendig for, at tredjemand på rimelige og sædvanlige vilkår kan varetage Drift og udføre vedligeholdelse af Programmel og udstyr samt ændring af Kundespecifikt Programmel i henhold til Kontraktens øvrige bestemmelser.

[...]

Hvis Leverandøren foretager ændringer i Leverancen, herunder som led i vedligeholdelse, skal den leverede Dokumentation samtidig ændres, således at Dokumentationen fortsat opfylder ovennævnte krav. Tilsvarende gælder ved Optioner.

Brugerdokumentation skal foreligge på dansk, og øvrig Dokumentation skal foreligge på dansk eller engelsk, medmindre andet er angivet i bilag 4...

#### 4.1.3.6. Kildekode

Såfremt kunden selv skal foretage fejlrettelse eller videreudvikling af programmet, forudsætter det adgang til programmets kildekode.

I praksis vil kunden ofte ønske at overlade fejlrettelse eller videreudvikling til en anden leverandør. Når der i det følgende tales om kundens egen fejlrettelse sigtes også til den situation, hvor fejlrettelsen forstås af en tredjepartsleverandør.

I de udviklingsaftaler, hvor det er forudsat, at kunden selv skal kunne fejlrette og videreudvikle, er det derfor ofte en del af leverandørens ydelse at stille programmets kildekode til rådighed for kunden. Selvom det ikke er udtrykkeligt forudsat, at kunden selv skal kunne foretage fejlrettelse og vedligeholdelse, kan kunden alligevel have behov for kil-

dekoden, hvis leverandøren væsentligt misligholder sine vedligeholdelsesforpligtelser, som således må overtages af kunden. Tilsvarende, hvis kunden hæver aftalen før programmet er færdigudviklet, og kunden ønsker selv at færdigudvikle programmet.

De problemstillinger, der omtales i det følgende, gør sig selvsagt ikke gældende for open source-programmel, hvor kildekoden er frit tilgængelig. Open source-programmel er nærmere beskrevet i kapitel 5.

Det er uproblematisk at give kunden adgang til kildekoden, hvis programmet alene udvikles til kunden, og kunden tildeles alle rettigheder til det. I de fleste tilfælde vil systemet imidlertid være baseret på komponenter, der også sælges til andre kunder. I disse tilfælde vil leverandøren ofte være mere tilbageholdende med at udlevere kildekoden, da denne kan udgøre en central forretningshemmelighed. Med adgang til kildekoden vil det således være muligt at genbruge dele af leverandørens program i andre løsninger, uden at det umiddelbart kan opdages.

Ofte løses problemstillingen ved, at leverandøren deponerer kildekoden hos en uafhængig tredjemand, der forpligter sig til at udlevere den til kunden, når nærmere angivne betingelser er opfyldt, f.eks. at leverandøren har misligholdt sin vedligeholdelsesforpligtelse, eller at vedligeholdelsesaftalen af andre grunde er ophørt.

Kildekode-  
deponering

Kildekode deponering 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](http://www.teknologisk.dk)>).

I nogle aftaler kan leverandøren vælge mellem at deponere kildekoden hos tredjemand eller overgive den til kunden.

Aftaleregulering

Se f.eks. K02, hvis bestemmelse om kundens adgang til kildekode har følgende ordlyd (pkt. 23.3.1, 3. afsnit):

Medmindre andet udtrykkeligt er angivet i bilag 15, skal Leverandøren med faste intervaller og senest umiddelbart efter Kundens

godkendelse af en delleveranceprøve, der omfatter det pågældende Kundespecifikke Programmel, foretage sådanne foranstaltninger, der gør kildekoden for dette tilgængelig for Kunden i tilfælde af Leverandørens misligholdelse. Leverandøren kan opfylde denne pligt ved løbende at overdrage kildekoden til Kunden, ved deponering hos tredjemand, eller på anden måde, der accepteres af Kunden. Kunden bærer alle omkostninger til deponering. De nærmere krav til deponering samt eventuelle indskrænkninger i Kundens brugsret til kildekoden skal anføres i bilag 15.

K03 indeholder en tilsvarende bestemmelse (pkt. 31.3.1.2). K01 indeholder ingen regulering af kundens adgang til kildekode, da denne aftale forudsættes brugt til mindre tilpasninger af standardprogrammel.

Baggrundsret og  
aftalefortolkning

Indeholder aftalen ingen regulering af adgangen til kildekode, må spørgsmålet afklares med udgangspunkt i den ophavsretlige regulering af rettighederne til programmet. Kildekoden nyder samme ophavsretlige beskyttelse som andre udmøntninger af det pågældende edb-program. Retten til at kopiere og udnytte kildekoden tilkommer derfor den, der har ophavsretten til programmet. Tildeler aftalen kunden alle rettigheder til programmet, må der derfor også indfortolkes en adgang til kildekoden, uanset om det ikke måtte fremgå udtrykkeligt af aftalen. Da leverandøren ikke har nogen rettigheder til programmet og derfor heller ingen kommerciel interesse i kildekoden, vil dette sjældent være et praktisk problem. Erhverver kunden omvendt udelukkende en brugsret til programmet, vil kunden som udgangspunkt ikke have behov for kildekoden og heller ikke kunne kræve denne udleveret, så længe leverandøren forestår vedligeholdelsen.

Spørgsmålet er mere tvivlsomt, hvor kunden ikke erhverver alle rettigheder til programmet men har et behov for selv at kunne udbedre fejl og eventuelt videreudvikle programmet, enten fordi leverandøren ikke (længere) tilbyder denne ydelse, eller fordi kunden ønsker selv at overtage vedligeholdelse og eventuel videreudvikling. Såfremt parternes aftale ikke giver kunden en eksplicit ret til selv at forestå vedligeholdelse og videreudvikling, kan kunden som altovervejende udgangspunkt ikke kræve kildekoden udleveret. Dette gælder særligt, hvis leverandøren fortsat tilbyder vedligeholdelse, men selv i den situation,



hvor leverandøren ophører med at tilbyde vedligeholdelse, kan kunden næppe kræve kildekoden udleveret uden særskilt aftale.

Tilsvarende *Bryde Andersen*, IT-retten, s. 228.

Mere usikkert er det, når aftalen giver kunden ret til at udbedre fejl og videreudvikle programmet. Denne ret forudsætter adgang til kildekoden. Umiddelbart vil derfor gælde samme argumentation for leverandørens pligt til at udlevere kildekoden som systemdokumentationen: Kundens adgang til at foretage fejlrettelse mv. vil blive gjort illusorisk, hvis ikke kunden får adgang til kildekoden. På denne baggrund må det antages, at der i aftalen vil blive indfortolket en pligt for leverandøren til at udlevere kildekoden, når aftalen udstyrer kunden med en eksplicit ret til selv at foretage fejlrettelse, videreudvikling mv. Da kildekoden som nævnt ofte er en central forretningshemmelighed for leverandøren, kan det imidlertid være væsentligt mere indgribende for leverandøren at skulle udlevere kildekoden end systemdokumentationen. Dette aspekt må inddrages ved fortolkningen og kan sammen med sagens konkrete omstændigheder i øvrigt føre til, at kunden ikke kan kræve kildekoden udleveret.

Beslægtet hermed er spørgsmålet, om kunden kan kræve kildekoden udleveret, hvis der foreligger en mangel ved programmet, som kunden efter de almindelige misligholdelsesregler har krav på selv at udbedre.

Om kundens – begrænsede – ret til selv at afhjælpe mangler, se afsnit 9.2.1.3 nedenfor.

I denne situation kan svaret imidlertid ikke tage udgangspunkt i en fortolkning af parternes aftale, medmindre denne forholder sig til kundens adgang til selv at afhjælpe mangler. I stedet må svaret formentlig, som angivet hos *Bryde Andersen*, IT-retten, s. 229 f., søges i en samlet vurdering med vægt på den potentielle skadesvirkning på den ene side for kunden ved ikke at få adgang til kildekoden og på den anden side for leverandøren ved at skulle udlevere kildekoden. Graden af uagtsomhed hos leverandøren kan også tillægges vægt.

#### 4.1.4. Aftalt kvalitetsmålestok – “god it-skik” mv.

I mange it-kontrakter aftales, at ydelsen skal leve op til en nærmere angivet kvalitetsmålestok som f.eks. “god it-skik” eller “best practice”. Denne form for fleksibel kvalitetsmålestok gør det muligt for parterne at angive et vist minimumsniveau for ydelserne, uden at dette behøver defineres nærmere for de enkelte delydelser. Denne fleksibilitet sikrer endvidere, at kvalitetsmålestokken tilpasses den løbende udvikling (hvilket har særlig betydning i løbende kontraktforhold, som f.eks. driftsaftaler og vedligeholdelsesaftaler). Den fleksible formulering indebærer omvendt, at det kan være vanskeligt at afgøre, hvornår ydelsen lever op til aftalens krav om god it-skik mv. Vurderingen vil være konkret og må i mange tilfælde foretages af en fagmand, men formuleringen af kvalitetsmålestokken vil selvsagt danne udgangspunkt for vurderingen.

I september 2011 udsendte Dansk IT, Foreningen af Statsautoriserede Revisorer, Foreningen af Interne Revisorer og ISACA publikationen “God it-skik”, som dog primært omhandler kundens interne processer i forbindelse med it-anvendelse. Publikationen er omtalt af *Dragsted*, Lov&Data, nr. 107, 2011, hvor der ligeledes knyttes bemærkninger til god skik-bestemmelsen i K02.

God it-skik –  
K-kontrakterne

I K02 og K03 anvendes målestokken “god it-skik”, der defineres som “en af it-branchen alment accepteret god udførelse inden for et bestemt område”. Med en formulering som denne, vil god skik-begrebet formentlig være sammenfaldende med, hvad kunden med rimelighed kan forvente i mangel af nærmere aftale, jf. nærmere afsnit 4.1.1 ovenfor. Der vil med andre ord være et vist sammenfald mellem fastlæggelsen af ydelsen efter de almindelige obligationsretlige regler og efter den aftalte kvalitetsmålestok.

Best practice

I nogle kontrakter anvendes “best practice” eller tilsvarende betegnelser som målestokken for ydelsernes kvalitet. Ved at anvende best practice-terminologien angives, at ydelserne ikke blot skal leve op til almindelig god branchestandard men skal leve op til den bedste kvalitet i branchen.

Se også *Dragsted m.fl.*, K02 med kommentarer, s. 110.

Brugen af best practice-standarden indebærer en skærpelse i forhold til det almindelige obligationsretlige udgangspunkt. Dette kan også udtrykkes således, at kunden ikke med rimelighed kan forvente den bedste kvalitet målt efter en branchestandard, når dette ikke følger af kontraktens ydelsesbeskrivelse.

Brugen af en aftalt kvalitetsmålestok rejser spørgsmålet, om denne kan skærpe kravene til ydelsen, selv i situationer hvor ydelsesbeskrivelsen specifikt og entydigt angiver kravene. Angives eksempelvis i kravspecifikationen, at systemet skal leve op til en bestemt sikkerhedsstandard, som ikke nyder større udbredelse og i øvrigt er ved at være forældet, rejser det spørgsmålet, om kunden efterfølgende under henvisning til, at ydelserne generelt skal leve op til god it-skik, kan kræve, at systemet i tillæg hertil lever op til en anden sikkerhedsstandard, som et tilsvarende system normalt ville skulle leve op til for at følge god it-skik.

Kontrakten er sædvanligvis formuleret således, at kravet om god it-skik er kumulativt i forhold til kontraktens øvrige krav til ydelsen. I dette tilfælde vil udgangspunktet være, at kunden kan kræve en ydelse, der lever op til kravet om god it-skik, uanset om leverandøren hermed må levere mere/andet end det, der fremgår af den specifikke ydelsesbeskrivelse.

Burde leverandøren som led i sin almindelige loyalitetspligt have gjort kunden opmærksom på, at den krævede sikkerhedsstandard var forældet, vil det allerede heraf kunne følge, at kunden har krav på en ydelse, der opfylder den mere gængse standard, jf. ovenfor.

Følger det omvendt af kontrakten, at god skik-bestemmelsen ikke er kumulativ, kan kunden ikke kræve mere, end hvad der følger af den specifikke ydelsesbeskrivelse på de områder, hvor ydelsen er beskrevet i kontrakten. I eksemplet behøver systemet derfor kun at leve op til den specifikt angivne sikkerhedsstandard.

Følger det ikke umiddelbart af god skik-bestemmelsen, om den er kumulativ, vil dette bero på en fortolkning af aftalen. Der kan muligvis opstilles en formodning for, at parterne har ønsket, at systemet skal overholde god it-skik, og at bestemmelsen derfor er kumulativ. Derimod kan der næppe opstilles en formodning for, at en bestemmelse

Uoverensstemmelse mellem aftalt kvalitetsmålestok og den specifikke ydelsesbeskrivelse

der stiller krav om “best practice”, “world class” eller tilsvarende skal være kumulativ. I sidste ende vil det bero på en konkret fortolkning, hvor der bl.a. kan lægges vægt på detaljeringsgraden af ydelsesbeskrivelsen. Jo mere detaljeret ydelsen er beskrevet, jo mere taler for, at denne udtømmer leverandørens forpligtelse.

Selv hvor god skik-bestemmelsen er kumulativ, vil leverandøren ikke være forpligtet til at levere mere, end der fremgår af ydelsesbeskrivelsen, hvis kunden helt bevidst har fravalgt den løsning, som ville følge af god it-skik. Har kunden således i det ovenstående eksempel bevidst fravalgt den gængse standard, kan kunden ikke efterfølgende kræve opfyldelse af denne standard under henvisning til kravet om god it-skik. Dette vil i særlig grad gælde, hvis kunden har udeladt kravet af ydelsesbeskrivelsen i ond tro, dvs. med bevidsthed om, at kravet vil være omfattet af det bredere krav om god it-skik. En sådan fremgangsmåde vil være i strid med kundens almindelige loyalitetspligt.

Endelig må kravet om god it-skik vige, hvis det af kontrakten udtrykkeligt fremgår, at leverancen ikke lever op til det krav, der i øvrigt ville følge af god it-skik. Har leverandøren eksempelvis i sin løsningsbeskrivelse eksplicit angivet, at driftsydelsen ikke lever op til den mere gængse standard, vil kravet om denne standard ikke kunne opretholdes, uanset kravet om god it-skik. Dette kan ses som udslag af en art *lex specialis*-betragtning.

I nogle kontrakter knytter den angivne kvalitetsmålestok ikke an til alle leverandørens ydelser, men er f.eks. kun rettet mod beskrivelsen af leverandørens handlinger (leverandørens programmering, undervisning af kundens medarbejdere, kvalitetssikring mv.). Er dette tilfældet, vil selve det udviklede system ikke skulle leve op til den aftalte kvalitetsmålestok, såfremt denne fører til skærpede krav i forhold til, hvad der i øvrigt gælder efter aftalen og de almindelige obligationsretlige regler.

I K02 er alle leverandørens ydelser omfattet af kravet om god it-skik. Efter kontraktens pkt. 17.1 garanterer leverandøren, at leverancen (alt der skal leveres senest på overtagelsesdagen), vedligeholdelse og eventuel drift opfylder kravene til god it-skik. I tilknytning hertil er kravet om god it-skik gentaget i en række detailbestemmelser, se pkt. 3.4 (udformning af dokumentation), pkt. 5.5 (kvalitetssikring af leverancens udførelse), pkt. 11.1 (vedligeholdelse) og

Ydelser omfattet af den aftalte kvalitetsmålestok

pkt. 17.1 (programmering af kundespecifikt programmel). Samme model er anvendt i K03.

#### 4.1.5. Overholdelse af lovkrav

Den databehandling, der foretages i kundens systemer, vil ofte være underlagt en række forskellige lovkrav.

Det er en sædvanlig terminologi at tale om, at "systemet" skal overholde lovgivningen. Hvad der menes, er dog snarere, at den databehandling, der foretages i systemet, skal overholde lovgivningen. I det følgende anvendes den sædvanlige og mere mundrette terminologi. Er et system i et udviklingsprojekt indrettet sådan, at databehandlingen i systemet vil være i strid med lovgivningen, tales således i det følgende om, at systemet ikke overholder lovgivningen.

Behandles eksempelvis personoplysninger i systemet, skal de databeskyttelsesretlige regler overholdes, herunder f.eks. og ikke mindst reglerne om tekniske sikkerhedsforanstaltninger i forordningens art. 32. Ved behandling af patientoplysninger i sundhedssektoren skal sundhedslovgivningens regler overholdes, jf. sundhedslovens § 42 a om indhentelse af elektroniske helbredsoplysninger i forbindelse med behandling af patienter. Systemer, der skal understøtte offentlig myndighedsudøvelse, skal overholde de forvaltningsretlige regler. På tilsvarende vis kan branchespecifikke regler skulle overholdes ved databehandling i branchespecifikke it-systemer.

Det såkaldte EFI-system, der skulle fungere som et fælles offentligt inddrivelsessystem, er et illustrativt eksempel på et system, der ikke overholdt relevante lovregler. Systemet gennemførte bl.a. automatisk modregning af forældede fordringer, herunder ved lønindeholdelse, og foretog i strid med de databeskyttelsesretlige regler betalingsveneberegning på alle, der var registreret i systemet, uanset om de pågældende havde offentlig gæld. Brugen af systemet blev bl.a. som følge af den manglende lovmedholdelighed standset, og systemet er afløst af et andet inddrivelsessystem.

Det vil ofte være aftalereguleret, hvem af parterne som har ansvaret for systemets overholdelse af lovkrav, jf. nedenfor om standardkontrakternes regulering, men det er ikke altid tilfældet.

Den almindelige obligationsret giver ikke noget sikkert svar på, hvorvidt sælgeren eller køberen har ansvaret for, at ydelsen overholder lovkrav, og der kan formentlig heller ikke gives et entydigt svar.

*Iversen* anfører i *Obligationsretten* 1, s. 371 f. følgende om spørgsmålet: “Eftersom lovgivningens regler efter omstændighederne må antages at have været køberen bekendt, ifalder sælgeren ikke uden videre ansvar for ikke at have oplyst køberen om almindeligt kendte rådighedsindskrænkninger, jf. UfR 1978.478 H om tilbudspligt. Sælgeren kan dog i almindelighed ikke lastes for lovændringer og offentlige indgreb i tiden efter, at kontrakten er indgået”, og videre på s. 374: “Rådighedsbegrænsninger, der følger direkte af almindelige regler, som køberen ikke er gjort opmærksom på, er derimod ikke mangler”. Muligvis i modsat retning samme sted s. 223: “Der foreligger en mangel i misligholdelsesreglernes forstand, hvor ydelsen ikke opfylder kontraktens krav. Til de kontraktretlige krav vil i almindelighed høre, at ydelsen – eventuelt efter en vis tilpasning eller reparation – lovligt kan bruges til sit normale formål, jf. KBL §§ 75 a og 76, stk. 1, nr. 4”, med ikke nærmere specificeret forbehold på s. 224: “Der foreligger ikke misligholdelse, såfremt en erhvervsmæssig medkontrahent var fuldt orienteret om, at ikke alle sikkerhedskrav er opfyldt. En solgt genstand, som uden sælgerens viden ikke opfylder legale krav til kvalitet og sikkerhed, er ikke nødvendigvis altid mangelfuld.” Hos *Theilgaard m.fl.*, *Købeloven*, s. 750 f. anføres med henvisning til en række domme, at der i almindelighed kan antages at foreligge en mangel, hvis salgsgenstanden ikke svarer til offentlige forskrifter, mens det på s. 1070 anføres, at køberen selv må være nærmest til at undersøge, om den forudsatte brug af genstanden kan gennemføres uden at komme i strid med gældende forskrifter. *Krærup* identificerer i TfR 2013, s. 6 ff. på baggrund af en større analyse af en række standardkontrakter inden for forskellige brancher en række hensyn, der tillægges vægt ved fordelingen af ansvar og risiko for overholdelse af offentligretlige krav i længevarende kontraktforhold.

Det må dog ligge fast, at leverandøren ikke kan have ansvaret for rege- lændringer i tiden efter kontraktens indgåelse, medmindre dette er særskilt aftalt mellem parterne, således også *Iversen*, a.st.

Ændringer efter kontraktens indgåelse

Dette synes at være det klare udgangspunkt for alle typer af længe- revarende kontrakter, jf. *Krarup*, a.st., s. 75.

For de eksisterende regler på kontrakttidspunktet må der sondres mellem deklatoriske og præceptive lovregler. Systemet skal overholde præceptiv lovgivning. Såfremt dette ikke er tilfældet, er parterne nødsaget til at ændre systemet, og spørgsmålet er derfor reelt kun, hvem der skal påtage sig den økonomiske risiko herfor. Derimod er det ikke et udefrakommende krav, at systemet overholder deklatoriske lovregler. Det er derfor i denne situation heller ikke en forudsætning, at der skal ske ændringer i systemet.

På den baggrund må det antages, at kunden ikke kan kræve, at systemet overholder deklatoriske lovregler, medmindre dette udtrykkeligt fremgår af aftalen. Såfremt kunden ønsker tilpasninger af systemet i forhold til den aftalte systemspecifikation med henblik på overholdelse af deklatoriske regler, må kunden betale herfor i overensstemmelse med aftalens ændringshåndteringsprocedure.

Deklaratoriske regler

Tilbage står herefter spørgsmålet om ansvaret for systemets overholdelse af præceptive lovregler. Det teoretiske udgangspunkt i obligationsretten må være, at den part, hvis rådighed begrænses af en given retsregel, må bære risikoen herfor. Dette udgangspunkt er dog ikke stærkere, end at det generelt synes at blive tillagt vægt, hvem af parterne der var nærmest til at kende de regler, som hindrer den forudsatte brug af salgsgenstanden. Med inspiration fra den almindelige forudsætningslære kan man muligvis formulere et udgangspunkt således, at køberen bærer risikoen for rådighedsbegrænsninger i den forudsatte brug, medmindre sælgeren var bekendt med køberens forudsatte brug, og sælgeren i den konkrete situation var nærmest til at bære risikoen for, at gældende retsregler hindrede denne brug.

Præceptive regler

Med dette udgangspunkt bliver det afgørende, om leverandøren burde kende de pågældende lovregler, og om leverandøren i givet fald var nærmest til at bære risikoen for den manglende overholdelse heraf.

Ved besvarelsen må der sondres mellem standardssystemer og kundespecifikke systemer.

For standardssystemer må udgangspunktet være, at leverandøren har ansvaret for, at systemet overholder gældende præceptive lovkrav. Har leverandøren eksempelvis udviklet et branchespecifikt standardssystem til sundhedssektoren eller forsikringssektoren, må det med rimelighed kunne forventes, at leverandøren har undersøgt de relevante lovkrav, der gælder inden for den pågældende branche og indrettet brancheløsningen i overensstemmelse hermed.

Dette stemmer overens med det specialistsynspunkt, der er fremhævet hos *Krarup*, a.st., s. 58 ff.

Dette gælder dog som nævnt kun for lovkrav gældende på tidspunktet for aftalens indgåelse. Leverandøren vil kun være forpligtet til at ændre systemet som følge af ændringer i lovgivningen, såfremt dette er særskilt aftalt mellem parterne, f.eks. som led i en vedligeholdelsesordning.

For kundespecifikke systemer må udgangspunktet være det modsatte. Kunden kan således ikke med rimelighed forvente, at leverandøren har gennemført egentlige juridiske analyser og tilpasset systemet herefter, medmindre dette særskilt er aftalt mellem parterne.

Anderledes *Nørager-Nielsen*, som antager, at der i almindelighed foreligger en mangel, hvis ikke systemet opfylder relevante lovkrav, Edb-kontrakter, s. 179.

Sker der specialtilpasning af et standardssystem, gælder dette dog kun for specialtilpasningen. For den del af den samlede leverance, der udgøres af standardelementer, gælder det netop anførte om leverandørens ansvar for standardssystemer.

En undtagelse hertil vil gælde i de situationer, hvor leverandøren var bekendt med relevante lovkrav og med, at disse ikke ville blive opfyldt ud fra kundens kravspecifikation. I denne situation vil det følge af leverandørens loyale oplysningspligt, at leverandøren må gøre kunden opmærksom på forholdet. En undtagelse vil muligvis også gælde, hvis leverandøren over for kunden har anført sig som "ekspert" eller lig-



nende inden for et bestemt område eller en bestemt branche. Det må dog også i disse situationer gælde, at leverandøren ikke har pligt til at foretage ændringer i systemet foranlediget af lovændringer efter aftalens indgåelse, medmindre dette er særskilt aftalt. Leverandøren vil derfor kunne kræve særskilt betaling for ændringer i dette tilfælde.

En særlig problemstilling opstår, når offentlige myndigheder får udviklet et system, der helt eller delvist skal foretage retlige eller sagkyndige vurderinger. Det kan i forvaltningsretlig forstand indebære delegation af myndighedsudøvelse til leverandøren, når denne gennem kodning af systemet har indflydelse på, hvordan den automatiserede sagsbehandling vil blive varetaget. Myndigheden kan ikke overlade ansvaret for, at systemet overholder de forvaltningsretlige regler og den automatiserede myndighedsudøvelse dermed er lovlig, til en privat leverandør. Se nærmere om denne delegationsproblemstilling og de krav, der følger heraf, *Motzfeldt & Abkenar* (red.), *Digital forvaltning*, s. 104 ff. med yderligere henvisninger.

Delegation af myndighedsudøvelse

Både K01 og K02 regulerer ansvaret for overholdelse af lovkrav. I K01 er spørgsmålet reguleret på følgende måde (pkt. 21):

Aftaleregulering – K-kontrakterne

Leverandøren indestår for, at leverede ydelser opfylder relevante præceptive regler, således som disse foreligger ved nærværende kontrakts indgåelse.

Specifikke præceptive regler for kunden og for kundens branche skal dog ikke opfyldes, med mindre disse regler er beskrevet i bilag 2, eller med mindre der leveres en brancheløsning.

K02 indeholder en til dels anderledes ansvarsfordeling (pkt. 17.8):

Leverandøren garanterer, at leverede ydelser opfylder relevante præceptive regler samt de i bilag 3 anførte deklatoriske regler, således som disse foreligger ved Kontraktens indgåelse, henholdsvis på tidspunktet for bestilling af en ændring.

Det er angivet i bilag 5, i hvilket omfang indførelse af nye regler efter kontraktindgåelse er omfattet af Leverandørens vedligeholdelsesordning.

Efter K02 er leverandøren således ansvarlig for overholdelse af såvel generelle som branchespecifikke præceptive regler, hvorimod leverandøren kun er ansvarlig for overholdelse af de førstnævnte efter K01. K03 indeholder en bestemmelse identisk med bestemmelsen i K02 (K03, pkt. 23.11). Begge bestemmelser pålægger formentlig leverandøren et videregående ansvar, end hvad der følger af det baggrundsretlige udgangspunkt som skitseret ovenfor.

#### 4.1.6. Gevinstrealisering

Kernen i ydelsesbeskrivelsen i en it-udviklingsaftale er angivelsen af funktionelle og tekniske krav til systemet. I disse år er der muligvis en tendens til ikke udelukkende at fokusere på selve kravene til systemet, men også at fokusere på de forretningsmål og gevinster, som i sidste ende skal opnås ved brugen af systemet (økonomiske besparelser, medarbejderreduktioner, hurtigere behandling af henvendelser mv.). Filosofien bag dette er, at det i sidste ende ikke er afgørende for kunden, hvilke funktionelle og tekniske krav systemet lever op til, men om kunden opnår de forudsatte gevinster ved systemet. Der har ikke været tradition for, at it-udviklingsaftaler har fokuseret på gevinstrealisering, og mange kunder har derfor oplevet at have modtaget et system, der levede op til alle de angivne krav i kravspecifikationen, men som ikke desto mindre var uegnet til at realisere de gevinster, som var hele formålet med projektet. Det er ikke nyt, at et it-udviklingsprojekt er baseret på en businesscase, der hviler på nogle forventede gevinster, og heller ikke, at disse forventninger deles med leverandøren. Derimod er det nyt, hvis udviklingsaftaler begynder at pålægge leverandøren et kontraktuelt medansvar for gevinstrealiseringen.

K03 har som den første standardkontrakt knyttet gevinstrealisering til de kontraktuelle forpligtelser. Kontraktens pkt. 3.2.2 foreskriver således, at ydelserne skal være "egnet til at understøtte kundens forretningsmæssige mål og behov", således som disse nærmere er specificeret i et af kontraktens bilag. Heri ligger, at systemet vil være mangelfuldt, hvis ikke det er egnet til at understøtte de angivne forretningsmål og -behov.

Omfanget af leverandørens forpligtelse er i vejledningen til K03 søgt illustreret med følgende eksempel: "Leverandørens ydelser skal

være egnet til at understøtte kundens forretningsmæssige mål og behov. Har kunden således som et forretningsmæssigt mål med projektet angivet, at kunden ved en reduktion af manuelle arbejdsgange ønsker at reducere antallet af sagsbehandlere, er leverandøren således forpligtet til at levere en ydelse, der er egnet til at erstatte og dermed reducere de manuelle arbejdsgange, som sagsbehandlere foretager. Hvorvidt dette fører til en reduktion af antallet af sagsbehandlere, er kundens eget ansvar, da dette afhænger af kundens gevinstrealisering” (s. 42).

Der er en afgørende forskel på at pålægge leverandøren et kontraktuelt ansvar for, at de angivne forretningsmæssige mål nås (selve gevinstrealiseringen) henholdsvis, at systemet er egnet til at understøtte disse mål. Det kan ikke forventes, at it-udviklingsaftaler fremover vil pålægge leverandøren et kontraktuelt ansvar for gevinstrealiseringen. Der er en betydelig modstand blandt leverandører mod at skulle påtage sig en resultatforpligtelse, der er knyttet til kundens forretningsmæssige mål, navnlig fordi en opfyldelse af disse mål afhænger af faktorer, som leverandøren ikke har indflydelse på. Af samme grund vil det næppe være muligt at forpligte leverandøren til mere, end at systemet skal være egnet til at understøtte de forretningsmæssige mål, således som K03 gør (hvilket i sig selv har mødt modstand i leverandørkredse). Et sådant krav bør dog ikke stå som den eneste eller primære resultatforpligtelse, eftersom det er vanskeligt at vurdere, hvorvidt systemet lever op til dette egnethedskrav. Da det er kunden, som har bevisbyrden for, at systemet er mangelfuldt, vil det være en betydelig risiko, såfremt egnethedskravet er den primære resultatforpligtelse, og det vil generelt skabe en usikkerhed om indholdet af ydelsen, som ikke er i nogen af parternes interesse. Af disse grunde må det forventes, at den klassiske kravspecifikation også fremover vil udgøre en central del af ydelsesbeskrivelsen. Det forekommer dog sandsynligt, at der fremover vil fremkomme hybridmodeller i stil med K03, hvor der i nogen grad vil blive lagt vægt på de forretningsmæssige mål.

Sondring mellem opnåelse og understøttelse af forretningsmæssige mål

En tilsvarende aftalemodel kendes i entrepriseretten, hvor de såkaldte ESCO-aftaler, pålægger entreprenøren et kontraktuelt ansvar for, at kunden opnår en nærmere angivet energibesparelse.

Uden særskilt aftaleregulering, vil leverandøren ikke have ansvaret for, om kunden realiserer de gevinster, der er formålet med det pågældende it-system. Leverandøren vil som udgangspunkt heller ikke have ansvaret for, om systemet er egnet til at opfylde kundens forretningsmæssige mål og behov, når intet er anført herom i aftalen. I nogle kontrakter anføres i en præambelbestemmelse, at kunden forventer at opnå besparelser mv. med ibrugtagningen af det nye system. En sådan præambeltekst vil ikke udgøre en del af ydelsesbeskrivelsen og vil som udgangspunkt heller ikke pålægge leverandøren ansvar for, om systemet kan føre til de forventede besparelser. Giver kunden leverandøren indblik i de gevinster, kunden forventer at kunne realisere med det nye system, vil leverandørens almindelige rådgivningspligt, jf. herom straks nedenfor, pålægge leverandøren at gøre opmærksom på det, hvis leverandøren ved eller burde vide, at systemet ikke vil være egnet til at understøtte denne gevinstrealisering. Udgangspunktet er det samme, hvis leverandøren selv angiver potentielle besparelser som led i salgs- og forhandlingsfasen. Medmindre leverandøren vidste eller burde vide, at angivelserne var ukorrekte, og dermed potentielt kan blive ansvarlig efter princippet om culpa in contrahendo, forudsætter en forpligtelse, at angivelserne indføres i kontrakten.

I en norsk dom fra Nedre Romerike tingrett af 9. februar 2018 (Felleskjøpet Agri mod Infor (Steinhausen) II, TNERO-2016-101703 – under anke)(\*), blev leverandørens prækontraktuelle angivelser af besparelspotentialet brugt til at fastlægge tabet, da kontrakten blev hævet. Da kontraktens ansvarsbegrænsningsbestemmelse sædvanligvis vil afskære kunden fra at kræve erstatning for mistede besparelser, opstår spørgsmålet om betydningen af et angivet besparingspotentiale primært, når ansvarsbegrænsningen ikke finder anvendelse, f.eks. fordi leverandøren har handlet groft uagtsomt og ansvarsbegrænsningen dermed tilsidesættes (som tilfældet var i den anførte dom). Se også om tilsidesættelse af ansvarsbegrænsningsbestemmelser som følge af leverandørens grove uagtsomhed afsnit 9.3.4 nedenfor.

## 4.2. Leverandørens projektstyring

It-udviklingsprojekter af en vis størrelse har karakter af komplekse projekter, der kræver styring. Som udgangspunkt har begge parter ansvaret for at styre egne leverancer og aktiviteter i projektet. Leverandøren må således planlægge og tilrettelægge selve udviklingsarbejdet, så det skrider frem efter den aftalte tidsplan, ligesom kunden må sikre planlægningen af sine aktiviteter, så de relevante medarbejdere er til rådighed på de nødvendige tidspunkter for, at kunden kan levere sine bidrag under aftalen. Et udviklingsprojekt forudsætter imidlertid et tæt samarbejde mellem parterne, og projektstyring omhandler ikke kun styring af parternes egne bidrag men i meget høj grad også den overordnede koordinering og styring af parternes samarbejde.

Det er sædvanligt, at aftalen pålægger leverandøren den overordnede styring af projektet. Leverandøren vil normalt have stor erfaring med gennemførelse af udviklingsprojekter og den tilhørende projektstyring, og mange større leverandører har udviklet egne projektstyringsmetodikker, der bruges som en del af salgsargumentationen, når kunden skal vælge leverandør. En anden grund til, at aftalen ofte pålægger leverandøren det overordnede projektstyringsansvar, er af juridisk karakter. Når der opstår problemer og forsinkelser i udviklingsprojekter, er manglende projektstyring ofte en medvirkende årsag. Det bliver vanskeligere for leverandøren at placere ansvaret hos kunden, når leverandøren har det overordnede ansvar for projektstyringen, og leverandøren vil have bevisbyrden for, at det er kundens manglende styring af egne ressourcer eller forhold i øvrigt, der er årsag til problemerne.

Det er ikke altid klart, hvilke forpligtelser der ligger i at varetage den overordnede projektstyring. Det indebærer ikke, at leverandøren har ansvaret for kundens styring af egne ressourcer og aktiviteter. Det indebærer heller ikke, at kunden kan undlade at deltage aktivt i parternes samarbejde. Dette er, som allerede anført, normalt en forudsætning for projektets gennemførelse. Det ligger også klart, at leverandøren under alle omstændigheder har ansvaret for at styre sine egne ressourcer. Man kan muligvis formulere det overordnede projektstyringsansvar således, at det pålægger leverandøren de projektstyringsaktiviteter, der ikke naturligt falder inden for leverandørens og kundens

Aftalt pligt for leverandøren til overordnet projektstyring

Indholdet af det overordnede projektstyringsansvar

egne sfærer, herunder ikke mindst aktiviteter af kordinerende karakter. Et centralt element i den overordnede projektstyring er initiativpligten, som skal bidrage til at sikre fremdriften i projektet.

I K02, pkt. 5.2, angives, at leverandøren har initiativpligten i samarbejdet mellem parterne, men at kunden forudsættes at have en aktiv medvirken i projektstyringen. K02 angiver ikke eksplicit, at leverandøren har det overordnede projektstyringsansvar, men med angivelsen af, at leverandøren har initiativpligten, bliver konsekvensen formentlig den samme. I K03 angives eksplicit i pkt. 3.2.3, at leverandøren skal forestå styringen af projektet (under forudsætning af kundens aktive deltagelse).

Det vil således normalt være leverandøren som den overordnede projektstyrende, der sørger for, at der bliver indkaldt til møder, løbende bliver gjort status over fremdrift og i det hele taget sikrer, at alle fælles projektaktiviteter iværksættes. Initiativpligten kan også omfatte risikohåndtering, således at leverandøren skal have løbende fokus på risici i projektet, om nødvendigt igangsætte mitigerende af risici og eventuelt replanlægning, hvis risici aktualiseres.

Se som et eksempel på, hvad der kan ligge i leverandørens overordnede projektstyringsansvar, den norske dom fra Borgarting lagmannsrett af 17. marts 2005 (TESS mod EDB Gruppen Norge, LB-2004-1719)(\*): "I tillegg har [leverandøren] lagt opp til en prosjektledelse som skulle trygge kontrollen med fremdriften på begge sider. Det ble avholdt møter i styringsgruppen hver måned. [Leverandøren] skrev referat som ble oversendt [kunden] for kommentarer, og dette ble deretter gjennomgått på neste møte. I styringsgruppen satt representanter for begge parter [...] Videre ble det holdt statusmøter hver 14. dag, hvor fremdriften for alle ID'er ble gjennomgått, samt at det ble klarlagt hva som måtte gjøres for å komme videre og hvem ansvaret lå hos. Prosjektledelsen omfattet både de oppgaver som gjensto da forliket ble inngått, og de nye oppdrag som [kunden] etter hvert bestilte. Det ble utarbeidet oversiktsoppgaver som viste utviklingen for hver enkelt ID, med dato for spesifikasjon, dato for utvikling, dato for test hos [leverandøren], dato for test hos [kunden] og dato for signert akseptanseskjema fra [kunden]. Lagmannsretten finner at [leverandøren] på denne måten har styrt fremdriften på en betryggende måte."

Hvis kunden ikke medvirker som aftalt eller på anden måde truer projektets fremdrift ved sin adfærd, vil det normalt være en del af det overordnede projektledelsesansvar at påtale dette. Det er ikke sjældent, at leverandøren forsømmer dette i bestræbelserne på at bevare et godt samarbejds-klima. I situationer, hvor leverandøren måske også selv har et ansvar for problemer i projektet, kan det være mindre behageligt klart og tydeligt at skulle konfrontere kundens frusterede projektmedarbejdere med deres uformåen og bidrag til problemerne. Dette kan for så vidt være forståeligt, og en vis pragmatisme og finger-spidsfornemmelse kan givetvis ofte også føre til bedre resultater end en hård kontrakttilgang. Ikke desto mindre må det anses som en del af leverandørens overordnede projektledelsesansvar at påpege forhold hos kunden, der bringer projektets fremdrift og rettidige levering i fare. En undladelse heraf kan bringe leverandøren i misligholdelse af sin projektledelsespligt (ligesom leverandøren risikerer, at en senere indsigelse mod kundens indsats, når projektet ikke er gået galt, ikke tillægges vægt).

Leverandørens påpegning af kundens manglende medvirken

Spørgsmålet var fremme i Oslo tingretts dom af 31. januar 2020 (Samferdselsdepartementet mod IBM)(\*). Retten fandt på den ene side, at kunden stillede uforholdsmæssigt mange krav til uddybning og detaljering af de aftalte krav til løsningen, men på den anden side, at leverandøren heller ikke havde styret processen stramt nok (og altså burde have sagt fra over for de mange krav fra kunden). Retten citerede herved fra *Føyen m.fl.* (red.), *Kontrakter for utvikling af programvare*, s. 266: “En vanlig årsak til at det går galt, er at leverandøren arbeider etter en konsensusmodell: I stedet for å holde en streng, men korrekt avtalemessig linje overfor kunden og dennes innspill i gjennomføringsfasen, forsøker leverandøren å ta kundens innspill opp til vurdering.” Retten fandt imidlertid, at årsagen til projektets forsinkelse primært skyldtes kundens forhold, og tillagde således ikke leverandørens projektledelse eller indsats i øvrigt afgørende betydning. Om samarbejdet og ansvarsfordelingen udtalte retten: “[...] Hovedinntrykket er at samspillet ble kraftig svekket fordi [kunden] ikke innordnet seg ansvarsfordelingen mellom partene. I stedet for å legge til rette for at [leverandøren] skulle møte sine forpliktelser, tok [kunden] i praksis på seg en lederrolle gjennom detaljfokusert revisjon på områder hvor ansvaret klart lå hos [leverandøren].” Man kunne nok argumentere

for, at det i lige så høj grad var leverandørens ansvar at fastholde den aftalte ansvarsfordeling, og i mange situationer vil leverandøren gennem sit projektledelsesansvar være den primært ansvarlige herfor, jf. det netop anførte om leverandørens pligt til at gøre indsigtelse mod kundens adfærd i strid med aftalen.

Målestokken for de nærmere krav til leverandørens projektstyring

Det vil bero på den konkrete aftale, hvilke nærmere krav der kan stilles til leverandørens projektstyring. Har leverandøren beskrevet sin egen projektstyringsmetodik i tilbudsmaterialet, forpligtes leverandøren selvsagt af disse beskrivelser, hvis de udgør en del af aftalegrundlaget. Tilsvarende kan parterne have aftalt en specifik projektstyringsmetode, og i så fald skal leverandøren styre projektet i overensstemmelse med denne metode.

Der findes en række internationalt anerkendte standarder for projektstyring, som eksempelvis PRINCE2 og ISO21500.

Uden særskilt aftale vil kunden ikke kunne kræve, at leverandøren følger en specifik projektstyringsmetode. Dette betyder ikke, at der ikke kan stilles krav til leverandørens projektstyring. Af det almindelige obligationsretlige udgangspunkt følger, at leverandørens projektstyring skal være af et omfang og en kvalitet, som kunden med rimelighed kunne forvente ud fra aftalen og forholdene i øvrigt. Dette udgangspunkt giver ikke i sig selv meget støtte for fastlæggelsen af de mere præcise krav til projektstyringen, men da projektstyring i dag er en udbredt og anerkendt disciplin, er det i sidste ende muligt at indhente en sagkyndig vurdering af, om projektstyringen er af en kvalitet man normalt vil forvente i et projekt af den type, som tvisten omhandler.

Leverandørens manglende ansvar for den overordnede projektstyring uden særskilt aftale

Såfremt parternes aftale ikke forholder sig til projektstyringsansvaret, vil leverandøren være ansvarlig for at styre sine egne ressourcer og aktiviteter, men det kan ikke antages, at leverandøren er underlagt et ansvar for den overordnede projektstyring, og leverandøren vil ikke have den initiativpligt og ansvar for fremdrift, der følger af dette ansvar. Uanset at leverandøren er den professionelle part og ofte påtager sig det overordnede ansvar, er det en særskilt og ganske vidtgående forpligtelse, som må kræve aftale.



I den norske dom fra Nedre Romerike tingrett af 9. februar 2018 (Felleskjøpet Agri mod Infor (Steinhausen) II, TNERO-2016-101703 – under anke)(\*), var parterne uenige om, hvorvidt aftalen pålagde leverandøren det overordnede ansvar for projektstyring og fremdrift. Retten fandt, at dette var tilfældet – hvad der også utvivlsomt forekom rigtigt – men anførte yderligere: “Ovennevnte avtaletestede ansvarsfordeling er etter rettens skjønn også hensiktsmessig med tanke på prosjektets natur. [Leverandøren] må anses å være den profesjonelle parten, både hva gjelder ERP-systemet som sådan, men også levering, installasjon og implementering av dette.” Uanset betragtningen om det hensigtsmæssige i ansvarsfordelingen, kan dommen ikke tages til indtægt for, at der baggrundsretligt skulle gælde en overordnet projektstyringspligt for leverandøren.

Leverandørens generelle rådgivningspligt kan i et vist omfang indebære en pligt til at oplyse og rådgive kunden om forhold, der kan true projektets fremdrift. Den generelle rådgivningspligt kan således indeholde elementer af projektstyring, men i et ganske begrænset omfang, der ikke kan sammenlignes med det aftalte projektstyringsansvar, jf. også om leverandørens generelle rådgivningspligt nedenfor.

I en norsk dom fra Asker og Bærum tingrett af 7. marts 2006 (Logistikk og It Partner mod Kolberg Caspary Lautom, TAHER-2005-74986)(\*), havde kunden projektstyringsansvaret, men retten fandt, at leverandøren som led i sin rådgivningspligt i højere grad burde have advaret kunden om mangler i dennes projektstyring og fremdrift i projektet. Dette udgjorde dog ikke en væsentlig misligholdelse, og kunden var uberettiget til at hæve aftalen (idet retten også fandt, at kunden havde hovedansvaret for forsinkelserne i projektet).

Leverandørens ansvar for at varetage projektstyringen vil udgøre en selvstændig forpligtelse under aftalen, og en misligholdelse af denne forpligtelse vil potentielt udløse misligholdelsesbeføjelser for kunden. Det er dog sjældent, at en misligholdelse af projektstyringsansvaret udløser selvstændige misligholdelseskrav. Oftest vil mangler i projektstyringen føre til forsinkelser i projektet, og kunden vil gøre misligholdelsesbeføjelser gældende knyttet til forsinkelsen. Det er imidlertid ikke ensbetydende med, at mangler i projektstyringen er uden betyd-

Retsvirkning af manglende overholdelse af projektstyringspligten

ning, når kunden gør misligholdelse gældende i anledning af en forsinkelse. Sådanne mangler kan dokumentere eller sandsynliggøre, at leverandøren har ansvaret for forsinkelsen. De kan endvidere have betydning for omfanget af leverandørens misligholdelse, herunder for vurderingen af, om leverandøren har handlet groft uagtsomt og en ansvarsbegrænsningsbestemmelse derfor skal tilsidesættes.

Se herved den norske dom fra Nedre Romerike tingrett af 9. februar 2018 (Felleskjøpet Agri mod Infor (Steinhausen) II, TNERO-2016-101703 – under anke)(\*), hvor retten fandt, at leverandøren havde handlet groft uagtsomt, bl.a. med henvisning til leverandørens mangelfulde projektstyring. Dårlig projektledelse kan dog som det klare udgangspunkt ikke i sig selv føre til tilsidesættelse af en ansvarsbegrænsningsbestemmelse, jf. nærmere herom nedenfor afsnit 9.3.4.

Som nævnt vil det være sjældent, at mangler ved leverandørens projektstyring fører til selvstændige krav, men det kan potentielt tænkes, f.eks. hvis systemet leveres som aftalt, men hvor kunden undervejs er blevet påført ekstra omkostninger som følge af leverandørens mangelfulde projektstyring. Kunden vil kunne kræve sådanne omkostninger erstattet, hvis de almindelige erstatningsbetingelser i øvrigt er opfyldt.

### 4.3. Leverandørens rådgivningspligt

Som et udslag af den almindelige loyalitetspligt i kontraktforhold, har realdebitor en pligt til at rådgive realkreditor om realydelsen. Denne pligt gælder både i forbindelse med parternes aftaleforhandlinger og efter aftalens indgåelse. Rådgivningspligten har en særlig betydning, når realydelsen er kompleks, og der som følge heraf består et stort spring mellem realkreditors henholdsvis realdebitors viden om ydelsen.

Se generelt om rådgivningspligten *Bryde Andersen & Lookofsky*, Lærebog i obligationsret, s. 63 (om “vejledning- og frarådningspligt” som en særlig variant af oplysningspligten).

At der i overensstemmelse hermed består en rådgivningspligt for leverandøren af it-systemer er fast antaget i teorien og følger ligeledes af retspraksis.

Se *Bruun Nielsen*, NÅR.1987.188 ff., Nørager-Nielsen, Edb-kontrakter, s. 176 og *Bryde Andersen*, IT-retten, s. 949. Fra retspraksis kan henvises til Sø- og Handelsrettens dom af 23. januar 1974 (Vekseleerfirmaet Brdr. Trier mod Kontor-Automation, U.1974.557SH)(\*), Højesterets dom af 20. februar 1985 (Fabrikant Tage Vanggaard mod Kontor-Automation og NP Datacenter, U.1985.334/2H)(\* og Sø- og Handelsrettens dom af 21. juni 2007 (Byernes Varme & Sanitetservice mod Lundberg Data)(\*).

Rådgivningspligten for leverandøren af et it-system omfatter en pligt til at give vejledning i brug af systemet, jf. afsnit 4.3 ovenfor.

Stiller brugen af programmet særlige krav til hardware, styreprogrammel eller andet programmel, er det som udgangspunkt leverandørens ansvar at gøre opmærksom herpå. Kunden kan med rette forvente, at programmet kan fungere på almindeligt hardware og i samspil med standardstyreprogrammel på markedet. Anvender kunden hardware eller styreprogrammel, der eksempelvis er forældet eller på anden måde ikke er på markedsniveau, må leverandøren have pligt til at gøre kunden opmærksom på behovet for opgradering, hvis leverandøren er bekendt med kundens nuværende udstyr.

Særlige krav til kundens hardware eller programmel

I den netop ovennævnte dom, U.1974.557SH, gjorde leverandøren bl.a. gældende, at et bogholderisystem ikke fungerede som følge af høj luftfugtighed i kundens lokale (leverancen omfattede også hardware). Sø- og Handelsretten fandt, at leverandøren, som havde den faglige indsigt, måtte være nærmest til at give tilstrækkelige anvisninger med hensyn til de praktiske foranstaltninger, hvilket ikke var sket ved blot at udlevere de trykte installationsforskrifter.

Rådgivningspligten indebærer endvidere, at leverandøren kan blive pålagt at gøre kunden opmærksom på fejl i dennes ydelsesbeskrivelse. Leverandøren vil således kunne blive holdt ansvarlig for ikke at gøre opmærksom på fejl i kundens kravspecifikation eller andre specifika-

Fejl i kundens ydelsesbeskrivelse

tioner udarbejdet af kunden, som leverandøren var bekendt med eller burde være bekendt med.

Se tilsvarende om entreprenørens pligt til at gøre bygherren opmærksom på fejl i projekteringen (i entrepriseretten benævnt "reaktionspligt") *Ole Hansen*, *Entrepriseretlige mellemformer*, s. 119 ff. med yderligere henvisninger.

Endvidere kan det overvejes, om rådgivningspligten pålægger leverandøren at gøre kunden opmærksom på det, hvis det kravspecificerede system ikke opfylder kundens behov. I et vist omfang vil det være tilfældet. Står det således leverandøren klart, at systemet ikke har de funktioner, som kunden har behov for, vil det være illoyalt ikke at gøre kunden opmærksom på det.

Se også *Bryde Andersen & Lookofsky*, *Lærebog i obligationsret*, s. 64: "Hvis f.eks. en entreprenør eller tjenesteyder mener, at kreditor ikke er tjent med at få et stykke arbejde udført, f.eks. fordi det vil være for kostbart, må det antages, at debitor har en vis pligt til at sige fra, smh. forslaget til lov om forbrugertjenester (Betænkning 1133/1998), s. 43, hvor de her omtalte forpligtelser siges at følge af 'almindelige retsgrundsætninger'."

Her nærmer man sig dog grænsen for, hvor langt leverandørens rådgivningspligt kan strækkes uden særskilt aftaleregulering. Leverandøren vil ikke have en generel pligt til at afdække kundens behov eller foretage en større analyse af sammenhængen mellem behovene og systemets funktioner.

I Vestre Landsrets dom af 17. marts 1986 (ERA 2, s. 131)(\*), lagde retten til grund, at en leverandør ikke havde sat sig tilstrækkelig grundigt ind i kundens behov og ønsker til systemet og derfor havde foretaget flere forgæves afhjælpningsforsøg af mangler. Det er dog værd at bemærke, at dommen sigter til afdækning af kundens behov i forbindelse med afhjælpning af mangler. Dommen kan derfor ikke tages til indtægt for, at leverandøren forud for aftalens indgåelse har en særskilt forpligtelse til at afdække kundens behov.

Manglende opfyldelse af kundens behov

I en dom fra Vejle Byret af 24. juli 1985 (ERA 2, s. 56)(\*) fastslog retten, "at der ikke ved salg af et anlæg som det pågældende kan stilles krav til sælger om forinden ud fra et eksisterende anlæg at foretage en dyberegående analyse af den potentielle købers behov." Retten fandt dog, at leverandøren på baggrund af konkrete omstændigheder i sagen havde en rådgivningspligt.

Udgangspunktet er derfor også, at kunden selv har risikoen for at udforme en tilstrækkelig detaljeret og præcis kravspecifikation, der dækker kundens behov.

I den norske dom fra Borgarting lagmannsrett af 6. juni 2007 (Inter Tax mod Cartagena, LB-2006-164704)(\*) havde parterne aftalt levering af to standardprogrammer med en række tilpasninger. Retten fandt, at aftalegrundlagets beskrivelse af tilpasningerne var så ukonkret, at leverandøren ikke var underlagt en resultatforpligtelse, og anførte bl.a.: "Og selv om det legges til grunn at [leverandøren] var den dataprofesjonelle part og at dataspesifikk kompetanse var begrenset hos [kunden], burde [kunden] ha mer enn tilstrekkelig bakgrunn og kompetanse til å forstå at konkrete resultatforpliktelser måtte fremgå av kontrakten hvis det var det som var ønsket."

I samme retning Oslo tingretts dom af 1. september 2011 (G4s Aviation Security mod KDO Consulting, TOSLO-2010-185231)(\*), nævnt i afsnit 4.1.1 ovenfor.

Rådgivningspligten indebærer heller ikke, at leverandøren må oplyse om alle svagheder ved systemet eller områder, hvor systemet ikke yder optimal understøttelse af kundens behov. Kunden må være opmærksom på, at den dialog, der leder frem til aftalens indgåelse, har karakter af en salgsfase, hvor der skal være plads til almindelige anprisninger af egne produkter.

Omfanget af leverandørens rådgivningspligt beror på en række mere generelle faktorer. Centralt i vurderingen står, hvad leverandøren burde have indset om kundens behov for rådgivning om brug af systemet, fejl i ydelsesbeskrivelsen eller systemets manglende opfyldelse af kundens behov. Jo mere åbenbare disse forhold er for leverandøren, jo større er pligten til at informere kunden.

Det må også inddrages i vurderingen, i hvilket omfang kunden selv burde have været opmærksom på forholdet eller i øvrigt kan

Generelle faktorer

bebrejdes forløbet. Har kunden eksempelvis selv lavet en fejl i kravspecifikationen, må parternes skyldgrad afvejes i forhold til hinanden. Ved denne afvejning, og vurderingen af hvad leverandøren burde have indset og rådgivet om i det hele taget, synes danske domstole at lægge ganske stor vægt på, at leverandøren har den faglige ekspertise på et komplekst område, og at der dermed er et vidensspring mellem parterne.

Se herved eksempelvis SØ- og Handelsrettens dom af 23. januar 1974 (Vekselererfirmaet Brdr. Trier mod Kontor-Automation, U.1974.557SH)(\*) (“[...] må der lægges særlig vægt på [leverandørens] faglige indsigt i betydningen af dette spørgsmål”), SØ- og Handelsrettens dom af 21. juni 2007 (Byernes Varme & Sanitetsservice mod Lundberg Data)(\*) (“Lundberg Data var som IT-leverandør undergivet et skærpet ansvarsgrundlag, og undladelsen af særligt at fremhæve valgmuligheden mellem de to forskellige beregningsgrundlag udgjorde derfor en ansvarspådragende fejl”) og *Bruun-Nielsen*, NÅR.1987.191: “Leverandørens overlegne stilling har fundet forskellige udtryk i den foreliggende praksis”.

Dette vidensspring mindskes, hvis kunden er bistået af en sagkyndig rådgiver. Kunden har ingen pligt til at lade sig bistå af en rådgiver, og den manglende anvendelse af en rådgiver kan således ikke komme kunden til skade. Leverandøren kan med andre ord ikke frigøre sig fra sin rådgivningspligt med henvisning til, at kunden selv ville have været opmærksom på forholdet, hvis kunden havde anvendt en rådgiver.

Se også *Bruun Nielsen*, NÅR.1987.192 med henvisning til ældre praksis: “Det har i den forbindelse været diskuteret, om det er udtryk for uforsigtighed at anskaffe edb uden at anvende sagkyndig konsulentbistand, når ens egen edb-viden ikke er tilstrækkelig. I dansk praksis har synspunktet ikke vundet genklang, idet domstolene tværtimod har anset edb-leverancer for at være mangelfulde, selvom en konsulent ville have ‘fanget’ problemet på forhånd [...]”.

Men hvis kunden anvender en rådgiver, måles kunden efter den målestok, der gælder for rådgiveren.

Selvom det i retspraksis er lagt til grund, at leverandøren er undergivet et skærpet ansvarsgrundlag, bør kravene til leverandørens adfærd fastsættes i lyset af, at leverandøren ikke optræder som rådgiver for kunden og ikke får betaling herfor.

I entrepriseretten har det traditionelt været opfattelsen, at entreprenørens reaktionspligt har undtagelsens karakter og alene vedrører åbenlyse og klare fejl. Efter den foreliggende retspraksis går it-leverandørens rådgivningsansvar videre end dette. På baggrund af en undersøgelse af nyere entrepriseretlig praksis, påpeger *Ole Hansen* imidlertid, at entreprenøren ifalder et videregående ansvar, når denne besidder en særlig sagkundskab eller bidrager til projekteringen, *Entrepriseretlige mellemformer*, s. 127. Hermed nærmere it-leverandørens rådgivningspligt og entreprenørens reaktionspligt sig hinanden.

Som anført af *Bryde Andersen*, IT-retten, s. 950, må graden af den fortrolighed og afhængighed, som aftaleforholdet etablerer, ligeledes tillægges betydning. En stor og kompleks udviklingsaftale, der skaber langvarige og tætte samarbejdsrelationer mellem parterne, vil pålægge leverandøren en videregående vejledningspligt end en kortvarig aftale om levering af (i hovedsagen) standardiseret programmel.

Såfremt leverandøren ikke iagttager sin rådgivningspligt, rejser det spørgsmålet, hvilke beføjelser kunden udstyres med. Besvarelsen afhænger af, om leverandørens manglende information betragtes som en selvstændig overtrædelse af rådgivningspligten, eller om den bidrager til at fastlægge indholdet af ydelsen (og dermed bliver et bidrag til fortolkningen af systemspecifikationen). Hvis det eksempelvis er uklart, om en given funktion er omfattet af systemspecifikationen, og leverandøren i sin egenskab af den professionelle part vidste eller burde have vidst, at dette var et væsentligt forhold uden at søge det afklaret, kan det i sig selv tale for at fortolke systemspecifikationen som omfattende den pågældende funktion. Såfremt den manglende information fra leverandøren anvendes som led i fortolkningen af systemspecifikationen, foreligger en almindelig mangelsituation, og kunden vil kunne gøre mangelsbeføjelser gældende.

Retsvirkning af manglende overholdelse af rådgivningspligten

At der i mange situationer vil være en glidende overgang mellem et mangelsansvar og et rådgivningsansvar, illustreres af Højesterets dom af 20. februar 1985 (Fabrikant Tage Vanggaard mod Kontor-Automation og NP Datacenter, U.1985.334/2H)(\*). I sine præmisser udtalte Højesteret: “Det er ubestridt, at det var en afgørende forudsætning for [kunden], at det nye anlæg kunne udføre i hvert fald de samme funktioner som det gamle anlæg, og det tiltrædes, at dette var tilkendegivet [leverandøren], der tillige havde fået udleveret brugerdocumentation for [kundens] anlæg. Det må endvidere lægges til grund, at ingen af parterne ved kontraktens indgåelse var klar over omfanget af den udvidelse af programmet, som gennemførelsen af kravet nødvendiggjorde [...] [Leverandøren], der måtte være bekendt med det tilbudte programmets muligheder og begrænsninger, og som ikke fandt det fornødent at foretage nærmere undersøgelser til oplysning om [kundens] behov, findes under de foreliggende omstændigheder at burde bære risikoen for, at [kundens] afgørende drifts- og prismæssige forudsætninger for kontrakten svigtede. [Kunden] findes herefter at have været berettiget til at hæve kontrakten [...]” Ved at lægge vægt på, at kunden over for leverandøren havde tilkendegivet, at det nye system skulle kunne mindst det samme som det gamle, indikerer Højesteret, at dette krav var en del af parternes aftalegrundlag. Når Højesteret anvender forudsætningslæren som hjemmelsgrundlag for kundens hæveadgang og ikke blot henviser til, at der forelå væsentlige mangler ved systemet, er det mest nærliggende at betragte dommens resultat som et udslag af leverandørens rådgivningspligt.

Et “rent” eksempel på ophævelse som følge af manglende iagttagelse af rådgivningspligten foreligger med Vejle Byrets dom af 24. juli 1985 (ERA 2, s. 56)(\*), hvor retten modsat U.1985.334/2H ikke anså det for godtgjort, at kunden havde tilkendegivet, at det var en væsentlig forudsætning, at det nye system mindst skulle kunne det samme som det gamle. Alligevel fandtes kundens ophævelse berettiget under henvisning til, at leverandøren burde have afdækket forskellene og oplyst kunden herom. Vurderingen er dog konkret, idet retten samtidig fastslog, at der ikke (generelt) gjaldt en pligt for leverandøren til at foretage en dyberegående analyse af den potentielle købers behov.

Såfremt forholdet subsumeres som manglende iagttagelse af en rådgivningspligt, vil leverandøren ifalde erstatningsansvar, når de alminde-



lige betingelser herfor er opfyldt. Den ovenfor beskrevne dom af fra Sø- og Handelsretten af 21. juni 2007 (Byernes Varme & Sanitetservice mod Lundberg Data)(\*) er et eksempel herpå (selvom erstatningsansvaret dog bortfaldt som følge af kundens egen skyld).

Eftersom rådgivningspligten hænger uløseligt sammen med systemleverancen, må kunden endvidere kunne kræve et forholdsmæssigt afslag, hvis den manglende rådgivning har reduceret værdien af systemet for kunden.

– forholds-  
mæssigt afslag

Kunden vil endvidere være berettiget til at hæve aftalen, hvis leverandørens manglende iagttagelse af sin rådgivningspligt indebærer, at systemet har en væsentligt ringere funktionalitet, end det ellers ville have haft. Kundens hæveadgang kan dels begrundes med, at leverandørens rådgivningspligt er en del af leverandørens forpligtelser under aftalen, og en misligholdelse heraf, der medfører væsentlige mangler i hovedydelsen, vil i sig selv kunne udgøre en væsentlig misligholdelse af den samlede aftale. Dette er også i overensstemmelse med, at det generelt vil være muligt at hæve en aftale ved misligholdelse af biforpligtelser, hvis misligholdelsen indebærer en væsentlig misligholdelse af den samlede aftale, jf. *Bryde Andersen & Lookofsky*, Lærebog i obligationsret, s. 41. Som illustreret af den ovennævnte U.1985.334/2H, vil en ophævelse også kunne hjemles i forudsætningslæren.

– ophævelse

Mindre klart er det, om kunden også kan kræve naturalopfyldelse. Spørgsmålet får betydning i de situationer, hvor der eksempelvis er en fejl i kravspecifikationen, som leverandøren burde have henledt kundens opmærksomhed på, eller hvor leverandøren burde have rådgivet om en diskrepans mellem kundens behov og systemets formåen. Har kunden eksempelvis i kravspecifikationen fejlagtigt angivet, at systemet skal kunne håndtere 200 samtidige brugere, hvor der skulle have stået 2.000, er spørgsmålet, om kunden kan kræve, at systemet ændres, så det kan håndtere 2.000 brugere, hvis leverandøren burde have gjort kunden opmærksom på fejlen. Som nærmere beskrevet i afsnit 7.2 nedenfor har kunden en generel ændringsret. Dette må så meget desto mere gælde, når ændringsbehovet er udvirket af leverandørens uagtsomme adfærd. I denne situation vil leverandøren ikke kunne kræve betaling for det arbejde, der er forbundet med at gennemføre ændringerne. Kunne leverandøren det, ville det påføre kun-

– natural-  
opfyldelse

den en ekstraudgift, som kunden da ville kunne kræve erstattet hos leverandøren som et tab, hvorved resultatet under alle omstændigheder bliver, at udgiften må bæres af leverandøren. Den offergrænse, der gælder efter den almindelige ændringsret, jf. afsnit 7.2 nedenfor, må også gælde i den her beskrevne situation.

## 5. Kundens betaling og øvrige forpligtelser

Kundens hovedydelse og primære forpligtelse er betaling til leverandøren. Som beskrevet ovenfor, forudsætter et it-udviklingsprojekt et tæt samarbejde mellem parterne, hvorfor leverandøren i tilknytning til hovedydelsen, levering af systemet, pålægges en række sekundære projektrelaterede forpligtelser. Dette gælder tilsvarende for kunden. I det følgende fokuseres på betalingspligten, inden der sluttes af med nogle få bemærkninger om kundens øvrige forpligtelser.

### 5.1. Betaling

Udgangspunktet

Hvis ikke købesummen er aftalt mellem parterne, kan sælgeren forlange et rimeligt beløb for sin ydelse.

Se hertil *Iversen*, Obligationsret 1, s. 129 og *Bryde Andersen & Lookofsky*, Lærebog i obligationsret, s. 101 ff.

Købesummen for selve systemet vil normalt altid være aftalt i udviklingsaftaler, ligesom der normalt vil være aftalt en timepris for ydelser, der betales efter medgået tid. Det obligationsretlige udgangspunkt kan navnlig få betydning, hvis aftalen ikke angiver pris eller prismodel for eventuelle optioner, ændringer eller accessoriske ydelser.

Fast pris eller medgået tid

Parterne skal vælge, om betalingen af systemudviklingen skal ske til en fast pris eller efter medgået tid, jf. nærmere herom ovenfor i afsnit 2.3. Traditionelt har de fleste udviklingsaftaler været baseret på en fast pris-model, men med udbredelse af agile udviklingsmetoder er det blevet stadig mere udbredt at anvende afregning efter medgået tid eller hybridmodeller. Alle K-kontrakterne er baseret på en fast pris-model.

Tilknyttede ydelser

Ud over betalingen for selve systemudviklingen, kan aftalen indeholde bestemmelser om særskilt betaling for tilknyttede ydelser. Afhængig af ydelsens karakter, kan betalingen være et fast engangsbe-

løb, et fast periodisk beløb (f.eks. et månedligt beløb for vedligeholdelse af systemet) eller være beregnet efter medgået tid. Fremgår det ikke, om leverandøren kan kræve særskilt betaling for tilknyttede ydelser, vil dette bero på en fortolkning af aftalen.

I nogle tilfælde afgiver leverandøren et estimat eller prisoverslag, eksempelvis hvis kunden bestiller en ændring, der er særskilt betalbar. Det er vist nok en udbredt opfattelse, at leverandøren inden for en margen på 10-15 % er bundet af et sådant estimat. Dette er imidlertid ikke rigtigt. Når ikke parternes aftale siger andet, vil leverandøren som udgangspunkt ikke være bundet af et estimat, medmindre leverandøren ved udarbejdelsen af estimatet har handlet overfladisk og dermed ikke har ydet en rimelig indsats for at tilvejebringe et retvisende estimat, jf. *Iversen*, *Obligationsret* 1, s. 130 og samme, *Entrepriseretten*, s. 152 med yderligere henvisninger.

Estimat

*Nørager-Nielsen* betegner opfattelsen af, at estimater og prisoverslag er bindende, som en af kontraktrettens flyvende hollændere, *Edb-kontrakter*, s. 402.

Det har derfor stor betydning, om leverandørens prisangivelse har karakter af en fast pris eller et estimat. Der er sjældent tvivl herom. Anvender leverandøren begreber som "estimat", "prisoverslag", "pris-skøn" mv., vil det normalt ligge fast, at der ikke er afgivet et tilbud på fast pris. Angives omvendt en konkret pris uden sådanne forbehold, vil det normalt være leverandørens hensigt at give en fast pris, og der vil også være en formodning herfor. I tvivlstilfælde kan detaljeringsgraden af kravspecifikationen tillægges vægt. Det har formodningen mod sig, at leverandøren vil give fast pris på en helt overordnet og uspecificeret kravspecifikation. Vurderingen vil dog i hvert tilfælde bero på en konkret vurdering med inddragelse af parternes kommunikation og forhandlingsdokumentation.

Se til illustration den norske dom fra Borgarting lagmannsrett af 9. juni 2008 (Sparebank 1 Livsforsikring mod Capgemini Norge, LB-2007-29680)(\*), hvor en leverandør på baggrund af en intentionsaftale om udvikling af et it-system havde angivet en pris på 79.544.262 NOK. Trods det meget konkrete tal antog retten på baggrund af aftaledokumenternes ordlyd og parternes kommunikation

mv., at der alene var tale om et prisestimat, som leverandøren således ikke var bundet af. Tilsvarende Oslo tingretts dom af 27. september 2002 (Norske Systemarkitekter mod Intellicount og Altius, TOSLO-2001-11218)(\*), hvor retten ikke fandt leverandørens "grovestimat" bindende, og bl.a. lagde vægt på, at der ikke var udarbejdet en klart defineret kravspecifikation. Retten anførte dog også, at der med overslaget måtte gælde en vis grænse for, hvad leverandøren kunne kræve. Dette kan dog kun gælde, såfremt leverandøren kan bebrejdes, at overslaget ikke er retvisende, jf. straks nedenfor.

Derimod er det ikke usædvanligt, at der opstår tvist om, hvorvidt leverandøren burde have givet et mere retvisende estimat. I vurderingen af, om leverandøren har handlet uagtsomt i sit arbejde med estimatet, kan differencen mellem estimatet og leverandørens faktisk forbrugte timal tillægges betydning, men vil ikke i sig selv være afgørende.

I en dom fra Retten i Lyngby af 3. april 2019 (Corpital mod Scripitor Technology)(\*) havde leverandøren estimeret et tilpasnings- og implementeringsprojekt til 294 timer. Det var eksplicit angivet, at estimatet ikke var bindende. Projektet blev leveret under en konsulentrammeaftale, hvor leverandøren blev betalt efter medgået tid. Der blev anvendt en agil projektmetode med løbende aftaler af delprojekter med tilhørende angivelse af tidsforbrug. Efter betydelige forsinkelser og overskridelser af det oprindelige estimat for tidsforbrug, ophørte kunden med at betale fremsendte fakturaer, hvorefter leverandøren indstillede arbejdet. Under den efterfølgende sag vurderede en skønsmand, at projektet ville kræve ca. 940 leverandørtimer at gennemføre. Med henvisning til, at estimatet ikke var bindende, og at de konkrete delopgaver skulle godkendes af kunden, fandt retten ikke, at en væsentlig overskridelse af estimatet i sig selv kunne begrunde et krav fra kunden. Det må heri implicit ligge, at retten ikke fandt, at leverandøren havde handlet uagtsomt i estimeringen, selvom skønsmanden vurderede, at estimatet burde have været tre gange højere.

Detaljeringsgraden af kravspecifikationen vil også kunne påvirke vurderingen. Jo mere overordnet specifikationen er, jo vanskeligere vil det være for leverandøren at estimere den endelige pris, og jo mindre taler for, at leverandøren har handlet uagtsomt i sin (fejlagtige) estimering.

Den norske dom fra Borgarting lagmannsrett af 20. januar 2014 (Nxc mod Studieforbundet Folkeuniversitetet, LB-2012-95029)(\*) er formentlig et udtryk for dette. Kunden blev dømt til at betale over 1,5 mio. NOK for et webudviklingsprojekt, som leverandøren oprindeligt havde prisestimeret til 550.000 NOK. Der forelå således en ganske markant forskel på prisestimatet og den endelige pris. Retten lagde imidlertid vægt på, at leverandøren havde givet et estimat over tid og pris baseret på "upræcise krav".

Såfremt leverandøren har udført arbejde på baggrund af et estimat og dermed uden en aftalt pris, kan leverandøren i overensstemmelse det baggrundsretlige udgangspunkt kræve en rimelig pris. Rimelighedsvurderingen er i udgangspunktet uafhængig af estimatet, men leverandøren vil nok skulle kunne forklare en domstol, hvorfor leverandøren hverken kan bebrejdes sin estimering eller har brugt flere timer end nødvendigt, hvis der er meget stor forskel på de to tal, hvad der selvsagt kan være mange saglige grunde til. Vurderingen kan også foretages med udgangspunkt i en sagkyndig vurdering af, hvor mange leverandørtimer projektet burde kunne gennemføres på.

I den netop omtalte dom fra Retten i Lyngby af 3. april 2019 (Cor-pital mod Scriptor Technology)(\*), krævede leverandøren betaling for ca. 500 timer mere, end det antal leverandørtimer, skønsmanden havde vurderet nødvendigt i projektet. Skønsmanden vurderede imidlertid, at ekstratimerne primært var nødvendiggjort af kundens manglende medvirken i projektet, hvorfor retten fandt, at kunden kun var berettiget til et afslag på 100 timer.

Se også om forholdet mellem estimatet og den krævede betaling i entrepris *Iversen*, Entrepriseretten, s. 151 f.

Det følger af samtidighedsgrundsætningen, at betalingen skal ske samtidig med, at systemet leveres. Hverken leverandøren eller kunden vil dog normalt ønske, at den samlede betaling skal forfalde i forbindelse med afleveringen af systemet. På dette tidspunkt har leverandøren allerede leveret meget arbejde gennem en lang periode, og leverandøren vil derfor stille krav om, at dele af betalingen forfalder før afleveringen. Omvendt vil kunden ofte ønske, at sidste del af betalingen først forfalder, når der er sikkerhed for, at systemet fungerer og fejl er udbedret.

Betalings-  
tidspunkt

Det er derfor sædvanligt, at der aftales en betalingsplan med angivelse af nogle betalingsmilepæle, hvor en stor del af betalingen er knyttet til overtagelsesprøven, men hvor der også betales delbeløb før og efter overtagelsesprøven. Typisk forfalder sidste del af betalingen ved godkendt driftsprøve. Skulle der – undtagelsesvist – ikke være aftalt en betalingsplan, må udgangspunktet i overensstemmelse med samtidighedsgrundsætningen nok være, at kunden først skal betale, når systemet er leveret. I lyset af, at det af de ovennævnte grunde er sædvanligt og i overensstemmelse med branchesædvane, at kunden betaler successivt, vil dette udgangspunkt dog ofte kunne tænkes fraveget ved fortolkning. I det omfang der eksempelvis er aftalt selvstændige delleverancer, kan dette tale for at indfortolke en successiv betalingsforpligtelse.

Spørgsmålet er også omdiskuteret i entrepriseretten, se *Iversen*, *Entrepriseretten*, s. 186 (der antager, at bygherren først skal betale entreprenøren for byggeriet ved aflevering) og *Hørlyck*, *Entrepriseret – AB18*, s. 364 (der antager, at betalingen skal ske successivt); sidstnævnte med yderligere henvisninger.

## 5.2. Kundens øvrige forpligtelser

Som beskrevet ovenfor, vil kunden have en række andre forpligtelser under aftalen end selve betalingsforpligtelsen. Hovedparten af disse forpligtelser vil have til formål at sikre, at leverandøren kan præstere sine ydelser som forudsat. Man kan betegne disse ydelser som sekundære, fordi det ikke er et selvstændigt formål for leverandøren at opnå ydelserne – disse er blot en forudsætning for, at leverandøren kan levere sine ydelser og dermed opnå den primære ydelse: betalingen. Denne type af ydelser omfatter bl.a. deltagelse i møder, tilrådighedsstilling af lokaler og udstyr for leverandøren, deltagelse i afprøvning af systemet mv.

## 6. Levering og afprøvning af systemet

### 6.1. Levering – det obligationsretlige udgangspunkt

#### 6.1.1. Retsvirkningerne af levering

Levering af realydelsen udgør et centralt skæringspunkt i obligationsretten, hvortil der er knyttet en række retsvirkninger. Nogle retsvirkninger er knyttet til leveringstidspunktet, mens andre er knyttet til den faktiske levering.

Leveringstidspunktet har navnlig relevans for vurderingen af, hvornår der indtræder misligholdelse. Der må herved sondres mellem det tidspunkt, hvor sælgeren er forpligtet til at levere ydelsen (ofte benævnt handlingstid), og det tidspunkt, hvor sælgeren er berettiget til at levere ydelsen og køberen dermed forpligtet til at modtage ydelsen (ofte benævnt frigørelsestid).

Fra det tidspunkt, hvor sælgeren er forpligtet til at levere ydelsen – handlingstiden – vil en manglende levering udløse forsinkelse og de dertil knyttede misligholdelsesbeføjelser, jf. nærmere herom nedenfor i afsnit 9.

Fra det tidspunkt, hvor sælgeren er berettiget til at levere ydelsen – frigørelsestidspunktet – vil køberens afvisning af at modtage ydelsen udløse fordringshavermora.

Den faktiske levering vil normalt manifestere tidspunktet for risikoens overgang, dvs. det tidspunkt, hvor risikoen for salgsgenstandens hændelige undergang overgår fra sælger til køber, jf. princippet i kbl. § 17.

Endvidere vil leveringstidspunktet kunne udløse nærmere aftalte retsvirkninger. Det kan f.eks. være aftalt, at en af sælgeren afgivet garanti løber fra leveringstidspunktet, eller at betalingen helt eller delvist forfalder ved levering. Også uden særskilt aftale vil samtidighedsgrundsætningen bevirke, at leveringen er en forudsætning for betaling.

#### 6.1.2. Hvornår indtræder leveringstidspunktet?

Uden særskilt aftale er sælgeren forpligtet til at levere inden for rimelig tid efter at have modtaget påkrav herom fra køberen, jf. princippet i kbl. § 12. Tidspunktet for, hvornår udviklingen af et it-system skal

være færdig, er et af de centrale spørgsmål i et udviklingsprojekt. I praksis vil parternes aftale derfor normalt have forholdt sig hertil, typisk således at aftalen indeholder en egentlig tidsplan for projektet. Det obligationsretlige udgangspunkt har derfor begrænset praktisk betydning i udviklingsprojekter.

Det hænder dog, at aftalen forsømmer at angive frister for levering af optioner. I dette tilfælde får det obligationsretlige udgangspunkt relevans.

### 6.1.3. Hvornår er der sket levering?

Levering vil sædvanligvis være sket, når salgsgenstanden stilles til rådighed for køberen. I almindelig butikshandel sker tilrådighedsstillelsen ved, at varen overgives til køberen, og der vil sjældent være tvivl om, hvornår levering er sket. Ved udvikling af it-systemer, vil aftalen normalt forudsætte, at leveringen først er sket, når der er gennemført en afprøvning af systemet, jf. straks nedenfor. Skulle aftalen undertagelsesvist ikke indeholde nærmere bestemmelser om afprøvning og levering, må udgangspunktet være, at leveringen er sket, når kunden har fået stillet systemet til rådighed på en sådan måde, at kunden kan gøre brug af det. Uden særskilt aftale kan det næppe forlanges, at leverandøren installerer systemet, og leveringen kan således ske ved, at leverandøren overdrager det færdige system enten ved overdragelse af et fysisk lagringsmedium eller ved at give kunden en download-adgang. Eftersom udviklingsaftaler typisk indebærer, at leverandøren installerer systemet, når dette skal installeres hos kunden, skal der næppe meget til, før domstolene vil indfortolke en installationspligt i aftalen.

*Nørager-Nielsen* antager, at leverandøren også uden særskilt aftale vil være forpligtet til at installere systemet, Edb-kontrakter, s. 58.

Såfremt systemet ikke skal installeres hos kunden, men driftes hos leverandøren eller hos en tredjepart, f.eks. i en cloudløsning, vil leveringen være sket, når kunden har fået adgang til systemet.

Som nævnt vil udviklingsaftalen dog normalt forholde sig til disse spørgsmål, hvorfor det baggrundsretlige udgangspunkt for, hvor-



når der er sket levering af systemet, sjældent har større praktisk relevans.

## 6.2. Afprøvning

### 6.2.1. Udgangspunktet

Når der sælges en fysisk genstand, vil leveringen – overgivelsen – af genstanden give køberen en umiddelbar mulighed for at konstatere, om genstanden er som aftalt: Ser møblerne ud som forudsat, er de uden skrammer osv. Samtidig indebærer leveringen, at sælgeren mister kontrollen over genstanden. Det er derfor naturligt, at leveringstidspunktet udgør det absolutte skæringstidspunkt for en række retsvirkninger som beskrevet ovenfor.

Når et udviklet it-system skal overdrages til kunden, er forholdet mere komplekst, og den klassiske obligationsretlige leveringsmodel vil ofte være utilstrækkelig for parterne. Den blotte tilrådighedsstillelse af systemet vil ikke give kunden en reel mulighed for at konstatere, om systemet lever op til aftalens krav. Dette forudsætter en mere indgående afprøvning af systemet, som kunden typisk kun kan gennemføre med leverandørens hjælp. For kunden vil det derfor normalt heller ikke være acceptabelt at knytte betaling og andre retsvirkninger udelukkende til, hvornår systemet er stillet til rådighed for kunden.

I stedet vil de retsvirkninger, der normalt er knyttet til levering, være afhængige af, at der gennemføres en afprøvning af systemet med et tilfredsstillende resultat. Hermed sikrer kunden sig for det første ikke at betale (fuldt ud) for systemet, før det fungerer tilfredsstillende, og for det andet ikke at udfase det eksisterende system og tage et nyt i brug, som viser sig ikke at fungere.

Afprøvningen overtager med andre ord i vid udstrækning den funktion, som leveringen i form af overdragelse har ved salg af fysiske genstande, og bliver dermed central for vurderingen af, om der foreligger mangler eller forsinkelse, kundens betalingspligt, risikoens overgang mv.

Ofte anvendes begrebet “aflevering” om den situation, hvor der sker en afprøvning af salgsgenstanden i forbindelse med overgivelsen til køber.

De fleste udviklingsaftaler vil indeholde bestemmelser om afprøvning i forbindelse med kundens overtagelse af systemet, jf. straks nedenfor. I nogle aftaler, som f.eks. K01, gennemføres kun én samlet afprøvning af systemet. Dette er ofte tilfældet i mindre udviklingsprojekter. I andre aftaler gennemføres afprøvning af delleverancer eventuelt kombineret med en afsluttende afprøvning af hele systemet. Efter K02 kan parterne vælge, om der kun skal gennemføres en samlet afprøvning, eller om der skal ske en faseopdeling af leverancerne med løbende afprøvning af de enkelte delleverancer. I agile udviklingsprojekter vil der altid ske en faseopdeling af leverancen og dermed også en løbende afprøvning. Dette gælder eksempelvis for K03.

Indeholder udviklingsaftalen ingen afprøvningsbestemmelse, vil kunden ikke kunne kræve, at der gennemføres en afprøvning. Dette ville pålægge leverandøren forpligtelser, som der ikke er hjemmel til i aftalen, og som formentlig heller ikke kan udledes af sædvane, uanset om det er sædvanligt at aftale afprøvning i udviklingsprojekter. Konsekvensen af dette er for det første, at leverandøren uden særskilt aftale ikke er forpligtet til at deltage i en afprøvning, og for det andet, at levering af systemet anses for sket, når systemet er overdraget til kunden, enten ved installation af systemet, når dette er aftalt og ellers ved overdragelse af et fysisk medium, hvorpå systemet er lagret eller ved adgang til systemet, når dette driftes fra et eksternt miljø, jf. afsnit 6.1 ovenfor. De følgende bemærkninger knytter derfor an til den situation, hvor der er aftalt afprøvning.

### 6.2.2. Typer af prøver

Aftalen vil normalt forudsætte, at parterne gennemfører flere forskellige typer af prøver undervejs i projektet.

Hvis der indgår hardware i leverancen, vil der ofte blive gennemført en indledende *installationsprøve*, der blot skal dokumentere, at hardware og software er tilsluttet i funktionsdygtig stand og således er klar til den videre afprøvning.

Efterfølgende gennemføres en *overtagelsesprøve*, der skal dokumentere, at systemet besidder den aftalte funktionalitet. Overtagelsesprøven har med andre ord karakter af en funktionsprøve. Det kan være vanskeligt at teste systemets fulde funktionalitet, da større systemer besidder så omfattende et antal funktioner, at det ikke er praktisk

muligt at teste dem alle inden for en rimelig afprøvningsperiode. Overtagelsesprøven får derfor karakter af en stikprøvekontrol, hvor det dog er vigtigt, at prøven omfatter systemets mest grundlæggende funktioner.

Overtagelsesprøven tester, om systemet besidder de aftalte funktioner, men ikke, om systemet lever op til den aftalte tilgængelighed og de aftalte svartider. Dette sker i en efterfølgende *driftsprøve*, hvor systemet over en periode testes i en driftssituation, der svarer til den virkelighed, systemet skal bruges i (dvs. på den hardware og med de netværksforbindelser, systemet skal køre på, med det antal brugere, der samtidigt skal kunne benytte systemet osv.).

Overtagelsesprøven og driftsprøven er normalt de to centrale prøver i udviklingsprojektet. Aftalen må forholde sig til de samme grundlæggende spørgsmål for hver af disse prøver.

### 6.2.3. Parternes bidrag i afprøvningen

Afprøvningsbestemmelserne skal fastslå, hvad parterne skal bidrage med i afprøvningen. Det vil normalt være leverandøren, der har det overordnede ansvar for prøvernes gennemførelse, hvilket bl.a. indebærer, at leverandøren ikke kan kræve betaling for sit arbejde forbundet med afprøvningen, medmindre det udtrykkeligt er angivet i aftalen. Idet afprøvningen forudsætter brugernes brug af systemet, vil kunden sædvanligvis skulle medvirke i afprøvningen. Aftalen må regulere kundens nærmere forpligtelser. Selv uden en særskilt angivelse heraf, må der kunne indfortolkes en pligt for kunden til at stille de relevante medarbejdere til rådighed for afprøvningen. Et væsentligt element i kundens forpligtelser er kundens pligt til at godkende prøven, når den er bestået, jf. straks nedenfor.

### 6.2.4. Godkendelse af prøven

Når overtagelsesprøven og driftsprøven har dokumenteret, at systemet lever op til de aftalte krav, er kunden forpligtet til at godkende prøven. Godkendelsestidspunktet for prøverne vil være skæringstidspunktet for en række retsvirkninger, jf. nedenfor.

Al erfaring viser, at nyudviklede it-systemer vil rumme en lang række fejl, der må rettes løbende. Ved beskrivelsen af, hvornår en afprøvning af systemet kan anses for godkendt, må dette forhold tages

Feilmargen

i betragtning. Et krav om, at prøven ikke må have dokumenteret nogen fejl, ville typisk bevirke, at systemet aldrig kunne godkendes, eller i hvert fald først godkendes lang tid efter oprindeligt forudsat. Da en stor del af betalingen normalt er knyttet til prøvernes godkendelse, ville det være uacceptabelt for leverandøren, hvis enkelte småfejl kunne give kunden ret til at afvise prøven. Det vil heller ikke være i kundens interesse, da aftalen ofte forudsætter, at kunden først kan tage systemet i brug, når prøverne er godkendt.

Aftalens beskrivelse af, hvornår kunden er forpligtet til at godkende prøven, må derfor afbalancere kundens behov for ikke at godkende et system, der indeholder mange eller betydende fejl, med leverandørens behov for, at kunden ikke kan afvise betaling og i sidste ende hæve aftalen, selvom systemet kun besidder uvæsentlige fejl.

På et overordnet plan indebærer dette, at aftalen normalt forpligter kunden til at godkende systemet, hvis prøven kun dokumenterer uvæsentlige fejl i systemet, og omvendt giver kunden ret til at afvise prøven, hvis der viser sig væsentlige fejl. Da det kan være vanskeligt at afgøre, hvad der udgør en "væsentlig fejl", vil afprøvningsbestemelsen normalt indeholde mere konkrete godkendelseskriterier, der afgør om prøven er bestået eller ej.

Se som eksempel herpå godkendelseskriterierne til overtagelsesprøven i K01, bilag 8, pkt. 3.5:

Der er tale om en kvalificeret mangel hvis,

1. flertallet af brugerne ikke kan anvende systemet eller funktionaliteten er nedsat i en sådan grad, at systemet må anses for ude af drift, eller
2. anvendeligheden af systemet nedsættes eller besværliggøres i betydende omfang, eller
3. anvendeligheden af systemet er nedsat i ikke ubetydeligt omfang, med mindre manglen kun berører enkelte af de relevante brugere eller manglen kan omgås uden betydelig ekstra indsats for kunden, eller
4. et af de i bilag 10 anførte servicemål er forringet med mere end [...] %, forudsat at det er aftalt at servicemålet afprøves under overtagelsesprøven, eller
5. der konstateres væsentlige mangler ved tilknyttede ydelser.

Sondringen mellem væsentlige og uvæsentlige forhold

Godkendelseskriterier

Der er ikke tale om en kvalificeret mangel hvis,

- der blot er tale om at en enkelt funktion ikke virker, med mindre den pågældende funktion har central betydning for kundens anvendelse af systemet, eller
- kun [...] brugere ud af en større brugergruppe er påvirket af manglen, og således at de øvrige brugere i brugergruppen fortsat kan anvende systemet, eller
- der blot er tale om at en enkelt funktion ikke virker, med mindre den pågældende funktion har central betydning for kundens anvendelse af systemet.

Når prøven er godkendt trods eksistensen af mindre væsentlige fejl, skal disse rettes i tiden efter prøvens godkendelse. Godkendelsen indebærer med andre ord ikke, at leverandøren kan undlade at rette fejlene. Medmindre det udtrykkeligt er angivet i aftalen, vil en manglende afhjælpning af sådanne fejl ikke give kunden ret til at trække sin godkendelse af prøven tilbage. Når afprøvningsbestemmelsen udtrykkeligt angiver kriterierne for godkendelse, kan der som udgangspunkt ikke indfortolkes en ret til at afvise en prøve med tilbagevirkende kraft alene med henvisning til fejl, der netop ikke berettiger til en afvisning. Dette ville heller ikke være i overensstemmelse med kontraktpraksis.

Rettelse af fejl  
efter godkendelse

Hverken K01 eller K02 giver kunden ret til at trække en godkendelse tilbage, hvis ikke fejl dokumenteret i afprøvningen efterfølgende rettes.

De retsvirkninger, som er knyttet til prøvens godkendelse, jf. herom nedenfor, vil derfor indtræde, også selvom leverandøren ikke efterfølgende retter fejlene. Dette indebærer dog ikke, at leverandøren er ansvarsfri. Fejlene vil stadig kunne udgøre en mangel ved systemet og dermed give kunden sædvanlige mangelsbeføjelser.

Når godkendelse af en prøve forudsætter opfyldelse af nærmere godkendelseskriterier, ville det være nærliggende at tro, at aftalen altid havde fastlagt disse kriterier, og det vil da også være den mest hensigtsmæssige løsning. Fra tid til anden ses det imidlertid, at aftalen blot foreskriver, at godkendelseskriterierne skal fastlægges af parterne i fællesskab i løbet af projektet. Årsagen hertil kan være en manglende

Manglende  
fastlæggelse af  
godkendelses-  
kriterier

vilje til at tage kampen om kriteriernes udformning inden aftalens indgåelse eller en tro på, at mere kvalificerede godkendelseskriterier bedst kan udformes, når parterne har et bedre indblik i systemets konkrete udformning. Når godkendelseskriterierne ikke fastsættes inden afprøvingen, opstår spørgsmålet, hvornår kunden er berettiget til at afvise prøven. Fastsætter aftalen mere generelt, at der ikke må foreligge væsentlige fejl, vil dette selvsagt være afgørende. Henviser aftalen alene til de godkendelseskriterier, som parterne ikke har fået aftalt, kan der nok opstilles en formodning for, at parterne har villet indrette godkendelseskriterierne i overensstemmelse med almindelig kontraktpraksis, således at uvæsentlige fejl ikke kan begrunde en afvisning af prøven. Det samme må gælde, hvis aftalen slet ikke indeholder en regulering af godkendelseskriterierne.

Der er ikke nødvendigvis sammenfald mellem denne væsentlighedsvurdering og vurderingen af, om der foreligger væsentlige og dermed hævebegrundende mangler efter den almindelige mangelsvurdering. Højesterets dom i U.1995.974H sammenholdt med *Nørgaards* kommentar hertil i U.1997B.523 må således tages til indtægt for, at fejl, der ikke har karakter af væsentlige mangler, potentielt kan være tilstrækkeligt væsentlige til, at kunden kan afvise prøven. Dommen gav køberen af en specialfremstillet luksusmotorbåd ret til at hæve købet, da en afsluttende prøvesejlads dokumenterede en række væsentlige fejl af betydning for skibets funktionsdygtighed. Det følger af *Nørgaards* kommentar, at Højesteret tilsyneladende ikke har afgjort væsentlighedsvurderingen ud fra, om der forelå væsentlige mangler efter en mangelsvurdering men i stedet har søgt inspiration i entrepriserettens sontring mellem “væsentlige mangler” i relation til afleveringsbestemelsen i § 28, stk. 2, i den dagældende AB92 og “væsentlige mangler” i relation til ophævelsesbeføjelsen efter § 40, nr. 3. Det følger af bemærkningerne til AB 92, bet. 1246/1993, s. 113 f., at det skal “tillægges særlig vægt, om manglen efter en konkret vurdering på ikke ubetydelig måde hindrer eller sinker ibrugtagning af den del af byggeriet eller anlægget, som entreprisen omfatter”, ved vurderingen af, om der foreligger “væsentlige mangler” efter § 28, stk. 2, der berettiger bygherren til at afvise byggeriet. *Nørgaard* anfører, at der ikke er langt mellem denne formulering og den formulering, Højesteret anvendte (“fejl af væsentlig betydning for skibets funktionsdygtighed”).

Væsentligheds-  
vurderingen

Det er i efterfølgende teori lagt til grund, at funktionsdygtigheds-kriteriet kan give køberen ret til at afvise salgsgenstanden, uanset om der ikke foreligger væsentlige mangler efter en almindelig obligationsretlig mangelsvurdering.

Se således *Theilgaard m.fl.*, Købeloven, s. 66: “For så vidt angår bestillingskøb må det antages, at køberen har mulighed for at afvise salgsgenstanden, også selvom denne ikke lider af hævebegrundende mangler, hvis køberen er afskåret fra at tage genstanden i brug efter dens formål, eller der foreligger fejl af væsentlig betydning for genstandens funktionsdygtighed.” Tilsvarende *Kristensen m.fl.*, Lærebog i dansk og international køberet, s. 80 f.

Kravet om, at der skal foreligge fejl af væsentlig betydning for funktionsdygtigheden, vil dog i langt de fleste tilfælde indebære, at der også foreligger væsentlige mangler, og den praktiske betydning af sondringen er derfor nok begrænset.

Det kan ikke udelukkes, at domstolene i vurderingen af, om godkendelseskriterierne er opfyldt, vil være præget af, hvilke retsvirkninger der gøres gældende i den konkrete sag. Det vil være vidtgående at lade kunden hæve som følge af forsinkelse med en prøve, hvis afvisningen skyldes fejl, der er langt fra at have karakter af væsentlige mangler. Anderledes hvis tvisten “kun” omhandler kundens ret til at tilbageholde en betaling eller kræve bod. I det omfang, der er aftalt specifikke godkendelseskriterier, må disse dog lægges til grund, uanset om de fører til ophævelsesadgang for mindre væsentlige fejl.

### 6.2.5. Ibrugtagning af systemet før godkendelse af prøven

En særlig situation opstår, når kunden tager systemet i brug, før de aftalte prøver er godkendt. Aftalen vil sædvanligvis forudsætte, at kunden først tager systemet i brug, når overtagelsesprøven er godkendt. Dette rejser spørgsmålet, om kundens ibrugtagning i sig selv skal anses for en godkendelse af prøven, alternativt et afkald på prøvens gennemførelse og dermed en accept af, at de retsvirkninger, der er knyttet til prøvens godkendelse, indtræder.

Det ligger klart, at kunden ikke kan forcere de forpligtelser, som en godkendt overtagelsesprøve udløser for leverandøren. Skal leverandøren eksempelvis vedligeholde og supportere systemet på nærmere

Problemstillingen

Leverandørens forpligtelser

angivne vilkår fra det tidspunkt, hvor en overtagelsesprøve er godkendt, kan kunden ikke ved at tage systemet i brug før den godkendte overtagelsesprøve fremrykke tidspunktet for leverandørens vedligeholdelses- og supportforpligtelser. Dette følger helt grundlæggende af, at en aftale ikke kan ændres ensidigt af den ene part. I stedet må leverandørens forpligtelser indtræde fra det tidspunkt, hvor prøven i henhold til tidsplanen skulle have været godkendt.

Kundens  
forpligtelser

Derimod vil kundens ibrugtagning kunne fremrykke tidspunktet for kundens egne forpligtelser, herunder særligt betalingsforpligtelsen. En større del af den samlede betaling vil normalt forfalde ved godkendelsen af overtagelsesprøven, hvor kunden også tager systemet i brug. Dette kan ses som et udtryk for samtidighedsgrundsætningen: En væsentlig del af ydelsen præsteres på dette tidspunkt, og derfor forfalder en væsentlig del af betalingen. Når kunden tager systemet i brug, før prøven er godkendt, tilsiger samtidighedsprincippet, at leverandøren tilsvarende får krav på den del af betalingen, der er knyttet til godkendelsen. Der må dog muligvis gøres en undtagelse, hvis den manglende godkendelse af prøven skyldes leverandørens forhold, f.eks. forårsaget af fejl i systemet, der hindrer en godkendelse. Kan kundens ibrugtagning af systemet trods disse fejl begrænse et tab, som kunden ellers vil lide, og som leverandøren ellers skal dække, kan kunden muligvis under henvisning til at forfølge sin tabsbegrænsningspligt tage systemet i brug og tilbageholde betalingen, indtil prøven er godkendt. Det bliver dog i så fald kundens egen risiko, hvis de eksisterende fejl påfører kunden tab ved brug af systemet.

Kundens ophør  
med brug af  
systemet

Kunden vil formentlig kunne fastholde kravet på afprøvning, selvom systemet er taget i brug, hvis kunden ophører med at bruge systemet. Har der kun været tale om en kortvarig brug, vil leverandøren næppe kunne kræve betaling af det beløb, der er knyttet til prøvernes gennemførelse. Såfremt kundens forudgående ibrugtagning medfører forsinkelser af prøvernes gennemførelse, vil dette skulle behandles som ansvarspådragende forsinkelse fra kundens side. Tilsvarende vil kunden være forpligtet til at dække eventuelle omkostninger, som ibrugtagningen har påført leverandøren.

Aftaleregulering

Da kundens ibrugtagning af systemet før godkendt overtagelsesprøve kan give anledning til tvivl om parternes retsstilling, kan det være hensigtsmæssigt, at aftalen forholder sig specifikt til spørgsmålet.



Et eksempel på en sådan regulering findes i K02, der i pkt. 9 opstiller det udgangspunkt, at kunden først kan ibrugtage systemet fra overtagelsesdagen, dvs. fra godkendt overtagelsesprøve. I pkt. 8.5, sidste afsnit, gives kunden dog under visse forudsætninger (herunder delvis betaling) ret til forudgående at tage systemet i brug, når overtagelsesprøven forsinkes som følge af leverandørens forhold:

Såfremt overtagelsesprøven ikke består i overensstemmelse med tidsplanen i bilag 1, og dette ikke skyldes Kunden, har Kunden ret til at tage Leverancen eller dele heraf i brug. Kunden er i så fald forpligtet til at erlægge en rimelig del af betalingen, der er knyttet til godkendelse af overtagelsesprøven i overensstemmelse med betalingsplanen i bilag 12. Kundens brug kan alene ske, såfremt dette ikke medfører væsentlig ulempe for Leverandørens færdiggørelse af Leverancen og gennemførelse af den aftalte overtagelsesprøve, medmindre Kunden kan godtgøre, at Ibrugtagning er nødvendig for at imødegå væsentlige tab.

Det følger af pkt. 9, sidste afsnit, at leverandørens forpligtelser til at vedligeholde systemet først træder i kraft ved godkendelse af overtagelsesprøven.

Pkt. 10 regulerer spørgsmålet om overtagelse og risikoovergang ved ibrugtagning før godkendt overtagelsesprøve:

Leverancen er overtaget af Kunden, når overtagelsesprøven er godkendt, jf. punkt 8.1.

Såfremt der sker Ibrugtagning af hele eller dele af Leverancen før Overtagelsesdagen, uden at dette er aftalt, jf. punkt 9, eller uden at betingelserne i punkt 8.4 eller punkt 8.5 er opfyldt, har Leverandøren ret til ved Meddelelse at anmode Kunden om at ophøre med denne brug. Såfremt Kunden ikke efterkommer anmodningen inden 20 Arbejdsdage, anses de ibrugtagne dele af Leverancen for overtaget af Kunden.

Leverandøren bærer risikoen for Leverancen indtil Overtagelsesdagen. Såfremt der er sket Ibrugtagning af Leverancen eller en del heraf forud for Overtagelsesdagen, overgår risikoen for de respektive dele af Leverancen til Kunden fra Ibrugtagningen.

### 6.2.6. Retsvirkninger

Som allerede beskrevet vil godkendelsen af de aftalte prøver fungere som skæringspunkt for, om leverandøren har præsteret det aftalte, og der er derfor knyttet en række retsvirkninger til prøvernes godkendelse.

**Betaling**                      Betalingsplanen vil normalt være knyttet til afprøvningen, således at dele af betalingen forfalder ved godkendelse af de enkelte prøver. En stor del af betalingen vil normalt forfalde ved godkendelse af overtagelsesprøven, der markerer, at kunden får systemet stillet til rådighed med den aftalte funktionalitet.

**Risikoovergang**            Risikoens overgang vil tilsvarende være knyttet til godkendelse af overtagelsesprøven, hvilket er i overensstemmelse med, at køberen sædvanligvis overtager risikoen for salgsgenstanden, når denne stilles til rådighed for køberen.

Se eksempelvis K01, pkt. 7, og K02, pkt. 10.

**Misligholdelses-  
beføjelser**                    Da aftalen normalt vil forudsætte, at prøverne skal være godkendt på angivne tidspunkter, vil en manglende godkendelse kunne medføre forsinkelse og dermed udløse misligholdelsesbeføjelser for kunden. I mangel af særskilt aftale må det bero på en konkret vurdering, om forsinkelse i forbindelse med en given prøve udgør en væsentlig misligholdelse, der berettiger til ophævelse af aftalen. Det vil dog ofte være angivet, at overskridelse af prøven med et vist antal dage udgør væsentlig misligholdelse, se f.eks. K02, pkt. 20.1.

**Fordrings-  
havermora**                    Overtagelsesprøvens godkendelse markerer som beskrevet det tidspunkt, hvor kunden får systemet stillet til sin rådighed. Udskydes dette tidspunkt som følge af kundens forhold, kan der foreligge fordringshavermora, ligesom leverandøren efter omstændighederne kan kræve erstatning for påførte omkostninger.

**Aftalte  
retsvirkninger**            Betaling, risikoovergang og misligholdelsesbeføjelser hører til de retsvirkninger, som efter almindelige obligationsretlige principper vil være knyttet til afprøvningen, fordi denne markerer (af)leveringen af systemet. Herudover kan parternes aftale knytte andre særskilt aftalte retsvirkninger til prøvernes godkendelse. Det er f.eks. almindeligt, at leverandøren udsteder en række garantier, som løber fra godkendt overtagelsesprøve (se eksempelvis K01, pkt. 15.4 og K02, pkt. 17.9),

ligesom der ofte vil være knyttet bodsbetalinger til forsinkelse med prøverne (se f.eks. K01, pkt. 16.1.1, K02, pkt. 18.1.2, og K03, pkt. 25.1.2).

Såfremt aftalen forudsætter gennemførelse af en afleveringsprøve men ikke angiver retsvirkningerne knyttet til afleveringsprøven (hvad der dog vil være usædvanligt), må disse udledes af aftalens generelle regulering af misligholdelsesbeføjelser, eventuelt suppleret af den baggrundsretlige regulering. Et afgørende spørgsmål bliver derfor, om der foreligger forsinkelse, eller om der foreligger mangler, hvis afprøvnin-gen viser, at systemet er mangelfuldt. Som anført ovenfor, vil aftalereguleringen sædvanligvis indebære, at der foreligger forsinkelse, hvis prøven afvises, hvorimod der ikke vil foreligge forsinkelse men mangler, hvis prøven godkendes med angivelse af mangler, som ikke hindrer godkendelsen. Også uden særskilt aftaleregulering må dette resultat være udgangspunktet: Såfremt kunden berettiget nægter at godkende afleveringsprøven, er der ikke sket (af)levering, og der vil indtræde forsinkelse, hvis tidspunktet for prøvens godkendelse overskrides. Kunden kan herefter anvende de misligholdelsesbeføjelser, der står til rådighed i anledning af forsinkelse, herunder eksempelvis bod for forsinkelse, hvis aftalen hjemler dette. Såfremt manglerne omvendt ikke har en karakter, der berettiger kunden til at afvise at godkende afleveringsprøven, er systemet afleveret, og kunden kan gøre de misligholdelsesbeføjelser gældende, der udløses, når ydelsen er mangelfuld.

Manglende  
angivelse af  
retsvirkninger

I samme retning *Nørager-Nielsen*, Edb-kontrakter, s. 108 f., der antager, at der er sket aflevering, hvis afleveringsprøven kun dokumenterer uvæsentlige mangler. Hertil må dog gøres den undtagelse, at hvis aftalens godkendelseskriterier indebærer, at systemet ikke kan godkendes, foreligger forsinkelse, uanset om manglerne må anses for uvæsentlige. Det vil dog ikke være sædvanligt, at godkendelseskriterierne formuleres således, at selv uvæsentlige mangler berettiger til en afvisning af prøven.

## 7. Ændringshåndtering

### 7.1. Indledning

Som beskrevet ovenfor i afsnit 2, vil kundens ønsker til det færdige system normalt ændre sig undervejs i et it-udviklingsprojekt. Dette ændringsbehov søges i nogle tilfælde imødekommet gennem en agil udviklingsmodel, hvor systemets endelige udformning først aftales i løbet af projektet. I andre situationer vælges en model, hvor systemet er endeligt beskrevet på tidspunktet for aftalens indgåelse. I så fald må behovet for efterfølgende ændringer varetages gennem en regulering af adgangen til at kræve ændringer i parternes aftale. Er dele af systembeskrivelsen fastlagt på tidspunktet for aftalens indgåelse, vil der være behov for at regulere ændringsadgangen for disse dele. Aftalen kan derfor have karakter af en hybridaftale, hvor dele af systemet er fastlagt på forhånd, og hvortil der er knyttet en ændringshåndteringsbestemmelse, mens andre dele først aftales i løbet af udviklingsprojektet.

Ud over ændringer i selve systemet, kan der også være behov for at ændre i leverandørens vederlag. I fast pris-projekter kan leverandøren selv sagt ikke bede om yderligere betaling, blot fordi udviklingen er blevet dyrere end oprindeligt forudsat af leverandøren (det ligger netop i fast pris-modellen, at dette er leverandørens risiko), men betaling for løbende ydelser vil ofte blive pristalsreguleret.

Der kan endvidere være behov for at ændre i tidsplanen, f.eks. fordi kundens medarbejdere bliver nødt til at bruge tid på andre opgaver og derfor ikke kan deltage i møder med leverandøren mv. som oprindeligt planlagt. Aftalen indeholder derfor ofte også bestemmelser om udskydelse af tidsfrister og konsekvenserne heraf.

Også andre forhold kan være genstand for ændringsønsker, herunder eksempelvis kundens forpligtelser, testkriterier og selve aftalevilkårene.

I det følgende beskrives reguleringen af ændringer i systemet, ændringer i vederlaget, ændringer i tidsplanen og endelig andre ændringer. Afslutningsvist knyttes bemærkninger til selve vedtagelsen af ændringer.

## 7.2. Ændringer af systemet

### 7.2.1. Den baggrundsretlige regulering

De fleste nyere it-udviklingsaftaler, hvor systembeskrivelsen helt eller delvist er fastlagt på aftaletidspunktet, vil indeholde en ændringshåndteringsbestemmelse, der regulerer vilkårene for anmodning om ændring af systemet undervejs i udviklingsprojektet. Indeholder parternes aftale (undtagelsesvist) ingen udtrykkelig regulering af ændringsretten, beror spørgsmålet på den baggrundsretlige regulering.

Uanset om ændringsreguleringen følger af baggrundsretten eller af aftalen, bliver den kun relevant, når der anmodes om en "ændring" af løsningen. Som udgangspunkt vil leverandøren have krav på ekstra betaling og eventuelt også forlængelse af tidsplanen, når kunden anmoder om ændringer af løsningen, men ikke når der blot er tale om præciseringer eller nærmere udmøntning af et mere overordnet krav. Det er derfor også ofte genstand for uenighed i udviklingsprojekter, der helt eller delvist er baseret på en vandfaldsmodel, om kundens ønsker til systemet undervejs i projektet blot har karakter af præciseringer eller af egentlige ændringer. Denne vurdering tager udgangspunkt i, hvad der er aftalt om løsningen og kravene til den. Se nærmere om ydelsesbeskrivelsen og fortolkning ved uoverensstemmelser mellem kravspecifikation og løsningsbeskrivelse afsnit 4.1.2 ovenfor. De følgende bemærkninger knytter sig til den situation, hvor der foreligger anmodning om en egentlig ændring af løsningen.

Ændring?

Se som et eksempel på en ny dom, hvor spørgsmålet om ændring eller ikke-ændring var afgørende for sagens udfald, Oslo tingretts dom af 31. januar 2020 (Samferdselsdepartementet mod IBM)(\*). Parterne var bl.a. uenige om, hvorvidt en række krav fra kunden havde karakter af ændringer eller ej. Retten gav leverandøren medhold i, at dette i vidt omfang var tilfældet, hvorfor leverandøren havde krav på tidsfristforlængelse. Bl.a. som følge heraf fandt retten ikke, at der forelå hævebegrundende forsinkelse fra leverandørens side.

Det er uklart, i hvilket omfang køberen efter almindelige aftale- og obligationsretlige principper kan kræve ændringer i ydelsen, efter afta-

Ændringsret: Det obligationsretlige udgangspunkt

len er indgået. Det teoretiske kontraktretlige udgangspunkt er, at parterne hver især er forpligtet til at levere de aftalte ydelser og berettiget til at modtage modpartens modydelser, og at en ændring af disse forpligtelser kun kan ske ved gensidig aftale. Det vil være i strid med dette udgangspunkt, hvis en part ensidigt kan kræve ændringer i en allerede indgået aftale. Der kan heller ikke være tvivl om, at der ikke gælder en generel ændringsret i obligationsretten. Derimod kan det ikke udelukkes, at der for visse typer af aftaler gælder en ændringsret selv uden særskilt aftaleregulering. Det er eksempelvis en udbredt opfattelse i entrepriseretten, at bygherren har ret til at kræve ændringer i byggeriet selv uden udtrykkelig aftaleregulering, jf. *Johansen*, Bygherrens ændringsret, s. 45 og *Hørlyck*, Entreprise – AB18, s. 249. *Johansen* antager på baggrund af en række standardaftaler, herunder inden for it-kontraktområdet, at der kan opstilles en generel formodning for, at ændringsretten er gældende som kutyme i aftaler, hvor realydelsen skal opfylde realkreditors individuelle behov, og hvor ydelsen endvidere er af projektmæssig karakter, a.st., s. 44.

Ved vurderingen af, om der gælder en ændringsret for it-udviklingsaftaler, må der sondres mellem kundens og leverandørens ændringsret.

Der er god grund til at tildele kunden en ændringsret. Kunden vil have et reelt behov for at kunne få ændret ydelsen undervejs, fordi kunden ikke kender sine behov i detaljer på aftaletidspunktet. Det kan derfor virke formalistisk at fastholde kunden på en ydelse, hvis det, allerede inden ydelsen er færdigudviklet, står klart, at den ikke opfylder kundens behov. Værdispildsbetragtninger taler også imod en sådan løsning. Indvendingen mod at give kunden en ensidig ændringsret er hensynet til leverandøren. I mange situationer kan dette hensyn imidlertid varetages ved, at ændringsretten kun kan gøres gældende, hvis ændringen kan ske uden væsentlige gener for leverandøren, og således at leverandøren kan kræve ekstrabetaling for det merarbejde, der er forbundet med ændringen, ligesom tidsplan og øvrige leverancevilkår må tilpasses ændringen.

Kundens ændringsret kan i disse situationer begrundes ud fra et forudsætningssynspunkt: Forudsætningerne for parternes aftale har ændret sig (i form af kundens ændrede behov), denne ændring vil være kendelig for leverandøren (da leverandøren som professionel part

bør vide, at der vil opstå ændrede behov hos kunden undervejs i projektet), og leverandøren er nærmest til at bære risikoen for de ændrede forudsætninger, når ændringen kan gennemføres uden nogen form for gener for leverandøren (kundens ændringsret må som beskrevet forudsætte, at leverandøren får betaling for merarbejdet og øvrigt ikke påfører leverandøren gener), mens en manglende gennemførelse af ændringen omvendt kan være byrdefuld for kunden. Ændringsretten kan også begrundes ud fra en loyalitetspligt: Når ændringen kan gennemføres uden væsentlige gener for leverandøren, og ændringen har betydning for den nytteværdi, kunden vil få af systemet, vil det være illoyalt af leverandøren at nægte ændringen. Kundens adgang til at kræve ændringer er endvidere så sædvanlig i udviklingsaftaler, at resultatet formentlig også vil følge af en branchesædvane.

*Johansen* antager som anført ovenfor, at der generelt gælder en formodning for eksistensen af en kutyme, hvorefter realkreditor har en ændringsret i aftaler, når realydelsen skal opfylde realkreditors individuelle behov, og hvor ydelsen endvidere er af projektmæssig karakter, Bygherrens ændringsret, s. 44.

Afhængig af aftalens ordlyd og parternes adfærd, vil en ændringsret i nogle tilfælde muligvis også kunne indfortolkes i parternes aftale selv uden en udtrykkelig ændringsbestemmelse.

Samlet set må det således antages, at kunden har en ændringsret, når ændringen ikke påfører leverandøren væsentlige gener og i øvrigt giver leverandøren ret til merbetaling for udført ekstraarbejde.

Anderledes *Bryde Andersen*, der antager, at en ændringsret for kunden som udgangspunkt kræver særskilt aftale, IT-retten, s. 928.

Det anførte vil primært gælde i de situationer, hvor aftalen forholder sig tavs til spørgsmålet om kundens ændringsret. Angiver aftalen udtrykkeligt, at kunden ikke har en ændringsret, vil dette som altovervejende udgangspunkt blive lagt til grund. Der vil i aftl. § 36 være en hjemmel for domstolene til at korrigere aftalens vilkår, såfremt disse er urimelige. Denne bestemmelse vil i princippet kunne anvendes til at tilsidesætte et vilkår om, at kunden ikke kan kræve ændringer, men da en ensidig ændring som nævnt er i strid med det aftaleretlige udgangs-

punkt om aftalens bindende virkning, vil det kun i helt særegne tilfælde komme på tale at pålægge leverandøren en ændringspligt i strid med aftalens bestemmelser. Det er muligt, at dette vil kunne ske, hvor leverandørens afvisning af at gennemføre ændringen er uden nogen saglig grund og har chikanøs karakter. Spørgsmålet har dog ikke større praktisk betydning, da bestemmelser, der forbyder kunden at kræve ændringer, normalt ikke ses i udviklingsaftaler.

– leverandøren

Det kan ikke antages, at leverandøren kan kræve ændringer i systemet uden særskilt aftale. De særlige hensyn, der giver kunden ret til at kræve ændringer, gør sig ikke tilsvarende gældende for leverandøren.

### 7.2.2. Aftaleregulering

Spørgsmålet om ændringer af ydelsen bør være, og vil normalt også være, reguleret i udviklingsaftalen.

Se mere generelt om ændringsregulering *Bryde Andersen*, Praktisk aftaleret, s. 394 ff.

Pligt til at gennemføre ændring

Ændringshåndteringsbestemmelsen må tage stilling til, om leverandøren har pligt til at gennemføre den ønskede ændring. Dette vil sædvanligvis være tilfældet, da en ændring kan være en afgørende forudsætning for, at kunden kan få fuld nytte af systemet, og da leverandøren kan kompenseres for arbejdet med ændringen gennem en merbetaling.

Betaling

Parterne vil derfor normalt også uden videre kunne nå til enighed om, at leverandøren skal gennemføre ændringer på kundens anmodning. Derimod kan det være vanskeligere at blive enige om betalingen for ændringsarbejdet. På tidspunktet for ændringsanmodningen vil kundens forhandlingsposition være svag. Kunden har behov for at få gennemført ændringen og kan være tvunget til at betale den pris, leverandøren forlanger. Kunden vil derfor ønske, at ændringshåndteringsbestemmelsen fastsætter en betalingsprocedure, der så vidt muligt sikrer kunden mod, at leverandøren frit kan fastsætte en pris for ændringsarbejdet. Det er selvsagt på kontrakttidspunktet ikke muligt at aftale en fast pris for efterfølgende ændringer, da omfanget af disse først kendes, når ændringsbehovet opstår. I stedet aftales ofte en fast timepris for udførelse af ændringsopgaver. Leverandøren skal da forud



for ændringen estimere sit timeforbrug på opgaven. I nogle aftaler forsøger kunden at sikre sig mod for høje timeestimer fra leverandørens side ved at indsætte en bestemmelse, der giver kunden mulighed for at kræve, at en uvildig tredjepart vurderer leverandørens timeestimat, hvis kunden mener, det er for højt. Såfremt aftalen ikke indeholder en regulering af prisen for efterfølgende ændringer, kan leverandøren kræve en rimelig betaling, jf. nærmere afsnit 5.1 ovenfor.

En ændring af systemet vil normalt indebære en forsinkelse af projektet. Kunden vil ofte have et behov for, at denne forsinkelse ikke bliver længere end højst nødvendigt. Ændringshåndteringsbestemmelsen vil derfor typisk bestemme, at leverandøren skal fremlægge sit forslag til, hvordan ændringen skal gennemføres, inden for en bestemt tid. Herudover vil leverandøren i løsningsforslaget skulle angive tidsplanen for gennemførelsen af ændringen. Denne vil afhænge af den enkelte ændringsopgave.

Leverandørens ændringsforslag bør også indeholde en beskrivelse af ændringens konsekvens for de øvrige dele af systemet, herunder om der er krav til systemet, der ikke kan opfyldes, hvis ændringen gennemføres. I tilknytning hertil vil ændringshåndteringsbestemmelsen normalt give leverandøren ret til at afvise en ændringsanmodning, hvis det i praksis ikke er muligt at gennemføre ændringen inden for rammerne af de tekniske og funktionelle krav, systemet i øvrigt skal opfylde. Såfremt leverandøren gennemfører ændringen uden at tage forbehold for følgevirkninger, bliver det leverandørens risiko, hvis ændringen indebærer, at andre krav til systemet ikke kan gennemføres. Leverandøren må som den professionelle part have en pligt til at rådgive kunden herom.

Ofte vil ændringshåndteringsbestemmelsen indeholde en bagatelregel, således at leverandøren er forpligtet til at gennemføre små ændringer uden iagttagelse af ændringshåndteringsproceduren og dermed uden at kunne kræve ekstra betaling. I så fald må leverandøren indregne et beløb til disse småopgaver i den faste pris. Uden særskilt regulering vil en sådan bagatelregel ikke gælde.

Både K01 (pkt. 5), K02 (pkt. 6) og K03 (pkt. 6) indeholder forholdsvis detaljerede ændringshåndteringsbestemmelser. Ændringshåndteringsbestemmelserne sikrer kunden en ret til at få gennemført ændringer undervejs i projektet på nærmere angivne vilkår, men

Tidsplan

Konsekvenser

Bagatelregel

K-kontrakterne

grundlæggende er det fortsat kunden, der har risikoen for, at projektet bliver dyrere som følge af ændrede behov. Hermed har kunden stadig en risiko for, at ændrede behov gør projektet så dyrt, at kunden ikke har råd til at gennemføre det og dermed står tilbage med et delvist gennemført projekt, som ikke har nogen værdi for kunden. For at begrænse denne risiko, er der i K01 og K02 indført bestemmelser, der giver kunden ret til at træde ud af projektet, hvis en indledende afklaringsfase viser, at der skal ske så store ændringer af systemet i forhold til det oprindeligt forudsatte, at kunden hellere vil udtræde af projektet end at betale merprisen for ændringerne. I K03 gælder kundens udtrædelsesadgang i hele projektets løbetid. Se herom og om kundens afbestillingsret afsnit 10.3.5 nedenfor.

Se generelt om ændringsrisikoen *Udsen*, Ændringsrisikoen i it-udviklingsaftaler i *Ole Hansen (red.)*, Ændringsregler i længerevarende kontrakter.

## 7.3. Ændringer af vederlaget

### 7.3.1. Den baggrundsretlige regulering

Udgangspunktet om aftalers bindende virkning gælder selvsagt også for spørgsmålet om ændring af det aftalte vederlag. Ingen af parterne kan kræve ændring af vederlagets størrelse, hvis ikke en sådan ændring har hjemmel i aftalen.

Det kan være angivet i aftalen, at specifikke forhold er kundens ansvar, f.eks. ændringer i branchespecifik lovgivning, som indebærer behov for ændringer i systemet. I så fald vil det normalt medføre, at kunden må fremsætte en ændringsanmodning i overensstemmelse med ændringshåndteringsproceduren.

Forholder aftalen sig ikke til hvem af parterne, der har ansvaret for ændrede forhold, vil udgangspunktet være, at sådanne forhold ikke giver ret til at kræve prisændringer for nogen af parterne. Uanset om ændrede forhold vanskeliggør leverandørens arbejde eller i øvrigt påfører leverandøren yderligere omkostninger i forhold til det oprindeligt forudsatte, vil leverandøren derfor ikke kunne kræve ekstrabetaling, hvis ikke aftalen indeholder en prisreguleringsmekanisme. Når

der er aftalt en fast pris, ligger det i selve betalingsmodellen, at leverandøren påtager sig risikoen for, at udviklingen kompliceres, også selvom dette skyldes udefrakommende omstændigheder. Det kan vel ikke helt udelukkes, men det forekommer dog vanskeligt at forestille sig situationer, hvor kunden er nærmest til at bære risikoen for udefrakommende begivenheder, netop fordi fast pris-modellen kan siges at gøre op hermed.

Bidrager kunden ikke som aftalt, foreligger misligholdelse. Påføres leverandøren ekstraomkostninger som følge af denne misligholdelse, kan dette kræves dækket efter de almindelige erstatningsregler, jf. nærmere afsnit 10.2.3 nedenfor.

Om muligheden for at kræve ændringer af timepriser i forbindelse med betaling af løbende ydelser som drift og vedligeholdelse se kapitel 3.6.2.

### 7.3.2. Aftaleregulering

Når et it-system skal udvikles til en fast pris, vil udviklingsaftalen normalt ikke give leverandøren adgang til at ændre prisen, hvis ikke kunden anmoder om ændringer i systemet. Det er med andre ord ikke sædvanligt, at udefrakommende begivenheder giver leverandøren ret til at hæve prisen. Aftalen kan dog indeholde angivelse af enkelte specifikke forhold, som leverandøren ikke vil påtage sig risikoen for, og hvor leverandøren derfor forbeholder sig ret til at kræve ekstrabetaling, hvis disse forhold bliver aktuelle. Et eksempel herpå kan være ændringer i offentlige afgifter, der påvirker prisen.

Tilsvarende vil aftalen normalt ikke give kunden adgang til at kræve reduktion af den aftalte pris.

## 7.4. Ændringer i leveringstiden

### 7.4.1. Den baggrundsretlige regulering

I udviklingsprojekter aftaler parterne i forbindelse med kontraktens indgåelse en tidsplan for udviklingen fra projektets start og frem til kundens endelige overtagelse af systemet. Detaljeringsgraden af denne tidsplan kan variere.

Ændringer i tidsplanen forudsætter enighed mellem parterne på samme måde, som det gælder for ændringer i systemet og prisen.

Det kan dog heller ikke her udelukkes, at ændrede forhold kan føre til, at en af parterne kan kræve en ændring af tidsplanen. Dette vil navnlig være tilfældet under samme forudsætninger, som dem der beskrevet ovenfor kan give kunden ret til at kræve ændringer i systemet. Har kunden således behov for at udskyde tidsplanen, f.eks. fordi uforudsete forhold lægger beslag på de medarbejdere, der skal deltage i afprøvningen af systemet, vil kunden formentlig have krav herpå, såfremt kunden betaler leverandøren for det merarbejde og øvrige omkostninger, der er forbundet med udskydningen, og såfremt ændringen af tidsplanen i øvrigt kan ske uden gener for leverandøren. Leverandørens primære interesse i projektet er pengeydelsen, og i det omfang de gener, der måtte være forbundet med en ændring af leverandørens ydelser eller tidspunktet for ydelsernes levering, kan kapitaliseres til et pengekrav, synes der ikke at være grunde, der afgørende taler mod at give kunden krav på en ændring. Det vil være kundens bevisbyrde, at disse betingelser er opfyldt.

Da det normalt vil have betydning for kunden, at projektet gennemføres til tiden, kan man i praksis vanskeligt forestille sig situationer, hvor ændrede forhold vil give leverandøren ret til at kræve ændring af tidsplanen.

#### 7.4.2. Aftaleregulering

Det er normalt vigtigt for kunden, at tidsplanen overholdes, så det nye system kan tages i brug som planlagt. Systemet kan f.eks. medføre besparelser i driften, som er indregnet fra det planlagte overtagelsestidspunkt, eller aftalen med kundens hidtidigt leverandør er opsagt med virkning fra dette tidspunkt, hvorfor en forlængelse vil påføre kunden ekstra omkostninger. Af samme grund er det ikke sædvanligt, at aftalen tildeler leverandøren en ret til at kræve udskydelse af tidsplanen.

Se dog nedenfor om reguleringen i K02, der indeholder en sådan ret for leverandøren.

Normalt ingen udskydelsesadgang for leverandøren

Derimod er det sædvanligt, at kunden kan kræve udskydelse af tidsplanens forskellige tidsfrister. Selvom systemet skal udvikles af leverandøren, forudsætter det en aktiv deltagelse fra kunden i forbindelse med de løbende drøftelser om systemets udformning, afprøvning af systemet, uddannelse af medarbejdere mv. Navnlig i de tilfælde, hvor kunden ikke er parat til at præstere sin indsats, f.eks. fordi nøglemedarbejdere forlader deres stilling eller må tage sig af andet, mere presserende arbejde, vil kunden ønske at kunne udskyde tidsplanen. Dette vil som beskrevet ovenfor normalt kræve en særlig hjemmel i aftalen, og udviklingsaftaler indeholder ofte en bestemmelse, der giver kunden ret til at anmode om udskydelse af tidsplanen under nærmere angivne vilkår.

Kundens udskydelse af tidsplanen vil gøre det vanskeligere for leverandøren at planlægge sit arbejde, da de medarbejdere, leverandøren har allokeret til projektet, skal videre til andre projekter. Leverandøren kan derfor få et ressourceproblem i andre projekter, hvis udviklingsprojektet bliver udskudt i for lang tid. Bestemmelsen om udskydelsesret fastslår derfor normalt, at kunden kun kan udskyde tidsfristerne et vist antal gange og maksimalt med et bestemt samlet antal dage.

Hvis leverandøren er klar til at levere sine ydelser til det aftalte tidspunkt, burde det for en umiddelbar betragtning ikke være et problem for leverandøren at levere på et senere tidspunkt, hvis kunden ønsker dette. Sådan forholder det sig imidlertid ikke nødvendigvis. Ønsker kunden eksempelvis at udskyde en afprøvning af systemet med 20 dage, er det ikke sikkert, at leverandøren vil kunne gennemføre afprøvningen præcis 20 dage senere. Det kan være, at de personer hos leverandøren, der skal stå for afprøvningen, har ferie på dette tidspunkt eller er allokeret til andre projekter. Udskydelsesbestemmelsen vil derfor typisk give leverandøren ret til en yderligere udskydelse, når kunden vælger at udskyde, så leverandøren har mulighed for at indrette sig efter den nye tidsplan.

Endelig skal udskydelsesbestemmelsen forholde sig til de økonomiske konsekvenser af udskydelsen. Ved en udskydelse af tidsplanen, vil betalingsfristerne typisk blive udskudt tilsvarende, da betalingsfristerne er knyttet til bestemte hændelser i tidsplanen. En stor del af betalingen er f.eks. normalt knyttet til en godkendt overtagelsesprøve

Leverandørens ret til kontra-udskydelse

Økonomiske konsekvenser

af systemet. Udskydes datoen for overtagelsesprøven, udskydes tilsvarende den del af betalingen, der er knyttet hertil. Til gengæld giver bestemmelsen ofte leverandøren ret til at kræve renter af de udskudte betalinger samt dækning af omkostninger forbundet med udskydelsen.

K01 indeholder i pkt. 7.2 et eksempel på en sædvanlig udskydelsesbestemmelse:

Med et skriftligt varsel til leverandøren på mindst 20 arbejdsdage har kunden ret til 3 gange efter drøftelse med leverandøren at udskyde enhver i tidsplanen fastsat tidsfrist, dog således at kundens samlede udskydelser af tidsplanen højst kan udgøre 60 arbejdsdage.

Såfremt kunden udskyder en eller flere tidsfrister, er leverandøren berettiget til at kræve alle efterfølgende tidsfrister udskudt med et tilsvarende antal arbejdsdage, dog i alle tilfælde mindst 20 arbejdsdage.

Betalinger udskydes tilsvarende, og der påløber rente efter rentelovens regler i udskydelsesperioden.

I det omfang leverandøren påføres dokumenterede meromkostninger, skal disse godtgøres af kunden, jf. punkt 11, sidste afsnit.

K02 indeholder også en bestemmelse om udskydelsesadgang. Denne er dog mere usædvanlig ved, at ikke kun kunden men også leverandøren kan begære udskydelse af tidsplanen. Til gengæld har leverandøren hverken krav på renter eller dækning af omkostninger ved udskydelsen, heller ikke når den er begæret af kunden. Bestemmelsen, der fremgår af pkt. 7.2, har følgende ordlyd:

Ved Meddelelse med et varsel på mindst 10 Arbejdsdage har hver af Parterne ret til tre gange efter drøftelse med den anden Part at udskyde en i tidsplanen fastsat tidsfrist. En fristudskydelse vil samtidig omfatte en eller flere efterfølgende tidsfrister med indtil samme antal Arbejdsdage.

Såfremt en Part ønsker at udskyde en eller flere tidsfrister, kan den anden Part kræve, at en eller flere af de efterfølgende tidsfrister

udskydes med indtil det højeste antal Arbejdsdage, som den anden Part har udskudt en tidsfrist. En contra-udskydelse kan dog altid udgøre indtil 20 Arbejdsdage. Meddelelse om contra-udskydelse skal ske senest 5 Arbejdsdage efter modtagelse af Meddelelsen fra den anden Part om udskydelse.

Ved udskydelse af tidsfrister skal tidsplanen i bilag 1 ændres i overensstemmelse hermed, jf. punkt 29.3.

En Parts samlede udskydelser af tidsplanen kan højst udgøre 40 Arbejdsdage. I beregningen heraf indgår ikke en Parts contra-udskydelse af tidsfrister. Betalinger udskydes tilsvarende. Parterne har ikke krav på godtgørelse af omkostninger i anledning af en udskydelse, herunder rente af udskudte betalinger.

Som det fremgår ovenfor af afsnit 7.4.1, ligger reguleringen i K01 nok nærmest det baggrundsretlige udgangspunkt.

## 7.5. Andre ændringer

Ud over ændringer i systemet, tidsplanen eller betalingen, kan der i løbet af projektet opstå ønske om andre typer af ændringer. Det kan være ændringer i parternes øvrige forpligtelser (sekundære forpligtelser) eller ændringer i selve aftalevilkårene, f.eks. misligholdelsesbeføjelser eller testkriterier.

Er en ændring af leverandørens sekundære forpligtelser en forudsætning for, at kunden kan få leveret og bruge systemet som forudsat, må kunden kunne kræve en sådan ændring ud fra samme betragtninger og under samme betingelser, som gælder for krav om ændringer af systemet, jf. herom ovenfor. Dette er i en vis forstand en refleksvirkning af kundens ret til at kræve ændringer af hovedydelsen (systemet). Da den ensidige ændringsret som beskrevet er en fravigelse af det aftaleretlige udgangspunkt, må den begrænses til tilfælde, hvor denne adgang har væsentlig betydning for kundens brug af systemet. Et eksempel kunne være, at omfanget af leverandørens uddannelse af kundens personale i henhold til aftalen viser sig langt fra at være tilstrækkelig og i øvrigt vanskeligt kan gennemføres af en anden leverandør. På tilsvarende vis må kundens loyalitetspligt give kunden en pligt til at bistå leverandøren på anden måde end oprindeligt aftalt, hvis

dette er en væsentlig forudsætning for leverandørens levering af systemet, og bistanden kan gennemføres uden væsentlige gener for kunden og med leverandørens dækning af omkostningerne forbundet hermed.

Ændringer i selve aftalevilkårene, f.eks. en regulering af bodsbeløb eller godkendelseskriterier, vil kræve accept fra begge parter.

Det er ikke sædvanligt, at kontrakten regulerer adgangen til denne type af ændringer.

## 7.6. Vedtagelse

### 7.6.1. Udgangspunktet

Som beskrevet ovenfor vil en ændring af parternes aftalegrundlag i de fleste tilfælde forudsætte en aftale mellem parterne. Om der er indgået en bindende aftale mellem parterne bestemmes af den almindelige aftaleretlige vedtagelseslære. Afgørende er således, om parterne har udtrykt en vilje til at blive forpligtet af aftaleændringen, hvorimod det er uden betydning, hvordan denne vilje er kommet til udtryk, medmindre parterne har vedtaget særlige formkrav, jf. herom i det følgende.

### 7.6.2. Formkrav

Det er ikke usædvanligt, at aftalen indeholder nærmere formkrav til vedtagelsen af en aftaleændring, eksempelvis at ændringerne skal vedtages skriftligt. Sådanne formkrav kan både knytte sig til ændringer generelt og til specifikke typer af ændringer, f.eks. ændringer af realydelsen.

Efter K02 (pkt. 29.3) og K03 (pkt. 36.2) skal alle ændringer af aftalen foreligge i skriftlig form.

Retsvirkningen af ikke at overholde formkravsreglen vil bero på en fortolkning af reglen. Kan det lægges til grund, at reglen alene har til formål at sikre dokumentation for parternes ændringsaftaler, vil reglen ikke føre til ugyldighed af en ændring, der kan dokumenteres på anden vis. Er reglen omvendt tænkt som en slags "sikkerhedsventil" for, hvornår en part har forpligtet sig til at ændre aftalen, vil en manglende overholdelse af formkravet som udgangspunkt indebære, at ændringen ikke er gyldig.

Retsvirkning af manglende overholdelse



Fastlæggelsen af formålet med formkravsbestemmelsen vil bero på en konkret fortolkning, men der kan nok i dansk kontraktret opstilles en formodning for, at formkravsregler alene har bevismæssig betydning, jf. *Ole Hansen*, T:BB 2012, s. 240. Det samme må antages at gælde K-kontraktens formkravsregler, således også *Dragsted m.fl.*, K02 med kommentarer, s. 409.

– bevisregel

Selv hvor et formkrav fortolkes som en præklusionsregel, dvs. som en forudsætning for ændringsaftalens gyldighed, kan en ændringsaftale i strid med formkravet blive tillagt gyldighed. Dette skyldes, at en aftale generelt kan erstattes af en ny aftale. Indgår parterne en mundtlig ændringsaftale i fuld bevidsthed om, at et skriftlighedskrav hermed fraviges, vil denne formentlig blive anset for bindende, tilsvarende *Bryde Andersen*, Praktisk aftaleret, s. 227 og *Lynge Andersen & Madsen*, Aftaler og mellemænd, s. 88, note 89. Formkravsreglen vil dog stadig kunne påvirke vurderingen af, om en ændringsaftale anses for bevist.

– præklusionsregel

På baggrund af en gennemgang af entrepriseretlige afgørelser, konkluderer *Ole Hansen*, at praksis giver “det klare indtryk, at manglende overholdelse af aftalte formkrav i dansk entrepriseret som alt-overvejende hovedregel ikke tillægges præklusiv retsvirkning”, T:BB 2012, s. 241. Tilsvarende *Vagner (ved Iversen)*, Entrepriseret, s. 88. *Ole Hansen* er bl.a. under henvisning til udenlandsk entrepriseret, hvor præklusive formkravsregler i langt højere grad accepteres, kritisk overfor den restriktive praksis og anfører, at præklusive formkravsregler kan bidrage til bedre styring af ændringsproceduren. Dette gælder tilsvarende for it-udviklingsaftaler, og det kan ikke udelukkes, at sådanne synspunkter vil blive tillagt vægt i fortolkningen af formkravsregler og i nogle tilfælde føre til, at præklusive formkravsregler vil tilsidesætte ændringsaftaler indgået i strid med formkravet.

### 7.6.3. Fulgt praksis i strid med aftalen

I mange tilfælde er ændringerne udtrykkeligt aftalt mellem parterne og dokumenteret gennem skriftlige ændringsanmodninger (“change requests”). Det vil være et naturligt led i en god kontraktstyring, at ændringer er specifikt aftalte og veldokumenterede. Det er imidlertid ikke usædvanligt, at parterne uden at indgå en udtrykkelig ændrings-

aftale indretter sig på en anden måde, end hvad der følger af aftalen. Dette rejser spørgsmålet, om parterne gennem deres adfærd kan skabe bindende aftaleændringer. Det er fast antaget i aftalereetten, at en part kan pålægge sig aftaleforpligtelser gennem sin adfærd, uanset om der ikke er afgivet en udtrykkelig viljestilkendegivelse, når adfærden har givet medkontrahenten en berettiget forventning om, at parten ønsker at forpligte sig.

Se nærmere hertil *Udsen*, TFR 2006, s. 104 ff. med yderligere henvisninger.

Aftaleændring  
gennem adfærd?

Dette er fastslået i relation til indgåelse af aftaler men vil tilsvarende gælde for ændringer af aftaler. Spørgsmålet er herefter, hvornår en parts adfærd har haft en sådan karakter, at der er skabt en berettiget forventning hos medkontrahenten om, at parten har ønsket at ændre aftalen.

Sondring  
mellem hidtidig  
og fremtidig  
adfærd

Ved besvarelsen heraf må der sondres mellem situationer, hvor den fulgte praksis gøres gældende at have virkning med tilbagevirkende kraft og situationer, hvor den skal have virkning fremadrettet. Sondringen kan illustreres med et eksempel: Aftalen foreskriver, at løbende ydelser (f.eks. vedligeholdelse) forfalder til betaling 30 dage efter fakturadato. De interne betalingsgange hos kunden indebærer imidlertid, at denne frist ikke kan overholdes, hvorfor fakturaer først betales efter 60 dage. I lang tid protesterer leverandøren ikke over de forsinkede betalinger, og kunden anser det for en accept af, at der først betales efter 60 dage. På et tidspunkt opstår en tvist mellem parterne, og kunden gør gældende, at leverandøren er i misligholdelse. Som modsvar gør leverandøren gældende, at kunden er i betalingsmisligholdelse, idet seneste faktura endnu ikke er betalt, selvom 30 dagesfristen er udløbet. Dette rejser for det første spørgsmålet, om parternes adfærd indebærer, at leverandøren ikke kan gøre misligholdelse gældende i relation til den aktuelle faktura, og for det andet om kunden kan gøre gældende, at den fulgte praksis har medført en generel aftaleændring, således at leverandøren heller ikke kan kræve, at fremtidige fakturaer betales inden for 30 dage.

Har parternes adfærd skabt en berettiget forventning om en ændring af aftalen, må en part være afskåret fra at gøre gældende, at

modpartens hidtidige adfærd i overensstemmelse med den fulgte praksis udgør en misligholdelse af aftalen. Derimod vil en part som udgangspunkt kunne genetablere den retstilstand, der følger af aftalen, i relation til det videre forløb. I det ovenstående eksempel fører det til, at leverandøren ikke kan gøre betalingsmisligholdelse gældende for den aktuelle faktura men kan kræve, at fremtidige fakturaer betales inden for de 30 dage. Såfremt parternes adfærd har indebåret en ændring af aftalen, der kun vanskeligt lader sig gøre om, kan adgangen til at kræve genetabling af det oprindeligt aftalte dog være mistet. Det vil f.eks. være tilfældet, hvis leverandøren gennem det meste af udviklingsforløbet berettiget har udviklet i tillid til, at systemet skal overholde en anden standard, end hvad der følger af aftalen, og kunden sent i forløbet kræver, at systemet overholder den oprindelige aftalte standard.

En fortabelse af rettigheder vil i mange tilfælde også kunne begrundes i betragtninger om passivitet eller egen skyld.

Til brug for vurderingen af, om parternes adfærd har skabt en berettiget forventning om, at aftalen er ændret, kan en række mere generelle kriterier fremhæves. Det kan tillægges vægt, hvor længe parterne har fulgt en anden procedure end den aftalte. Jo længere tid dette er sket, jo mere taler for, at dette udtrykker et generelt ønske om at ændre aftalen på det omhandlede punkt. At leverandøren eksempelvis i to betalings terminer har accepteret for sen betaling, indebærer ikke, at leverandøren hermed har accepteret en generel ændring af betalingsperioder. Har leverandøren omvendt gennem flere år accepteret sådanne betalingsoverskridelser, taler meget for, at leverandøren på dette punkt har accepteret en ændring af aftalen.

Det må også tillægges betydning, hvor hyppigt og konsekvent den aftalte procedure er blevet fraveget. Betaler kunden konsekvent og med leverandørens stiltiende accept 30 dage for sent, kan dette isoleret tale for, at der er etableret en bindende praksis i modsætning til den situation, hvor kunden kun en gang imellem betaler med forsinkelse.

Det må endvidere have en betydning, om den hævdede aftaleændring indgår i en større kommerciel sammenhæng. Er der eksempelvis etableret en praksis, hvorefter kunden kun betaler kvartalsvis i stedet

Generelle  
kriterier

for månedsvis, men pristalsreguleringen til gengæld foretages efter et for leverandøren mere gunstigt indeks, må disse ting ses i sammenhæng. Kunden vil ikke kunne hævde, at aftalen er ændret for så vidt angår betalingsterminerne, men ikke for så vidt angår prisindeksreguleringen. Dette kan også udtrykkes sådan, at hvis en ændret praksis må opfattes som en "betaling" for at opnå en anden fordel under aftalen, kan parten ikke holde fast i den opnåede fordel og samtidig afvise at følge den etablerede praksis, der giver den anden part en fordel.

Det må også tillægges betydning, om den etablerede praksis er udvirket af en eller begge parter. Eller med andre ord, om den part, der bestrider, at der er indtrådt en aftaleændring, aktivt eller kun passivt har medvirket til den etablerede praksis. Såfremt kunden eksempelvis konsekvent betaler for sent og dette stiltiende accepteres af leverandøren, har leverandøren ikke aktivt medvirket til den etablerede praksis. Hvis parterne omvendt etablerer en praksis, hvorefter styregruppen træffer beslutning om forhold, som den efter aftalen ikke har kompetence til, har begge aktivt medvirket til denne praksis.

Spørgsmålet om betydningen af en fulgt praksis i strid med aftalens ordlyd berøres i Højesterets dom af 25. april 2013 (Forsvarets Materieltjeneste mod Saab) om ophævelse af en udviklingsaftale.

Dommen er ganske kort refereret men i øvrigt udeladt i U.2013.-2113/1H. Dommen kan i sin helhed findes på <[www.it-kontraktret.dk](http://www.it-kontraktret.dk)> (tillige med Sø- og Handelsrettens dom i sagen).

Parterne indgik i 1998 aftale om udvikling af et it-system, benævnt DACCIS, der skulle sætte Forsvaret i stand til at planlægge og føre enheder og våbensystemer i forbindelse med krig og krigsøvelser. Systemet skulle leveres i to faser. Fase to blev startet i 2004. Projektet blev væsentligt forsinket, og i februar 2007 blev det ved en afsluttende test konstateret, at systemet var behæftet med mange fejl og langt fra var klar til brug. Parterne indgik herefter i juni 2007 en ny aftale om færdiggørelsen af systemet. Efter denne aftale skulle der ultimo 2007 gennemføres en "operational capability test" (OC-test), der skulle dokumentere den fornødne fremdrift i projektet, og senere i 2008 en afsluttende "full capability test" (FC-test), der skulle dokumentere, at systemet levede op til aftalens krav.

Det var et centralt krav, at systemet var kompatibelt med allierede landes tilsvarende militærsystemer, således at disse systemer var i stand til at kommunikere med hinanden. For at sikre denne kompatibilitet var der mellem en række allierede lande udviklet en fælles datamodel, benævnt MIP. I juni 2007, hvor parterne indgik den nye aftale, forelå MIP i en version 2 (med den anvendte terminologi benævnt "block 2"), men en version ("block 3") var ved at blive planlagt i den fælles MIP-gruppe, der var nedsat af de allierede lande. Et af de centrale spørgsmål var, om DACCIS skulle understøtte MIP block 2 eller block 3. Dette var væsentligt, da kunden (Forsvarets Materieltjeneste) ved OC-testen i december 2007 krævede, at systemets MIP block 2-kompatibilitet blev testet, hvilket blev afvist af leverandøren, som mente, at systemet alene skulle være MIP block 3-kompatibelt. Leverandøren gjorde bl.a. gældende, at projektets styregruppe efter aftalens indgåelse havde vedtaget en overgang til MIP block 3. Det fulgte af aftalen, at styregruppen ikke havde kompetence til at ændre aftalen, men leverandøren gjorde gældende (hvad der var ubestridt), at parterne tidligere (under den oprindelige aftale) havde ladet styregruppen vedtage aftaleændringer i strid med aftalens ordlyd om aftaleændringer. Højesteret lagde til grund, at systemet i henhold til aftalen skulle være MIP block 2-kompatibelt, og at der ikke var dokumenteret nogen efterfølgende aftale om en ændring heraf. Herudover anførte Højesteret, at kundens repræsentanter i styregruppen ikke havde kompetence til at vedtage en ændring til MIP block 3, og at parternes tidligere fulgte fremgangsmåde (hvorefter styregruppen havde vedtaget aftaleændringer) ikke havde betydning, idet aftalen indeholdt en bestemmelse, hvorefter der skulle bortses fra parternes tidligere fulgte sædvaner bl.a. ved indgåelse af aftaler.

Sagen berører således spørgsmålet om betydningen af parternes tidligere handle måde i strid med aftalens ordlyd men afgøres på dette punkt af en bestemmelse, der konkret tager stilling hertil. Hermed får sagen begrænset præjudikatsværdi i relation til spørgsmålet om aftaleændringer gennem parternes praksis. Det kan dog konstateres, at Højesteret ikke blot afviser, at parternes praksis kan medføre en ændring af aftalen, men henviser til en aftalebestemmelse herom. Herudover illustrerer sagen, at det er muligt at aftaleregulere spørgsmålet

(og dermed begrænse muligheden for at få aftalen ændret gennem en fulgt praksis).

I tilknytning til hovedsagen om ophævelse af aftalen, afsagde Højesteret selvstændig dom i en tvist mellem parterne om leverandørens betalingskrav for deltagelse i møder i den internationale MIP-gruppe.

Dommen er ganske kort refereret men i øvrigt udeladt i U.2013.-2113/2H. Også denne dom kan i sin helhed findes på <[www.it-kontraktret.dk](http://www.it-kontraktret.dk)> (tillige med SØ- og Handelsrettens dom i sagen).

Ifølge parternes aftale kunne leverandøren maksimalt fakturere 5.000 timer for dette arbejde. Betaling for yderligere timer forudsatte en forudgående godkendelse fra kunden. Efter hovedaftalens ophævelse krævede leverandøren betaling for ca. 11.000 timer og gjorde gældende, at kunden havde accepteret overskridelsen, samt at leverandøren tidligere havde arbejdet videre på opgaver, hvor tidsestimater blev overskredet, og at kunden i disse tilfælde altid havde betalt. Leverandøren gjorde gældende, at kunden burde have oplyst leverandøren herom, hvis ikke kunden ville følge parternes hidtidige handlemåde på dette punkt. Højesteret fandt ikke, at kunden havde accepteret overskridelsen og fastslog kortfattet om parternes tidligere praksis, at "oplysningerne om parternes handlemåde i forbindelse med andre ordrer kan ikke føre til en anden vurdering". SØ- og Handelsretten var nået til samme resultat med en næsten identisk begrundelse. Sagen illustrerer, at der skal ganske meget til, før parternes adfærd udvirker en aftaleændring, når aftalens ordlyd er klar.

Der findes en række entrepriseretlige afgørelser, hvor manglende overholdelse af et aftalt formkrav ved tillægsarbejder ikke er blevet tillagt betydning under henvisning til, at parterne tidligere i byggeriet har indgået aftale om tillægsarbejder uden at iagttage formkravet. Se hertil *Ole Hansen*, T:BB 2012, s. 241.

## 8. Rettigheder

Udvikleren af et edb-program vil få ophavsrettighederne til programmet, hvis programmet opfylder originalitetskravet. Som udgangspunkt

vil det være leverandøren og ikke kunden, der får ophavsrettighederne til programmet, jf. herved U.2010.706H, hvor det blev slået fast, at kunden ikke fik medophavsret til et program, blot fordi kunden var med til at specificere kravene til systemet.

I mangel af særskilt aftale vil kunden få de brugsrettigheder til programmet, der følger af ohl. § 36, stk. 1. En sådan brugsret vil normalt også kunne indfortolkes i udviklingsaftalen selv uden udtrykkelig angivelse. Bestemmelsen i § 36 giver kunden ret til at foretage eksemplar fremstilling, når dette er nødvendigt for at bruge programmet. Bestemmelsen forholder sig imidlertid ikke til betalingsmodellen, herunder f.eks. hvor mange brugere, der må anvende systemet på samme tid. Dette vil da sædvanligvis også være reguleret i parternes aftale. Uden aftaleregulering må kunden med rette kunne forvente, at et specialudviklet program kan anvendes af samtlige medarbejdere i organisationen på samme tid.

Skal kunden have videregående rettigheder, end hvad der følger af ohl. § 36, må dette være aftalt mellem parterne.

Det er ikke usædvanligt, at kunden i større udviklingsprojekter får samtlige rettigheder til programmet. På denne måde sikrer kunden sig fri dispositionsret over programmet og kan hermed selv videreudvikle programmet, videresælge programmet og udvide antallet af brugere uden at risikere et krav om ekstrabetaling fra leverandøren.

Der kan opstilles en formodning for, at en bestemmelse i udviklingsaftalen om fuld overdragelse af rettighederne til programmet indebærer, at kunden får rettighederne til programmet i alle dets udtryksformer, og dermed både i objektkode og kildekode, og tilsvarende får rettighederne til den tilhørende dokumentation. Som led i rettighedsoverdragelsen vil leverandøren være forpligtet til at udlevere program og dokumentation til kunden. Der vil endvidere være en formodning for, at rettighedsoverdragelsen giver kunden en fri adgang til at ændre og videreudvikle programmet. Disse formodningsregler gælder ikke for eventuelt standardprogrammel, der indgår i løsningen. Har parterne aftalt, at kunden får alle rettigheder til programmet, vil disse spørgsmål sjældent give anledning til tvister.

At det kan være tilfældet illustreres af den norske kendelse fra Borgarting lagmannsrett af 30. april 2003 (Kezzler mod Jarepta, LB-

Aftaleregulering

2003-399)(\*), hvor retten bl.a. nåede frem til, at en bestemmelse om overdragelse af alle rettigheder til programmet måtte forstås således, at leverandøren hverken kunne tilbageholde kildekoden eller forbyde kunden at videreudvikle programmet.

I de senere år er der dog opstået en erkendelse af, at kunden sjældent har behov for alle disse ophavsrettigheder og måske ligefrem er bedst tjent med at lade leverandøren beholde ophavsretten til programmet. Hvis kunden erhverver alle ophavsrettighederne, kan leverandøren ikke tjene yderligere på programmet ved videresalg til andre kunder, "spin off"-produkter mv. Alle leverandørens omkostninger (med tillæg af en avance) må derfor afholdes af kunden. Dette medfører en højere pris, end hvis leverandøren kunne genbruge programmet og sælge det til andre kunder. Forventningen om at kunne få udviklet programmet til en lavere pris sammenholdt med erkendelsen af, at de færreste kunder selv videresælger programmet (fordi salg af edb-programmer ikke er en del af kundens forretningsområde), indebærer, at mange kunder lader leverandøren bevare ophavsretten til programmet. I enkelte tilfælde aftaler parterne, at kunden skal have en del af licensindtægten, hvis leverandøren formår at sælge programmet til andre kunder.

At leverandøren beholder ophavsrettighederne indebærer ikke nødvendigvis, at kunden ikke får nogen rettigheder. Parterne kan vælge at dele rettighederne, så begge parter frit kan disponere over rettighederne uden den anden parts samtykke. Efter en anden model udstyres kunden med de specifikke rettigheder, som kunden har brug for. Det kan eksempelvis være, at kunden ønsker ret til at lade en anden leverandør vedligeholde og videreudvikle programmet, eller at kunden vil have ret til at kunne lade datterselskaber bruge programmet mv. Med denne ganske udbredte model er det vigtigt for kunden at få angivet alle de rettigheder, kunden skal have, da udgangspunktet vil være, at kunden kun får de rettigheder, som specifikt er aftalt. Dette er også i overensstemmelse med den ophavsretlige specialitetsgrund-sætning i ohl. § 53, stk. 3.

K-kontrakterne

Alle K-kontrakterne lader leverandøren beholde ophavsretten til det udviklede program og udstyrer kunden med en brugsret. I K02 angives udtrykkeligt, at kunden har ret til selv eller med bistand fra tredjepart at vedligeholde og ændre programmet. Det var genstand for



intens debat ved udarbejdelsen af K02, om andre offentlige institutioner skulle have adgang til at bruge det udviklede system uden betaling. Når én offentlig institution har betalt for udviklingen af et system, er udviklingen (indirekte) finansieret af skatteyderne, og man kan da hævde, at leverandøren ikke bør kunne kræve yderligere betaling fra andre offentlige institutioner og dermed i sidste ende fra skatteyderne. Dette vil reducere leverandørens mulighed for et ekstrasalgs betragteligt og dermed kunne føre til, at leverandøren vil tage en høj pris for udviklingen, selvom andre offentlige myndigheder måske aldrig vil udnytte brugsretten. Løsningen i K02 er blevet, at offentlige institutioner har adgang til at bruge systemet, medmindre andet udtrykkeligt angives i de vedlagte licensvilkår, se nærmere K02, pkt. 23.3.2. En tilsvarende model er anvendt i K03, jf. pkt. 31.3.2.

## 9. Leverandørens misligholdelse

### 9.1. Misligholdelsesformer (retsfaktum)

#### 9.1.1. Forsinkelse

Det er mere reglen end undtagelsen, at større it-udviklingsprojekter er forsinkede. Projekternes kompleksitet og de behov for ændringer, som øget indsigt giver undervejs i projektet, kan gøre det vanskeligt at overholde den aftalte tidsplan. Samtidig er parternes fastlæggelse af tidsplanen ofte præget af (for) stor optimisme. Er leverandøren skyld i forsinkelsen, vil kunden kunne gøre misligholdelsesbeføjelser gældende i anledning af forsinkelsen. Det er kunden, som har bevisbyrden for, at leverandøren har misligholdt aftalen. Da det normalt er leverandøren, der har det overordnede ansvar for projektets gennemførelse, vil bevisbyrden i praksis hurtigt vende, så leverandøren må bevise, at en forsinkelse ikke skyldes hans forhold.

Parternes udviklingsaftale vil som regel indeholde en tidsplan med flere milepæle. Hermed er der forskellige tidsfrister, som leverandøren skal overholde, således at forsinkelse kan indtræde på forskellige stadier af projektførelsen. Nogle milepæle, som f.eks. godkendt overtagelsesprøve eller driftsprøve, kan være vigtigere end andre, hvilket kan spille ind på vurderingen af forsinkelsens væsentlighed og de

Forsinkelse med milepæle

sanktioner, parterne aftaler i forbindelse med en forsinkelse. Grundlæggende vil forsinkelse med enhver aftalt tidsfrist imidlertid udgøre misligholdelse i juridisk forstand og dermed kunne udløse misligholdelsesbeføjelser.

Sondringen mellem forsinkelse og mangler er i princippet klar. Leveres systemet ikke, foreligger forsinkelse. Leveres systemet uden at leve op til aftalens krav foreligger mangler. Sondringen kan dog volde vanskeligheder, f.eks. hvor der er uenighed mellem parterne om, hvorvidt systemet er leveret i sin helhed. *Nørager-Nielsen* antager med henvisning til entrepriseretten, at der foreligger forsinkelse, hvis leverandøren agter at levere yderligere, og omvendt foreligger en mangelsituation, hvis leverandøren meddeler, at leverandøren anser systemet for leveret i dets helhed, Edb-kontrakter, s. 112 f.

Se også Oslo tingretts dom af 19. januar 2010 (Telenor mod IBM, TOSLO-2008-126000)(\*), hvor leverandøren meddelte kunden, at man anså projektet for endeligt leveret i overensstemmelse med parternes aftale. I den efterfølgende sag gjorde leverandøren gældende, at spørgsmålet om misligholdelse skulle afgøres efter reglerne om forsinkelse. Dette afviste retten imidlertid: "Det bemærkes videre at IBM den 6. mai 2008 også meddelte at prosjektet var avsluttet fra deres side. IBMs anførsel innebærer derfor i realiteten at forholdet skal betraktes om en evigvarende forsinkelse. Misligholdsbestemmelsene i GCC punkt 22 kan etter rettens vurdering åpenbart ikke forstås slik."

I praksis vil spørgsmålet dog ofte blive afgjort ved aftalens regulering af afprøvningen af systemet. Opfylder det leverede system kravene til overtagelsesprøven, foreligger ikke en forsinkelse. Fejl, der ikke hindrer prøvens godkendelse, og fejl, der viser sig efterfølgende, skal behandles som mangler. Opfylder systemet omvendt ikke kravene, er systemet ikke leveret, og der foreligger forsinkelse. Hermed undgås, at leverandøren kan spekulere i at blive underlagt mangelsreglerne ved at meddele, at der foreligger en endelig levering, uanset om systemet kun er delvist færdigkodet eller i øvrigt er behæftet med væsentlige mangler.

Se herved den norske dom fra Nedre Romerike tingrett af 9. februar 2018 (Felleskjøpet Agri mod Infor (Steinhausen) II, TNERO-2016-101703 – under anke)(\*), hvor en leverandør undervejs i projektet og i den efterfølgende retssag gjorde gældende, at en delleverance var leveret. Det fremgik imidlertid af parternes korrespondance, at kunden havde afvist leverancen, og at denne led af kvalificerede mangler, der hindrede godkendt overtagelsesprøve efter aftalens bestemmelser herom. På den baggrund fastslog retten, at kunden var berettiget til at hæve som følge af væsentlig forsinkelse.

Herfra må dog gøres en undtagelse, hvis kunden har taget systemet i brug, uanset at en aftalt godkendelsesprøve ikke er bestået. I denne situation er det mest nærliggende at behandle kundens indsigelser som mangelsindsigelser. Det vil i hvert fald være vanskeligt for kunden efterfølgende at gøre gældende, at systemet ikke skal anses for leveret, når det er taget i brug.

I den norske dom fra Borgarting lagmannsrett af 14. december 2017 (Mysoft mod Norske Kiropraktorers Servicekontor, LB-2016-136511-2)(\*), havde kunden taget en del af den samlede leverance i brug. Dette skete i enighed mellem parterne, men vist nok uden at kontraktens formelle godkendelsesproces var fulgt (de præcise konkrete omstændigheder kan ikke udledes af dommen). Systemet led fortsat efter ibrugtagningen af væsentlige mangler. Parterne var uenige om, hvorvidt forholdet skulle behandles efter reglerne om mangler, forsinkelse eller begge dele. Retten nåede frem til, at forholdet skulle afgøres efter mangelsreglerne, hvorfor kunden ikke havde krav på bod for forsinkelse efter kontraktens bestemmelser herom.

Det vil bero på aftalens indhold, hvem af parterne der vil drage fordel af, at misligholdelsen behandles som forsinkelse henholdsvis mangler.

Der foreligger ikke forsinkelse, hvis en manglende overholdelse af en tidsfrist skyldes forhold, som kunden har ansvaret for. Som beskrevet forudsætter en succesfuld gennemførelse af større udviklingsprojekter en aktiv deltagelse fra kundens side. Ofte vil leveranceproblemer skyldes en kombination af manglende overholdelse af forpligtelser fra både leverandørens og kundens side. I så fald vil det bero på en afvejning af parternes skyldgrader, hvorvidt der foreligger ansvarspå-

Kundens ansvar

dragende forsinkelse fra leverandørens side, og hvilke misligholdelsesbeføjelser denne udløser.

Langt de fleste udviklingsaftaler vil fastsætte tidsfrister for levering, ofte i form af en tidsplan med milepæle. Tidsfrister kan også fastsættes løbende, f.eks. i forbindelse med et agilt udviklingsprojekt. Har parterne undtagelsesvist ikke aftalt tidsfrister for leveringen, udelukker det ikke, at der kan opstå ansvarspådragende forsinkelse. Dette vil være tilfældet, hvis ikke leverandøren udøver rimelige bestræbelser på at sikre den fremdrift i projektet, der kan forventes, og leveringen som følge heraf sker senere end den kunne og burde være.

I den norske dom fra Borgarting lagmannsrett af 25. april 2005 (ClientPartner mod Diesel Power, LB-2004-11355)(\*), havde parterne indgået en forligsaftale i et nødlidende udviklingsprojekt. Efterfølgende opstod der uenighed om, hvorvidt forligsaftalen indeholdt en bindende tidsfrist for færdiggørelsen af projektet. Retten nåede til, at dette ikke var tilfældet og afviste endvidere, at leverandøren havde handlet uagtsomt i forhold til den forudsatte fremdrift. Kunden fik derfor ikke medhold i, at leverandøren var i misligholdelse som følge af forsinkelse.

I praksis vil det være vanskeligere at afgøre, om der foreligger forsinkelse, når der ikke er aftalt tidsfrister. Det vil derfor i denne situation også være forbundet med en større standpunktsrisiko for kunden at udøve misligholdelsesbeføjelser på baggrund af en påstået forsinkelse.

Det er ikke sædvanligt, at parternes aftale definerer, hvornår der foreligger forsinkelse. Ingen af K-kontrakterne indeholder således en definition af, hvornår der foreligger forsinkelse. Dette vil derfor i de fleste tilfælde bero på den baggrundsretlige vurdering.

I den typiske situation, hvor parterne har aftalt tidsfrister, opstår sjældent uenighed om, hvorvidt et forhold har karakter af forsinkelse, da dette blot er at konstatere, om tidsfristen er overholdt. Som beskrevet kan parterne dog i nogle tilfælde være uenige om, hvorvidt et forhold skal behandles som mangler eller forsinkelse. De fleste uenigheder knytter sig imidlertid til, hvem der har ansvaret for, at tidsplanen ikke kunne overholdes.

### 9.1.2. Faktiske mangler

Der foreligger en mangel ved systemet, når det ikke lever op til aftalens krav, eller i tilfælde hvor kravene ikke er udtrykkeligt reguleret, hvad kunden med rimelighed kunne forvente, jf. nærmere afsnit 2.2 ovenfor om kravene til systemet.

Der antages generelt i obligationsretten at være en bagatelgrænse for, hvilke småfejl der udløser misligholdelsesbeføjelser, jf. *Iversen*, *Obligationsret* 1, s. 210 og 240. Dette vil også gælde ved udvikling af it-systemer, men når systemet udvikles særskilt til kundens behov (og kunden betaler herfor), må tolerancetærsklen for accepterede småfejl sættes lavere, end når kunden køber standardprogrammel.

Det er fast antaget i it-kontraktretten, at kunden i et vist omfang må acceptere småfejl, jf. således *Nørager-Nielsen*, *Edb-kontrakter*, s. 45, *Bryde Andersen*, *IT-retten*, s. 962, *Dragsted m.fl.*, K02 med kommentarer, s. 109 og *Tórvund*, *Kontraktsregulering – IT-kontrakter*, s. 193.

Alle større it-systemer indeholder fejl, som leverandøren løbende vil afhjælpe. Tvister om mangler handler derfor ofte ikke om, hvorvidt der er mangler ved systemet, men om omfanget og karakteren af manglerne. I retssager og voldgiftssager afgøres dette ofte ved indhentelse af sagkyndige erklæringer.

Nogle udviklingsaftaler indeholder en mangelsdefinition. Ofte vil denne definition dog i det væsentlige svare til det baggrundsretlige udgangspunkt.

Se således eksempelvis K02, pkt. 1: “Der foreligger en Mangel i det leverede, såfremt det ikke opfylder de af Leverandøren givne garantier, eller det i øvrigt ikke er eller fungerer, som Kunden med føje kunne forvente på grundlag af Kontrakten, medmindre der er tale om bagatelagtige forhold.”

### 9.1.3. Retsmangler

Hvis en tredjeparts rettigheder hindrer kunden i at disponere over systemet på den aftalte måde, foreligger en retsmangel. I praksis vil retsmangler navnlig kunne opstå, hvis leverandøren har integreret en softwarekomponent fra en tredjepart i det program, der leveres. Hvis

ikke leverandøren har fået tilladelse til at anvende softwarekomponenten fra rettighedshaveren, vil anvendelsen typisk udgøre en ophavsretskrænkelser. Rettighedshaveren vil derfor kunne forbyde brugen af komponenten, og da denne er integreret i leverandørens program, vil et forbud kunne ramme hele programmet og ikke kun tredjepartskomponenten. Det er i dag almindeligt, at større programmer indeholder adskillige tredjepartskomponenter, herunder open source-komponenter, og risikoen for, at leverandørens program indeholder komponenter, der krænker tredjeparters rettigheder, er derfor reel. Det kan dog være vanskeligt at opdage sådanne krænkelser.

#### 9.1.4. Rådighedsmangler – manglende overholdelse af lovkrav

Overholder systemet ikke lovgivningen, vil kunden ikke kunne anvende systemet som forudsat, og der vil kunne foreligge en mangel. Denne type mangler har ikke karakter af faktiske mangler, da manglen er uafhængig af, om systemet i øvrigt opfylder alle aftalens krav. Der er heller ikke tale om en egentlig retsmangel i form af vanhjemmel, jf. herved kbl. § 59, da manglen ikke består i, at en tredjepart har rettigheder til det leverede. I den obligationsretlige teori er introduceret begrebet rådighedsmangler om den type mangler, hvor offentligretlig regulering helt eller delvist forbyder den forudsatte brug af salgsgenstanden, se f.eks. *Theilgaard m.fl.*, Købeloven, s. 714 (“rådighedsmangler anses at foreligge, når køberen på grund af lovforskrifter eller myndighedsbestemmelser forhindres i at udnytte salgsgenstanden, således som han havde ret til at forvente”) og *Iversen*, Obligationsretten 1, s. 371 ff. (om “offentligretlige rådighedsbegrænsninger”).

Grænsen mellem faktiske mangler og rådighedsmangler vil ikke altid være skarp. Indrettes et handelssystem som følge af en kodningsfejl eksempelvis således, at det kun beregner 15 % moms, vil beregningen være i strid med momslovens regler, der foreskriver et momsbeløb på 25 %. Disse regler indebærer imidlertid ikke, at databehandlingen bliver ulovlig, men kun at systemets output (momsberegningen) bliver ukorrekt. Dette vil udgøre en faktisk mangel. Se tilsvarende om sondringen *Torvund*, Kontraksregulering – IT-kontrakter, s. 202 f.

Der vil kun foreligge en rådighedsmangel, såfremt det er leverandørens ansvar, at systemet ikke overholder lovgivningen. Det springende punkt bliver derfor, om det er kunden eller leverandøren, der har ansvaret for, at systemet ikke overholder lovgivningen. Se nærmere herom afsnit 4.1.5 ovenfor, hvoraf fremgår, at leverandøren som udgangspunkt har ansvaret for overholdelse af præceptive lovkrav, når der leveres standardsystemer, mens kunden har ansvaret, når der leveres specialudviklede systemer, hvis ikke andet følger af parternes aftale.

## 9.2. Misligholdelsesbeføjelser (retsfølge)

### 9.2.1. Naturalopfyldelse

#### 9.2.1.1. Generelt om naturalopfyldelse

Det er et grundlæggende princip, at aftaler er bindende og kan kræves gennemført af begge parter. Det obligationsretlige udgangspunkt er derfor også, at realkreditor kan kræve naturalopfyldelse.

I praksis vil det ikke være muligt at tvinge leverandøren til at gennemføre udviklingen af systemet, hvis leverandøren nægter. Det er generelt ikke muligt at gennemtvinge præstation af tjenesteydelser. Ikke desto mindre antages det, at der kan kræves naturalopfyldelse af tjenesteydelser, medmindre opfyldelsen forudsætter personlig indsats fra en bestemt fysisk person.

Se eksempelvis *Iversen*, *Obligationsret 2*, s. 79, *Frost*, TfR 2013, s. 104 og *Hagstrøm*, *Obligationsret*, s. 382. Det er i overensstemmelse hermed den almindelige opfattelse i entrepriseretten, at bygherren kan kræve naturalopfyldelse, jf. *Iversen*, a.st., *Hagstrøm*, a.st. og *Hørlyck*, *Entreprise – AB18*, s. 196 med yderligere henvisninger. *Lehmann Nielsen* argumenterer dog i U.1996B.176 ff. for, at bygherren ikke kan kræve naturalopfyldelse, når leverandøren bestrider dette under henvisning til, at der ikke findes praksis, som udstyrer bygherren med en sådan ret, og at de praktiske vanskeligheder ved en gennemtvungelse tilsiger resultatet.

Selvom det er vanskeligt at gennemtvunge naturalopfyldelse i et it-udviklingsprojekt, kan kravet på naturalopfyldelse have en vis betyd-

ning. Nægter leverandøren at færdiggøre udviklingen af systemet, vil der foreligge en forsættelig misligholdelse af aftalen, hvilket indebærer, at aftalens ansvarsbegrænsningsbestemmelser tilsidesættes, jf. afsnit 9.3.4 nedenfor. Endvidere kan leverandørens manglende overholdelse af leveringspligten indebære, at kunden får ret til selv at færdiggøre udviklingen for leverandørens regning, jf. nærmere nedenfor om kundens ret til selv at udbedre.

Princippet om naturalopfyldelse indebærer, at kunden kan kræve levering af det aftalte system, uanset om udviklingen volder vanskeligheder og påfører leverandøren større omkostninger end oprindeligt forudsat, jf. dog nedenfor om offergrænsen. Heri ligger også, at kunden kan kræve efterlevering, hvis systemet kun er delvist leveret.

Et særligt spørgsmål er, om kravet på naturalopfyldelse indebærer en pligt til at afhjælpe mangler, efter systemet er leveret. Dette spørgsmål behandles i det følgende. Herefter drøftes, om kunden kan lade tredjemand foretage færdiggørelsen af systemet for leverandørens regning.

#### 9.2.1.2. Leverandørens afhjælpningspligt

Det er tvivlsomt, hvorvidt der efter almindelige obligationsretlige principper gælder en afhjælpningspligt uden for forbrugerforhold (i forbrugerforhold følger afhjælpningspligten af kbl. § 78).

Om leverandørens afhjælpningsret se nedenfor i afsnit 9.3.3.

Den almindelige opfattelse har været, at der ikke gælder en afhjælpningspligt, og at sælgeren således ikke er forpligtet til at afhjælpe mangler, der viser sig, efter salgsgenstanden er leveret. Køberen må i stedet gøre brug af de øvrige misligholdelsesbeføjelser, herunder forholdsmeæssigt afslag og ophævelse, hvis manglerne er væsentlige.

Se eksempelvis *Ussing*, *Obligationsretten*, s. 70, *Bryde Andersen & Lookofsky*, *Lærebog i obligationsret*, s. 209 og *Frost*, *TfR 2013*, s. 106.

Det er dog muligt, at opfattelsen er ved at ændre sig for visse typer af aftaler. *Iversen* antager, at køberen i bestillingskøb og ved køb af tekniske indretninger, hvor montering, afprøvning eller tilretning er et



naturligt led i en leverance, formentlig kan kræve afhjælpning, Obligationsret 2, s. 100. Tilsvarende *Hørlyck*, Tilvirkningskøbet, s. 96.

*Hagstrøm* anfører, at udviklingen entydigt har gået i retning af en afhjælpningspligt, men at der ikke kan opstilles en almindelig obligationsretlig regel herom, Obligationsret, s. 398. Tilsvarende *Frost*, TfR 2013, s. 120.

Det er helt sædvanligt, at udviklingsaftaler forpligter leverandøren til at udbedre de fejl ved systemet, der opdages i forbindelse med afprøvningen af systemet, jf. også nedenfor om aftalereguleringen. Henset hertil, og til at det ofte vil være vanskeligt for kunden at finde andre, der kan afhjælpe fejl ved systemet, vil udgangspunktet være, at leverandøren har en pligt til at afhjælpe mangler, der konstateres i forbindelse med leveringen af systemet, også selvom det undtagelsesvist ikke skulle fremgå eksplicit af parternes aftale.

Afhjælpningspligt  
i it-udviklings-  
aftaler

Tilsvarende *Nørager-Nielsen*, Edb-kontrakter, s. 213, *Frost*, TfR 2013, s. 118 og *Hagstrøm*, Obligationsret, s. 399.

Der vil dog gælde en offergrænse for afhjælpningspligten, således at leverandøren ikke kan tilpligtes at afhjælpe mangler, hvis dette vil være uforholdsmæssigt byrdefuldt for leverandøren.

Offergrænse

Se generelt om denne offergrænse, *Iversen*, Obligationsret 1, s. 101 f. og Obligationsret 2, s. 101, *Bryde Andersen & Lookofsky*, Lærebog i obligationsret, s. 206 f. og *Hagstrøm*, Obligationsret, s. 393.

Ved denne vurdering må der lægges vægt på, hvor byrdefuldt det vil være for kunden, såfremt leverandøren ikke afhjælper manglen, herunder hvilken betydning manglen har for brug af systemet og kundens mulighed for at få en tredjemand til at afhjælpe. Der må også lægges vægt på, hvor byrdefuldt det vil være for leverandøren at foretage afhjælpningen. Har leverandøren eksempelvis ikke længere folk ansat med den fornødne ekspertise, kan afhjælpningspligten være byrdefuld. Det tidsmæssigt aspekt kan også i sig selv være et kriterium, der må tillægges vægt. Jo længere tid der går efter systemets aflevering, før

kunden påberåber sig manglen, jo mere taler for ikke at pålægge leverandøren en afhjælpningspligt.

*Nørager-Nielsen* antager, at afhjælpningspligten bortfalder ved afleveringen af systemet, Edb-kontrakter, s. 215. Det forekommer dog for unuanceret i alle tilfælde at lade afleveringen være skæringstidspunktet uden hensyntagen til de ovennævnte kriterier.

Mangler i standard-programmel

Offergrænsebetrægtninger vil normalt også føre til, at leverandøren ikke er forpligtet til at afhjælpe mangler i tredjepartstandardprogrammel. Ofte vil leverandøren ikke have adgang til kildekode og vil dermed i realiteten være afskåret fra at afhjælpe mangler. Er det muligt at omgå fejlen (en “work around”) kan pligt hertil dog efter omstændighederne følge af afhjælpningspligten. Reducerer en sådan work around nytteværdien af programmet, kan kunden kræve forholdsmæssigt afslag herfor. Ved fejl i open source-programmel vil leverandøren ikke kunne afvise at udbedre mangler med henvisning til en manglende adgang til kildekode. Om leverandøren i denne situation kan blive frigjort fra sin afhjælpningspligt ud fra offergrænsebetrægtninger, vil bero på en konkret vurdering ud fra de ovenfor anførte kriterier. Der vil dog bestå den forskel mellem leverandørens mangelsudbedring af eget programmel og tredjeparts open source-programmel (og andet tredjepartsprogrammel, hvortil leverandøren har adgang til kildekode), at leverandøren ikke nødvendigvis har kompetencer til at rette fejl i det pågældende tredjepartsprogrammel. Det kan næppe i sig selv fritage leverandøren fra afhjælpningspligten men kan indgå i den konkrete vurdering.

Aftaleregulering

Ofte vil leverandørens afhjælpningspligt være reguleret i parternes aftale. Det er sædvanligt, og har formentlig karakter af en branchesædvane, at leverandøren pålægges en afhjælpningspligt. Aftalen bør forholde sig til, hvor længe leverandørens afhjælpningspligt skal gælde. I mange aftaler gælder afhjælpningspligten i en længere periode efter afleveringen af systemet.

Efter K01, pkt. 16.2.1, K02, pkt. 18.2.1, og K03, pkt. 25.2.1, er leverandøren forpligtet til at udbedre fejl i hele vedligeholdelsesperioden, og for de dele af systemet, der ikke er omfattet af vedligeholdelse, i hele garantiperioden.

Parternes udviklingsaftale suppleres ofte af en vedligeholdelsesaftale, der forpligter leverandøren til at forestå vedligeholdelsen af systemet i en længere periode; se også om vedligeholdelsesaftaler kapitel 4. Den pligt til at udbedre fejl, der følger af afhjælpningspligten, vil normalt ligeledes følge af vedligeholdelsesaftalen. Hermed kan der opstå grænsefladespørgsmål mellem afhjælpningspligten efter udviklingsaftalen og pligten til at foretage fejlrettelse efter vedligeholdelsesaftalen. Aftalekomplekset bør derfor forholde sig til, hvilken af de to aftaler, der omfatter fejlrettelser. Udgangspunktet bør være, at fejlrettelsen reguleres af vedligeholdelsesaftalen, da denne mest specifikt forholder sig til vilkårene for fejlrettelse, jf. også kapitel 4.3.2.2.

Det er sædvanligt, at leverandøren ikke forpligtes til at udbedre fejl i tredjepartsprogrammel, når leverandøren ikke har adgang til kildekoden. I disse situationer forpligtes leverandøren ofte til at forsøge at omgå fejlen midlertidigt og formå tredjepartsproducenten til at søge at rette fejlen. Derimod er det ikke usædvanligt, at leverandøren forpligtes til at udbedre fejl i open source-programmel, fordi leverandøren har adgang til kildekoden.

K-kontrakterne indeholder en regulering i overensstemmelse hermed, jf. nærmere kapitel 4.3.3.

Mange aftaler indeholder en specifik regulering af leverandørens pligt til at afhjælpe retsmangler, hvis systemet krænker tredjeparters immaterialrettigheder. Ofte indebærer aftalen, at leverandøren påtager sig at få lovliggjort forholdet, enten ved at indgå aftale med den pågældende tredjepart eller ved at ændre systemet, så der ikke foreligger en krænkelse. I nogle aftaler forpligtes leverandøren til så vidt muligt at overtage en eventuel tvist med den tredjepart, der påstår sine rettigheder krænket og afholde de med sagen forbundne omkostninger. I mange tilfælde forpligtes leverandøren til at dække kundens omkostninger ved eventuelle tvister med krænkede tredjeparter. En sådan regulering ligger næppe langt fra den afhjælpningspligt kombineret med et muligt erstatningsansvar, der vil gælde efter den almindelige obligationsret. Ofte indeholder aftalereguleringen ingen offergrænse. Det må dog have formodningen for sig, at der skal indfortolkes en offergrænse i denne type bestemmelser, der ellers kan påføre leverandøren en uri-

melig stor byrde, som ikke står mål med gevinsten ved at gennemføre afhjælpningen.

Om pligten til at afhjælpe retsmangler og dertilhørende offergrænsebetrægtninger se *Iversen*, *Obligationsret 1*, s. 356.

Det må endvidere overvejes, hvorvidt aftalebestemmelsen om afhjælpningspligt er omfattet af aftalens ansvarsbegrænsning. Dette vil afhænge af, hvordan ansvarsbegrænsningsbestemmelsen er formuleret. Rummer bestemmelsen alene en begrænsning af erstatningsansvaret, vil dette ikke inkludere leverandørens omkostninger til afhjælpning. Det vil generelt have formodningen mod sig, at en ansvarsbegrænsningsbestemmelse omfatter en parts interne omkostninger til at opfylde sine forpligtelser efter aftalen. Efter udløbet af afhjælpningspligten, må kunden gøre brug af andre misligholdelsesbeføjelser.

Betaling

Viser det sig, efter leverandøren er påbegyndt udbedringen, at leverandøren ikke var ansvarlig for den pågældende mangel, må leverandøren som udgangspunkt kunne kræve et rimeligt vederlag for afhjælpningen, hvis denne ikke i øvrigt var omfattet af en vedligeholdelsespligt.

Tilsvarende *Bryde Andersen & Lookofsky*, *Lærebog i obligationsret*, s. 210 med henvisning til U.1998.193H, men i modsat retning *Iversen*, *Obligationsret 2*, s. 103.

Misligholdelse af  
afhjælpnings-  
pligten

Såfremt leverandøren misligholder sin afhjælpningspligt, vil kunden kunne gøre øvrige misligholdelsesbeføjelser gældende i anledning af de ikke-afhjulpede mangler. Kunden vil formentlig også selv kunne udbedre manglerne for leverandørens regning, jf. straks nedenfor. Såfremt leverandøren afviser at afhjælpe manglerne, vil det kunne udgøre en forsætlig misligholdelse. Dette er en konsekvens af, at afhjælpningspligten er en selvstændig misligholdelsesbeføjelse, tilsvarende *Hagstrøm*, *Obligationsrett*, s. 390. Kunden skal være opmærksom på, at der ikke kan gøres øvrige misligholdelsesbeføjelser gældende i det omfang og så længe, der gælder en afhjælpningsret for leverandøren, jf. herom nedenfor afsnit 9.3.3.

## 9.2.1.3. Kundens ret til selv at udbedre

Et beslægtet men dog forskelligt spørgsmål fra spørgsmålet om leverandørens leverings- og afhjælpningspligt er, om kunden kan lade en tredjepart afhjælpe mangler for leverandørens regning.

Som anført af *Frost*, er der ikke tradition for at indregne selvafhjælpning som en ret efter den almindelige obligationsret, og den retlige ramme herfor er følgelig uklar, *Frost*, TFR 2013, s. 131. I forbrugerkerb er princippet lovfæstnet i kbl. § 78, stk. 4, 2. pkt.

Afviser leverandøren at leve op til sin afhjælpningspligt, eller er leverandøren ikke i stand til at afhjælpe manglerne trods forsøg herpå, vil kunden formentlig kunne lade tredjemand afhjælpe og få omkostningen hertil dækket af leverandøren. Argumenterne herfor er de samme som for at pålægge leverandøren en afhjælpningspligt.

Ret til selvafhjælpning ved leverandørens manglende afhjælpning

Resultatet synes også lagt til grund i Glostrups Rets dom af 14. maj 2019 (*Datacon mod Flügger group*)(\*). Kunden krævede bl.a. erstatning for konsulentudgifter medgået til udbedring af fejl i systemet. Leverandøren gjorde gældende, at kunden burde have ladet leverandøren afhjælpe de påståede mangler og derfor ikke kunne kræve erstatning for udgifter til ekstern konsulentbistand. Retten gav kunden medhold med følgende begrundelse (dommens s. 83): "Henset til projektets forløb, herunder projektets varighed og de mange udsættelser af Big Go Live, finder retten, at [kunden] har været berettiget til at antage bistand fra andre end [leverandøren] til at udrede problemerne og løse disse."

Se også og i samme retning (generelt om ret til selvafhjælpning) *Iversen*, *Obligationsret 2*, s. 101 og *Bryde Andersen & Lookofsky*, *Lærebog i obligationsret*, s. 211 f., som antager, at der ikke består en almindelig ret for realkreditor til at foranstalte udbedring for realdebitors regning, men at en sådan ret kan bestå, hvis realdebitor ikke iagttager sin afhjælpningspligt. Tilsvarende *Frost*, TFR 2013, s. 135 f.

En undtagelse må dog gælde, hvis omkostningerne ikke står i rimeligt forhold til manglerne. Dette er i en vis forstand en refleksion af den offergrænse, der gælder for leverandørens egen afhjælpningspligt.

Offergrænse

Afviser leverandøren at afhjælpe med henvisning til, at afhjælpning ikke er mulig, må kunden selv bære omkostningerne ved tredjemands forgæves afhjælpningsforsøg, såfremt det viser sig, at leverandøren havde ret. Dette kan ses som et udslag af kundens tabsbegrænsningspligt.

Se i samme retning *Torvund*, Kontraksregulering – IT-kontrakter, s. 211.

Adgang til kildekode

Tredjemands afhjælpning forudsætter ofte adgang til programmets kildekode. Det er tvivlsomt, hvorvidt kunden kan kræve kildekoden udleveret med henblik på selv eller gennem tredjemand at kunne foretage afhjælpning. Svaret må formentlig afhænge af en samlet vurdering, hvor det skal tillægges vægt, hvilken skadesvirkning det vil have for kunden ikke at kunne få fejlene rettet henholdsvis for leverandøren at udlevere kildekoden. Det må herved tillægges vægt, om kunden ønsker kildekoden udleveret til en konkurrent til leverandøren. Også leverandørens adfærd må tillægges betydning. Handler leverandøren groft uagtsomt eller afviser leverandøren forsætligt at iagttage sin afhjælpningspligt, er der ikke store hensyn at tage til leverandøren. I nogle situationer vil adgangen til kildekoden kunne indfortolkes i parternes aftale.

Se i samme retning *Bryde Andersen*, IT-retten, s. 229 f. og s. 966. *Karstoft* anfører, at kunden formentlig kun har krav på udlevering af kildekoden, hvis der foreligger væsentlig misligholdelse fra leverandørens side, og at det selv i denne situation må bero på en konkret vurdering, *Iversen (red.)*, Formueretlige emner, s. 329.

Ingen selv-afhjælpningsret ved leverandørens afhjælpning

Afviser leverandøren ikke selv at foretage afhjælpning, kan kunden næppe vælge at lade en tredjepart foretage afhjælpningen på leverandørens regning. For det første vil leverandøren normalt kunne afhjælpe manglerne til en lavere omkostning end den betaling, en tredjepart skal have for at udbedre manglen (fordi leverandøren oftest vil have de bedste forudsætninger for at rette fejl, og fordi tredjeparten skal opnå en fortjeneste ved fejlrettelsen, der vil være et fordyrende led). For det andet vil en tredjeparts fejlrettelser kunne påvirke andre dele af systemet og i sidste ende medføre nye fejl, som leverandøren vil have ansva-

ret for, medmindre leverandøren kan dokumentere, at disse fejl skyldes tredjepartens fejlrettelse, hvad der kan være vanskeligt. Disse hensyn tilsiger, at kunden må acceptere, at fejlafhjælpingen foretages af leverandøren.

Tilsvarende *Bryde Andersen & Lookofsky*, Lærebog i obligationsret, s. 211 og *Frost*, TFR 2013, s. 137.

Dette er også i overensstemmelse med, at leverandøren antages at have en afhjælpningsret, jf. nærmere afsnit 9.3.3 nedenfor.

Kundens ret til selv at udbedre har størst praktisk betydning i relation til den netop beskrevne afhjælpning af fejl. Det kan dog også tænkes, at kunden ønsker at lade en tredjepart færdiggøre udviklingen af systemet, fordi leverandøren ikke er i stand til det. Kunden vil imidlertid ikke kunne gøre et sådant krav gældende som en selvstændig misligholdelsesbeføjelse. Kunden kan med andre ord ikke lade en tredjemand overtage leverandørens leverance under aftalen med leverandøren. I stedet må kunden hæve aftalen med leverandøren, beholde de allerede leverede dele af systemet og kræve sine omkostninger dækket som et erstatningskrav. En undtagelse gælder muligvis, hvor kunden ikke kan hæve aftalen og derfor ellers må lade sig nøje med et forholdsmæssigt afslag. I denne situation kan det være rimeligt, at kunden selv har mulighed for at færdiggøre systemet. Dette har bl.a. betydning for adgangen til at kræve kildekoden udleveret, jf. ovenfor.

Ret til  
færdiggørelse af  
systemet

Efter rpl. § 529, stk. 1, kan fogedretten tillade, at realkreditor lader arbejde udføre af en tredjepart for realdebitors regning. Bestemmelsen har følgende ordlyd: "Skal rekvisitus udføre et arbejde eller foretage en handling, kan fogedretten tillade, at rekvirenten lader dette udføre af andre, og der kan herefter foretages udlæg for det beløb, udførelsen har kostet. Beløbet skal godkendes af fogedretten." Bestemmelsen forudsætter, at realdebitor (leverandøren) ved dom eller forpligt er pålagt en pligt til at levere den aftalte ydelse eller afhjælpe mangler. Efter rpl. § 533 kan fogedretten anslå interessen i naturalopfyldelse i penge, når der ikke kan ske tvangsfuldbyrdelse, eller når rekvirenten ikke ønsker at gøre brug af denne fremgangsmåde. Hermed er erstatningsopgørelsen i realiteten flyttet til fogedretten. Dette er ikke hensigtsmæssigt i sager om

kompliserede erstatningsopgørelser. Bestemmelserne kan da næppe heller antages at have praktisk betydning for it-udviklingsaftaler.

Aftaleregulering

Det er ikke sædvanligt, at udviklingsaftaler regulerer kundens adgang til selv, eventuelt gennem en tredjepart, at foretage udbedring af mangler i systemet. I så fald vil udgangspunktet være den beskrevne baggrundsretlige regulering.

Ingen af K-kontrakterne regulerer kundens adgang til at lade en tredjepart forestå afhjælpning. K02 (pkt. 17.4) og K03 (pkt. 23.7) indeholder en adgang for kunden til at lade en tredjepart forestå ændringer og vedligeholdelse af systemet, medmindre andet fremgår af vedlagte licensbetingelser.

I nogle aftaler indgår kundens ret til at lade udbedring foretage af tredjemand som en proaktiv beføjelse. I så fald må aftalen forholde sig til, hvornår beføjelsen udløses, og hvilken betydning det har for leverandørens ansvar, at udbedringen er foretaget af en tredjepart. Se også om proaktive beføjelser kapitel 6.5.3.

### 9.2.2. Ophævelse

Kunden kan hæve aftalen, hvis der foreligger væsentlig forsinkelse eller væsentlige mangler ved systemet.

Derimod er det ikke et krav, at leverandøren har handlet culpøst. Tilsvarende for det entrepriseretlige område, *Iversen*, *Entrepriseretten*, s. 641.

Væsentlighedsvurderingen vil være en konkret helhedsvurdering, hvor alle sagens omstændigheder kan spille ind. En række kriterier har dog en mere generel betydning. Herom henvises til den generelle obligationsretlige litteratur.

Se eksempelvis *Iversen*, *Obligationsret 2*, s. 140 ff., *Bryde Andersen & Lookofsky*, *Lærebog i obligationsret*, s. 219 ff. og *Hagstrøm*, *Obligationssjónsrett*, s. 426 ff. Den mest omfattende gennemgang i nordisk ret er *Bengtssons*, *Hävningssrätt och uppsägningsrätt vid kontraktsbrott* fra 1967.



I det følgende knyttes nogle kommentarer til udvalgte aspekter af væsentlighedsvurderingen med særlig betydning for it-udviklingsaftaler.

#### 9.2.2.1. Forsinkelse

Det følger af kbl. § 21, stk. 3, at enhver forsinkelse i handelsforhold anses for væsentlig. Det er dog almindeligt antaget, selv inden for købelovens område, at ikke enhver forsinkelse i bestillingskøb skal anses for hævebegrundende.

Se eksempelvis *Bryde Andersen & Lookofsky*, Lærebog i obligationsret, s. 221 og *Iversen*, *Obligationsret 2*, s. 146.

Ud fra værdispilds- og proportionalitetsbetragtninger ville det være urimelig hårdt over for sælgeren at give køber en mulighed for at hæve aftalen om en genstand, som sælgeren har specialfremstillet og dermed muligvis ikke kan sælge til anden side, hvis leveringen kun er forsinket i ubetydeligt omfang. Disse betragtninger gør sig også gældende ved udvikling af it-systemer, som ofte ikke vil kunne genanvendes eller sælges til anden side, hvis kunden hæver aftalen. Det vil derfor ikke være enhver forsinkelse af et udviklingsprojekt, der berettiger kunden til at hæve aftalen.

Tilsvarende *Nørager-Nielsen*, *Edb-kontrakter*, s. 120 f. og *Bryde Andersen*, *IT-retten*, s. 958 f.

Det primære kriterium ved væsentlighedsvurderingen i forsinkelsestilfælde vil være længden af forsinkelsesperioden. Ved vurderingen kan man skele til den foreliggende kontraktpraksis, uden at denne dog i selv vil være afgørende. Efter K-kontrakterne kan kunden hæve, hvis overtagelsesprøven eller driftsprøven forsinkes med mere end 40 arbejdsdage (svarende til ca. 2 måneder).

Ud over længden af forsinkelsesperioden kan konsekvensen af forsinkelsen også have betydning. Er det f.eks. kendt for leverandøren, at kunden har et særligt behov for at kunne tage systemet i brug på et bestemt tidspunkt, vil det tale for, at en overskridelse af dette tidspunkt udgør en væsentlig forsinkelse. Indebærer ny lovgivning eksem-

Forsinkelses-  
perioden

Konsekvens-  
betragtninger

pelvis, at en myndighed må indføre et nyt it-system for at kunne administrere efter de nye regler, taler meget for, at der foreligger en væsentlig forsinkelse, hvis systemet ikke er klar ved lovens ikrafttræden.

Konsekvensbetragtninger går begge veje, og konsekvensen for leverandøren af en ophævelse kan også tillægges vægt. Har leverandøren udført et omfattende arbejde, der helt vil være spildt, hvis aftalen hæves, og kan systemet forventeligt færdiggøres inden for en rimelig tid, kan dette indgå i vurderingen. Vægten af værdispildsbetragtningerne vil bl.a. afhænge af, hvor stor en del af systemet, leverandøren vil kunne genbruge ved en ophævelse.

Denne betragtning er velkendt i obligationsretten. Se eksempelvis den ældre norske højesteretsdom Rt. 1922, s. 308, hvor ophævelse blev afvist bl.a. fordi leverancen omhandlede specialmaskiner, som ville være vanskelige at gensælge efter en ophævelse. I UNIDROIT Principles skal der ved væsentlighedsvurderingen bl.a. tages højde for, om “the non-performing party will suffer a disproportionate loss as a result of the preparation or performance if the contract is terminated”, art. 7.3.1 (2). I kommentaren til bestemmelsen anføres: “Non-performance is less likely to be treated as fundamental if it occurs late, after the preparation of performance, than if it occurs early before such preparation. Whether a performance tendered or rendered can be of any benefit to the non-performing party if it is refused or has to be returned to that party is also of relevance.” Som et eksempel angives programudvikling: “On 1 May A undertakes to deliver software which is to be produced specifically for B. It is agreed that delivery shall be made before 31 December. A tender delivery on 31 January, at which time B still needs the software, which A cannot sell to other users. B may claim damages from A, but cannot terminate the contract.”

Der må herved tages højde for, at de fleste systemer i dag udvikles med udgangspunkt i standardssystemer, der tilpasses og parameteropsættes. Jo mindre grad af individuel tilpasning og parameteropsætning, som leverandøren har præsteret, jo mindre vægt får værdispildsbetragtningen.

Tilsvarende *Nørager-Nielsen*, Edb-kontrakter, s. 125 og *Horsfeldt* i anmeldelse af *Mads Bryde Andersen*, IT-retten, U.2002B.257.

Parterne vil ofte have aftalt en række delmilepæle, der ligger forud for selve leveringen af systemet (overtagelsesprøven). Det kan f.eks. være tidspunkter, hvor afgrænsede dele af systemet skal være færdige, endeligt design af systemet skal foreligge mv. Formålet med denne type milepæle er at give kunden mulighed for at følge med i, om projektet skrider planmæssigt frem og eventuelt sanktionere manglende fremdrift med bod. Om de enkelte forudgående delmilepæle overholdes, er normalt af mindre betydning, hvis systemet i sidste ende leveres til den aftalte tid – det vil i praksis sige, at overtagelsesprøven og driftsprøven består til den aftalte tid. Forsinkelse med forudgående delmilepæle vil derfor som udgangspunkt heller ikke udgøre en væsentlig og dermed hævebegrundende forsinkelse.

Forsinkelse med delmilepæle

Manglende overholdelse af delmilepæle kan efter omstændighederne pege i retning af, at leverandøren ikke vil kunne overholde de aftalte tidspunkter for overtagelsesprøven og driftsprøven og dermed få betydning ved vurderingen af, om der foreligger anticiperet misligholdelse. Også den anticiperede misligholdelse skal dog være væsentlig for at være hævebegrundende.

Når hævebegrundende forsinkelse indtræder i forbindelse med manglende godkendelse af en overtagelses- eller driftsprøve, skal der foretages en to-leddet vurdering. For det første, om afprøvningen dokumenterer fejl, som berettiger kunden til at afvise systemet. For det andet om den forsinkelse, som afvisningen medfører, er væsentlig. Det ovenfor beskrevne omhandler kun den sidstnævnte vurdering. Om den førstnævnte vurdering henvises til afsnit 6.2.4 ovenfor. Som anført dér, kan konkret aftalte godkendelseskriterier føre til, at mangler, som ikke er væsentlige, giver kunden ret til at hæve, hvis de fører til en væsentlig forsinkelse af prøvernes godkendelse. Dette bør navnlig leverandøren være opmærksom på ved udformningen af godkendelseskriterierne.

Forsinkelse med godkendelse af prøver

#### 9.2.2.2. Mangler

Det vil ligeledes bero på en konkret helhedsvurdering, hvornår en mangel ved it-systemet er så væsentlig, at den giver kunden ret til at hæve aftalen.

I den obligationsretlige litteratur beskrives væsentlighedsvurderingen oftest samlet for mangler og forsinkelse. De ovenfor anførte litteraturhenvisninger i afsnittet om forsinkelse omtaler derfor også væsentlighedsvurderingen i mangelsituationen.

Forskellen mellem det aftalte og det leverede

Det primære kriterium vil være forskellen mellem det aftalte og det leverede. Forskellen kan både vurderes kvantitativt (hvor stor en del af de aftalte funktioner mangler systemet eksempelvis) og kvalitativt (hvor væsentlige er de manglende funktioner). Den kvalitative vurdering vil formentlig veje tungest, idet der må lægges vægt på, hvor meget manglerne reducerer nytteværdien for kunden.

Værdispildsbetragtninger

Også ved væsentlighedsvurderingen i mangelsituationen vil værdispilds- og proportionalitetsbetragtninger spille en rolle og indebære, at domstolene normalt vil stille ganske høje krav til manglerne, før kunden gives adgang til at hæve. Som nævnt ovenfor vil vægten af værdispildsbetragtninger afgøres af graden af specialtilpasning.

Se også den norske dom fra Borgarting lagmannsrett af 19. december 2015 (CGI Norge mod Shopple Holding, LB-2015-34400)(\*), hvor det blev lagt til grund, at der gælder et skærpet væsentlighedskrav for at kunne hæve en aftale om specialudviklet programmel.

Væsentlighedsvurderingen skal tage udgangspunkt i den samlede mængde af fejl. Der kan således godt foreligge væsentlige og hævebegrundende mangler ved systemet, selvom ingen af fejlene i sig selv er væsentlige.

Kundens ibrugtagning

I nogle tilfælde kræver kunden ophævelse af en aftale om et system, som kunden allerede har taget i brug. Dette kan skyldes, at kunden har ibrugtaget systemet med kendskab til manglerne, fordi kunden ikke havde et reelt alternativ til ibrugtagningen (i denne situation vil kunden have en reklamationspligt, jf. nærmere afsnit 9.3.1 nedenfor), eller at manglerne først viser sig efter ibrugtagningen. Ved væsentlighedsvurderingen kan det tillægges betydning, at kunden har været i stand til at bruge systemet i sin virksomhed, men kundens brug indebærer ikke i sig selv, at manglen ikke kan være væsentlig.

I Vestre Landsrets dom af 8. april 2008 (EDB Gruppen mod Malou Sander)(\* ) havde kunden ret til at hæve aftalen om et system, der

havde været i brug i fem år, da en skønserklæring påviste væsentlige mangler, der løbende var blevet påpeget af kunden og forsøgt rettet af leverandøren.

### 9.2.2.3. Aftalebestemmelser

Parternes aftale vil ofte regulere, hvornår en forsinkelse eller mangel giver kunden ret til at hæve. Man kan sige, at sådanne bestemmelser objektiverer væsentlighedsvurderingen.

Det vil normalt være angivet, at forsinkelse af overtagelsesprøven eller driftsprøven med et nærmere angivet antal dage giver kunden ret til at hæve aftalen. Det kan også være aftalt, at en bestemt forsinkelse med andre vigtige milepæle giver kunden ret til at hæve.

Forsinkelse

I K-kontrakterne giver en overskridelse af overtagelsesprøven eller driftsprøven med mere end 40 arbejdsdage kunden ret til at hæve aftalen.

Ved at angive hvor mange dage prøven skal være forsinket, før kunden kan hæve, undgår man usikkerheden ved at skulle skønne, om en forsinkelse er væsentlig, og man fastlægger endvidere omfanget af leverandørens afhjælpningsperiode, jf. afsnit 9.3.3 nedenfor om leverandørens afhjælpningsret. Undtagelsesvis fastslår aftalen, at kunden kan hæve, hvis en prøve ikke består til aftalt tid. Som udgangspunkt må en sådan bestemmelse forstås således, at kunden kan hæve, så snart tidspunktet for prøvens godkendelse er overskredet. Leverandøren bør være opmærksom på, at det er et ganske byrdefuldt vilkår, der giver kunden mulighed for at hæve ved selv den mindste forsinkelse.

I U.2013.2113/1H, (omtalt i afsnit 7.6.3 ovenfor) lagde Højesteret til grund, at en bestemmelse, hvorefter kunden var berettiget til at hæve aftalen "såfremt den aftalte dato for godkendelse af milepæl OC overskrides", indebar, at kunden var berettiget til at hæve straks fristen var overskredet og uden nogen yderligere afhjælpningsret for leverandøren.

Det er ikke sædvanligt at angive, at specifikke funktionsmangler udgør væsentlig misligholdelse. Det kan være vanskeligt på forhånd at angive, hvilke mangler ved systemets funktioner der vil udgøre væsentlig

Mangler

misligholdelse, og leverandøren vil sjældent acceptere, at kunden kan hæve aftalen uden en konkret vurdering af manglens karakter. Aftalens afprøvningsprocedure vil dog ofte indebære en vis form for indirekte regulering af, hvilke typer af mangler der berettiger kunden til at hæve. Som beskrevet ovenfor i afsnit 6.2.4, vil aftalen ofte indeholde en afprøvningsbestemmelse, der giver kunden ret til at afvise overtagelsesprøven, når der består nærmere kvalificerede fejl ved systemet. Afhjælpes disse fejl ikke inden for den tid, hvor prøven skal være bestået, kan kunden hæve som følge af forsinkelse med prøven, jf. lige ovenfor. Afprøvningsproceduren vil dog sjældent angive, at specifikke funktionsmangler vil give kunden ret til at afvise prøven men vil fokusere på effekten af manglerne (“flertallet af brugerne ikke kan anvende systemet eller funktionaliteten er nedsat i en sådan grad, at systemet må anses for ude af drift” eller lignende), se f.eks. angivelsen i K01 gengivet ovenfor i afsnit 6.2.4. I disse situationer skal der stadig foretages en konkret vurdering af fejlenes karakter.

Ingen af K-kontrakterne angiver specifikke funktionsmangler, som automatisk indebærer, at der foreligger væsentlig misligholdelse. I K02 (pkt. 20.1) og K03 (pkt. 26.1.1) angives en række andre konkrete omstændigheder, der udgør væsentlig misligholdelse, herunder leverandørens konkurs eller betalingsstandsning

Maksimal bod

En del aftaler giver kunden ret til at hæve aftalen, hvis leverandøren har betalt maksimal bod i et antal måneder som følge af manglende overholdelse af servicemål.

Se således K03, pkt. 26.1.1, hvorefter kunden bl.a. kan hæve aftalen, hvis leverandøren pådrager sig maksimal bod for manglende overholdelse af servicemål to måneder i træk. Hverken K01 eller K02 indeholder en tilsvarende bestemmelse.

Det vil bero på den konkrete bestemmelse og fortolkningen heraf, om hæveadgangen forudsætter, at kunden har gjort bodskravet gældende, eller om det er tilstrækkeligt, at kunden kunne have gjort boden gældende. Det har nok formodningen for sig, at kunden kan hæve, selvom boden ikke er krævet, således at kunden ikke “straffes” for at undlade at kræve boden.

Se således også den norske dom fra Nedre Romerike tingrett af 9. februar 2018 (Felleskjøpet Agri mod Infor (Steinhausen) II, TNERO-2016-101703 – under anke)(\*): “Det er på det rene at [kunden] ikke på noe tidspunkt innkrevde dagbøter. Retten finner at dette likevel ikke har betydning for [leverandørens] mislighold og [kundens] rett til å heve Avtalen. Innkreving av dagbøter er en rett kunden er gitt i henhold til Avtalen. Retten kan ikke se at det er grunnlag i Avtalen eller forholdene for øvrig, for å hevde at manglende faktisk innkreving av beløpene skal ha som konsekvens at Avtalens [bestemmelser om ophævelse ved maksimal dagbod] ikke kommer til anvendelse.”

Bestemmelser, der angiver, hvornår kunden kan hæve aftalen, kan enten være udtømmende eller supplerende/præciserende i forhold til de almindelige obligationsretlige regler om ophævelse ved væsentlig misligholdelse. Hvis bestemmelsen er udtømmende, indebærer det, at kunden ikke kan hæve aftalen i andre tilfælde end de angivne. Er bestemmelsen supplerende/præciserende, udelukker bestemmelsen ikke, at andre omstændigheder end de specifikt beskrevne kan udgøre væsentlig misligholdelse, der berettiger kunden til at hæve. Typisk vil bestemmelsen være supplerende/præciserende, da kunden ikke vil fraskrive sig retten til at hæve aftalen, hvis der efter en konkret vurdering foreligger væsentlig misligholdelse. I K02 (pkt. 20.1) og K03 (pkt. 26.1.1) er eksempelvis angivet, at der “bl.a.” foreligger væsentlig misligholdelse i de specificerede situationer. Angiver bestemmelsen ikke udtrykkeligt, hvorvidt den er udtømmende eller supplerende/præciserende, må det have formodningen mod sig, at kunden har ville afskrive sig retten til at hæve, hvis der i øvrigt foreligger væsentlig misligholdelse. Det må derfor angives udtrykkeligt i bestemmelsen, hvis den skal være udtømmende.

Udtømmende  
eller supplerende/  
præciserende

Et eksempel fra retspraksis på en supplerende bestemmelse foreligger med Oslo tingretts dom af 11. februar 2011 (Furuseth mod Abc Group, TOSLO-2010-140337)(\*), hvor kunden efter parternes aftale kunne hæve, hvis forsinkelsen med systemet oversteg den maksimale periode for dagbod. Retten afviste, at denne betingelse var opfyldt, og vurderede herefter, om der i øvrigt forelå hævebegrundende forsinkelse, hvilket retten også afviste. Det var ikke bestridt,

at aftalebestemmelsen om hævebegrundende forsinkelse havde supplerende karakter.

Selvom bestemmelsen ikke er udtømmende, vil den dog stadig kunne påvirke vurderingen af, hvornår der foreligger væsentlig misligholdelse uden for de angivne situationer. Når det eksempelvis i K02 er angivet, at der "bl.a." foreligger væsentlig misligholdelse, hvis overtagelsesprøven er forsinket med mere end 40 arbejdsdage, vil det formentlig blive vanskeligt for kunden at få en domstol til at statuere væsentlig misligholdelse, såfremt overtagelsesprøven er forsinket med mindre end 40 arbejdsdage, selvom bestemmelsens ordlyd ikke udelukker det.

I de situationer, hvor bestemmelsen er supplerende/præciserende, vil den være til gunst for kunden, som ikke hermed afskærer sig fra at gøre væsentlig misligholdelse gældende i andre situationer (dog med det forbehold, at bestemmelsen efter omstændighederne kan virke styrende for, hvornår der i øvrigt foreligger væsentlig misligholdelse, jf. lige ovenfor). Fordelen består navnlig i, at kunden ikke løber en standpunktsrisiko ved at hæve aftalen. Det kan være vanskeligt at vurdere, hvornår der foreligger en væsentlig misligholdelse efter de almindelige obligationsretlige regler, og hæver kunden aftalen uberettiget, vil kunden være i væsentlig misligholdelse. Med angivelsen af specifikke omstændigheder, der udgør væsentlig misligholdelse, begrænses kundens standpunktsrisiko.

En bestemmelse om kundens adgang til at hæve, når nærmere angivne omstændigheder indtræder, vil som udgangspunkt være gyldig. Bestemmelsens byrdefulde natur kan dog få en domstol til at fortolke den indskrænkende, ligesom bestemmelsen kan blive helt eller delvist tilsidesat efter aftl. § 36, hvis det i den konkrete situation vil være urimeligt at gennemføre en ophævelse. Ved denne vurdering må der bl.a. lægges vægt på, hvor væsentlig misligholdelsen er og dermed på afstanden mellem den hævebegrundende væsentlige misligholdelse efter de almindelige regler og den konkrete misligholdelse. Det må dog omvendt erindres, at netop når hævebetingelserne er konkrete og specifikt angivet, vil leverandøren kende konsekvenserne af at tiltræde vilkåret.

Gyldighed



Et særegent eksempel på en type bestemmelse, der kan give adgang til ophævelse, er de CSR-bestemmelser, som anvendes af stadig flere kunder, særlig offentlige myndigheder. Nogle af disse bestemmelser er formuleret ganske firkantet, således at der eksempelvis foreligger væsentlig misligholdelse, hvis leverandøren selv eller dens underleverandører handler i strid med bestemte etiske standarder, som f.eks. principperne i FN's Global Compact, FN's børnekonvention mv. Det kan være vidtgående at lade en udenlandsk underleverandørs manglende overholdelse af nærmere angivne etiske standarder udgøre hævebegrundende misligholdelse af en stor it-udviklingsaftale, og i et vist omfang må det forventes, at domstolene vil fortolke sådanne bestemmelser indskrænkende.

Et særligt spørgsmål er, om aftalens garantibestemmelser har betydning for kundens adgang til at hæve. Garantisvigt kan tillægges vægt i vurderingen af, om en misligholdelse er væsentlig, men der kan ikke opstilles en generel formodning for, at et garantisvigt er hævebegrundende; i samme retning *Iversen*, *Obligationsret 2*, s. 147. I it-udviklingsaftaler er der en udbredt tradition for omfattende garantikataloger, herunder også udstedelse af garantier, hvis svigt ikke nødvendigvis vil være af afgørende betydning for parterne. Der vil derfor også kunne foreligge mange eksempler på garantisvigt, der ikke berettiger til ophævelse. Dette kan også formuleres således, at den udbredte brug af garantier i it-kontraktretten svækker betydningen af garantierne. I samme retning *Dragsted*, *IT-kontrakter I*, s. 55 og *Dragsted m.fl.*, K02, s. 318.

Misligholdelse af garanti-bestemmelser

I K02, pkt. 17, udsteder leverandøren eksempelvis bl.a. garantier for, at leverandørens ydelser overholder aftalens krav, og at servicemål overholdes, mens kunden udsteder garanti for at medvirke som aftalt. Det er åbenbart, at ikke enhver manglende overholdelse af et servicemål eller manglende medvirken fra kundens side af ubetydelig karakter kan berettige til en ophævelse af aftalen.

9.2.2.4. Tidspunkt hvor ophævelsen får virkning – *ex tunc* eller *ex nunc*  
 Ophævelsen kan tillægges virkning enten fra ophævelsestidspunktet eller fra aftaletidspunktet. I den førstnævnte situation siges ophævelsen at have virkning *ex nunc* (fra nu af), mens ophævelsen i den

Begreberne

sidstnævnte situation har virkning *ex tunc* (fra da af). Ophævelse *ex tunc* indebærer, at ophævelsen får tilbagevirkende kraft og dermed også får virkning for de ydelser, der allerede er leveret. Ved en ophævelse *ex tunc* skal realkreditor derfor tilbagelevere alle ydelser, mens realdebitor skal tilbagelevere alle betalinger. Såfremt realkreditor har haft gavn af de leverede ydelser, skal der betales et rimeligt vederlag for nytteværdien. Ved en ophævelse *ex nunc* skal der ikke ske tilbagelevering af ydelserne og betalingen præsteret frem til ophævelsestidspunktet. Såfremt ydelserne frem til ophævelsestidspunktet har været mangelfulde, kan realkreditor kræve et forholdsmæssigt afslag.

Spørgsmålet om ophævelse *ex nunc* eller *ex tunc* får betydning, når realydelsen skal præsteres over et tidsrum, som f.eks. ved løbende ydelser, udviklingsydelser og rateopdelte leverancer.

Det har været fast antaget i litteraturen, at alle disse typer af længerevarende eller løbende aftaleforhold som udgangspunkt kun kan hæves *ex nunc*.

Se således *Ussing*, Obligationsretten – almindelig del, s. 95, *Iversen*, Obligationsret 2, s. 157, *Bryde Andersen & Lookofsky*, Lærebog i obligationsret, s. 213 og *Hagstrøm*, Obligasjonsrett, s. 454.

Om dette udgangspunkt kan opretholdes, må anses for tvivlsomt. Højesteret har i U.2012.950H lagt til grund, at det ville være muligt at hæve en aftale om et gennemført uddannelsesforløb *ex tunc*. Det har muligvis haft betydning herfor, at uddannelsen havde karakter af et samlet forløb, der blev afsluttet med en eksamen bedømt af en læge, således at deltagerne efterfølgende i deres markedsføring kunne angive at have gennemgået en lægeeksamineret uddannelse. Afgørelsen peger i retning af, at der ikke kan opstilles et udgangspunkt om, at der kun kan hæves *ex nunc* for ydelser, der leveres over en periode, når ydelsen har karakter af en samlet leverance. Derimod siger afgørelsen ikke nødvendigvis noget om, hvorvidt løbende ydelser, som f.eks. it-driftsydelser, kan hæves *ex tunc*. Særligt for udviklingsaftaler, der skal lede frem til én samlet leverance, taler endvidere for at tillade en ophævelse *ex tunc*, at det vil være muligt at tilbagegive ydelsen (i modsætning til aftaler om ydelser, der løbende præsteres og forbruges af realkreditor, som f.eks. it-driftsydelser). Netop den manglende mulighed for at til-

bagegive ydelsen har været et af de bærende argumenter for kun at tillade en ophævelse ex nunc. Det er muligt, at det vil spille en rolle, hvorvidt realkreditor vil kunne anvende den delvise leverance efter en ophævelse. I så fald kan værdispildsbetragtninger tale for kun at tillade en ophævelse ex nunc.

I overensstemmelse hermed er udgangspunktet i entrepriseretten, at bygherren alene kan hæve ex nunc, jf. *Iversen*, *Entrepriseretten*, s. 740 og *Hørlyck*, *Entreprise – AB18*, s. 462 f., men eventuelt således, at der kan hæves ex tunc, hvis arbejdet slet ikke tjener bygherrens formål og dermed ikke har nogen værdi for denne.

På baggrund af disse betragtninger kan der ikke opstilles en formodning for, at it-udviklingsaftaler kun kan hæves ex nunc. Det må herved lægges til grund, at det vil være muligt for kunden at tilbagelevere programmet eller de dele af programmet, der er udviklet på ophævelsestidspunktet. Rent praktisk kan dette foregå ved, at kunden tilbageleverer medier, hvorpå programmet er leveret og sletter kopier, der er lagret på kundens egne medier. Det vil endvidere være en del af tilbagegivelsen, at kunden mister de rettigheder til programmet, som aftalen overdrog.

Tilsvarende *Bryde Andersen*, *IT-retten*, s. 972, der antager, at det afgørende kriterium er, at der overdrages ophavsrettigheder, som kan "tilbagegives" ved, at kunden mister rettighederne ved en ophævelse, men anderledes *Nørager-Nielsen*, *Edb-kontrakter*, s. 407, hvor det tilsyneladende antages, at programmet efter sin natur ikke kan tilbagegives.

Om kunden har mulighed for at hæve ex tunc må bero på en konkret vurdering, hvor der må lægges vægt på, hvilken nytteværdi de udviklede dele af programmet har for kunden, og hvilken sammenhæng der er mellem eventuelle delleverancer. Ved denne vurdering må der sondres mellem aftaler, hvor systemet skal leveres som et samlet system i én samlet levering (den klassiske vandfaldsmodel), og aftaler, hvor systemet leveres i delleverancer.

Når systemet skal leveres som én samlet leverance, vil udgangspunktet være, at kunden kan hæve aftalen ex tunc. Kunden vil oftest

– uden delleverancer

ikke have nogen nytteværdi af det delvist udviklede system, som endnu heller ikke er leveret til kunden. I det hele taget skaber en aftalemodel uden delleverancer en formodning mod, at kunden skal overtage dele af systemet ved en ophævelse.

Se eksempelvis de to ældre afgørelser, Højesterets afgørelse af 15. januar 1976 (Haro Systemer mod De Private Assurandører, U.1976.-156H)(\*) og SØ- og Handelsrettens dom af 26. januar 1983 (Kienzle Datasystem mod Maskinfabrikken EV-Dele, U.1986.938SH)(\*), hvor der var aftalt levering af et it-system som én samlet leverance. Begge domme gav kunden ret til at hæve den samlede leverance, selvom dele af systemet var leveret.

Der kan muligvis forekomme situationer, hvor det, der er udviklet på ophævelsestidspunktet, har så stor nytteværdi for kunden (f.eks. fordi en tredjepart umiddelbart og uden vanskeligheder kan overtage videreudviklingen), at kunden afskæres fra at hæve ex tunc. Dette vil have undtagelsens karakter, og det vil være leverandøren, der har bevisbyrden for, at det udviklede har så stor nytteværdi for kunden, at der kun kan hæves ex nunc.

– med del-  
leverancer

Når systemleverancen er opdelt i delleverancer, vil leverandøren have bedre mulighed for at kræve, at kunden beholder de leverancer, der er udviklet og leveret på ophævelsestidspunktet. Dette spørgsmål behandles straks nedenfor i afsnittet om hel eller delvis ophævelse.

Kundens ret til at  
hæve ex nunc

Det kan også tænkes, at det undtagelsesvist er kunden, som ønsker at hæve ex nunc, mens leverandøren insisterer på, at ophævelsen skal ske ex tunc (eksempelvis for at presse kunden til at fravælge en ophævelse). I det omfang kunden har en pligt til at foretage ophævelsen ex nunc, jf. lige ovenfor, vil kunden selvsagt også have en ret hertil. Der er dog næppe tungtvejende grunde til at begrænse kundens mulighed for at hæve ex nunc, og udgangspunktet må derfor være, at kunden altid kan vælge at hæve ex nunc. Dette er også i overensstemmelse med den almindelige antagelse, at der kan hæves delvist, når dele af ydelserne er mangelfulde, jf. nedenfor.

Se tilsvarende *Hagstrøm*, Obligationsrett, s. 461: “Har kreditor rett til å heve en avtale, eksempelvis vedrørende tjenester, med retroaktiv virkning (ex tunc), må han utvivlsomt kunne velge det mindre, å

heve avtalen bare for fremtidige ytelser. En slik løsning må også anses som gunstigere for realdebitor”, men muligvis anderledes s. 454, hvor det anføres, at realkreditor ikke kan have valgret mellem at hæve ex tunc og ex nunc.

Såfremt en anden leverandør skal færdiggøre udviklingen af systemet, forudsætter det imidlertid, at der ikke hermed sker en krænkelse af den oprindelige leverandørs ophavsrettigheder til systemet. Som udgangspunkt vil den oprindelige leverandør have ophavsretten til programmet, og den brugsret, der følger af ohl. § 36, giver ikke ret til videreudvikling af programmet. Kundens mulighed for at lade en anden leverandør overtage udviklingen forudsætter derfor, at udviklingsaftalen giver kunden ret til selv at videreudvikle systemet. I mange tilfælde må der dog kunne indfortolkes en ret til for kunden at færdigudvikle systemet, selvom dette ikke udtrykkeligt fremgår af aftalen. I modsat fald ville kundens adgang til at hæve ex nunc være illusorisk. De betragtninger, der ovenfor er anført om kundens adgang til kildekoden, når kunden selv har ret til at afhjælpe mangler, vil også have relevans. Dette indebærer, at der må foretages en helhedsvurdering, hvor der bl.a. kan lægges vægt på skadevirkningerne for kunden ved ikke at få udleveret kildekoden henholdsvis for leverandøren ved en udlevering og på leverandørens adfærd. Såfremt kunden ønsker at foretage en egentlig videreudvikling, dvs. en udvikling af systemet, der ligger ud over den specifikation af systemet, der følger af parternes aftale, kræver det særskilt hjemmel i aftalen.

Hvis kunden hæver aftalen ex nunc og vælger at beholde den del af systemet, der er udviklet, har leverandøren krav på en forholdsmæssig betaling for denne del af systemet. Beregningen af dette beløb må tage udgangspunkt i, hvor stor en del af den samlede kontraktsum der relaterer sig til den leverede del af systemet. Afgørende kan således ikke være betalingsplanens indretning. Har leverandøren eksempelvis leveret halvdelen af systemet, skal der betales halvdelen af vederlaget for det samlede system, også selvom hele betalingen efter betalingsplanen eksempelvis først skulle falde, når det samlede system var leveret og afprøvet. Har leverandøren omvendt modtaget en større del af betalingen, end hvad der forholdsmæssigt modsvarer den del af systemet, der leveres, må leverandøren tilbagebetale differencen.

Tredjemands  
færdiggørelse af  
systemudviklingen

Betaling til  
leverandøren ved  
ophævelse ex  
nunc

Spørgsmålet om ophævelse *ex tunc* eller *ex nunc* vil ofte være reguleret i parternes aftale. Efter K01 og K02 kan kunden hæve *ex tunc*.

Se K01 (pkt. 16.2.4) og K02 (pkt. 20). Efter disse bestemmelser er kunden berettiget til at begrænse ophævelsen til dele af kontrakten, men kan altså omvendt også vælge at hæve kontrakten i sin helhed og dermed også lade ophævelsen omfatte allerede leverede *delleverancer*.

Efter K03 er udgangspunktet det modsatte, således at kunden ikke kan hæve allerede leverede *delleverancer*. Hertil gælder en undtagelse, hvis der består en afhængighed mellem den mangelfulde *delleverance* og allerede leverede *delleverancer*.

Se K03, pkt. 26.1: "Kundens ophævelse kan alene ske med virkning for den eller de konkrete *Delleverancer*, for hvilke der foreligger væsentlig misligholdelse, samt for fremtidige *Delleverancer*. Ophævelse kan således ikke ske med virkning for *Delleverancer*, som Kunden allerede har overtaget. Dette gælder dog ikke, hvor Overtagelsen er sket betinget, jf. punkt 13.2, og *Delleverancen* har *Afhængigheder* til *Absolutte Krav*, der ikke på ophævelsestidspunktet er leveret ved Overtagelse af en *Delleverance*, eller *Delleverancen* har *Afhængigheder* til *Absolutte Krav* omfattet af en *Delleverance*, for hvilken der foreligger væsentlig misligholdelse."

Forskellen afspejler, at K01 og K02 er baseret på en vandfaldsmodel, mens K03 er baseret på en agil udviklingsmodel.

#### 9.2.2.5. Hel eller delvis ophævelse

Der vil i nogle situationer være et overlap mellem spørgsmålet om ophævelse *ex nunc* eller *ex tunc* og spørgsmålet om hel eller delvis ophævelse. Såfremt en faseopdelt udviklingsaftale alene kan hæves *ex nunc* og således ikke vil omfatte mangelfri *delleverancer*, der allerede er leveret, vil ophævelsen kun være delvis. Ved delvis ophævelse kan der imidlertid anvendes andre sondringsgrundlag end leveret/ikke leveret. Spørgsmål om muligheden for at foretage delvis ophævelse af det, der allerede er leveret henholdsvis delvis ophævelse af det, som

ikke er leveret, afgøres således ikke af sondringen mellem *ex nunc* og *ex tunc*.

Ved vurderingen af, om der kan ske hel eller delvis ophævelse, må der sondres mellem tilfælde, hvor leverancen har karakter af én samlet systemleverance uden mulighed for at foretage en opdeling i delleverancer, og tilfælde, hvor der sker en opdeling i delleverancer.

Såfremt systemleverancen har karakter af én samlet leverance uden mulighed for at foretage en opdeling af delleverancer, vil kunden være berettiget til at hæve aftalen i sin helhed, når systemet eller dele heraf er mangelfuldt, og manglerne samlet set er væsentlige. Det samme vil gælde, hvis aftalen indeholder delmilepæle, og der indtræder forsinkelse med en eller flere delmilepæle, når forsinkelsen er væsentlig set i forhold til den samlede aftale. Det vil dog nok være sjældent, at forsinkelse med en delmilepæl vil blive betragtet som en væsentlig misligholdelse af den samlede aftale: Afgørende er, om systemet leveres på det aftalte tidspunkt. En forsinkelse med en eller flere delmilepæle kan omvendt indikere, at der også vil bestå forsinkelser for fremtidige delmilepæle og i sidste ende for den endelige aflevering af systemet. Dette er dog ikke et spørgsmål om hel eller delvis ophævelse men om ophævelse som følge af anticiperet misligholdelse.

Er leverancen faseopdelt, er det obligationsretlige udgangspunkt, at en realkreditor kun kan hæve den misligholdte delleverance. Ophævelsen kan kun omfatte øvrige delleverancer, hvis der er en sådan sammenhæng mellem leverancerne, at det begrundes en samlet ophævelse. Reglerne herom i kbl. §§ 22 (forsinkelse) og 46 (mangler) har således karakter af generelle obligationsretlige grundsætninger, jf. *Jørgensen, Kontraktret 2*, s. 127 og *Bryde Andersen & Lookofsky*, Lærebog i obligationsret, s. 229.

Kundens mulighed for at lade ophævelsen omfatte andre delleverancer end de misligholdte afgøres derfor af, om der er en sådan sammenhæng mellem delleverancerne, at kunden ikke bør være forpligtet til at lade sig nøje med en delvis ophævelse. Dette vil bero på en konkret vurdering, hvor det må tillægges vægt, hvilken nytteværdi de øvrige delleverancer uden de mangelfulde delleverancer vil have for kunden.

Aftalens udformning og valg af leverancemodell kan have en vis betydning for denne vurdering. Er udviklingsprojektet baseret på en

Systemleverance  
uden  
delleverancer

Systemleverance  
med delleverancer

Sammenhæng  
mellem  
mangelfulde og  
øvrige  
delleverancer

– aftale- og  
leverancemodell

vandfaldsmodel, hvor det samlede system skal bestå en samlet endelig overtagelsesprøve, kan det skabe en formodning for en sammenhæng mellem delleverancerne.

Resultatet kan i denne situation efter omstændighederne også følge af en fortolkning af aftalen, uanset om aftalen ikke udtrykkeligt angiver, om der kan ske delvis ophævelse.

Skal de enkelte delleverancer ikke indgå i en samlet afsluttende afprøvelse, således som tilfældet eksempelvis vil være for agile udviklingsaftaler, skaber dette en formodning for uafhængighed mellem leverancerne.

– konsekvensbetragtninger

Vurderingen af delleverancernes nytteværdi afspejler konsekvenserne for kunden ved at kunne hæve: Har de pågældende delleverancer stor nytteværdi uden de mangelfulde delleverancer, vil konsekvenserne ved kun at kunne hæve ex nunc være begrænsede, og omvendt hvis nytteværdien er beskeden. Konsekvenserne for leverandøren kan formentlig også inddrages. Har det store konsekvenser for leverandøren, at ophævelsen også omfatter tidligere delleverancer, fordi leverandøren har brugt betydelige ressourcer på udviklingen, og delleverancerne ikke kan genbruges, taler det isoleret set mod at lade ophævelsen omfatte disse delleverancer. Går uenigheden omvendt på, om kunden kan hæve en tidligere delleverance bestående i leverandørens eget standardprogrammel (f.eks. et test- og udviklingsmiljø), taler konsekvensbetragtninger ikke på tilsvarende vis for, at ophævelsen kun kan ske for de mangelfulde delleverancer. Som beskrevet ovenfor har konsekvensbetragtninger betydning for vurderingen af, om der i det hele taget kan hæves, og det er derfor naturligt, at sådanne betragtninger også kan inddrages ved vurderingen af omfanget af ophævelsen. Udgangspunktet for vurderingen er dog stadig sammenhængen mellem delleverancerne og kundens nytteværdi af den delvise leverance. Konsekvenserne for leverandøren er i den sammenhæng et sekundært kriterium, der kan inddrages, men som ikke i sig selv kan tillægges afgørende vægt.

– forudsætningspunkter

Var leverandøren bekendt med, at det var en afgørende forudsætning for kunden at modtage alle delleverancer, vil kunden også ud fra forudsætningspunkter kunne hæve ex tunc.



I U.1984.1032Ø var kunden berettiget til at lade en ophævelse omfatte to allerede leverede mangelfri standardprogrammer ved væsentlig forsinkelse med udvikling af et tilhørende specialprogram, idet det burde have stået leverandøren klart, at kunden lagde afgørende vægt på, at systemet i løbet af kort tid blev udbygget med specialprogrammet.

Også andre forhold taler for en videregående adgang til ophævelse af fremtidige delleverancer.

For det første kan de mangelfulde eller forsinkede delleverancer indikere en risiko for, at leverandøren heller ikke vil være i stand til at levere fremtidige leverancer uden mangler. De mangelfulde eller forsinkede ydelser kan med andre ord indebære en anticiperet misligholdelse af de fremtidige delleverancer som også beskrevet lige ovenfor. I mange situationer kan det dog være vanskeligt for kunden at løfte bevisbyrden for, at der foreligger anticiperet misligholdelse. I så fald afgøres kundens mulighed for at hæve de fremtidige ydelser af, om der kan foretages en ophævelse af aftalen i sin helhed og dermed af den nævnte sammenhæng mellem de mangelfulde ydelser og de fremtidige ydelser. I vurderingen af denne sammenhæng og dermed af den isolerede nytteværdi af de fremtidige ydelser, kan risikoen for, at også disse ydelser vil være mangelfulde eller forsinkede, muligvis indgå. Selvom der ikke foreligger anticiperet misligholdelse, kan det således overvejes om risikoen for fortsatte leveranceproblemer skal indgå i den samlede helhedsvurdering af, om kunden bør kunne hæve aftalen i sin helhed.

For det andet, og i forlængelse af det netop anførte, kan parternes samarbejdsrelation inddrages. Systemudvikling forudsætter et tæt samarbejde mellem parterne. Leveranceproblemer vil ofte tære på samarbejdsrelationen og er problemerne så omfattende, at relationen mellem parterne har lidt betydelig skade, kan det i sig selv tale for, at kunden bør kunne hæve fremtidige ydelser og således undgå at skulle forblive i en samarbejdsrelation, hvor der ikke længere er tillid mellem parterne.

I sidste ende vil det være en konkret helhedsvurdering, i hvilket omfang kunden har adgang til at hæve for allerede leverede delleverancer henholdsvis fremtidige delleverancer, hvor udgangspunktet som

– risiko for efterfølgende misligholdelse

– parternes samarbejdsrelation

– helhedsvurdering

beskrevet vil være nytteværdien af delleverancer uden de delleverancer, der hæves.

Kundens  
mulighed for at  
hæve delvist

Selvom kunden normalt vil ønske at hæve hele aftalen, kan der være tilfælde, hvor delvis ophævelse er mere attraktiv for kunden, f.eks. hvor kunden ønsker at få en tredjepart til at udvikle de resterende delleverancer frem for at påbegynde et helt nyt udviklingsprojekt fra bunden af. Det er almindeligt antaget, at køberen kan vælge at fastholde den mangelfri del af leverancen og således foretage en delvis ophævelse for den del af ydelsen, der er behæftet med væsentlige mangler. Dette må også antages at gælde for it-udviklingsaftaler. Argumenterne herfor er de samme som for at tillade en *ex nunc* ophævelse, jf. herom ovenfor. Tilsvarende må det antages, at kunden kan fastholde en forsinket delleverance og hæve de efterfølgende delleverancer (når betingelserne for ophævelse i øvrigt er opfyldt). Se tilsvarende *Nørager-Nielsen*, Edb-kontrakter, s. 133 men anderledes *Dragsted m.fl.*, K02 med kommentarer, s. 350.

Aftaleregulering

Det vil ofte følge af it-udviklingsaftalen, at kunden har mulighed for at foretage delvis ophævelse. Dette følger forudsætningsvist af K02, pkt. 20.2 (bestemmelserne taler om “de dele af Leverandørens ydelser, der omfattes af ophævelsen”). Tilsvarende K01, pkt. 16.2.4.

### 9.2.3. Forholdsmæssigt afslag

Udgangspunktet

Såfremt mangler ved en ydelse ikke afhjælpes, har køberen krav på et forholdsmæssigt afslag. Retten til forholdsmæssigt afslag følger af kbl. §§ 42, stk. 1, og 43, stk. 1, men har karakter af en almindelig obligationsretlig grundsætning og gælder således også uden for købelovens område.

Se generelt om forholdsmæssigt afslag *Iversen*, Obligationsret 2, s. 181 ff., *Theilgaard m.fl.*, Købeloven, s. 805 ff. og *Hagstrøm*, Obligationssjonesrett, s. 413 ff.

Ved specialudvikling af it-systemer vil leverandøren normalt have forudsætningerne for at afhjælpe mangler, og kunden vil have en større interesse i at få et system uden mangler end i at modtage et forholdsmæssigt afslag. Det forholdsmæssige afslag hører derfor ikke til de misligholdelsesbeføjelser, der har størst praktisk betydning i udvik-

lingsprojekter. Er leverandøren ikke i stand til at udbedre manglerne, får det forholdsmæssige afslag dog betydning, medmindre manglerne er væsentlige, og kunden vælger at hæve aftalen.

Et lidt særegent eksempel på brug af forholdsmæssigt afslag findes i den norske dom fra Oslo tingrett af 19. december 2013 (Ringerike kommune m.fl. mod EVRY, TOSLO-2012-197797)(\*). Ved idriftsættelsen led systemet af adskillige mangler, som dog alle i det væsentlige var afhjulpet på domstidspunktet. Der forelå således ikke en permanent værdiforringelse af systemet. Retten fandt imidlertid, at leverandørens implementering af systemet havde været mangelfuld og påført kunden ekstra arbejde, og tilkendte kunden et forholdsmæssigt afslag i implementeringsvederlaget.

Til forskel fra et erstatningskrav nødvendiggør det forholdsmæssige afslag hverken, at kunden kan dokumentere et tab, eller at der foreligger et ansvarsgrundlag. Forudsætningen er alene, at der foreligger en mangel, der forringer værdien af systemet.

Udgangspunktet for beregningen af det forholdsmæssige afslag vil være forholdet mellem værdien af systemet i mangelfri stand og værdien af systemet med de pågældende mangler for kunden. Denne vurdering vil ofte være vanskelig og bero på et skøn, der eventuelt kan kvalificeres ved brug af sagkyndige.

Beregning og  
bagatelgrænse

I Oslo tingretts dom af 19. januar 2010 (Telenor mod IBM, TOSLO-2008-126000)(\*), tilkendte retten kunden et forholdsmæssigt afslag på 111.992.552 NOK i et omfattende serverkonsolideringsprojekt. Beløbet blev fastsat skønsmæssigt på baggrund af en række procentuelle opgørelser af genbrugsværdien af projektets forskellige komponenter (hardware, softwarelicenser, udvikling, analysearbejde mv.).

Det er fast antaget, at der gælder en bagatelgrænse for det forholdsmæssige afslag, jf. *Iversen*, Obligationsret 2, s. 187. Mindre mangler, der kun giver en ubetydelig værdiforringelse, berettiger derfor ikke til et forholdsmæssigt afslag. Det må herved tages i betragtning, at alle it-systemer indeholder fejl.

I Glostrups Rets dom af 14. maj 2019 (Datacon mod Flügger group)(\*) lagde retten til grund, at systemet led af værdiforringende mangler, der baseret på et syn og skøn kunne opgøres til ca. 500.000 kr. Retten afviste, at dette berettigede kunden til et forholdsmæssigt afslag, idet manglerne ikke fandtes væsentlige og ikke havde nævneværdig betydning for den daglige drift. Retten bemærkede, at den værdiforringende mangel udgjorde under 1-2 % af det samlede leverancevederlag (afhængigt af hvordan dette blev opgjort).

Forsinkelse

Udvikling af it-systemer er ofte forsinket, og det ville derfor have stor praktisk relevans for kunden, hvis der kunne kræves forholdsmæssigt afslag i tilfælde af forsinkelse, også fordi der som beskrevet hverken kræves dokumentation for tab eller et ansvarsgrundlag. Forsinkelse giver imidlertid ikke adgang til forholdsmæssigt afslag, da forsinkelsen ikke indebærer en permanent værdiforringelse af ydelsen. Kunden vil derfor ikke kunne kræve et forholdsmæssigt afslag i købesummen, fordi systemet leveres med forsinkelse. For at give leverandøren et incitament til at levere rettidigt, er det dog ofte aftalt, at leverandøren skal betale bod i tilfælde af forsinkelse, jf. nærmere afsnit 9.2.5 nedenfor.

Aftaleregulering

Det er ikke sædvanligt, at it-udviklingsaftaler indeholder særskilt regulering af adgangen til forholdsmæssigt afslag. Efter K-kontrakterne kan kunden kræve forholdsmæssigt afslag efter dansk rets almindelige regler herom, se K01, pkt. 16.2.3, K02, pkt. 18.2.3, og K03, pkt. 25.3.3. Efter K02 og K03 skal beregningen af værdiforringelsen inddrage den reducerede nytteværdi af systemet for kunden. Dette følger også af den baggrundsretlige regulering.

#### 9.2.4. Erstatning

Såfremt det leverede system er forsinket eller mangelfuldt, vil kunden kunne kræve erstatning, når de almindelige betingelser for erstatning er opfyldt. Dette indebærer bl.a., at der skal foreligge et ansvarsgrundlag, at kunden kan dokumentere et tab, og at tabet er kausalt og adækvat.

Om de almindelige betingelser for at ifalde erstatningsansvar henvises til den erstatningsretlige litteratur se f.eks. *Ehlers*, *Grundlæggende Erstatningsret* og *von Eyben & Isager*, *Lærebog i erstatnings-*

ret. Den følgende gennemgang knytter sig til forhold, som har særlig relevans for it-udviklingsaftaler.

#### 9.2.4.1. Ansvarsgrundlag

De obligationsretlige regler om ansvarsgrundlaget i kontraktforhold er ikke entydige men afhænger af aftalens karakter. Det antages eksempelvis, at mangler ved specieskøb er underlagt et almindeligt culpaansvar, at forsinkelse ved specieskøb er underlagt et præsumptionsansvar, at mangler og forsinkelse ved genuskøb er underlagt et objektiveret ansvar, og at vanhjemmel og retsmangler er underlagt et objektivt ansvar, se herved kbl. §§ 23, 24, 42 og 59.

Det følger af en række lovregler, at sælgeren er ansvarlig på objektivt grundlag ved forsinkelse eller mangelfuld præstation af resultatforpligtelser. Dette gælder f.eks. genuskøb efter kbl. §§ 24 (forsinkelse) og 43, stk. 3 (mangler), medmindre der foreligger umulighed. Udvikling af it-systemer kan dog ikke sidestilles med genuskøb, og det strenge køberetlige ansvar kan derfor ikke antages at finde analog anvendelse.

Man vinder næppe noget ved at lade ansvarsgrundlaget tage udgangspunkt i køberettens sondring mellem salg af speciesgenstande (culpaansvar) og genusgenstande (næsten objektivt ansvar). For det første er sondringen i dag på retur og anvendes eksempelvis ikke længere i de norske og svenske købelove og ej heller i de internationale dokumenter, som f.eks. UNIDROIT Principles og PECL, der er blevet udarbejdet på private initiativer gennem de senere år. For det andet er sondringen mere velegnet ved traditionelt varesalg end ved levering af komplekse ydelser. *Nørager-Nielsen* vil bedømme ansvaret for misligholdelse af systemleverancer med udgangspunkt i ansvarsreglerne for genuskøb, jf. Edb-kontrakter, s. 104 f.

Da der næppe heller kan opstilles en almindelig obligationsretlig grundsætning om objektivt ansvar ved manglende overholdelse af en resultatforpligtelse, må man fastholde det erstatningsretlige udgangspunkt, at ansvar forudsætter culpa.

Heraf følger, at leverandøren i en udviklingsaftale i mangel af særskilt aftale kun ifalder erstatningsansvar for forsinkelse eller faktiske

Krav om culpa

mangler ved systemet, såfremt dette kan tilregnes leverandøren som culpøst.

Tilsvarende *Bryde Andersen*, IT-retten, s. 974 og *Karstoft* i *Iversen (red.)*, Formueretlige emner, s. 325 og 332.

Bevisbyrde

Henset til, at leverandøren er den professionelle part i forholdet, at der er tale om en kompleks ydelse, og at kunden sjældent vil have meget indsigt i leverandørens udviklingsproces, må leverandøren pålægges bevisbyrden for ikke at have handlet uagtsomt, navnlig set i lyset af, at det i praksis kan være næsten umuligt for kunden at løfte bevisbyrden.

Tilsvarende *Nørager-Nielsen*, Edb-kontrakter, s. 142 (forsinkelse) og s. 218 (mangler). *Bryde Andersen & Lookofsky* antager, at der generelt gælder et præsumptionsansvar for manglende opfyldelse af en resultatforpligtelse, Lærebog i obligationsret, s. 46.

Streng  
culpamålestok

Det må endvidere forventes, at leverandøren vil blive bedømt efter en streng culpamålestok, når der sker misligholdelse af en aftalt resultatforpligtelse. I praksis er det derfor ikke sikkert, at ansvarsgrundlaget adskiller sig meget fra det, der gælder for genuskøb. Der skal således næppe meget til, før leverandøren pålægges erstatningsansvar for misligholdelse af en aftalt resultatforpligtelse.

– grov  
uagtsomhed

Det er ikke sikkert, at brugen af en streng culpamålestok vil slå igennem i vurderingen af, om leverandøren har handlet groft uagtsomt, således at kontraktens ansvarsbegrænsningsbestemmelser tilside-sættes. Den omstændighed, at leverandøren er den professionelle part, kan ikke i sig selv betyde, at barren for, hvornår leverandøren har handlet groft uagtsomt sænkes markant. Dette vil sjældent være i overensstemmelse med den kommercielle balance og afvejning af risici, som kontraktens ansvarsbegrænsningsbestemmelse er udtryk for, jf. også nedenfor afsnit 9.3.4.

– kundens  
vidensniveau

I større it-projekter vil kunden ofte besidde it-faglig kompetence enten internt eller gennem eksterne rådgivere. Hermed bliver vidensspringet mellem kunden og leverandøren reduceret. Dette kan nok i nogle tilfælde påvirke bedømmelsen af leverandørens adfærd, eksempelvis ved leverandørens rådgivning af kunden, men generelt bør det næppe have afgørende betydning for vurderingen af leveran-

dørens culpaansvar. Kundens vidensniveau kan få betydning i andre sammenhænge, f.eks. i vurderingen af kundens egen skyld, reklama-tionspligt mv.

I Glostrups Rets dom af 14. maj 2019 (Datacon mod Flügger group)(\*) afviste retten at pålægge leverandøren et skærpet ansvar under henvisning til omfanget af kundens egen it-organisation og eksterne rådgivning. Dommen pålagde dog også leverandøren at betale erstatning for de dokumenterede mangler ved systemet alene med henvisning til eksistensen af disse mangler. Dommen synes herved at pålægge leverandøren den form for strengt præsumptionsansvar, der er beskrevet ovenfor, uanset at den afviser et skærpet ansvar. Dette kan eventuelt forklares med, at retten ikke ønskede at skærpe vurderingen af, om leverandøren havde handlet groft uagtsomt (retten afvist eksplicit dette og dermed også, at aftalens ansvarsbegrænsningsbestemmelse ikke skulle finde anvendelse). Det er dog også muligt, at retten fandt, at leverandøren så åbenbart havde handlet (simpelt) uagtsomt, at der ikke var behov for at gå ind i en nærmere drøftelse heraf.

Det er ikke sædvanligt, at udviklingsaftaler indeholder en specificering af leverandørens ansvarsgrundlag. Ofte fastslås blot at dansk rets almindelige regler om misligholdelse finder anvendelse, se f.eks. K01, pkt. 18, K02, pkt. 18.1.3 og 18.2.4. En sådan bestemmelse indebærer, at leverandøren underlægges det netop beskrevne præsumptionsansvar. Efter K03, pkt. 29, ifalder en part erstatningsansvar, når den anden part har lidt et tab, og der foreligger "det fornødne ansvarsgrundlag". Også denne bestemmelse fører tilbage til baggrundsretten og dermed præsumptionsansvaret.

Aftalen vil derimod normalt rumme en række garantier fra leverandøren til kunden. Retsvirkningerne af en garanti beror på indholdet af garantien. Såfremt garantibestemmelsen ikke angiver retsvirkningerne ved manglende overholdelse af garantien, må dette afgøres ved en fortolkning af aftalen. Det antages sædvanligvis, at garantiansvar udløser erstatningsansvar på objektivt grundlag, jf. *Iversen*, *Obligationsret 2*, s. 147 og *Bryde Andersen & Lookofsky*, *Lærebog i obligationsret*, s. 59 f. Det har derfor formodningen for sig, at leverandøren vil være objektivt ansvarlig for manglende overholdelse af en

Aftaleregulering

Garantiansvar

garanti om, at systemet har bestemte egenskaber eller i øvrigt opfylder bestemte krav. Denne formodning kan dog ikke gælde, hvis leverandøren helt overordnet garanterer at overholde sine forpligtelser efter aftalen (“leverandøren indestår for at overholde alle forpligtelser efter nærværende aftale”). Er formålet med en sådan bestemmelse at pålægge leverandøren et objektivt ansvar, ville det have været mere naturligt udtrykkeligt at angive dette.

Tilsvarende *Dragsted m.fl.*, K02 med kommentarer, s. 319.

#### Retsmangler

Det ovenfor beskrevne strenge culpaansvar gælder for forsinkelse og faktiske mangler. Det kan ikke udelukkes, at der gælder et strengere ansvarsgrundlag for retsmangler ved systemet. En retsmangel vil f.eks. bestå, hvis systemet krænker en tredjeparts ophavsrettigheder, og kunden dermed ikke lovligt kan bruge systemet. Et objektivt ansvar for vanhjemmel følger af kbl. § 59, og det kan overvejes, om denne regel kan anvendes analogt på retsmangler ved it-systemer. I mangel af retspraksis eller andre retskilder, der peger i retning af et objektivt ansvar, må man dog formentlig fastholde det erstatningsretlige udgangspunkt, hvorefter leverandøren bliver ansvarlig, såfremt der er handlet culpøst. Det samme vil gælde rådighedsmangler.

Tilsvarende *Nørager-Nielsen*, Edb-kontrakter, s. 83 og 239 og *Iversen*, Obligationsret 1, s. 367. I anden retning *Bryde Andersen*, Edb-leverandørens ansvar for ophavsretligt begrundede retsmangler, U.1987B.121 ff., som konkluderer, at der i mangel af retspraksis er relativt frie rammer for fastlæggelsen af ansvarsreglerne, men at gode grunde taler for at pålægge leverandøren et objektivt ansvar. I IT-retten, s. 961, lader *Bryde Andersen* spørgsmålet stå åbent.

Der er dog næppe tvivl om, at culpavurderingen vil være streng, på samme måde som gælder ved forsinkelse og faktiske mangler, jf. ovenfor. Det er ikke usædvanligt, at leverandøren specifikt garanterer, at systemet ikke krænker tredjeparters rettigheder, se. f.eks. K01, pkt. 23, K02, pkt. 17.7, og K03, pkt. 23.10. En sådan garanti vil skabe en formodning for, at leverandøren har påtaget sig et objektivt ansvar for krænkelser af tredjepartsrettigheder.



Leverandøren vil hæfte for sine medarbejderes culpøse adfærd efter hæftelsesreglen i DL 3-19-2. I praksis vil det ofte ikke være muligt at identificere fejl hos bestemte personer, da udviklingsprojektet gennemføres i samspil mellem en lang række personer. Dette er dog heller ikke en forudsætning for at statuere culpa, når blot det kan lægges til grund, at leverandøren som sådan har handlet culpøst, jf. *Iversen*, *Obligationsret 2*, s. 239 om "virksomhedsculpa". Leverandøren vil endvidere hæfte for underleverandørers fejl. Det er fast antaget i den almindelige obligationsret, at en kontrahent hæfter for underleverandører, hvor det ikke har stået klart for medkontrahenten, at ydelsen præsteres ved brug af underleverandører. Det har været mere omdiskuteret, hvorvidt kontrahenten også hæfter, hvor det af aftalen fremgår, at en (del)ydelse præsteres af en underleverandør. *Iversen* antager, at kontrahenten som udgangspunkt også vil hæfte i denne situation, *Obligationsret 2*, s. 242. Anderledes *Nørager-Nielsen*, *Edb-kontrakter*, s. 141. *Iversen*'s antagelse kan tiltrædes, men uanset resultatet under den almindelige obligationsret, kan der ikke være tvivl om, at leverandøren i et it-udviklingsprojekt vil hæfte for sine underleverandører, også hvor disse er særskilt angivet i aftalen. Det er helt sædvanligt, at leverandøren påtager sig en sådan hæftelse, og resultatet understøttes derfor også af en branchesædvane.

Ansvar for medarbejdere og underleverandører – hæftelsesansvar

*Nørager-Nielsen* når samme resultat, *Edb-kontrakter*, s. 141. Det følger både af K01 (pkt. 15.2), K02 (pkt. 17.5) og K03 (pkt. 23.8), at leverandøren hæfter for sine underleverandører på samme måde som for egne forhold. Brugen af underleverandører skal godkendes af kunden, jf. K01, pkt. 27, K02, pkt. 5.8, og K03, pkt. 11.

Leverandørens hæftelse for sine underleverandører vil også indebære en hæftelse for fejl i tredjepartsprogrammel, der indgår som en integreret del af det samlede system. Vil leverandøren ikke påtage sig dette ansvar, må det udtrykkeligt angives i aftalen. Omfatter leverandørens ydelse standardsoftware, der ikke indgår som en integreret del af det udviklede system, men som skal fungere sammen med dette, f.eks. standarddatabaseprogrammel, må det afgøres af aftalens konkrete omstændigheder, om leverandøren har påtaget sig ansvaret for fejl heri. Kontraktpraksis varierer, og der kan derfor heller ikke opstilles

– fejl i tredjepartsprogrammel

nogen stærk formodning for, at leverandøren i denne situation har påtaget sig at hæfte.

Spørgsmålet er ikke udtrykkeligt reguleret i K-kontrakterne. Det følger dog af K02 pkt. 17.5, at leverandøren som udgangspunkt er ansvarlig for fejl i tredjepartsprogrammel (med visse indskrænkninger i afhjælpningspligten som beskrevet ovenfor i afsnit 9.2.1.2) og af pkt. 23.1, at eventuelle licensvilkår fra tredjeparter, der er vedlagt kontrakten, ikke gælder inter partes, for så vidt angår ansvarsbegrænsninger mm. Disse bestemmelser sonderer ikke mellem tredjepartsprogrammel, der indgår i leverandørens system, og tredjepartsprogrammel, der leveres som et selvstændigt program. Selvom tanken nok har været på programmel, der indgår i leverandørens løsning, bevirker bestemmelserne formentlig, at leverandøren må tage udtrykkeligt forbehold for ikke også at hæfte for fejl i tredjepartsprogrammel, der er leveret som et selvstændigt program under aftalen. Dette gælder tilsvarende efter K03, jf. pkt. 23.8.

#### 9.2.4.2. Krav om kausalitet og adækvans

Det er en grundlæggende erstatningsbetingelse, at skaden er en kausal følge af skadevolderens handling. Dette indebærer, at kunden kun kan få dækket tab, såfremt der er årsagssammenhæng mellem leverandørens misligholdelse (navnlig i form af forsinkelse og mangler ved systemet) og de pågældende tab. Kausalitetsvurderingen vil bero på en konkret vurdering, men i praksis vil der ofte ikke være tvivl om, at der er årsagssammenhæng mellem misligholdelsen og tabet.

Derimod kan der som tidligere beskrevet være tvivl om, hvorvidt en forsinkelse eller mangler ved systemet skyldes leverandørens eller kundens forhold. Ofte vil det være en kombination heraf. Såfremt kundens forhold er den altovervejende årsag til forsinkelsen eller systemets manglende overholdelse af aftalens krav, foreligger ingen misligholdelse fra leverandørens side. Såfremt leverandørens forhold spiller en sådan rolle, at der foreligger misligholdelse, men således at også kundens forhold har haft betydning, kan der ske en reduktion af erstatningen ud fra egen skyldsbetragtninger.

Det vil oftere være tvivlsomt, om et tab kan betegnes som adækvat. Hvad der nærmere ligger i adækvanskravet, har været genstand for

betydelige drøftelser i denne erstatningsretlige litteratur. Om disse drøftelser henvises til speciallitteraturen.

Se *Ehlers*, Grundlæggende erstatningsret, s. 254 ff., von Eyben & *Isager*, Lærebog i erstatningsret, s. 327 ff., *Iversen*, Erstatningsberegning i kontraktsforhold, s. 87 ff. og *Ehlers*, Om adækvanslæren i erstatningsretten.

Det må formentlig (stadig) kunne lægges til grund, at adækvansvurderingen tager udgangspunkt i, hvorvidt tabet var påregneligt for skadevolderen, jf. nærmere *Iversen*, a.st., s. 100. Ved denne vurdering kan der lægges vægt på, at det er kendt viden, ikke mindst for professionelle it-leverandører, at mangler ved it-systemer og manglende levering af it-systemer kan have betydelige konsekvenser og tab til følge, herunder også tab, der kan ligge et godt stykke ude i årsagskæden. Omvendt må der også lægges vægt på, at karakteren og omfanget af de enkelte fjernereliggende tab kan være vanskelige at forudse for leverandøren.

Se nærmere om adækvansvurderingen i kontraktforhold *Iversen*, Erstatningsberegning i kontraktsforhold, s. 107 ff., hvor det bl.a. i overensstemmelse med det netop beskrevne om leverandørens indsigt anføres, at adækvansvurderingen beror på en professionsmålestok.

Som beskrevet nedenfor i afsnit 9.3.4, vil udviklingsaftalen ofte indeholde en ansvarsfritagelse for indirekte tab. Indirekte tab vil oftere være inadækvate end direkte tab. Der vil derfor være en række tilfælde, hvor adækvansvurderingen kan være vanskelig men heller ikke behøver ikke blive foretaget, allerede fordi det pågældende tab vil være et indirekte tab omfattet af en ansvarsfraskrivelse.

#### 9.2.4.3. Tabsopgørelsen

Såfremt der består et ansvarsgrundlag, og de øvrige erstatningsbetingelser er opfyldt, kan kunden kræve sit tab dækket. Det er kunden, der har bevisbyrden for, at der er lidt et tab og for tabets omfang.

Udgangspunktet

Generelt om tabsopgørelsen kan navnlig henvises til *Iversen*, Erstatningsberegning i kontraktsforhold. I det følgende anføres primært bemærkninger til udvalgte tabsposter af særlig relevans for it-udviklingsaftaler.

Det erstatningsretlige udgangspunkt er, at alle tab dækkes, herunder også indirekte tab. I praksis vil parternes aftale dog som netop anført normalt fraskrive parterne ansvar for indirekte tab, jf. nedenfor om ansvarsbegrænsningsbestemmelser.

Ved tabsopgørelsen må kunden vælge, om tabet skal opgøres som positiv opfyldelsesinteresse eller som negativ kontraktsinteresse. Ved den positive opfyldelsesinteresse stilles kunden økonomisk, som om aftalen var opfyldt. Ved negativ kontraktsinteresse stilles kunden, som om aftalen ikke var indgået. Positiv opfyldelsesinteresse kan kræves, uanset om aftalen hæves eller fastholdes, hvorimod negativ kontraktsinteresse forudsætter, at aftalen hæves.

I praksis rejses erstatningskrav typisk i forbindelse med aftalens ophævelse, hvorved kunden har valgfrihed mellem at opgøre sit tab som positiv opfyldelsesinteresse eller negativ kontraktsinteresse. Kunden må derfor foretage en beregning af tabsposterne efter hver af de to beregningsmetoder og derefter rejse krav på det største af de to beløb.

Negativ kontraktsinteresse dækker bl.a. kundens omkostninger forbundet med kontraktindgåelsen. Ofte vil gennemførelse af udbud, forhandling og koncipering af aftale mv. involvere advokater og andre eksterne rådgivere. Omkostninger til disse vil kunden kunne kræve erstattet.

Et særligt spørgsmål er, om der kan kræves erstatning i den situation, hvor der ikke bliver indgået en aftale mellem parterne som følge af den ene parts culpøse adfærd i aftaleforhandlingerne, såkaldt *culpa in contrahendo*. Et sådant prækontraktuel ansvar er anerkendt i dansk ret, men der skal særligt skærpende omstændigheder til, før der ifaldes erstatningsansvar, jf. nærmere *Bryde Andersen*, Grundlæggende aftaleret, s. 109 f. Spørgsmålet har næppe praktisk betydning for it-udviklingsaftaler.

Tilsvarende gælder udgifter til konsulenter i selve udviklingsforløbet.

Kræver kunden positiv opfyldelsesinteresse, vil kunden kunne få dækket de ekstra omkostninger, som leverandørens misligholdelse har påført kunden. Omkostninger, som kunden under alle omstændigheder skulle have afholdt i udviklingsprojektet, kan ikke kræves dækket. Har kunden eksempelvis hyret et konsulentfirma til at bistå med gennemførelsen af projektet, vil omkostningerne hertil kun kunne kræves dækket, i det omfang kunden som følge af leverandørens misligholdelse har afholdt ekstraomkostninger til de involverede konsulenter. Kunden vil tilsvarende have krav på erstatning for det ekstra interne timeforbrug, som leverandørens misligholdelse har påført kunden, i det omfang internt timeforbrug kan kræves erstattet, jf. herom straks nedenfor. De timer, som kunden efter planen skulle have afholdt på gennemførelse af projektet, kan omvendt ikke kræves dækket under den positive opfyldelsesinteresse. Kunden vil endvidere kunne kræve et prisdifferencetab som led i den positive opfyldelsesinteresse, såfremt aftalen hæves. Prisdifferencetabet dækker differencen mellem den pris, kunden skulle have betalt efter den misligholdte aftale, og den pris, kunden nu må betale for et tilsvarende system hos en anden leverandør. Prisdifferencetabet kan give anledning til store erstatningskrav men kan i praksis være vanskeligt at dokumentere, fordi kunden har bevisbyrden for, at der består en prisdifference mellem den oprindeligt aftalte pris og prisen på et tilsvarende system leveret på nogenlunde tilsvarende vilkår. Bevisbyrden kan søges løftet ved sagkyndige erklæringer eller fremlæggelse af konkurrerende tilbud modtaget i budfasen eller efter en eventuel ophævelse. Ofte vil kundens behov have ændret sig, hvorfor kunden ikke blot kan bestille et system hos en anden leverandør, der svarer til det system, der oprindeligt blev aftalt mellem kunden og den misligholdende leverandør. Dette er dog heller ikke nødvendigt, da prisdifferencetabet både kan udregnes som den konkrete prisdifference (differencen mellem salgsprisen og den pris, køberen har betalt for et erstatningsprodukt) og som den abstrakte prisdifference (differencen mellem salgsprisen og markedsprisen). En forudsætning for at opgøre tabet til den abstrakte prisdifference er dog, at der dokumenteres en markedspris, hvilket som beskrevet kan være vanskeligt.

Et eksempel på en sag, hvor kunden fik tilkendt et større prisdifferencetab, er den norske dom fra Nedre Romerike tingrett af 9. februar 2018 (Felleskjøpet Agri mod Infor (Steinhausen) II, TNERO-2016-101703 – under anke)(\*). Efter ophævelse af parternes aftale modtog kunden tilbud på et tilsvarende system med en prisdifference på ca. 82 mio. NOK. Kunden endte imidlertid med at anskaffe en anden løsning, der ikke var fuldt ud sammenlignelig med det system, der var omfattet af ophævelsen. Prisdifferencen for den anskaffede løsning var ca. 67 mio. NOK. Herudover havde kunden brug for yderligere leverancer for ca. 18 mio. NOK, men det var uklart, i hvilket omfang disse tillægskomkostninger kunne opgøres som en del af prisdifferencen. Retten anvendte prisen på et tilsvarende system til at fastlægge prisdifferencetabet (der således blev opgjort til 82 mio. NOK), som efter rettens skøn var en indikator for markedsprisen og i størst grad reflekterede prisen på en identisk løsning.

Se generelt om prisdifferencetabet *Iversen*, Erstatningsberegning i kontraktsforhold, s. 181 ff.

Særligt om  
erstatning for  
internt  
tidsforbrug

Det har stor praktisk relevans, om kunden kan få erstatning for sine egne ansattes interne tidsforbrug. Gennemførelsen af et stort it-udviklingsprojekt forudsætter som nævnt en aktiv og typisk omfattende indsats fra kundens medarbejdere, der derfor normalt vil have brugt et betydeligt antal timer, når projektet bringes til ophør. Kunden vil ofte kræve erstatning for dette timeforbrug, der vil kunne udgøre en af de største tabsposter. Det er ikke fuldstændig klart, i hvilket omfang et internt tidsforbrug kan kræves erstattet efter de almindelige erstatningsretlige regler.

– tab?

Et første spørgsmål er, om det interne tidsforbrug i det hele taget har karakter af et tab i erstatningsretlig forstand. Der kan argumenteres for, at der i mange situationer ikke foreligger et tab ud fra følgende betragtning: Et tab i erstatningsretlig forstand forudsætter, at skadelidte enten er blevet påført en ekstraomkostning eller er gået glip af en indtægt. Når medarbejderne er fastansatte og ikke modtager overarbejdsbetaling, vil kunden ikke blive påført en ekstraomkostning ved det spildte tidsforbrug: Kunden skulle under alle omstændigheder have betalt løn til medarbejderne. Et tab forudsætter derfor, at kunden kan dokumentere at have mistet en indtægt ved det spildte tidsfor-

brug. I mange situationer vil dette ikke være muligt, fordi der ikke er en direkte sammenhæng mellem de pågældende medarbejders tidsforbrug og kundens indtægter. I så fald foreligger hverken en ekstraomkostning eller en mistet indtægt, og dermed er der ikke lidt noget tab. Der kan omvendt også argumenteres for, at der vil foreligge et tab, uanset om kunden skulle have betalt løn til medarbejderen under alle omstændigheder, og uanset at det ikke er muligt at dokumentere en mistet indtægt som følge af det spildte tidsforbrug. Dette resultat kan bæres af en slags implicit "systemtabsbetragtning": Medarbejdere er kun ansat i en virksomhed, hvis de skaber værdi for virksomheden. Denne værdi mistes, når medarbejdernes tid spildes, og det har derfor formodningen mod sig, at et spildt tidsforbrug ikke skulle påføre kunden et tab, uanset at det ikke er muligt at påvise, præcis hvor i systemet tabet opstår. Begge de to synspunkter (tab/ikke-tab) kan findes repræsenteret i retspraksis, men nyere retspraksis tegner dog et forholdsvist klart billede af, at internt tidsforbrug anerkendes som tab i dansk ret, se bl.a. U.2002.1180H, U.2004.2389H og U.2014.1252V og nærmere om den foreliggende retspraksis *Udsen*, U.2015B.249 ff.

Se som et nyt it-kontraktretligt eksempel herpå Retten i Lyngbys dom af 3. april 2019 (*Corpital mod Scriptor Technology*)(\*). I dommen fik kunden tildelt erstatning for 36 interne spildte timer (med 500 kr. pr. time).

Et tab kan efter den almindelige erstatningsret enten kategoriseres som et indtægtstab (en mistet indtægt) eller et omkostningstab (en påført ekstraomkostning). Et tab kan i udgangspunktet kræves erstattet, uanset hvordan det kategoriseres, når erstatningsbetingelserne i øvrigt er opfyldt. Dette indebærer dog ikke, at tabskategoriseringen er uden betydning. Betragter man det interne tidsforbrug som et indtægtstab, vil offentlige myndigheder formentlig være afskåret fra at rejse krav for internt tidsforbrug, eftersom myndigheders medarbejdere ikke har som opgave at generere indtægter. Det vil endvidere rejse spørgsmålet, om fraskrivelse af ansvaret for "mistede indtægter" eller "tabt avance" også vil omfatte tabet for internt tidsforbrug. Den eksisterende retspraksis giver ikke noget klart billede af, om et internt tidsforbrug skal kategoriseres som et indtægtstab eller et omkostningstab. Meget taler

– tabskategoriseringen

dog for, at sådanne tab som udgangspunkt skal kategoriseres som omkostningstab med den konsekvens, at også offentlige myndigheder kan kræve disse tab dækket. For en mere indgående drøftelse heraf se *Udsen*, U.2015B.249 ff. (s. 253 ff.).

– aftaleregulering

I nogle aftaler angives, at kundens interne timeforbrug skal godtgøres med en nærmere fastsat timepris. Hermed undgår kunden at skulle dokumentere et tab forbundet med timeforbruget. K02, pkt. 5.4, rummer en variant heraf. Efter bestemmelsen skal leverandøren estimere omfanget af kundens medvirken. Såfremt dette estimat efterfølgende må justeres, og denne justering påfører kunden væsentligt forøgede omkostninger, skal disse godtgøres af leverandøren. *Dragsted m.fl.* antager, at dette omkostningsbegreb må fortolkes bredt og indebærer en svækkelse af bevisbyrden for tab i forhold til en traditionel erstatningsopgørelse, K02 med kommentarer, s. 182. D17 indeholder i pkt. 31.6.3 en bestemmelse, der udtrykkeligt giver kunden ret til at kræve erstatning for internt tidsforbrug.

Som nærmere omtalt nedenfor i afsnit 9.3.4, vil parternes aftale normalt indeholde en ansvarsfraskrivelse for indirekte tab. Det er ikke uden videre klart, om en sådan bestemmelse vil omfatte erstatning for kundens interne tidsforbrug. Det er sædvanligt, at kunden skal allokere en del ressourcer til at gennemføre større it-udviklingsprojekter, og det er velkendt, at problemer i projektet som regel vil påføre kunden ekstra tidsforbrug som en umiddelbar følge af disse problemer. Oftest vil omkostningerne forbundet hermed være blandt de største tab i kundens samlede tabsopgørelse. Kundens tab i form af internt tidsforbrug i udviklingsprojektet udgør derfor et tab, som både er forventeligt, og som har en nær relation til leverandørens misligholdelse. Dette skaber en formodning for, at erstatning for et sådant internt tidsforbrug ikke har karakter af et indirekte tab, og derfor ikke vil være omfattet af en ansvarsfraskrivelse for indirekte tab. Der er med *Hørlycks* rammende ord om det indirekte tab ikke tale om en følgevirkning, der må antages at ligge uden for kontraktforholdets forudsætninger (*Entreprise – AB18*, s. 547).

Tilsyneladende anderledes Glostrups Rets dom af 14. maj 2019 (*Datacon mod Flügger group*)(\*). Retten afviste kundens krav på erstatning for (bl.a.) internt tidsforbrug med følgende begrundelse



(dommens s. 83): “Med hensyn til [kundens] krav om erstatning for øgede logistikomkostninger, konventionalbod til kunden og internt tidsforbrug finder retten, at disse poster i vidt omfang må anses som udgørende driftstab, følgeskader og andet indirekte tab, som der i henhold til K02-aftalens pkt. 21 ikke kan ydes erstatning for, idet [leverandøren] ikke har handlet groft uagtsomt. Kravene findes derudover ikke tilstrækkelig godtgjort ved det materiale, [kunden] har fremlagt som dokumentation for disse.”

I en dom fra Retten i Aarhus af 8. december 2016 (EA Værktøj Engros mod Novicell)(\*) lagde retten ligeledes til grund, at kundens interne tidsforbrug havde karakter af et indirekte tab. Heller ikke denne dom indeholder en nærmere begrundelse for resultatet.

Denne formodning kan ikke udstrækkes til de effektiviseringsgevinster, herunder i form af sparet tid hos kundens personale, som det nye system eventuelt skal give. Dette tidsforbrug, der ikke er knyttet til selve it-projektet, kan ikke siges at have en så nær forbindelse til det ansvarspådragende forhold, at det har karakter af et direkte tab. Det er tværtimod sædvanligt, at en manglende realisering af de gevinster, som kunden skulle opnå gennem det nye system, betragtes som indirekte tab.

### 9.2.5. Bod

I mange udviklingsaftaler pålægges leverandøren en bod, hvis udviklingen af systemet forsinkes, eller hvis systemet ikke lever op til aftalte servicemål.

Se generelt om bod *Bryde Andersen*, Praktisk aftaleret, s. 427 ff., *Iversen*, Obligationsret 2, s. 378 ff., *Bryde Andersen & Lookofsky*, Lærebog i obligationsret, s. 428 ff., *Hagstrøm*, Obligasjonsrett, s. 671 ff. og Lena Olsens doktordisputats Ersättningsklausuler: vite och andra avtalade ersättningar vid kontraktsbrott fra 1993.

Eksempler på sædvanlige bodsbestemmelser findes i K02. Efter pkt. 18.1.2 skal leverandøren betale en bod for hver arbejdsdag fristen for godkendt overtagelsesprøve, driftsprøve eller anden bodsbelagt milepæl er forsinket. Boden opgøres som en nærmere aftalt procent-sats af købesummen (kaldet leverancevederlaget).

*Dragsted m.fl.*, K02 med kommentarer, s. 337 anfører, at procentsatsen efter almindelig kontraktpraksis fastsættes til 0,25 % pr. påbegyndt dag. Dette er også satsen efter K01.

Efter pkt. 18.2.2 skal leverandøren betale bod for systemets manglende overholdelse af servicemål. Bestemmelsen henviser til kontraktens bilag 6, hvor parterne skal fastlægge, i hvilket omfang manglende overholdelse af svartider og andre servicemål skal udløse bod.

Bodsbestemmelser indebærer, at kunden kan kræve det aftalte bodsbeløb, når de bodsudløsende begivenheder indtræder, uafhængigt af om kunden har lidt et tab. Bodsbestemmelser udgør således en fravigelse af de almindelige erstatningsretlige regler. Af samme grund kan kunden alene kræve bod, såfremt det udtrykkeligt er aftalt mellem parterne. En henvisning til dansk rets almindelige regler om misligholdelse vil ikke give hjemmel til at kræve bod.

Som det fremgår nedenfor, er fortolkningen af bodsbestemmelser i væsentlig grad styret af bodens formål. Formålet med bodsbestemmelsen kan for det første være at skabe et ekstra incitament for leverandøren til at opfylde sine forpligtelser. Denne type af bodsbestemmelser har en pønål karakter og benævnes af samme grund i anglo-amerikansk ret "penalty clauses". Bodens formål kan for det andet være at objektivere erstatningen, således at opslidende diskussioner om opgørelsen af et erstatningsberettiget tab undgås. Denne type af bodsbestemmelser benævnes i anglo-amerikansk ret "liquidated damages clauses".

Det vil bero på en konkret vurdering, hvilket formål den enkelte bodsbestemmelse har. Det kan også tænkes, at bestemmelsen tjener begge formål og således både skal skabe ekstra incitament for leverandøren og objektivere tabsopgørelsen. Dette vil navnlig være tilfældet, hvis bodsbeløbene er meget høje, og også højere, end tab opgjort efter almindelige erstatningsretlige principper må forventes at være.

Markedsstandarden for bodsbeløb i udviklingsaftaler er normalt ikke så høje, at de tilsigter at ækvivalere eller overstige de erstatningsberettigede tab. Alle K-kontrakterne giver da også kunden mulighed for at kræve erstatning, i det omfang tabet overstiger bodsbeløbet, jf. nedenfor. Det har derfor formodningen for sig, at en bodsbestemmelse i en udviklingsaftale har som sit primære formål at skabe et ekstra inci-

tament for leverandøren til at overholde sine forpligtelser snarere end at skulle objektivere erstatningsansvaret. Dette illustreres i K02 også af, at leverandøren kan kræve bodsbeløb for forsinkede delmilepæle tilbage, såfremt forsinkelserne indhentes, og overtagelsesprøven gennemføres til den aftale tid, jf. herom nedenfor. Uanset om leverandøren måtte være forsinket med delmilepæle, og kunden måtte lide tab, der kan kræves erstattet efter erstatningsreglerne, skal leverandøren ikke betale bod, hvis forsinkelsen indhentes. Risikoen for eksempelvis at ifalde en bod, hvis ikke systemet leveres til tiden, skal dels sikre, at leverandøren er realistisk i sin tidsestimering forud for aftalens indgåelse, dels sikre, at leverandøren gør, hvad der er nødvendigt for at blive færdig til tiden.

Det må anses for tvivlsomt, om bodsbestemmelser har den ønskede effekt, da leverandøren normalt vil have indregnet betaling af bod som en del af den samlede pris, men navnlig i de situationer, hvor leverandøren står overfor at misligholde flere aftaleforhold, kan det vel ikke udelukkes, at leverandøren vil prioritere sin indsats, hvor (bods)omkostningerne ved en misligholdelse er størst.

Det synes at være den almindelige opfattelse i obligationsretten, at en bodsbestemmelse som udgangspunkt må forstås således, at boden kun udløses, hvis der foreligger et ansvarsgrundlag, således *Iversen*, Obligationsret 2, s. 378 med henvisninger. I samme retning *Bryde Andersen & Lookofsky*, der dog antager, at bodsbestemmelser med et pønalt formål forudsætter culpøs adfærd, Lærebog i obligationsret, s. 429 f. Tilsvarende *Hagstrøm*, Obligationsrett, s. 672. Ofte vil leverandøren have påtaget sig et garantiansvar for forhold, der udløser bod, herunder overholdelse af servicemål. I så fald vil der allerede hermed foreligge et ansvarsgrundlag. Har leverandøren ikke påtaget sig et sådant garantiansvar, vil kravet om ansvarsgrundlag indebære, at boden normalt kun udløses, hvis leverandøren har handlet culpøst. Det kan imidlertid ikke lægges til grund, at bodsbestemmelser i it-udviklingsaftaler forudsætter culpa fra leverandørens side. Når bodsbestemmelser har til formål at afløse den almindelige erstatningsopgørelse, vil det være naturligt fortsat at indfortolke et krav om ansvarsgrundlag. Som beskrevet ovenfor, er der imidlertid en formodning for, at bodsbestemmelser i udviklingsaftaler har pønalt karakter. Dette kunne, som anført af *Bryde*

Krav om  
ansvarsgrundlag

*Andersen & Lookofsky*, a.st., tale for at indfortolke et culpakrav. Netop culpakravet kan imidlertid gøre det vanskeligt at gennemføre bodskravet for kunden og kan indebære langvarige diskussioner om, hvorvidt forholdet kan bebrejdes leverandøren. Det stærkeste incitament skabes derfor, hvis det bliver nemt for kunden at gennemføre sit bodskrav og tilsvarende svært for leverandøren at vige udenom. I overensstemmelse hermed vil bodsbestemmelsen oftest, og også i K-kontrakterne, være formuleret således, at boden udløses, når de objektive kriterier om manglende overholdelse af servicemål mv. er opfyldt, og det er også den almindelige opfattelse i branchen, at sådanne bestemmelser ikke forudsætter subjektiv ansvarspådragende adfærd fra leverandørens side. Der må derfor opstilles en formodning for, at bodsbestemmelser ikke forudsætter culpøs adfærd fra leverandørens side.

*Karstoft* lægger ligeledes til grund, at bodsbestemmelser i it-kontrakter ikke forudsætter et ansvarsgrundlag, *Iversen (red.)*, Formueretlige emner, s. 326, men anderledes *Nørager-Nielsen*, Edb-kontrakter, s. 166. I den norske standardaftale for programudvikling og tilpasning (SSA-T) fritages leverandøren kun for bodsansvaret i tilfælde af force majeure, eller hvis forsinkelsen kan bebrejdes kunden, jf. pkt. 11.5.2. I entrepriseretten er udgangspunktet formentlig også, at bod ikke forudsætter et ansvarsgrundlag, jf. *Iversen*, T:BB 2003, s. 484 f. og *Frost*, ET 2014, s. 217.

I langt de fleste tilfælde vil leverandøren kunne bebrejdes en forsinkelse, manglende overholdelse af servicemål mv., ligesom forholdet kan være omfattet af en garanti fra leverandøren. Endvidere vil egen skyldsbetragtninger føre til, at leverandøren ikke skal betale bod, når de bodsudløsende begivenheder er udløst af forhold, som kunden har ansvaret herfor. Endelig kan force majeurebestemmelser bevirke, at leverandøren ikke bliver bodsansvarlig, når boden udløses af begivenheder, som leverandøren ikke kan bebrejdes. Den praktiske betydning af de to forskellige udgangspunkter er derfor nok begrænset.

Det kan give anledning til tvivl, i hvilket omfang en bodsbestemmelse gør op med kundens mulighed for at kræve økonomisk kompensation. Det kan for det første tænkes, at bodsbestemmelsen udtømmende gør op med muligheden for økonomisk kompensation. I så fald har kunden ikke mulighed for at kræve erstatning eller forholdsmæssigt afslag

Forholdet mellem bod og anden økonomisk kompensation

for forhold, der udløser bod. Det kan for det andet tænkes, at erstatning og forholdsmæssigt afslag kan kræves, i det omfang disse beløb overstiger bodsbeløbet. For det tredje kan bodskravet være et supplement til de almindelige misligholdelsesbeføjelser, således at der både kan kræves bod og fuld erstatning/forholdsmæssigt afslag.

Forskellen på de tre situationer kan illustreres med et eksempel: Udviklingen af systemet bliver forsinket, og forsinkelsen giver kunden et bodskrav på 100.000 kr. og påfører kunden ekstraomkostninger på 500.000 kr. Hvis bodsbestemmelsen udtømmende gør op med kravet på økonomisk kompensation, kan kunden alene kræve de 100.000 kr. i bod men ikke nogen erstatning. Hvis der kan kræves yderligere kompensation for det beløb, der ligger udover bodsbeløbet, kan kunden kræve en erstatning på 400.000 kr. Hvis boden er et supplement til de øvrige misligholdelsesbeføjelser, kan der både kræves bod på 100.000 kr. og erstatning på 500.000 kr.

I nogle aftaler er forholdet mellem bod og andre typer af økonomiske misligholdelsesbeføjelser udtrykkeligt angivet. I alle K-kontrakterne er det eksempelvis angivet, at der kun kan kræves erstatning, såfremt tabet overstiger bodsbeløbet, se K01, pkt. 18, K02, pkt. 21, og K03, pkt. 29. Tilsvarende angiver K02 (pkt. 18.2.3) og K03 (pkt. 25.2.3), (men altså ikke K01), at der kun kan kræves forholdsmæssigt afslag, i det omfang værdiforringelsen overstiger bodsbeløbet.

Såfremt aftalen ikke forholder sig til spørgsmålet, må svaret søges med udgangspunkt i formålet med bodsbestemmelsen. Såfremt bodsbestemmelsen har til formål at objektivere og afgrænse den økonomiske kompensation, som kunden kan kræve, må bodsbestemmelsen antages udtømmende at gøre op med muligheden for økonomisk kompensation. Hvis bodsbestemmelsen har til formål at skabe incitamenter for leverandøren til at overholde opstillede tidsfrister og krav til systemet, kan bodsbestemmelsen ikke antages at udtømme kundens mulighed for at kræve økonomisk kompensation.

I entrepriseretten er det almindeligt antaget, at bodsbestemmelser udtømmende gør op med muligheden for at kræve økonomisk kompensation, jf. *Hørlyck*, *Entreprise – AB18*, s. 411 og *Iversen*, *Entrepriseretten*, s. 485 og 495. Med henvisning hertil opstiller

*Bryde Andersen & Lookofsky* dette som en almindelig obligationsretlig formodningsregel, Lærebog i obligationsret, s. 429. Tilsvarende *Bryde Andersen*, Praktisk aftaleret, s. 428. Synspunktet synes at være udtryk for en tendens i nyere obligationsretlig teori, som hermed bevæger sig væk fra det historiske udgangspunkt, hvorefter et bodskrav ikke udelukkede et erstatningskrav, jf. nærmere *Frost*, ET 2014, s. 224 f.

Som beskrevet ovenfor, er der en formodning for, at bodsbestemmelser i it-udviklingsaftaler i højere grad har til formål at skabe incitamenter for leverandøren, end de har til formål at objektivere erstatningsopgørelsen. Dette medfører, at bodsbestemmelsen som udgangspunkt ikke udtømmer kundens mulighed for at kræve erstatning eller gøre andre misligholdelsesbeføjelser gældende. Medmindre bodsbestemmelsen udtrykkeligt angiver andet, vil kunden dog formentlig kun kunne kræve erstatning for det tab, der overstiger bodsbeløbet. I modsat fald ville kunden økonomisk blive stillet bedre ved misligholdelsen, hvilket næppe kan antages at have været hensigten med bestemmelsen. Som beskrevet, giver K-kontrakterne også kun kunden mulighed for at kræve erstatning for det beløb, der overstiger bodsbeløbet.

*Nørager-Nielsen* opstiller en formodning for, at bod for forsinkelse udtømmende gør op med erstatningsspørgsmålet, mens det modsatte er tilfældet ved bod for mangler, Edb-kontrakter, s. 166. Torvund antager, at en bodsbestemmelse normalt må forstås således, at den udelukker erstatning, medmindre leverandøren har handlet forsætligt eller groft uagtsomt, Kontraktsregulering – IT-kontrakter, s. 182.

Maksimering af  
bodsbeløb

Aftalens bodsbestemmelser vil ofte indeholde en maksimering af det beløb, leverandøren kan blive pålagt at betale i bod. Efter K02, pkt. 18.2.2, kan boden for manglende overholdelse af servicemål eksempelvis ikke overstige det månedlige vedligeholdelsesvederlag, mens boden for forsinkelse efter pkt. 18.1.2 er afgrænset til en nærmere aftalt procentdel af leverancevederlaget. Tilsvarende efter K03, jf. pkt. 25.2.1 og pkt. 25.2.2, idet boden for manglende overholdelse af servicemål er begrænset til en nærmere aftalt procentdel af det månedlige vedligeholdelsesvederlag.

Maksimeringen af bodsbeløbet i K02 til det månedlige vederlag i tilfælde af manglende overholdelse af servicemål ligger langt over markedsstandard, jf. *Dragsted m.fl.*, K02 med kommentarer, s. 339.

*Iversen* antager, at en bodsmaksimering ikke gælder, når den bodsudløsende begivenhed er udløst med forsæt og muligvis heller ikke ved grov uagtsomhed, *Obligationsret 2*, s. 380. Som anført ovenfor, må det i it-kontraktretten have formodningen mod sig, at boden forudsætter culpøs adfærd fra leverandøren, og på tilsvarende vis må det have formodningen mod sig, at leverandørens subjektive forhold har betydning for bodsmaksimeringen. Det må derfor have formodningen for sig, at leverandøren kan gøre bodsmaksimeringen gældende uafhængigt af egne subjektive forhold. Som anført, kan kunden imidlertid gøre et erstatningsansvar gældende ved siden af boden og i relation til erstatningskravet, vil en ansvarsbegrænsningsbestemmelse kunne tilsidesættes, når leverandøren har handlet forsætligt eller groft uagtsomt, jf. nedenfor.

Ofte vil tidsplanen indeholde en række bodsbelagte delmilepæle. Brugen heraf kan føre til vanskelige fortolknings spørgsmål.

Det kan overvejes, om kunden kan opretholde krav på dagbod for forsinkelse med delmilepæle, hvis den endelige aflevering af systemet sker rettidigt, fordi det er lykkedes leverandøren at indhente forsinkelsen. Foreskriver bodsbestemmelsen, at der skal betales bod ved forsinkelse med en delmilepæl, uden at forholde sig til den situation hvor forsinkelsen indhentes, vil en ordlydsfortolkning føre til, at leverandøren ikke kan fritages for bodsbetalingen, selvom forsinkelsen efterfølgende indhentes og systemet afleveres til den aftalte tid. Omvendt kan der argumenteres for, at det i sidste ende er afgørende, at systemet leveres til tiden, og at delmilepæle blot er et værktøj, der skal bidrage til at sikre dette. Ud fra denne betragtning vil en formålsfortolkning føre til, at der ikke skal betales bod for forsinkelse med delmilepæle, hvis den endelige overtagelsesprøve består til tiden. Denne fortolkning vil endvidere give leverandøren et incitament til at indhente forsinkelsen, hvilket også er i kundens interesse. Forsinkelser undervejs i projektet kan dog være byrdefulde for kunden, også selvom systemet i sidste ende leveres til tiden, bl.a. fordi det vil påvirke leveringen og planlægningen af kundens egne ydelser i projektet. Foreskriver bodsbe-

Bodsbelagte  
delmilepæle

– indhentelse af  
forsinkelse

stemmelsen alene, at der skal betales bod ved forsinkelse med delmilepæle, må der derfor i overensstemmelse med bestemmelsens ordlyd være en formodning for, at leverandøren ikke kan fritages herfra ved at indhente forsinkelsen.

I entrepriseretten har udgangspunktet været det modsatte, idet der lagdes afgørende vægt på, at bodsbelagte mellemfrister primært havde til formål at formå entreprenøren til at overholde frister, som er af afgørende betydning for byggeriet og for den rettidige aflevering af byggeriet, se nærmere *Vagner* (ved Iversen), *Entrepriseret*, s. 133 ff. Med AB18 blev imidlertid i § 40, stk. 5, indført en bestemmelse, der giver mulighed for fastsættelse af dagbodsansvar for overskridelse af en mellemfrist uden krav om forsinkelse med den afsluttende aflevering. Med denne bestemmelse og nyere afgørelser fra Voldgiftsretten for bygge- og anlægsvirksomhed, særligt T:BB.2016.541 VBA, er det muligt, at udgangspunktet ikke fuldt ud kan opretholdes. Se nærmere herom *Hørlyck*, *Entreprise – AB18*, s. 421 ff. og *Iversen*, *Entrepriseretten*, 506 ff.

– refleks-  
forsinkelser

Det vil ofte være vanskeligt at indhente en opstået forsinkelse i projektet. Konsekvensen heraf er, at en forsinkelse i projektets indledende fase kan medføre forsinkelser med alle efterfølgende delmilepæle. Hermed opstår spørgsmålet, om der skal betales bod for overskridelsen af alle de efterfølgende delmilepæle, selvom forsinkelsen alene hidrører fra den første delleverance. Problemstillingen kan illustreres med et eksempel: Leverandøren påbegynder projektet 1. januar. Der er aftalt bodsbelagte delmilepæle 1. marts, 1. maj, 1. august og 1. oktober (overtagelse). Leverandøren bliver forsinket i den indledende fase og afleverer første delleverance den 1. april, dvs. en måned for sent. Leverandøren formår ikke at indhente forsinkelsen men bliver ikke yderligere forsinket. Alle delmilepæle forsinkes dermed med én måned, og systemet overtages 1. november. Spørgsmålet er i denne situation, om leverandøren kan nøjes med at betale bod for forsinkelse med den første delmilepæl, ud fra den betragtning at alle efterfølgende delleverancer er leveret inden for den forudsatte to måneders frist. Eller om kunden kan kræve bod for forsinkelse med alle delmilepæle, da ingen af delleverancerne er leveret på det aftalte tidspunkt for de enkelte delleverancer. For en fortolkning til fordel for leverandøren kan anføres, at en



mindre forsinkelse i projektets indledning, som også kun resulterer i en mindre forsinkelse med den endelige aflevering, ikke bør kunne udløse omfattende bodskrav, hvilket kan blive tilfældet, hvis projektet indeholder mange bodsbelagte delmilepæle undervejs. For en fortolkning til fordel for kunden kan for det første anføres, at dette ofte vil være bedst i overensstemmelse med bestemmelsens ordlyd, da der objektivt set foreligger en forsinkelse af de enkelte delmilepæle i forhold til de forudsatte datoer og for det andet, at leverandøren hermed får et incitament til at forsøge at indhente forsinkelser, som ikke ellers ville være til stede. Besvarelsen må afhænge af den enkelte bodsbestemmelse og de konkrete omstændigheder, men generelt må det have formodningen imod sig, at forsinkelser i starten af et projekt, der set i forhold til det samlede projektførløb, har et begrænset omfang, skulle udløse omfattende bodsbetalinger som en dominoeffekt af et højt antal bodsbelagte delmilepæle. Det må derfor have formodningen for sig, at der kun skal betales bod for forsinkelse med den første delmilepæl, hvis der ikke opstår selvstændig forsinkelse med efterfølgende delmilepæle.

Dette er også retsstillingen i entrepriseretten.

Se *Iversen*, *Entrepriseret*, s. 510: "Hvis overskridelse af en bindende mellemfrist medfører, at andre bindende mellemfrister og sluttermi- nen overskrides, vil sådanne refleksforsinkelser ikke være dagbods- udløsende – én dags forsinkelse kan kun udløse én dagbod" og *Hørlyck*, *Entreprise* – AB18, s. 425., begge med henvisning til KFE 1987.48 VBA.

På baggrund af den entrepriseretlige voldgiftspraksis må det antages, at selv en klar bestemmelse om betaling af separate bodsbeløb ved overskridelse af hver milepæl, uanset om der ikke opstår selvstændig forsinkelse med efterfølgende milepæle, vil blive tilsidesat. Den ganske vidtgående beskyttelse af entreprenøren i denne henseende kan ikke antages at gælde mere generelt, og en klar bodsbestemmelse i en it-udviklingsaftale kan kun tilsidesættes inden for de forholdsvis snævre rammer af aftl. § 36.

I entrepriseretten modificeres udgangspunktet ved overskridelse af de ovenfor nævnte delfærdiggørelsesfrister, jf. herved KFE.2011.38

VBA, hvor entreprenøren skulle renovere et større antal opgange i et lejlighedskompleks. Der var aftalt bod for overskridelse af færdiggørelsestidspunktet for hver af opgangerne. Den samlede entreprise blev afsluttet til det aftalte tidspunkt, men færdiggørelsestidspunktet blev overskredet for 82 ud af de 87 opgange. Bygherren var berettiget til bod for alle 82 overskridelser.

– aftaleregulering

Bodsbetalinger for manglende overholdelse af delmilepæle bortfalder, såfremt forsinkelserne indhentes og overtagelsesprøven gennemføres på det forudsatte tidspunkt. Bestemmelsen forholder sig ikke til, om der skal betales bod for alle delmilepæle, hvis der opstår en forsinkelse i projektets indledende fase, der får refleksvirkning for efterfølgende milepæle. Af de grunde, der er angivet lige ovenfor, kan dette ikke antages at være tilfældet.

Gyldighed

Bodsbestemmelser er som nævnt sædvanlige og vil være gyldige inden for den almindelige rimelighedsvurdering, der følger af aflu. § 36. Det vil have undtagelsens karakter, at en bodsbestemmelse i en udviklingsaftale tilsidesættes. Se nærmere om hel eller delvis tilsidesættelse af bodsbestemmelser *Frost*, ET 2014, s. 207 ff. med henvisninger til teori og praksis.

### 9.2.6. Betalingstilbageholdelse og modregning

Det gælder som en almindelig obligationsretlig grundsætning, at parternes ydelser skal udveksles samtidigt, hvis ikke andet er aftalt, se herved kbl. §§ 14-16. Samtidighedsgrundsætningen indebærer, at kunden kan tilbageholde betalingen, indtil leverandøren leverer sin ydelse.

Se generelt om tilbageholdelsesret *Iversen*, Obligationsret, 2. del, s. 107 ff.

Dette vil navnlig være relevant ved leverandørens forsinkelse, men også hvor systemet er mangelfuldt, vil kunden være berettiget til at tilbageholde en forholdsmæssig del af betalingen. I den sidstnævnte situation vil det bero på et skøn, hvor stor en del af betalingen, kunden kan tilbageholde, og der vil derfor være en standpunktsrisiko forbundet hermed. Tilbageholder kunden for stor en del af betalingen, foreligger betalingsmisligholdelse. I udviklingsaftaler vil betalingen nor-

malt falde i rater, der er knyttet til fremdriften i projektet, og leverandørens præstation af delleverancer. Retten til betalingstilbageholdelse vil i så fald være relateret til de enkelte delbetalinger.

K02 indeholder en bestemmelse om betalingstilbageholdelse i pkt. 16, hvorefter kunden er berettiget til at tilbageholde 10 % af det beløb, der skal betales ved godkendt overtagelsesprøve, hvis der ved prøven konstateres fejl, der ikke hindrer prøvens godkendelse. K03 indeholder en tilsvarende bestemmelse, hvorefter der kan tilbageholdes "en rimelig og forholdsmæssig andel" af vederlaget, jf. pkt. 22.1.

I det omfang kunden får et pengekrav mod leverandøren, f.eks. i form af et krav på forholdsmæssigt afslag, erstatning eller bod, vil kunden kunne modregne dette i leverandørens betalingskrav, såfremt de almindelige modregningsbetingelser er opfyldt.

### 9.3. Bortfald af misligholdelsesbeføjelser

I nogle situationer udløser leverandørens misligholdelse ikke misligholdelsesbeføjelser som beskrevet ovenfor. Kundens adgang til at gøre misligholdelsesbeføjelser gældende kan således bortfalde helt eller delvist, eksempelvis hvor kunden forsømmer at reklamere rettidigt, hvor leverandøren får afhjulpet forholdet, eller hvor parternes aftale indeholder egentlige ansvarsbegrænsningsbestemmelser.

#### 9.3.1. Manglende reklamation

Det gælder som et generelt obligationsretligt princip, at køberen må reklamere, hvis ydelsen er forsinket eller mangelfuld, og køberen ønsker at gøre misligholdelsesbeføjelser gældende.

Se generelt om reklamation *Bryde Andersen & Lookofsky*, Lærebog i obligationsret, s. 282 ff. og *Hagstrøm*, Obligationsrett, s. 352 ff.

En behørig reklamation forudsætter dels, at der reklameres rettidigt, dels at reklamationen opfylder kravene til indholdet af en reklamation.

Efter kbl. § 51 skal køberen i handelskøb reklamere "straks" og ellers "uden ugrundet ophold". Uden for købeloven er det almindeligt

Rettidig  
reklamation

antaget, at der skal reklameres inden for rimelig tid, efter køberen fik kendskab til eller burde have fået kendskab til misligholdelsen.

Vurderingen af, om der er reklameret rettidigt, forudsætter således dels en stillingtagen til, hvornår kunden fik viden eller burde-viden om misligholdelsen, dels en stillingtagen til, hvad der udgør "rimelig tid".

– rimelig tid

Vurderingen af, hvad der udgør "rimelig tid", vil være konkret og kan derfor være forskellig fra sag til sag. Kriterier, der kan indgå i denne vurdering, kan f.eks. være parternes hidtidige praksis ved reklamation, grovheden af misligholdelsen og skadesvirkningen for leverandøren ved ikke at have modtaget tidligere reklamation.

– tidspunkt for kendskab til misligholdelsen

Vurderingen af tidspunktet for kendskab til misligholdelsen vil afhænge af misligholdelsestypen. Der vil sjældent være tvivl om, hvornår kunden fik kendskab til forsinkelse hos leverandøren. Det vil uden videre kunne konstateres, når datoen for en aftalt milepæl er overskredet. Derimod kan det være tvivlsomt, hvornår kunden har fået viden eller burde-viden om en mangel ved systemet. Det er klart, at reklimationsfristen løber fra det tidspunkt, hvor kunden rent faktisk konstaterer manglen, f.eks. fordi den registreres i en overtagelses- eller driftsprøve, eller fordi den optræder i forbindelse med kundens efterfølgende brug af systemet. I disse situationer vil det primært være et bevisspørgsmål, om kunden har fået viden om manglen. Mere tvivlsomt kan det være, om kunden burde have fået viden om en mangel.

– under-søgelsespligt

Vurderingen heraf hænger tæt sammen med, om kunden er underlagt en undersøgelsespligt. Efter kbl. § 51 skal køberen undersøge salgsgenstanden, når den er leveret, i overensstemmelse med, hvad "ordentlig forretningsbrug kræver". Dette princip kan næppe udstrækkes til levering af komplekse it-systemer, og det kan ikke antages, at kunden skal gennemføre en overtagelsesprøve eller anden form for prøve af systemet ved leveringen. Det er kutyme, at parterne gennemfører en overtagelsesprøve, jf. nærmere ovenfor afsnit 6.2, men denne kutyme kan ikke i sig selv indebære, at kunden pålægges en tilsvarende pligt uden særskilt aftale.

*Iversen* antager, at der gælder en entrepriseretlig grundsætning om undersøgelsespligt, *Entrepriseretten*, s. 661.

Aftaler parterne – undtagelsesvist – ikke en afprøvning af systemet i forbindelse med leveringen, vil kundens reklamlationspligt derfor først indtræde, når kunden konstaterer manglen i forbindelse med brugen af systemet. Tilsvarende hvis parterne aftaler at idriftsætte systemet uden at gennemføre en aftalt afprøvning.

Dette var tilfældet i Glostrups Rets dom af 14. maj 2019 (Datacon mod Flügger group)(\*). Parternes aftale, der var baseret på en K02-kontrakt, indeholdt en sædvanlig bestemmelse om overtagelsesprøve i forbindelse med idriftsættelsen af systemet. Projektets styregruppe, hvor både kunde og leverandør deltog, besluttede imidlertid at idriftsætte systemet uden at gennemføre en egentlig overtagelsesprøve, uanset at man var bekendt med en risiko for, at systemet kunne indeholde væsentlige fejl, der ikke ville være udbedret ved idriftsættelsen. Systemet blev taget i drift 1. december 2014, og i tiden herefter gav fejl i systemet kunden store vanskeligheder med sin varedistribution. Efter intenst arbejde med fejlretning godkendte kunden en afprøvning af systemet i januar 2016. Retten lagde til grund, at parterne i fællesskab havde besluttet at idriftsætte systemet før den aftalte overtagelsesprøve. På den baggrund fandt retten, at kundens reklamlationspligt først indtrådte i forbindelse med godkendelse af prøven i januar 2016. Havde kunden egenhændigt besluttet at idriftsætte systemet uden at gennemføre den aftalte overtagelsesprøve, ville reklamlationsfristen løbe fra idriftsættelsen, medmindre andet fulgte af den konkrete aftale.

Gennemfører parterne en afprøvning, indtræder reklamlationspligten for de mangler, der konstateres i afprøvningen. Har kunden ansvaret for prøvens gennemførelse, vil reklamlationspligten også indtræde for de mangler, som burde være opdaget i prøven. Det vil også gælde, såfremt kunden vælger ikke at gennemføre afprøvningen, tilsvarende *Tórvund*, Kontraksregulering – IT-kontrakter, s. 220.

En overtagelsesprøve vil dog under alle omstændigheder have karakter af en stikprøvekontrol, hvor ikke alle systemets funktioner testes. Mangler, som ikke burde være opdaget i prøven, f.eks. fordi de hidrører fra funktioner, der ikke blev testet, vil ikke være omfattet af reklamlationspligten. Overtagelsesprøven afskærer med andre ord ikke kunden fra at gøre mangler gældende, som ikke burde have været kon-

stateret af kunden ved afprøvningen, tilsvarende *Bryde Andersen*, IT-retten, s. 980.

Ved vurderingen af, hvad kunden burde have opdaget, må der tages udgangspunkt i kundens forudsætninger. Er der eksempelvis tale om et type system, som kunden er vant til at arbejde med (f.eks. skift af økonomisystem), kan der forventes mere af kunden, end når der er tale om et helt nyt type system, som kunden ikke tidligere har arbejdet med. Har manglerne en karakter, som kun en sagkyndig burde have opdaget, kan det kun forventes, at kunden har opdaget manglerne, såfremt kunden har benyttet sagkyndig bistand i afprøvningen, jf. *Iversen*, *Obligationsret* 1, s. 297. Er der tale om en mangel, der først viser sig i forbindelse med en bestemt begivenhed, f.eks. en årsopgørelse eller en kvartalsvis varelageropgørelse, kan kunden ikke forventes at opdage manglen, før denne begivenhed indtræder, medmindre begivenheden er simuleret i afprøvningen.

I Vestre Landsrets dom af 7. april 1986 (ERA 2, s. 155)(\*) fandt landsretten, at en reklamation mere end et år efter levering af et bogføringssystem var rettidig under hensyn til, at problemerne med regnskabsmaterialet først viste sig et år efter leveringen i forbindelse med udarbejdelse af årsregnskabet.

Som anført af *Nørager-Nielsen*, *Edb-kontrakter*, s. 228, kan flere fejl, der isoleret set er bagatelagtige, samlet set udgøre egentlige mangler, hvor det ikke kan kræves, at kunden reklamerer, før det står klart, at antallet af småfejl samlet set indebærer, at der foreligger mangler. I det hele taget må der udvises en vis forståelse for, at det kan være vanskeligt og dermed også tidskrævende for kunden at afklare, hvorvidt der foreligger mangler ved systemet.

Udover at være rettidig, skal kundens reklamation også opfylde kravene til indholdet af en reklamation. Reklamationen skal angive, at kunden påberåber sig misligholdelse og årsagen hertil. Det er tvivlsomt, om reklamationen skal angive, hvilke misligholdelsesbeføjelser, kunden vil gøre gældende, herunder særligt om kunden specifikt skal angive at ville hæve aftalen. Det antages normalt, at der er et særligt hensyn at tage til den misligholdende part, når den ikke-misligholdende part vil ændre i det bestående forhold, dvs. hæve aftalen, når

ydelsen er leveret, eller fastholde aftalen, når der ikke er sket levering på det aftalte leveringstidspunkt. Dette hensyn tilsiger bl.a., at reklamationen udtrykkeligt skal gøre den misligholdende part opmærksom på, at status quo ikke ønskes opretholdt, men at en leveret ydelse f.eks. hæves.

Se eksempelvis *Bryde Andersen & Lookofsky*, Lærebog i obligationsret, s. 287 og *Hagstrøm*, Obligationsret, s. 353. *Iversen* anfører tilsvarende, at den, der vil hæve, specifikt må angive dette, Obligationsret 1, s. 151 (med henvisning til kbl. § 27, der dog næppe har karakter af en almindelig obligationsretlig grundsætning).

Der er imidlertid også forhold, som taler imod et krav om, at reklamationen skal angive, hvilken misligholdelsesbeføjelse kunden vil gøre gældende. Misligholdelsessituationer har ofte en betydelig kompleksitet i it-udviklingsprojekter, og kunden bør derfor have tid til at afdække forholdet og gøre op med sig selv, hvordan situationen skal håndteres, herunder hvilke misligholdelsesbeføjelser, der skal gøres gældende. Særligt ophævelse forudsætter ofte indgående undersøgelser af forløbet og omfattende juridiske undersøgelser, da der kan være en betydelig standpunktsrisiko forbundet med en ophævelse. Det vil derfor ikke altid være rimeligt, om kunden inden for en kortere periode skal afgøre, hvorvidt aftalen skal hæves. Dette forhold kunne imødekommes ved at give kunden længere tid, inden reklamationen skal afgives i tilfælde af ophævelse, jf. nedenfor om begrebet "rimelig tid". Dette kunne imidlertid medføre, at kunden kunne vente længe med at afgive nogen form for reklamation. Hensynet til leverandøren tilsiger derfor ikke nødvendigvis, at den indledende reklamation skal angive, at kunden vil hæve.

Spørgsmålet kan ikke anses for afklaret, men på baggrund af de sidstnævnte betragtninger må det antages, at kundens reklamation ikke behøver angive, hvilke misligholdelsesbeføjelser der gøres gældende. Dette svarer nok også bedst til den praktiske virkelighed, hvor parterne ofte gennem lang tid er i dialog om manglerne og arbejder på at løse dem, og hvor juridiske misligholdelsesbeføjelser først bringes i spil, når disse bestræbelser viser sig forgæves. Dette taler også i sig selv for resultatet.

Se således også Vestre Landsrets dom af 8. april 2008 (EDB Gruppen mod Malou Sander)(\*) om mangler ved et økonomi- og varelagerstyringssystem, hvor landsretten lagde til grund, at kunden havde reklameret behørigt og hævet rettidigt under henvisning til, at der umiddelbart efter ibrugtagningen af systemet havde været dialog mellem parterne om fejl ved systemet, som leverandøren herefter forsøgte at rette. Tilsvarende den norske dom fra Borgarting lagmannsrett af 13. oktober 2005 (NSB mod Steria, LB-2004-8893)(\*), hvor kunden reklamerede syv måneder efter installation af systemet og fem måneder efter (delvis) godkendelse. Reklamationen skete på baggrund af en rapport fra leverandøren om problemerne med systemet. Retten fandt reklamationen rettidig og anførte bl.a.: “Hele tiden frem til da befant partene sig i en oppfyllingssituasjon, hvor begge var klar over at var store problemer med leveransens kvalitet.”

*Nørager-Nielsen* antager tilsvarende, at reklamationen i it-kontrakter ikke behøver angive misligholdelsesbeføjelser, jf. Edb-kontrakter, s. 169 og 227. Således også *Karstoft* i *Iversen (red.)*, Formueretlige emner, s. 326. Det er ligeledes antaget i *entrepriseretten*, jf. *Iversen*, *Entrepriseretten*, s. 660.

Efterfølgende må kunden imidlertid gøre leverandøren opmærksom på, hvilke misligholdelsesbeføjelser kunden påberåber sig, hvis ikke det er gjort i den oprindelige reklamation. Følger kunden ikke sin reklamation op, vil adgangen til at gøre misligholdelsesbeføjelser gældende på et tidspunkt være fortabt. Vurderingen af, hvor lang tid kunden kan vente, vil bero på en konkret vurdering, der bl.a. vil afhænge af leverandørens behov for at få en afklaring af sin stilling, kompleksiteten af de krav, der vil blive gjort gældende, parternes forsøg på at nå en forligsmæssig løsning mv.

Ønsker kunden at hæve aftalen tilsiger hensynet til leverandøren, at forholdet afklares forholdsvist hurtigt (leverandøren skal vide om udvikling, fejludbedring mv. skal fortsætte, eller om medarbejderne skal allokere til andre opgaver), mens kundens behov for at undersøge sagens omstændigheder, finde alternativer løsninger mv. kan tale i den modsatte retning. Kundens frist begynder ikke at løbe, så længe der er en realistisk mulighed for at udbedre manglerne, og parterne forfølger denne mulighed.



Se således også den norske dom fra Borgarting lagmannsrett af 9. december 2015 (CGI Norge mod Shoppo Holding, LB-2015-34400)(\*), hvor retten fandt, at hævningskravet var fremsat inden for rimelig tid, efter det blev klart, at leverandøren ikke ville komme til at opfylde sine forpligtelser. Retten citerede herved fra en ældre norsk højesteretsdom (Rt-1973-61): “Det må være riktig, som omtalt av lagmannsretten, at så lenge reparasjonene pågikk, løp det ingen frist for å heve kjøpet. Det samarbeid som må anses for å ha pågått mellom partene for å få løst vanskelighetene – et samarbeid som også måtte være i Vermelids interesse – utskjøt reklamasjonsfristens begynnelse til det sluttelig viste seg at forsøkene ikke førte frem. Og det det må være tilstrekkelig at kravet om heving da ble fremsatt uten ugrunnet opphold, hvilket må anses gjort i dette tilfellet.”

En anden norsk dom fra Borgating lagmannsrett af 9. juni 2010 (Norsk Studentkort mod Nordea Bank Norge, LB-2009-140456)(\*), illustrerer også domstolenes tilbageholdenhed med at lade kunde miste sine hæveadgang som følge af reklimationsindsigelser. Kunden hævdede mere end et år efter det aftalte leveringstidspunkt og flere måneder, efter at leverandøren havde hævet aftalen med den underleverandør, som skulle levere systemet. Retten fandt reklamationen rettidig med følgende begrundelse: “Ved vurderingen av hvor raskt det må reklameres må det imidlertid ses hen til avtalens art. I saken her dreier det seg om en samarbeidsavtale om utvikling av et nytt kortprogram. I en utviklingsfase kan frister lett vise seg å være for optimistiske. Det må være et visst rom for prøving og feiling. Således legger lagmannsretten etter bevisførelsen til grunn at [kunden] både i 2006 og gjennom hele 2007 var skeptisk til [leverandørens] gjennomføringsevne, men at man trodde på idéen i prosjektet og ønsket å bidra til at den kunne realiseres. Høsten 2007 fant imidlertid [kunden] at samarbeidet hadde kommet til et punkt hvor «nok var nok». I lys av erfaringene underveis vurderte man det da slik at gjennomføringsevnen til [leverandøren] var så dårlig at det ikke var riktig å bruke mer tid og penger på prosjektet. Med dette som utgangspunkt skjedde reklamasjonen 26. oktober 2007 etter lagmannsrettens syn innen rimelig tid og må godtas.”

Leverandøren vil ikke have samme praktiske behov for hurtig afklaring af, om kunden ønsker økonomisk kompensation i form af for-

holdsmæssigt afslag, erstatning eller bod, da disse beføjelser ikke umiddelbart har betydning for, hvordan leverandøren skal allokere sine ressourcer. Kravene til kundens opfølgning på denne type af beføjelser følger formentlig den almindelige lære om passivitet.

*Hagstrøm* antager, at en reklamation efter omstændighederne må følges op inden for rimelig tid, Obligasjonsrett, s. 361.

Formkrav

Reklamationen er ikke underlagt formkrav og kan derfor både være skriftlig og mundtlig. Kunden kan få vanskeligt ved efterfølgende at dokumentere en reklamation, hvis den alene er fremsat mundtligt. Ofte vil en mundtlig reklamation fremsat i et (styregruppe)møde være dokumenteret i et efterfølgende mødereferat. Der stilles heller ikke særlige krav til formuleringen af reklamationen, så længe den blot gør leverandøren opmærksom på, at kunden mener, leverandøren ikke lever op til aftalen med angivelse af, hvad den manglende aftaleopfyldelse består i. Ordet "misligholdelse" eller henvisning til specifikke aftalebestemmelser behøver således ikke være indeholdt i reklamationen.

Se således også den ovenfor omtalte dom fra Vestre Landsret af 8. april 2008 (EDB Gruppen mod Malou Sander)(\*). Dommen illustrerer, at også en mere uformel dialog om fejl ved systemet vil kunne udgøre en reklamation i juridisk forstand.

Såfremt parternes aftale indeholder formkrav til reklamationen, vil der være en formodning for, at dette alene tjener et bevisformål, og at en manglende overholdelse af formkravet, derfor ikke indebærer en fortabelse af retten til at gøre misligholdelse gældende, når det kan dokumenteres, at modparten er blevet bekendt med reklamationen, jf. herved bemærkningerne ovenfor i afsnit 7.6.2 om formkrav ved ændringer i aftalegrundlaget.

Se herved også fra entrepriseretten T:BB 2003.80 VBA, hvor en bestemmelse om, at synlige mangler skulle noteres under afleveringsforretningen, alene kunne anses for at indebære en skærpelse af kravet til bevis for mangler, der ikke blev noteret, men ikke kunne antages at afskære bygherren erstatning for mangler, der på anden måde var bevist.

Såfremt aftalen specifikt angiver, at en manglende overholdelse af formkravet har præklusiv virkning og således fratager kunden mulighed for at gøre misligholdelsen gældende, vil dette gælde, medmindre resultatet i den konkrete situation vil være så urimeligt, at forholdet omfattes af aftl. § 36, hvilket dog klart vil have undtagelsens karakter.

Retsvirkningen af en manglende reklamation er en fortabelse af adgangen til at gøre misligholdelsesbeføjelser gældende. Konsekvenserne heraf kan være omfattende i et stort it-udviklingsprojekt. Det kan forekomme urimelig byrdefuldt, at kunden helt skal miste sin adgang til at gøre en i øvrigt utvivlsom misligholdelse fra leverandøren gældende, alene fordi der ikke reklameres rettidigt. Disse forhold kan der imidlertid tages højde for ved den konkrete vurdering af, om der er reklameret behørigt; både i relation til kravene til den tidsmæssige udstrækning og indholdet af reklamationen.

Retsvirkning af manglende reklamation

Se illustrativt Retten i Lyngbys dom af 3. april 2019 (Corpital mod Scriptor Technology)(\*), hvor leverandørens standardvilkår forpligtede kunden til uden ugrundet ophold at give skriftlig meddelelse om mangler. Først efter projektet var afbrudt, reklamerede kunden over et for højt timeforbrug hos leverandøren og mangler ved leverancerne. Uanset leverandørens standardvilkår fandt retten ikke, at den manglende løbende reklamation afskar kunden fra at gøre indsigelser gældende, idet kunden ikke havde mulighed for at fastslå sit modkrav, før leverandørens arbejde var tilendebragt.

Leverandørens forhold kan efter omstændighederne også tillægges vægt. Er indholdet af reklamationen uklart, kan man i vist omfang forvente, at leverandøren kontakter kunden herom frem for at forhold sig passiv.

Reklamationskravet gælder ikke ved en forsætlig misligholdelse og muligvis heller ikke i tilfælde af grov uagtsomhed, jf. *Iversen*, *Obligationsret 2*, s. 362.

Ingen af K-kontrakterne indeholder særskilte regler om kundens reklamationspligt. I mangel af særskilt regulering gælder det netop beskrevne.

K02 (pkt. 29.2) og K03 (pkt. 36.2) indeholder en generel bestemmelse om, hvem meddelelser skal sendes til.

### 9.3.2. Kundens accept af misligholdelsen – forligsaftaler mv.

Forligsaftaler

Beslægtet med kundens manglende reklamation er den situation, hvor kunden aktivt fraskriver sig adgangen til at gøre en eller flere misligholdelsesbeføjelser gældende. I løbet af et større it-projekt vil der ofte opstå forsinkelse eller andre problemer, der løses ved kommercielle forlig mellem parterne. Disse kan være af mindre omfang og have karakter af mere uformelle forlig, der indgås på styregruppeniveau, eller de kan have karakter af mere formaliserede forligsaftaler, hvor elementer af aftalen, herunder eksempelvis tidsplan, pris og ansvar, genforhandles. Sådanne aftaler indebærer ofte, at kunden giver afkald på at gøre misligholdelse gældende over for leverandøren som led i den samlede forligsaftale. Afkaldet kan være betinget af, at leverandøren lever op til sine forpligtelser efter forligsaftalen, således at kunden eksempelvis kan gøre tidligere forsinkelser gældende, hvis en ny tidsplan efter forligsaftalen heller ikke overholdes af leverandøren. Det kan også være ubetinget, således at parterne “visker tavlen ren” og med forligsaftalen endeligt har gjort op med alle forhold frem til forligsaftalens indgåelse.

– gyldighed

Som regel vil kundens afkald på at gøre misligholdelse gældende være en del af et kommercielt forlig, hvor kunden opnår andre fordele og indrømmelser fra leverandøren. Selv hvor dette ikke er tilfældet, og kunden ensidigt giver afkald på at gøre misligholdelse gældende, vil afkaldet være gyldigt. Kun helt undtagelsesvist vil en tilsidesættelse efter aftl. § 36 kunne komme på tale.

Leverandørens leveringsnægtelse for at presse kunden til at indgå forlig er et eksempel, hvor en tilsidesættelse kunne blive relevant, særligt hvor kunden er stærkt afhængig af levering til et bestemt tidspunkt. Trusler om og standsning af udviklingsprojekter som led i en forhandlingsstrategi er et sjældent men dog ikke ukendt fænomen (fra leverandøren ofte begrundet med, at kunden ikke har overholdt sine betalings- eller øvrige forpligtelser). Der er dog så vidt ses ingen retspraksis, der har tilsidesat en forligsaftale ud fra sådanne betragtninger. I den norske dom fra Nedre Romerike tingrett af 9. februar 2018 (Felleskjøpet Agri mod Infor (Steinhausen) II, TNERO-2016-101703 – under anke)(\*), var der næppe tvivl om, at retten fandt, at leverandøren på en groft illoyal måde havde standset projektet for at gennemtvunge ændringer af aftalen, der var

tabsgivende for leverandøren. Efter leverandørens standsning indgik parterne forhandlinger men kunne ikke nå til enighed, hvorefter kunden hævede aftalen. Var der indgået en aftale, kan det ikke udelukkes, at denne kunne være blevet tilsidesat som ugyldig.

Ud over de egentlige forligsaftaler, kan kundens afkald også tage form af mere uformelle men dog retligt bindende tilkendegivelser, eksempelvis med accept af udskydelse af tidsfrister. Det vil bero på den konkrete tilkendegivelse, om den må opfattes som et afkald på at gøre misligholdelsesbeføjelser gældende. Dette kan være tilfældet, selvom tilkendegivelsen ikke udtrykkeligt forholder sig til misligholdelsesbeføjelsen, og den person hos kunden, der afgiver den, måske heller ikke har forudsætningerne for at gennemskue de juridiske konsekvenser. For at imødegå denne risiko vil aftalen i mange tilfælde indeholde formkravsregler, der nærmere foreskriver, hvordan en ændring af aftalen skal indgås. Som nærmere beskrevet i afsnit 7.6.2 ovenfor, vil aftaler indgået i strid med formkravsregler ofte blive tillagt virkning, og kunden bør derfor ikke kun forlade sig på sådanne formkravsregler men som led i sin kontraktstyring have fornøden kontrol med, hvornår der gives afkald på at gøre misligholdelse gældende. Gyldigheden af et afkald forudsætter dog under alle omstændigheder, at afkaldet er givet af eller med accept fra en person hos kunden, der har kompetence (fuldmagt) til at give afkaldet.

Andre former  
for afkald

Østre Landsrets dom af 25. oktober 2013 (Infotech Concept mod Fredericia Skurvogne)(\*) er et eksempel på, at kunden gennem sin adfærd mistede adgangen til at gøre misligholdelse gældende. Leverandøren meddelte, at løsningen i et pilotprojekt ikke kunne leveres på det aftalte tidspunkt i marts 2011 som følge af manglende leverance fra en kinesisk underleverandør. Parterne drøftede herefter på et møde i juni måned en alternativ løsning, der blev præsenteret for kunden i oktober måned. Kunden var ikke tilfreds med løsningen og hævede aftalen i november. På baggrund af sagsforløbet og "uden beviselig protest" før november måned, fandtes kunden at have accepteret forløbet af pilotprojektet.

Se også som et eksempel på et mere uformelt men bindende afkald på at gøre misligholdelse gældende Oslo tingretts dom af 11. februar 2011 (Furuseth mod Abc Group, TOSLO-2010-140337)(\*):

“Slik retten ser det fremstår det som om partene har hatt utstrakt bruk av uformell kontakt og mailveksling i prosessen. Det fremstår for retten slik at [leverandøren] under hele prosessen har informert [kunden] om forsinkelsene og at [kunden] har godtatt disse, om enn med betenkeligheter.” Retten fant på den baggrund, at kunden var afskåret fra at hæve aftalen som følge af leverandørens forsinkelse.

### 9.3.3. Leverandørens afhjælpningsret

Efter kbl. § 49 har sælgeren en snæver adgang til at afhjælpe mangler, når dette kan ske inden for den aftalte leveringstid og ikke påfører køberen omkostninger eller ulemper. Leverandørens afhjælpningsret indebærer, at kunden ikke kan gøre andre misligholdelsesbeføjelser gældende, hvis leverandøren afhjælper manglen inden for rimelig tid. Dog vil kunden kunne kræve erstatning for de tab, som manglen har påført kunden. Kbl. § 49 giver imidlertid ikke sælgeren ret til at afhjælpe mangler, efter leveringen har fundet sted, og har derfor i praksis et begrænset anvendelsesområde.

Det er tvivlsomt, i hvilket omfang der generelt gælder en afhjælpningsret for sælgeren uden for købelovens område. *Iversen* antager, at der gælder en afhjælpningsret i entreprise, bestillingskøb og køb af tekniske indretninger, hvor montering, afprøvning eller tilretning er et naturligt led i leverancen, *Obligationsret 2*, s. 102. I samme retning *Bryde Andersen & Lookofsky*, Lærebog i obligationsret, s. 300. Dette er ligeledes opfattelsen i den entrepriseretlige teori, jf. *Iversen*, *Entreprise-retten*, s. 613 og *Vagner (ved Iversen)*, *Entrepriseret*, s. 199 sidstnævnte med yderligere henvisninger.

Det må tilsvarende antages, at leverandøren af et it-system, der udvikles til kunden, vil have en afhjælpningsret. Det vil kunne føre til urimelige konsekvenser, hvis leverandøren ikke skulle have mulighed for at afhjælpe mangler. En ophævelse af aftalen vil normalt påføre leverandøren store omkostninger, bl.a. fordi det mangelfulde system sjældent vil kunne genbruges i andre sammenhænge. Både proportionalitets- og værdispildsbetragtninger tilsiger derfor, at leverandøren skal have mulighed for at afhjælpe manglerne, så længe dette kan ske uden væsentlige gener eller omkostninger for kunden.

Det er også den generelle antagelse i it-kontraktretten, at leverandøren har en afhjælpningsret; se således *Nørager-Nielsen*, Edb-kontrakter, s. 222, *Dragsted*, IT-kontrakter I, s. 78, *Bryde Andersen*, IT-retten, s. 976 og *Karstoft* i *Iversen (red.)*, Formueretlige emner, s. 328. Dette er også i overensstemmelse med retspraksis. I Vestre Landsrets dom af 17. marts 1986 (ERA 2, s. 131)(\*) fastslog en syn- og skønserklæring, at et it-system kun led af småfejl, der kunne afhjælpes i løbet af en dag. Herefter fandtes kundens ophævelse uberettiget, på trods af at skønsmanden fastslog, at leverandøren ikke havde sat sig tilstrækkelig grundigt ind i kundens behov og ønsker, og at dette var årsagen til en række forudgående forgæves afhjælpningsforsøg. I Vestre Landsrets dom af 16. oktober 1987 (ERA 3, s. 172)(\*) blev et system leveret i juli 1983. Systemet var mangelfuldt, og da leverandøren ikke kunne få det til at fungere efter kundens ønsker, hævdede kunden aftalen i maj 1984. Leverandøren fremsendte på trods heraf i juni 1984 en ny version. Landsretten fandt ophævelsen uberettiget under henvisning til, at det ikke kunne afvises, at leverandøren havde en afhjælpningsret, og at det yderligere ikke kunne afvises, at versionen fra juni måned opfyldte kravene til systemet.

Leverandøren må have en afhjælpningsret i hele den periode, hvor kunden kan gøre misligholdelsesbeføjelser gældende som følge af mangler. Ofte vil det være aftalt, at kunden kan gøre mangler gældende i en 1-årig garantiperiode. Medmindre andet følger af aftalen, vil leverandøren da have afhjælpningsret i hele garantiperioden.

Afhjælpningsretens tidsmæssige udstrækning

Anderledes *Nørager-Nielsen*, Edb-kontrakter, s. 224, der antager, at leverandøren kun har afhjælpningsret frem til afleveringen af systemet, medmindre der er aftalt en særskilt afhjælpningsperiode. Hensynene bag afhjælpningsretten gør sig dog gældende med samme styrke, uanset hvornår kunden påberåber sig mangler. I de to netop nævnte domme fra Vestre Landsret havde leverandøren således også krav på at afhjælpe efter tidspunktet for leveringen. I dommen af 16. oktober 1987 var leverandøren berettiget til at fremsende en ny version af systemet et år efter den oprindelige levering (forgæves afhjælpning var forsøgt i den mellemliggende periode). I dommen af 17. marts 1986 kunne leverandøren afhjælpe, efter der var sket endelig levering og den fulde købesum var betalt.

Dette er ikke ensbetydende med, at leverandøren har ubegrænset tid til at afhjælpe påberåbte mangler. Når først kunden har reklameret over mangler, må leverandøren afhjælpe disse inden for rimelig tid, jf. *Iversen*, *Obligationsret* 2, s. 102. Leverandøren vil være berettiget til at foretage flere afhjælpningsforsøg, så længe disse samlet set kan gennemføres inden for rimelig tid. Hvis leverandøren er bekendt med, at det har væsentlig betydning for kunden, at systemet kan tages i brug til et bestemt tidspunkt, vil dette påvirke afhjælpningsperioden.

Se eksempelvis Sø- og Handelsrettens dom af 23. januar 1974 (Vekselerfirmaet Brdr. Trier mod Kontor-Automation, U.1974.557SH) (\*), hvor leverandøren ikke fandtes af have yderligere afhjælpningsforsøg på ophævelsestidspunktet i maj måned, da leverandøren måtte være klar over betydningen af, at systemet kunne håndtere posteringer i juniterminen.

Såfremt parterne aftaler en specifik afhjælpningsperiode, efter manglerne er konstateret, må denne normalt forstås således, at leverandøren ikke har afhjælpningsret ud over den aftalte periode.

I Københavns Byrets dom af 16. juli 1987 (ERA 3, s. 97)(\*) kunne kunden hæve købet af et it-system, da leverandøren ikke havde afhjulpet væsentlige mangler inden for den frist, der var fastsat i et aftaletillæg indgået efter manglerne var konstateret.

Ofte vil mangler vise sig i forbindelse med afprøvning af systemet. Såfremt dette fører til, at overtagelsesdagen udskydes, foreligger et tilfælde af forsinkelse. I mange tilfælde vil aftalen angive, hvor lang forsinkelsen skal være med en overtagelses- eller driftsprøve, før kunden kan hæve aftalen. Såfremt aftalen ikke angiver noget herom, vil leverandøren have afhjælpningsret, indtil forsinkelsen efter en konkret vurdering anses for væsentlig.

I U.2013.2113/1H (omtalt i afsnit 7.6.3 ovenfor) lagde Højesteret til grund, at kunden kunne hæve, fordi OC-testen ikke var bestået på det aftalte tidspunkt. Leverandøren fik ikke medhold i at have en afhjælpningsret. Det fulgte imidlertid udtrykkeligt af parternes aftale, at kunden kunne hæve, hvis ikke OC-testen var bestået på det aftalte tidspunkt. Det var angivet i aftalen, at kunden først

Afhjælpning i forbindelse med afprøvning



kunne hæve som følge af manglende godkendelse af den afsluttende FC-test, hvis denne var forsinket med mere end 60 dage. Dette var ikke angivet for OC-testen, og det var derfor nærliggende at slutte modsætningsvist, således at leverandøren ikke havde en efterfølgende afhjælpningsret ved forsinkelse med OC-testen. Højesteret begrundede endvidere resultatet med, at OC-testen var en fremdriftsprøve, der skulle dokumentere, at der var den forventede og aftalte fremdrift i projektet, der kunne give kunden tillid til, at leverandøren kunne præstere et tilfredsstillende resultat ved den endelige levering. At dette i sig selv skulle tale for, at leverandøren ikke har en afhjælpningsret, forekommer ikke åbenbart, men skal formentlig ses i sammenhæng med, at projektet allerede var flere år forsinket, og at den endelige overtagelsesprøve efter den tidligere aftale var fejlet. Dommen kan derfor ikke tages til indtægt for, at der generelt ikke gælder en afhjælpningsret for leverandøren, herunder ved forsinkelse med prøver og andre delmilepæle, der skal dokumentere fremdrift i projektet. Derimod viser dommen, at det ved fortolkningen af en bestemmelse om (manglende) afhjælpningsret kan tillægges betydning, at leverandøren tidligere er blevet indrømmet udsættelse med aftalte frister.

Når leverandøren foretager afhjælpning under prøvernes gennemførelse opstår spørgsmålet, om kunden da kan kræve en gentagelse af prøven i sin helhed. I det omfang svaret ikke kan udledes af parternes aftale, må udgangspunktet formentlig være, at kunden kan kræve dette. Fejludbedringen kan have afhængigheder til andre dele af systemet, som kun kan efterprøves ved en ny samlet afprøvning. Ved fejlfhjælpning under en driftsprøve gælder endvidere, at denne prøve netop har til hensigt at dokumentere, hvordan systemet præsterer over en længere periode. Et retvisende billede heraf fås ikke, hvis der sker løbende justeringer i afprøvningsperioden.

I K02 (pkt. 8.1) og K03 (pkt. 7.2.1) angives udtrykkeligt, at kunden i denne situation har krav på en gentagelse af den samlede prøve.

Leverandøren må selv tilbyde at afhjælpe manglerne. Gør kunden andre misligholdelsesbeføjelser gældende, uden at leverandøren påberåber sig retten til at afhjælpe, kan leverandøren ikke i et efterfølgende retsopgør påberåbe sig sin afhjælpningsret. Anderledes dog hvis kun-

Leverandøren skal tilbyde afhjælpning

den tydeligt har tilkendegivet ikke at ville give leverandøren adgang til at afhjælpe. Det kan også fremgå af parternes aftale, at leverandøren ikke behøver tilbyde afhjælpning, f.eks. således at kunden ikke kan hæve aftalen, før leverandøren har haft en vis periode til at afhjælpe manglerne.

Retsvirkning

Retsvirkningen af afhjælpningsretten er, at kunden ikke kan gøre andre misligholdelsesbeføjelser gældende, såfremt leverandøren er i stand til at afhjælpe manglerne inden for afhjælpningsperioden. Dog må det gælde, at kunden kan kræve erstatning for de tab, som manglerne har påført kunden, og som ikke kan afbødes med afhjælpningen. Kunden skal ikke stilles dårligere, end hvis der var leveret mangelfrit. Afhjælpningsretten vil normalt heller ikke afskære kunden fra at kræve bod. Det er således navnlig ophævelse og forholdsmæssigt afslag, som kunden ikke kan gøre gældende, såfremt leverandøren afhjælper.

Er leverandøren ikke i stand til at afhjælpe manglerne inden for rimelig tid, vil kunden kunne gøre øvrige misligholdelsesbeføjelser gældende, herunder efter omstændighederne hyre en tredjepart til at foretage afhjælpningen for leverandørens regning, jf. nærmere afsnit 9.2.1.3 ovenfor. Såfremt den forgæves afhjælpning har påført kunden ekstra omkostninger, kan disse også kræves dækket. Leverandøren må selv påtage sig risikoen for, at afhjælpningen lykkes.

Aftaleregulering

Kontraktpraksis rummer sjældent en generel afhjælpningsret for leverandøren. Derimod er det sædvanligt, at leverandøren udstyres med en afhjælpningsret, før kunden kan hæve aftalen. Både K01 og K02 indeholder således en bestemmelse om afhjælpningsret, hvorefter kunden først kan hæve aftalen som følge af væsentlige mangler, hvis ikke disse er afhjulpet inden for rimelig tid, jf. K01, pkt. 16.2.4, og K02, pkt. 20.1. Når parternes aftale på denne vis indeholder en bestemmelse, der udstyrer leverandøren med en specifik afhjælpningsret i relation til udvalgte misligholdelsesbeføjelser, opstår spørgsmålet, om dette modsætningsvist indebærer, at leverandøren ikke har afhjælpningsret i relation til øvrige misligholdelsesbeføjelser. Spørgsmålet kan eksempelvis opstå, hvis kunden – undtagelsesvist – ikke ønsker afhjælpning men et forholdsmæssigt afslag, når afhjælpningsretten som i K01 og K02 kun er knyttet til hævebeføjelsen. Svaret vil i sidste ende bero på en konkret fortolkning af parternes aftale. Da det som beskrevet er fast antaget, at leverandøren har en afhjælpningsret, må

udgangspunktet dog formentlig være, at det skal fremgå eksplicit af parternes aftale, hvis ikke leverandøren skal have en afhjælpningsret.

#### 9.3.4. Ansvarsbegrænsnings- og ansvarsfraskrivelsesbestemmelser

Det er sædvanligt, at udviklingsaftaler indeholder bestemmelser, der begrænser eller helt fraskriver parternes erstatningsansvar.

Ofte vil det samlede erstatningsansvar være begrænset til kontraktsummen. Skal kunden betale 15 mio. kr. for systemet, er leverandørens samlede erstatningsansvar under aftalen begrænset til 15 mio. kr. Derimod vil et eventuelt tilbagebetalingskrav (restitutionskrav) fra kunden ved ophævelse af aftalen for allerede erlagte betalinger normalt ikke være omfattet af ansvarsbegrænsningen.

Baggrunden for denne type begrænsninger, der typisk er et krav fra leverandøren, er, at de potentielle tab ved kuldsejlede it-projekter kan blive meget høje og overstige, hvad leverandøren kan indregne af risikodækning i prisen.

Et ekstremt men illustrativt eksempel er den engelske High Courts dom af 26. januar 2010 (BSkyB mod EDS)(\*). Sagen vedrørte udvikling af et it-system til kundeforvaltning med en kontraktsum på 48 mio. pund og en ansvarsbegrænsning på 30 mio. pund. Ansvarsbegrænsningsbestemmelsen blev tilsidesat som følge af svigagtige forhold fra leverandørens side, og tabet blev i afgørelsen anslået til mere end 200 mio. pund.

Det er ligeledes sædvanligt, at parterne fraskriver sig ansvaret for indirekte tab. Ofte kvalificeres bestemte typer af tab som indirekte tab, som kunden således ikke kan kræve dækket. Dette kan f.eks. være kundens driftstab, tabt avance, mistede indtægter og mistet goodwill. Fraskrivelsen af ansvaret for indirekte tab skal navnlig sikre leverandøren mod krav, som nok kan kædes sammen med forsinkelse eller mangler ved systemet, men hvor sammenhængen ikke er umiddelbar, og leverandøren derfor vil have svært ved at forudsige risikoen for et krav. Det giver ofte anledning til tvivl, hvordan begrebet "indirekte tab" skal fortolkes, når det anvendes i en ansvarsbegrænsningsbestemmelse. Man kan overordnet betragte sondringen således, at direkte tab er tab, som påføres en aftalepart ved selve den misligholdte transaktion, mens indirekte tab er tab, der påføres ved andre transaktioner, der skulle

Beløbs-  
maksimering

Indirekte tab

foretages på grundlag af selve aftaletransaktionen, jf. *Iversen*, Erstatningsberegning i kontraktsforhold, s. 181. Det er næppe muligt præcist at fastlægge rækkevidden af denne type ansvarsbegrænsninger, og som meget rammende beskrevet af *Hørlyck* i kommentaren til AB18, § 53, stk. 2 (der fritager entreprenøren for driftstab, avancetab og andet indirekte tab), må bestemmelsen opfattes som en hjemmel til efter en konkret vurdering at fritage entreprenøren for sådanne følgevirkninger af mangler, som må antages at ligge uden for kontraktforholdets forudsætninger, *Entreprise – AB18*, s. 547. Det må dog ligge fast, at kundens driftstab og avancetab ved ikke at kunne anvende systemet, vil være indirekte tab, jf. også *Iversen*, a.st., s. 371 og 511. Se samme om kundetab, andre fjerne tab og udgiftstab, s. 577 ff. Eksempler på indirekte tab er mistede ordrer som følge af, at systemet ikke er tilgængeligt eller personskader på patienter som følge af beregningsfejl i et it-sundhedssystem. Uden særskilt aftale vil der kunne kræves erstatning for både direkte og indirekte tab efter dansk ret. Dette kan navnlig få betydning, hvis en ansvarsbegrænsningsbestemmelse tilsidesættes. I praksis vil der dog ofte ikke være den fornødne adækvans mellem skaden og det indirekte tab.

Som nærmere beskrevet i afsnit 9.2.4.3 ovenfor, lagde Retten i Glostrup i sin dom af 14. maj 2019 (*Datacon mod Flügger group*)(\*) til grund, at erstatning for kundens øgede logistikomkostninger, kundens betaling af konventionalbod til egne kunder som følge af leveranceproblemer og kundens interne tidsforbrug “i vidt omfang” udgjorde indirekte tab. Som nærmere angivet anførte sted, kan det ikke tiltrædes, at internt tidsforbrug som udgangspunkt skulle have karakter af indirekte tab.

I den norske dom fra Borgarting lagmannsrett af 9. december 2015 (*CGI Norge mod Shopple Holding, LB-2015-34400*)(\*) lagde retten til grund, at kundens realiserede tabte omsætning og i et vist omfang også et fremtidigt omsætningstab var indirekte tab. Da kontraktens fraskrivelse af ansvar for indirekte tab blev tilsidesat som følge af leverandøren grove uagtsomhed, kunne disse tab kræves dækket af kunden.

I en anden norsk dom fra Nedre Romerike tingrett af 9. februar 2018 (*Felleskjøpet Agri mod Infor (Steinhausen) II, TNERO-2016-101703 – under anke*)(\*), fandt retten, at de effektiviseringsgevinster, som et nyt it-system skulle give kunden, var indi-

rette tab, der kunne kræves erstattet, da ansvarsfraskrivelsesbestemmelsen også i denne sag blev tilsidesat som følge af leverandørens grove uagtsomhed. De mistede effektiviseringsgevinster blev skønsmæssigt fastsat til 100 mio. NOK på baggrund af parternes egne vurderinger af gevinstpotentialet forud for projektets opstart.

Ansvarsfraskrivelsesklausuler er som udgangspunkt gyldige, og i individuelt forhandlede kommercielle udviklingsaftaler vil der heller ikke være tvivl om, at ansvarsfraskrivelsesklausulen vil blive anset for vedtaget mellem parterne. Der kan således ikke stilles krav om, at bestemmelsen skal være særligt fremhævet for at være vedtaget mellem parterne. Det er dog ikke usædvanligt, at domstolene fortolker ansvarsfraskrivelsesklausuler indskrænkende, bl.a. med henvisning til koncipistreglen. En hel eller delvis tilsidesættelse af ansvarsfraskrivelses- og ansvarsbegrænsningsklausuler kan endvidere hjemles ved aftl. § 36, der giver mulighed for at korrigere aftalevilkår, der fører til urimelige resultater. I praksis vil en manglende anvendelse af klausulen nok ofte begrundes ved en indskrænkende fortolkning, men der er ingen skarp opdeling mellem tilsidesættelse/korrektion efter aftl. § 36 og hel eller delvis tilsidesættelse ved indskrænkende fortolkning.

Gyldighed

Se illustrativt Oslo tingretts dom af 26. november 2010 (Verdisikringsselskabet Crifo mod 99x.no, TOSLO-2009-72662)(\*), hvor aftalen begrænsede leverandørens "totale økonomiske ansvar for alle typer krav" til 100.000 NOK. Leverandøren gjorde gældende, at bestemmelsen også omfattede kundens krav på tilbagebetaling af købesummen ved ophævelse. Kunden bestred ikke, at bestemmelsen efter sin ordlyd også omfattede tilbagebetalingskrav men gjorde gældende, at den var urimelig og måtte tilsidesættes efter aftl. § 36 både i relation til krav på tilbagebetaling og erstatning. Retten fandt, at bestemmelsen efter en indskrænkende fortolkning ikke omfattede tilbagebetalingskrav ved kundens ophævelse og anvendte således ikke § 36. Bestemmelsen omfattede utvivlsomt kundens erstatningskrav, og retten fandt ikke anledning til i den henseende at tilsidesætte den som urimelig efter § 36. Kundens erstatningskrav blev derfor begrænset til 100.000 NOK.

Der består en ganske omfattende praksis om tilsidesættelse af ansvarsbegrænsningsklausuler, som dog ikke er helt entydig. En nærmere

redegørelse herfor ligger uden for rammerne af denne fremstilling. I stedet henvises til den generelle litteratur om emnet.

Se *Palle Bo Madsen*, Aftalte ansvarsfritagelser i erhvervsforhold, U.2018B.131 ff. Fremhæves kan også *Hagstrøm*, Om grensene for ansvarsfraskrivelse, særlig i næringsforhold, TFR 1996, s. 421 ff. og samme, Obligationsrett, s. 644 ff. *Hagstrøms* analyser og konklusioner må antages i det væsentlige også at være gældende for dansk ret. Se endvidere *Bryde Andersen*, Praktisk aftaleret, s. 454 ff., *Iversen*, Obligationsret 2, s. 373 ff. og *Bryde Andersen & Lookofsky*, Lærebog i obligationsret, s. 410 ff. Det mest omfattende danske arbejde er *Günther Petersen*, Ansvarsfraskrivelse, som dog er fra 1957.

Ved læsningen af denne litteratur og den ganske omfattende retspraksis skal man være opmærksom på, at spørgsmålet om ansvarsbegrænsningsbestemmelers gyldighed kan variere fra kontrakttype til kontrakttype, jf. også *Palle Bo Madsen*, Aftalte ansvarsfritagelser i erhvervsforhold, U.2018B.131 ff. (s. 137): "Samtidig anlægges en forholdsvis pragmatisk tilgang, hvor vurderingen kan variere fra branche til branche, fra kontrakttype til kontrakttype og fra sag til sag" (om ansvarsfrihed ved grovere skyldgrader), *Iversen*, Obligationsret 2, s. 377 (om forskellen på ansvarsbegrænsninger for professionelle rådgivere og andre typer af professionelle) og *Hagstrøm*, Obligationsrett, s. 663 (sondring mellem resultatforpligtelser og indsatsforpligtelser).

– kriterier for vurdering af tilsidesættelse

Her skal blot fremhæves nogle af de mest centrale kriterier for vurderingen. Den misligholdende parts subjektive forhold vil spille en rolle, og klausulen vil ikke blive opretholdt ved en forsætlig misligholdelse. Se straks nedenfor særskilt om betydningen af leverandørens grove uagtsomhed og reguleringen heraf. Konsekvensen af misligholdelsen kan også tillægges vægt. Det kan således virke stødende, om en fuldstændig ansvarsfraskrivelse placerer al (økonomisk) risiko for leverandørens misligholdelse på kunden, se *Hagstrøm*, a.st., s. 654. Det må endvidere tillægges vægt, om ansvarsbegrænsningsbestemmelsen er individuelt forhandlet mellem ligeværdige parter, der har været (eller burde have været) opmærksomme på den risikofordeling, som bestemmelsen er udtryk for. Dette vil ofte være tilfældet i større udviklingsaftaler og taler i sig selv for at opretholde bestemmelsen. I forlængelse heraf må det tillægges vægt, om bestemmelsen indgår som led i en

større samlet risikofordeling mellem parterne. I så fald bør en domstol være tilbageholdende med at justere bestemmelsen. Markedsstandarder kan også have betydning for bedømmelsen. En ansvarsbegrænsningsbestemmelse, der er i overensstemmelse med anerkendte markedsstandarder må kunne forventes opretholdt. Dette vil ikke mindst gælde agreed documents på området, tilsvarende *Palle Bo Madsen*, U.2018B.131 ff. (s. 143 ff.) og *Bryde Andersen & Lookofsky*, Lærebog i obligationsret, s. 409. Man kan således vanskeligt forestille sig, at ansvarsbegrænsningsbestemmelser udformet i overensstemmelse med K-kontrakterne vil blive tilsidesat. Som følge heraf må det som udgangspunkt også kunne lægges til grund, at en fraskrivelse af ansvaret for indirekte tab vil blive opretholdt. Dette er for det første i overensstemmelse med branchesædvane, jf. straks nedenfor. For det andet har leverandøren et reelt behov for at kunne fraskrive sig ansvaret for sådanne fjernereliggende tab, som vanskeligt kan foruddiskonteres og dermed prissættes, jf. ovenfor.

Tilsvarende *Hagstrøm*, Obligationsrett, s. 667 og inden for det entrepriseretlige område *Iversen*; Entrepriseretten, s. 639, med henvisning til U.2006.87H.

Fritager bestemmelsen omvendt leverandøren i langt videre omfang, end hvad der følger af markedsstandard, kan det tale for, men ikke i sig selv begrunde, at bestemmelsen helt eller delvist tilsidesættes.

I it-kontraktrettens tidlige år, hvor det ofte var leverandørens kontraktparadigme, der blev anvendt i selv større projekter, var det sædvanligt, at kontrakten indeholdt omfattende ansvarsbegrænsninger, der eksempelvis kun gav kunden mulighed for at kræve afhjælpning eller forholdsmæssigt afslag, men ikke erstatning. Sådanne vilkår er stadig udbredte i aftaler om standardydelser, f.eks. softwarelicensaftaler, men ikke i større projekter med levering af individualiserede ydelser. Sådanne vilkår vil formentlig ofte blive tilsidesat i udviklingsprojekter. I Retten i Lyngbys dom af 3. april 2019 (*Corpital mod Scriptor Technology*)(\*) var leverandørens standardvilkår vedlagt parternes konsulentrammeaftale. Efter disse standardvilkår var leverandørens ansvar for fejl og mangler begrænset til omlevering, afhjælpning eller forholdsmæssigt afslag efter leverandørens eget valg. Kunden kunne ikke gøre andre mislighol-

delsesbeføjelser gældende. Ikke desto mindre tilkendte retten kunden erstatning for internt tidsforbrug (uden nærmere at forholde sig til den pågældende ansvarsbegrænsningsbestemmelse).

Ved vurderingen af en eventuel tilsidesættelse af et ansvarsbegrænsningsvilkår som urimeligt i en it-udviklingsaftaler har det betydning, at denne type vilkår er helt sædvanlige i it-kontraktretten, at de udgør en del af den kommercielle risikofordeling mellem parterne, og at de dermed også er afspejlet i den aftalte pris. Deres udbredelse skyldes bl.a., at it-ydelser har en natur, der kan føre til omfattende tab, som leverandøren vanskeligt kan forsikre sig mod, og som ikke står i forhold til den gevinst, leverandøren kan opnå i projektet. Disse forhold fører til, at ansvarsbegrænsningsvilkår i it-kontrakter kun sjældent vil blive tilsidesat som ugyldige.

Mange ansvarsbegrænsningsbestemmelser angiver eksplicit, at bestemmelsen ikke gælder for tab forvoldt ved (forsæt og) grov uagtsomhed. Da tabene ofte er store ved kuldsejlede it-projekter, er det ikke usædvanligt, at parterne rejser krav, der overstiger kontraktens ansvarsbegrænsning, med påstand om, at modparten (ofte leverandøren) har handlet groft uagtsomt og derfor ikke kan gøre ansvarsbegrænsningsbestemmelsen gældende.

Det vil bero på en fortolkning af det enkelte vilkår og sagens konkrete omstændigheder, om der foreligger grov uagtsomhed. Det netop anførte om ansvarsbegrænsningsbestemmelsernes centrale betydning i it-kontraktretten og deres funktion som kommercielt balanceinstrument er også væsentligt for vurderingen af, om leverandøren har handlet groft uagtsomt. Det må således have formodningen mod sig, at en ansvarsbegrænsningsbestemmelse, som undtager leverandørens grove uagtsomhed, har haft til formål at efterlade et stort rum for ubegrænset erstatningsansvar. Som udgangspunktet må det fordre en stærkt bebrejdellesværdig adfærd og måske endda et element af illoyalitet hos leverandøren, før der foreligger grov uagtsomhed.

I den norske dom fra Borgarting lagmannsrett af 13. oktober 2005 (NSB mod Steria, LB2004-8893)(\*) afviste retten, at leverandøren havde handlet groft uagtsomt og anførte bl.a., at dette forudsatte "en kvalificeret klanderverdig opptreden som foranlediger sterke bebrejdelser for mangel på aktsomhet."

Leverandørens grove uagtsomhed

– krav om kvalificerede omstændigheder – illoyalitet



I nogle nyere norske domme er ansvarsbegrænsningen blevet tilsidesat som følge af leverandørens grove uagtsomhed. I alle disse sager synes der at indgå et element af egentlig illoyal adfærd fra leverandørens side. Dommene lægger også vægt på andre forhold og omtales løbende i det følgende, men det bør have in mente, at sagerne rummer dette element af illoyalitet.

I Borgarting lagmannsretts dom af 9. december 2015 (CGI Norge mod Shopple Holding, LB-2015-34400)(\*) lagde retten bl.a. vægt på, at leverandøren undlod at færdiggøre leverancen, som kunden var stærkt afhængig af, selvom leverandøren åbenbart var forpligtet til det, og at denne leveringsnægtelse skete på en måde, der var groft illoyal over for kunden.

I en dom fra Borgarting lagmannsrett af 14. december 2017 (Mysoft mod Norske Kiropraktorsers Servicekontor, LB-2016-136511-2)(\*) havde leverandøren afvist at afhjælpe mangler under henvisning til, at kunden manglede at betale fremsendte fakturaer. Retten fandt ikke, at leverandøren havde krav på de fremsendte fakturaer og nåede herefter til, at leverandøren forsætligt havde misligholdt sine forpligtelser. Retten lagde vægt på, at leverandøren "bevidst" havde valgt ikke at afhjælpe mangler, og havde i det hele taget nok den opfattelse, at leverandøren havde handlet illoyalt over for kunden, selvom dette ord ikke bruges i dommen. Leverandøren havde således også undervejs i tvisten valgt at fjerne kundens adgang til systemet (der var taget i brug af kunden, og som blev drevet hos leverandøren), hvilket kunden dog fik nedlagt forbud mod i en forbudskendelse.

I Nedre Romerike tingretts dom af 9. februar 2018 (Felleskjøpet Agri mod Infor (Steinhausen) II, TNERO-2016-101703 – under anke)(\*), lagde retten særlig vægt på, at leverandøren uretmæssigt havde standses projektet undervejs i forløbet i et forsøg på at presse kunden til et kommercielt forlig. Det spillede også ind, at leverandøren meget langt inde i projektet (i strid med sandheden) forsøgte at give kunden indtryk af, at systemet var tæt på levering.

Ved den konkrete vurdering kan en række faktorer inddrages. Leverandørens adfærd må således vurderes på baggrund af de konkrete kontraktforpligtelser (den individuelle målestok) og den almindelige stan-

– den individuelle og den generelle adfærdsmålestok

dard for professionens udøvere (den generelle målestok). Pålægger kontrakten leverandøren adfærdsforpligtelser, som f.eks. initiativpligt, fremdriftspligt, proaktivitet mv., må dette indgå i vurderingen af leverandørens adfærd. Jo længere leverandørens adfærd ligger fra den relevante målestok, jo mere taler for grov uagtsomhed.

I den netop nævnte dom fra Borgarting lagmannsrett af 9. december 2015 (CGI Norge mod Shoppo Holding, LB-2015-34400)(\*) lagde retten bl.a. vægt på, at projektgennemføringen blev håndteret uprofessionelt af leverandøren på en måde, som stærkt afveg fra branchestandard.

– misligholdelsens omfang

Misligholdelsens omfang kan ikke i sig selv bruges som en målestok for leverandørens adfærd. At der foreligger væsentlige mangler eller væsentlig forsinkelse, er ikke i sig selv udtryk for, at leverandøren har handlet groft uagtsomt. Efter omstændighederne kan omfattende mangler, forsinkelse og projektproblemer muligvis indikere, men altså ikke dokumentere, at leverandøren har handlet groft uagtsomt.

I den ovennævnte dom fra Nedre Romerike tingretts dom af 9. februar 2018 (Felleskjøpet Agri mod Infor (Steinhausen) II, TNERO-2016-101703 – under anke) fandt retten, at leverandørens mislighold i bedste fald måtte anses for groft uagtsomt “basert på den påløpte forsinkelsen, men også særlig basert på [leverandørens] ensidige stans av prosjektet [...]”. Det fremgår videre af dommen: “Prosjektgjennomføringen, med den massive forsinkelsen, viser etter rettens oppfatning en betydelig svikt i kontraktsmessig oppfyllelse, noe som i seg selv indikerer grov uaktsomhet. Infors prosjektledelse representerer etter rettens oppfatning, et markert avvik fra vanlig forsvarlig handlemåte i et kontraktsforhold, og hvor Infor har opptrådt sterkt klanderverdig. Den massive forsinkelsen i seg selv er tilstrekkelig til en slik karakteristikk, men særlig sett i lys av at Infor, helt frem til høsten 2015, forsøkte overfor Felleskjøpet å gi inntrykk av at prosjektet snarlig var leveringsklart, noe det klarligvis ikke var.” Retten legger vægt på andre forhold, men synes tæt på at sige, at den væsentlige forsinkelse i sig selv dokumenterer grov uagtsomhed. Som anført lige ovenfor, kan en sådan slutning ikke tiltrædes.

I dommen fra Borgarting lagmannsrett af 9. december 2015 (CGI Norge mod Shoppo Holding, LB-2015-34400)(\*) lagde retten vægt på, at det leverede afveg betydeligt fra det aftalte.

Som beskrevet ovenfor, kan ansvarsbegrænsningsbestemmelsens karakter have betydning for en eventuel tilsidesættelse efter aftl. § 36. Det er ikke oplagt, at dette kriterium skal tillægges betydning for vurderingen af, om leverandøren har handlet groft uagtsomt. Om bestemmelsen begrænser leverandørens ansvar i meget væsentligt eller kun i mindre omfang, er principielt ikke afgørende for, om leverandørens adfærd kan betragtes som groft uagtsom. Ikke desto mindre kan det ikke udelukkes, at en domstol, som ønsker at tilsidesætte en ansvarsbegrænsningsbestemmelse, kan have et ønske om at finde resultatet i bestemmelsen og statuere grov uagtsomhed, fremfor at skulle tilsidesætte bestemmelsen efter aftl. § 36. At inddrage ansvarsbegrænsningsbestemmelsens karakter kan også begrundes med, at en meget vidtgående og usædvanlig ansvarsbegrænsning må formodes at være tiltænkt et mere snævert anvendelsesområde end en mere afbalanceret og sædvanlig begrænsning, og at dette må påvirke fortolkningen af, hvad der ligger i begrebet "grov uagtsomhed" i den konkrete bestemmelse.

– ansvarsbegrænsningsbestemmelsens karakter

I den ovennævnte norske dom fra Borgarting lagmannsrett af 13. oktober 2005 (NSB mod Steria, LB2004-8893)(\*) fandt retten ikke, at leverandøren havde handlet groft uagtsomt og afviste bl.a., at sagen kunne sammenlignes med en påberåbt norsk voldgiftsafgørelse, idet ansvarsbegrænsningen i voldgiftsafgørelsen var meget omfattende og hverken gav den ikke-misligholdende part mulighed for at kræve erstatning eller hæve men alene at kræve afhjælpning. I sagen for lagmannsretten var der tale om en almindelig ansvarsbegrænsningsbestemmelse, der alene begrænsede det maksimale beløb, som kunne kræves erstattet. Retten lagde på denne vis til grund, at ansvarsbegrænsningsbestemmelsens karakter kan have betydning for vurderingen af, om der er handlet groft uagtsomt.

Såfremt kunden har bidraget til vanskelighederne i projektet, kan dette indgå i vurderingen af leverandørens adfærd. Den omstændighed, at kunden ikke har medvirket som forudsat, udelukker dog selv sagt ikke, at leverandøren kan have handle groft uagtsomt.

– kundens medvirken

I Oslo tingretts dom af 19. januar 2010 (Telenor mod International Business Machines, TOSLO-2008-126000)(\*) fandt retten, at leverandøren havde forsømt sin pligt til at udarbejde et fyldestgørende estimat for en ændringsanmodning med angivelse af konsekvenser og pris trods flere rykkere fra kunden. Som følge heraf blev ændringsarbejdet ikke igangsat. Retten lagde til grund, at dette var en væsentlig årsag til, at projektet mislykkedes, men fandt ikke, at leverandøren havde handlet groft uagtsomt. Retten lagde herved vægt på, at kunden havde fremsat et meget stort antal ændringsanmodninger, hvorfor der måtte gælde en høj tærskel for, at svigt og fejlurderinger i forbindelse med ændringshåndteringen kunne siges at være groft uagtsomt.

– krav om årsagsforbindelse mellem den grove uagtsomhed og tabet

Det er en forudsætning for tilsidesættelse af ansvarsbegrænsningen, at det groft uagtsomme forhold har ført til det tab, der overstiger ansvarsbegrænsningen. Dette vil som regel også være tilfældet, men det behøver ikke at være det. Hæver kunden eksempelvis kontrakten som følge af væsentlige mangler og påfører dette kunden et tab, der overstiger ansvarsbegrænsningen, kan kunden ikke kræve dette tab dækket udover ansvarsbegrænsningen, selvom leverandøren groft uagtsomt har tilsidesat sine projektledelsesforpligtelser, hvis det ikke er manglerne ved projektledelsen, som har forårsaget de hævebegrundende mangler ved systemet.

– bestemmelser der eksplicit omfatter leverandørens grove uagtsomhed

De ovenstående bemærkninger knytter sig til den situation, hvor kontrakten eksplicit angiver, at ansvarsbegrænsningen ikke gælder tab forårsaget af leverandørens grove uagtsomhed. Dette vil sædvanligvis være reguleringen. Angiver aftalen omvendt og undtagelsesvist, at ansvarsbegrænsningen også gælder ved leverandørens grove uagtsomhed, rejser det spørgsmålet, om en sådan bestemmelse kan opretholdes. Det er generelt antaget i litteraturen, at ansvaret for skader forvoldt ved grov uagtsomhed almindeligvis ikke kan fraskrives.

Se således *Iversen*, *Obligationsret 2*, s. 374, *Bryde Andersen*, *Praktisk aftaleret*, s. 458, *Palle Bo Madsen*, *Aftalte ansvarsfritagelser i erhvervsforhold*, U.2018B.131 ff. (s. 137) og *Bryde Andersen & Lookofsky*, *Lærebog i obligationsret*, s. 412.

© 2020 Henrik Udsen

Dette gælder dog ikke ubetinget, og hvis en forhandlet ansvarsbegrænsningsbestemmelse i en it-udviklingsaftale eksplicit angiver, at begrænsningen også gælder leverandørens grove uagtsomhed, må der være en formodning for, at bestemmelsen er gyldig, hvis indholdet af ansvarsbegrænsningen i øvrigt er sædvanligt. Som anført skal en domstol være varsom med at forrykke den kommercielle balance, som ansvarsbegrænsningsbestemmelserne i denne type kontrakter som regel er udtryk for. Er ansvarsbegrænsningen usædvanlig vidtgående, eller har den ikke været genstand for forhandling (f.eks. fordi den fremgår af leverandørens standardvilkår), må formodningen være for, at begrænsningen ikke opretholdes. Der kan endvidere være grund til at fortolke en fraskrivelse for grov uagtsomhed indskrænkende eller tilsidesætte den, hvis leverandøren handler groft illoyalt. Det vil sjældent være parternes intention, at kunden skal bære den økonomiske risiko for dette, og et sådant resultat vil kunne virke stødende og urimeligt (og dermed inden for området for aftl. § 36).

Såfremt ansvarsbegrænsningen gyldigt omfatter leverandørens grove uagtsomhed, bliver det ikke afgørende, om leverandøren har handlet simpelt eller groft uagtsomt, men om leverandøren har handlet groft uagtsomt eller forsætligt. Der ligger i forsætskravet en betingelse om, at leverandøren bevidst har tilsidesat sine forpligtelser (men ikke en betingelse om bevidst at have påført kunden et tab). Dette kan ske, hvis leverandøren påtager sig en forpligtelse, som leverandøren allerede på aftaletidspunkt ved, ikke kan honoreres. Tilsvarende hvis leverandøren undervejs i projektet træffer en bevidst beslutning om ikke ville overholde sine forpligtelser. Har leverandøren omvendt en intention om at opfylde forpligtelsen, og bestræber leverandøren sig herpå i projektet, foreligger ikke en forsætlig misligholdelse, uanset om bestræbelserne er helt utilstrækkelige, og uanset om leverandøren burde have indset ikke at kunne løfte opgaven. Et særligt spørgsmål er, om der foreligger en forsætlig misligholdelse, hvis leverandøren undlader at opfylde sine forpligtelser som følge af en retsvildfarelse, der f.eks. kan skyldes en tvist om kundens betaling eller om fortolkningen af kontrakten. Som udgangspunkt må leverandøren selv bære risikoen for en fejlagtig fortolkning af kontrakten, men det er nok for vidtgående *per se* at statuere forsætlig misligholdelse, når leverandø-

rens manglende opfyldelse skyldes en uenighed mellem parterne om kontraktens vilkår.

Se tilsvarende om kundens uberettiget ophævelse af kontrakten afsnit 10.2.2 nedenfor.

– bestemmelser uden eksplicit angivelse

Hvis ansvarsbegrænsningsbestemmelsen ikke eksplicit angiver, om den kun gælder simpel uagtsomhed eller også grov uagtsomhed, må bestemmelsen sædvanligvis fortolkes således, at den kun omfatter simpel uagtsomhed, også selvom en ordlydsfortolkning typisk vil tale for det modsatte resultat (fordi ordlyden begrænser leverandørens ansvar uden at betinge dette af, at leverandøren kun har handlet simpelt uagtsomt). For det første er det en klar aftalesædvane på området, at ansvarsbegrænsninger ikke gælder tab forårsaget ved grov uagtsomhed. For det andet er der som beskrevet ovenfor en generel tilbageholdenhed mod at acceptere begrænsninger i ansvaret for tab forvoldt ved grov uagtsomhed. Skal en sådan begrænsning accepteres, må det derfor som minimum kræves, at den fremgår eksplicit af aftalens ordlyd.

I Sø- og Handelsrettens dom af 26. januar 1983 (Kienzle Datasystem mod Maskinfabrikken EV-Dele, U.1986.938SH) (\*) fandt retten ikke, at en bestemmelse, der undtog leverandøren for "ethvert erstatningsansvar for tab, som er opstået som følge af fejl eller mangler ved de udviklede programmer eller procedurer", omfattede tab forvoldt ved leverandørens alvorlige forsømmelser.

Det er tilsvarende antaget i entrepriseretten, at AB 18 § 53, stk. 2, der fraskriver entreprenørens ansvar for driftstab, avancetab og andet indirekte tab, ikke omfatter tab forvoldt ved leverandørens grove uagtsomme (og forsætlige handlinger), uanset om denne indskrænkning ikke følger af bestemmelsens ordlyd, jf. *Iversen*, Obligationeret 2, s. 375 med yderligere henvisninger.

K-kontrakterne

K-kontrakterne indeholder klassiske bestemmelser, der beløbsmæssigt begrænser parternes erstatningsansvar til kontraktsummen og helt fraskriver ansvaret for indirekte tab. I K02 (pkt. 21) er bestemmelsen formuleret således:

Parterne er erstatningspligtige efter dansk rets almindelige regler. For forhold, der udløser betaling af bod, kan erstatning kun kræ-

ves, i det omfang Kunden dokumenterer et tab ud over bodsbeløbet. Erstatning og eventuelt bodsbeløb tilsammen er dog under alle omstændigheder begrænset til leverancevederlaget [...]

Parterne er ikke i noget tilfælde ansvarlig for driftstab, følgeskader eller andet indirekte tab. Tab af data anses for indirekte tab, bortset fra tilfælde, hvor dette skyldes Leverandørens Drift eller anden datahåndtering, hvor dette er omfattet af Kontrakten.

Foranstående begrænsninger gælder kun, såfremt tabet ikke kan henføres til grov uagtsomhed eller forsætlige forhold hos den skadevoldende Part [...]

### 9.3.5. Force majeure

Mange aftaler lempet parternes ansvar for manglende opfyldelse, der skyldes force majeure. Force majeure-begrebet er ikke entydigt og anvendes på forskellig vis i forskellige typer af aftaler. Sædvanligvis forstås ved begrebet udefrakommende, ekstraordinære og for parterne upåregnelige begivenheder, der hindrer opfyldelse af aftalen, jf. *Hagstrøm*, *Obligationsret*, s. 278.

Dansk ret indeholder ingen generel lovregulering af force majeure, og obligationsretten indeholder heller ingen almindelig grund-sætning om force majeure, forstået som en regel, der generelt afskærer en part fra at gøre misligholdelsesbeføjelser gældende, når ikke-opfyldelse er forårsaget af ekstraordinære udefrakommende omstændigheder, som den misligholdende part ikke kunne eller burde have taget højde for. Kbl. §§ 24 og 43, stk. 3, fritager sælgeren for det strenge genusansvar i denne type situationer. Denne fritagelse gælder efter bestemmelsen kun erstatningsansvaret men må dog antages også at gælde kravet på naturalopfyldelse og afhjælpning, jf. *Iversen*, *Obligationsret* 2, s. 57. Derimod vil bestemmelsen ikke afskære køberen fra at hæve aftalen eller kræve forholdsmæssigt afslag.

Baggrundsret

Se generelt om force majeure *Bryde Andersen*, *Praktisk aftaleret*, s. 444 ff., *Iversen*, *Obligationsret* 2, s. 64 ff., *Theilgaard m.fl.*, *Købeloven*, s. 366 ff. (kbl. § 24), *Hagstrøm*, *Obligationsret*, s. 278 ff. og *Mestad*, *Om force majeure og risikofordeling i kontrakt*.

Den indskrænkning i ansvaret, der følger af kbl. § 24, vil også gælde for leverandøren i et it-udviklingsprojekt men med en anden begrundelse. Som beskrevet ovenfor, vil leverandøren være underlagt et (strengt) culpaansvar, og manglende opfyldelse af aftalen som følge af force majeure-forhold vil indebære, at leverandøren ikke har handlet culpøst og allerede af den grund ikke ifalder erstatningsansvar. Begrænsningen i adgangen til at kræve naturalopfyldelse og afhjælpning i force majeure-situationer vil følge af de offergrænsebetrægtninger, der generelt er anerkendt i obligationsretten, jf. også afsnit 9.2.1 ovenfor. Uden en særskilt force majeure-regulering vil kunden derimod ikke være afskåret fra at gøre øvrige misligholdelsesbeføjelser gældende, idet disse som udgangspunkt ikke kræver forsæt eller uagtsomhed fra misligholderens side.

Dette resultat kan dog følge af forudsætningslæren, se om sammenhængen mellem forudsætningslæren og force majeure *Hagstrøm*, Obligasjonsrett, s. 278 f.

Indebærer force majeure-begivenheden eksempelvis, at leverandøren kommer i væsentlig forsinkelse, kan kunden hæve aftalen men altså ikke kræve erstatning for sit tab.

Har leverandøren afgivet en garanti eller på andet grundlag påtaget sig et objektivt erstatningsansvar, vil force majeure-begivenheder som udgangspunkt ikke være ansvarsfritagende. Det må dog bero på en konkret vurdering, om et aftalt strengere ansvar også omfatter ansvar i force majeure-situationer.

#### Aftaleregulering

Udviklingsaftalen indeholder ofte en indskrænkning af misligholdelsesbeføjelserne i force majeure-situationer. Uagtet dette, kan der næppe siges at foreligge en branchesædvane om en videregående force majeure-fritagelse, og da sådanne fritagelser som beskrevet ikke i øvrigt følger af baggrundsretten, forudsætter de en udtrykkelig regulering i aftalen.

Både K01 (pkt. 19), K02 (pkt. 22) og K03 (pkt. 30) indeholder en force majeure-bestemmelse. Bestemmelserne er næsten identiske.



Force majeure-begrebet har ikke karakter af et systembegreb med et fast indhold, og reguleringen må derfor angive, hvilke situationer bestemmelsen skal gælde for. Da reguleringen er en fravigelse af baggrundsretten, vil bestemmelsen kun gælde de situationer, der er angivet. Der må med andre ord opstilles en formodning for, at bestemmelsen udtømmende gør op med de situationer, der helt eller delvist fratager kunden adgangen til at gøre misligholdelsesbeføjelser gældende. Indeholder bestemmelsen en bredere henvisning til "force majeure" eller lignende, vil det bero på en konkret fortolkning, hvad hensigten med ordlyden har været. Udgangspunktet for fortolkningen må være den almindelige opfattelse af begrebet (udefrakommende ekstraordinære omstændigheder, som parten ikke kunne eller burde have taget højde for). *Hagstrøm* nævner krigsudbrud, oprør, blokade, beslaglæggelse, brand og (landsomfattende) strejke eller lockout som klassiske force majeure-begivenheder men angiver også, at forståelsen af begrebet varierer fra kontrakttype til kontrakttype, Obligasjonsrett, s. 279.

I K02 omfatter force majeure-bestemmelsen "forhold, der ligger uden for Partens kontrol, og som Parten ikke ved kontraktens underskrift, henholdsvis en aftale om ændringer, burde have taget i betragtning (herunder strejker) og ej heller burde have undgået eller overvundet." Bestemmelsen foretager således ikke en (udtømmende) opregning af forhold, der skal anses at udgøre force majeure. Af konkrete forhold nævnes strejker, men kun som en eksemplificering. Strejker vil derfor også kun være omfattet af bestemmelsen, hvis strejken i den konkrete situation ligger uden for partens kontrol, ikke burde være i taget i betragtning og heller ikke burde være undgået eller overvundet. En strejke, der kun rammer leverandørens virksomhed, vil næppe være omfattet af force majeure-undtagelsen, tilsvarende *Dragsted m.fl.*, K02 med kommentarer, s. 363. Se i samme retning generelt om strejker og force majeure *Bryde Andersen*, Praktisk aftaleret, s. 449.

Bestemmelsen må endvidere forholde sig til retsvirkningen af, at der foreligger en force majeure-situation. Det vil være sædvanligt, at kunden ikke kan gøre nogen misligholdelsesbeføjelser gældende i tilfælde af force majeure. Kunden kan i så fald hverken hæve, kræve forholds-

mæssigt afslag eller bod (som beskrevet ovenfor udelukkes erstatningskravet normalt allerede af, at der ikke er handlet culpøst), uanset at leverandøren ikke præsterer sine ydelser, når dette skyldes force majeure-forholdet. Da længere tids forsinkelse med projektet kan være kritisk, må bestemmelsen forholde sig til parternes rettigheder, såfremt force majeure-situationen ikke ophører inden for en kortere periode. Ofte vil bestemmelsen i denne situation give den part, som ikke er ramt af force majeure, adgang til at bringe aftalen til ophør efter en given periode men ikke i øvrigt give adgang til at kræve kompensation af modparten.

Således K02, hvor retsvirkningerne er reguleret på følgende måde: “Den Part, der ikke er ramt af force majeure, er berettiget til at annullere Kontrakten helt eller delvis, henholdsvis en aftale om ændringer, såfremt den aftalte Overtagelsesdag overskrides med 60 Arbejdsdage som følge af force majeure. I tilfælde af sådan annullation tilbageleverer begge Parter snarest muligt, hvad de har modtaget fra den anden Part, og der består derefter ingen yderligere krav mellem Parterne. Herudover kan Kunden annullere en aftale om vedligeholdelse eller eventuel Drift med virkning for fremtidige ydelser, såfremt Leverandøren er forhindret i at levere disse ydelser som følge af force majeure i en periode på 20 Arbejdsdage inden for en periode på 3 måneder”. Det er værd at bemærke, at bestemmelsen anvender annullationsbegrebet anderledes end efter den normale forståelse, hvorefter annulation har karakter af misligholdelse, jf. også om annulation afsnit 9.3.8 nedenfor.

### 9.3.6. Forhold som kunden har ansvaret for

En kontraktpart vil ikke blive ansvarlig for en manglende opfyldelse af sine forpligtelser, hvis dette skyldes forhold, som modparten har ansvaret for. Selv ikke, hvor der er afgivet en garanti for nærmere egen-skaber ved ydelsen, kan en sådan garanti antages at omfatte tilfælde, hvor en manglende opfyldelse skyldes forhold, som modparten har ansvaret for.

Terminologisk har disse situationer ikke karakter af misligholdelse, og der er derfor heller ikke tale om bortfald af misligholdelsesbeføjelser.

Hvor ikke andet er aftalt, vil leverandøren have ansvaret for at gennemføre udviklingsprojektet. I det omfang gennemførelsen forudsætter medvirken fra kunden, hvad der normalt er tilfældet, skal det derfor angives i parternes aftale.

Kundens  
medvirken

Alle K-kontrakterne indeholder bestemmelser, der særskilt regulerer kundens medvirken. Se K01, pkt. 9, K02, pkt. 5.4, og K03, pkt. 10. K03's agile karakter bevirker, at denne indeholder de mest omfattende forpligtelser for kundens medvirken.

Da det er almindelig anerkendt, at udviklingsprojekter i praksis ikke kan gennemføres uden kundens medvirken, må kunden dog være forpligtet til i begrænset omfang at bistå leverandøren, selv uden udtrykkelig hjemmel i aftalen.

Det antages tilsvarende i entrepriseretten, at bygherren har en almindelig forpligtelse til at samarbejde med entreprenøren, jf. *Iversen*, *Entrepriseretten*, s. 192.

Udviklingsaftalen vil normalt indeholde en bestemmelse om, at leverandøren hæfter for sine underleverandører på samme måde som for egne forhold. En tilsvarende bestemmelse om, at kunden har ansvaret for sine egne øvrige leverandører, er ikke lige så udbredt og findes eksempelvis ikke i K-kontrakterne. Selv uden en eksplicit bestemmelse herom, vil kunden dog bære ansvaret for fejl begået af kundens andre eventuelle leverandører i projektet. Uden en entydig bestemmelse om det modsatte, har det formodningen mod sig, at parterne har ønsket at lade leverandøren bære risikoen for kundens øvrige leverandører med den konsekvens, at kunden skulle kunne gøre misligholdelse gældende for fejl begået af sådanne leverandører.

Kundens øvrige  
leverandører

Dette udgangspunkt må også gælde, selvom det er leverandøren, der har anbefalet de øvrige leverandører til kunden. En sådan anbefaling kan normalt ikke tages som udtryk for, at leverandøren hermed påtager sig et hæftelsesansvar for kundens øvrige leverandører. Konkrete omstændigheder kan dog nok føre til, at leverandøren er nærmest til at bære risikoen for øvrige leverandørers fejl, f.eks. hvis leverandøren kommer med en anden leverandør "i hånden" og betinger aftalen af, at kunden bruger den pågældende leverandør.

Et eksempel på, at leverandøren pålægges ansvaret for en anden af kundens leverandører, når denne er anbefalet af leverandøren, foreligger med Oslo tingretts dom af 26. november 2010 (Verdisikrings-selskapet Crifo mod 99x.no, TL-2009-72662)(\*). I forbindelse med indgåelse af en aftale om levering af standardprogrammel med specialtilpasninger anbefalede leverandøren kunden en specifik driftsleverandør til at forestå den efterfølgende drift. Udviklingsprojektet blev forsinket, og kunden endte med at hæve aftalen. Leverandøren gjorde bl.a. gældende, at systemet fungerede i udviklingsmiljøet, og at leverandøren ikke havde ansvaret for eventuelle fejl i driftsmiljøet. Med henvisning til, at kundens driftsleverandør var valgt efter anbefaling fra leverandøren, fandt retten, at leverandøren havde risikoen for, at driftsmiljøet var fejlbehæftet. Det forekommer vidtgående, hvis leverandøren pålægges ansvaret for driftsleverandørens fejl, alene fordi denne er anbefalet af leverandøren. Det kan dog ikke udelukkes, at dommen skal forstås således, at det var et forkert valg af driftsmiljø (og ikke konkrete fejl hos driftsleverandøren), som leverandøren var ansvarlig for. I så fald er dommen "blot" et udtryk for det rådgivningsansvar, som leverandøren kan ifalde, jf. nærmere afsnit 4.3 ovenfor.

Retsvirkning

Opfylder kunden ikke sine forpligtelser, og indebærer dette, at leverandøren ikke kan opfylde sine forpligtelser, kan kunden ikke gøre misligholdelsesbeføjelser gældende. Tilsvarende kan komme på tale i situationer, hvor kunden ikke tilsidesætter egne kontraktuelle forpligtelser men ved sin adfærd bevirker, at leverandøren ikke kan leve op til sine forpligtelser. Kommer kunden eksempelvis ved en fejl til at slette data, der er afgørende for udviklingen af systemet med heraf følgende forsinkelser til følge, kan kunden ikke gøre misligholdelsesbeføjelser gældende som følge af leverandørens forsinkelse med levering af systemet.

Delvist ansvar for kunde og leverandør

I mange tilfælde skyldes leverandørens manglende opfyldelse en blanding af forhold, som leverandøren henholdsvis kunden har ansvaret for. I disse situationer må det vurderes, hvem der har hovedansvaret for den manglende opfyldelse. Man kan i udgangspunktet ikke foretage en forholdsmæssig vurdering af misligholdesspørgsmålet: Enten foreligger der en misligholdelse, eller også foreligger der ikke misligholdelse. Forholdsmæssigheden vil dog i nogen grad være bygget ind i misligholdelsesbeføjelserne. I erstatningsopgørelsen kan

eksempelvis tildeles delvis erstatning, hvis kunden selv har medvirket til leverandørens misligholdelse. Tilsvarende kan dette spille ind ved vurderingen af, om der foreligger væsentlig misligholdelse, og dermed om kunden er berettiget til at hæve aftalen.

Leverandørens manglende overholdelse af formkrav til reklamation over kundens forhold må behandles på samme måde som kundens manglende overholdelse af formkrav ved reklamation, jf. herom afsnit 9.3.1 ovenfor.

Som beskrevet ovenfor i afsnit 4.3 vil leverandøren i et vist omfang have en pligt til at rådgive og vejlede kunden i forbindelse med fastlæggelsen af leverancen. På tilsvarende vis vil leverandøren i løbet af projektet som led i sin loyalitetspligt være forpligtet til at gøre kunden opmærksom på de fejl, der begås af kunden, og eventuelt rådgive denne om, hvordan fejlene rettes. Omfanget af denne forpligtelse vil bero på en konkret vurdering og bl.a. afhænge af, hvor stort vidensspringet er mellem parterne, jf. nærmere afsnit 4.3 ovenfor.

I en dom fra Vestre Landsret af 8. april 2008 (EDB Gruppen mod Malou Sander)(\*) om mangler ved et økonomi- og varelagerstyringssystem gjorde leverandøren gældende, at fejlene delvist var forårsaget af kunden. Landsretten udtalte, at det ikke kunne udelukkes, at nogle fejl skyldtes manglende indlæsning af patches eller fejl begået af kunden i forbindelse med indlæsning af data eller parameteropsætning. Landsretten fandt imidlertid, at leverandøren burde have afklaret dette i forbindelse med de afhjælpningsforanstaltninger, leverandøren foretog. Landsretten fandt herefter ud fra en samlet vurdering, at de fejl, som leverandøren havde ansvaret for, udgjorde væsentlige mangler. I vægtningen af de fejl, som kunden havde ansvaret for, synes landsretten således at have tillagt det betydning, at leverandøren burde have hjulpet kunden med at afdække og håndtere disse fejl.

### 9.3.7. Forældelse

Kundens adgang til at gøre misligholdelsesbeføjelser gældende vil kunne bortfalde efter de almindelige forældelsesregler.

Se generelt om forældelse og forældelseslovens regler *von Eyben*, Forældelse – efter forældelsesloven af 2007.

Formkrav

Leverandørens  
reklamations- og  
rådgivningspligt

Efter forældelsesloven forældes krav som udgangspunkt tre år efter det tidspunkt, hvor fordringshaveren var bekendt med eller burde have været bekendt med sit krav, jf. § 3, stk. 1 og 2. Hvornår kunden burde kende til sit krav afhænger navnlig af, hvornår kunden burde vide, at der forelå misligholdelse fra leverandørens side. Om denne vurdering henvises til den tilsvarende drøftelse under reklameringsreglerne i afsnit 9.3.1 ovenfor.

Forældelsesfristen afbrydes ved skyldnerens anerkendelse af sin forpligtelse eller ved anlæggelse af retssag, jf. §§ 15 og 16. Såfremt leverandøren ikke anerkender, at der foreligger mangler eller andre former for misligholdelse, eller ikke anerkender de krav, som kunden rejser i anledningen af misligholdelsen, må kunden derfor anlægge sag inden for tre år. Der gælder en absolut forældelsesfrist på 10 år, jf. § 3, stk. 3, nr. 3, som dog næppe har praktisk betydning for it-projekter.

For køb omfattet af købeloven suppleres de almindelige forældelsesregler af den særlige forældelsesregel i kbl. § 54 (§ 83 for forbrugerkøb), hvorefter køberen som udgangspunkt skal reklamere over mangler inden for to år efter at have modtaget genstanden. Som anført i afsnit 3.3.1 ovenfor gælder købeloven normalt ikke for it-udviklingsprojekter. Dette gælder derfor også for forældelsesfristen i kbl. § 54, der ikke har karakter af en almindelig obligationsretlig grundsætning.

Både K01 og K02 rummer absolutte forældelsesregler, der dog efter bestemmelsernes ordlyd kun gælder nogle af misligholdelsesbeføjelserne. Efter K-kontrakterne er leverandørens afhjælpningspligt afgrænset til garantiperioden på et år for de dele af leverancen, der ikke er omfattet af vedligeholdelsesordningen, jf. K01, pkt. 16.2.1, K02, pkt. 18.2.1, og K03, pkt. 25.3.1. Efter K01 kan leverandøren tilsvarende som udgangspunkt kun hæve aftalen i tilfælde af væsentlige mangler inden for den 1-årige garantiperiode, jf. K01, pkt. 16.2.4. En tilsvarende bestemmelse findes ikke i K02 og K03. Det vil derfor kun være de almindelige forældelsesregler, der gælder for kundens adgang til at hæve efter disse kontrakter. Tilsvarende gælder for alle tre kontrakter adgangen til at kræve forholdsmæssigt afslag og erstatning.

Det er uklart, hvorvidt det har været hensigten at etablere en absolut 1-årig reklameringsfrist efter K-kontrakterne. I K01 pkt. 15.4, der foreskriver den 1-årige garantiperiode, angives, at kbl. § 54 hermed er fraveget. Tilsvarende angives det i vejledningen til

K02, kommentaren til pkt. 17.9 om garantiperioden (vejledningen til K03 indeholder samme formulering): “I modsætning til den toårige garantiperiode i købeloven, er der alene tale om en garantiperiode på ét år”. Bestemmelsen i kbl. § 54 er imidlertid ikke en garantibestemmelse men en absolut forældelsesfrist. Som bestemmelserne i K-kontrakterne er formuleret, indeholder disse ikke en tilsvarende absolut og generel forældelsesfrist for mangler.

### 9.3.8. Annuliation

I nogle tilfælde har en aftalepart ret til at annullere aftalen. En annullation indebærer, at modparten ikke kan kræve aftalen gennemført. Den annullerende part fritages med andre ord fra kravet om naturalopfyldelse. Det er imidlertid vigtigt at holde sig for øje, at annullation har karakter af en misligholdelse af aftalen. Modparten vil derfor kunne kræve erstatning for sit tab ved, at aftalen ikke gennemføres.

Se generelt om annullation *Iversen*, Obligationsret 2, s. 81 ff. og *Hagstrøm*, Obligationsrett, s. 248 ff.

Nogle gange anvendes annullationsbegrebet om den situation, hvor en aftalepart kan frigøre sig fra aftalen, uden at det udløser misligholdelsesvirkninger, se eksempelvis om denne brug af begrebet *Dragsted*, IT-kontrakter I, s. 30 og K02, pkt. 22.

Som anført nedenfor i afsnit 10.3.4, må det antages, at kunden har adgang til at annullere parternes aftale. Det kan imidlertid ikke antages, at leverandøren har en tilsvarende annullationsadgang. For leverandøren er en økonomisk gevinst det primære formål med projektet, hvilket kan tilgodeses gennem en erstatning af den positive opfyldelsesinteresse. Omvendt vil kundens interesse i projektet være at kunne ibrugtage det udviklede system. Bringes projektet til ophør, vil konsekvensen ofte være, at kunden må starte forfra med et nyt projekt gennemført af en anden leverandør med betydelige forsinkelser til følge. Leverandørens annullation af aftalen vil derfor normalt være væsentlig mere byrdefuld for kunden, end kundens annullation vil være for leverandøren.

## 10. Kundens misligholdelse

### 10.1. Misligholdelsesformer

#### 10.1.1. Betalingsforsinkelse

Kundens primære ydelse består i at betale leverandøren for systemet til den aftalte tid. Undlader kunden dette, foreligger misligholdelse i form af betalingsforsinkelse. Såfremt leverandøren er i forsinkelse med sine leverancer, vil kunden dog kunne tilbageholde betalingen uden at komme i misligholdelse. En sådan ret til at tilbageholde betalingen følger både af den obligationsretlige samtidighedsgrundsætning og vil normalt også fremgå af parternes aftale.

Se f.eks. K02, pkt. 16, 1. afsnit: “Kunden er forpligtet til at betale leverancevederlaget i overensstemmelse med betalingsplanen i bilag 12 under forudsætning af, at Leverandøren på fakturerings-tidspunktet har udført alt, hvad Leverandøren i henhold til tidsplanen i bilag 1 skal have udført på dette tidspunkt.”

#### 10.1.2. Misligholdelse af sekundære ydelser – fordringshavermora

Som beskrevet, vil kunden have en række andre forpligtelser under aftalen end selve betalingsforpligtelsen. Hovedparten af disse forpligtelser vil have til formål at sikre, at leverandøren kan præstere sine ydelser som forudsat. Man kan betegne disse ydelser som sekundære, fordi det ikke er et selvstændigt formål for leverandøren at opnå ydelserne – disse er blot en forudsætning for, at leverandøren kan levere sine ydelser og dermed opnå den primære ydelse: betalingen. Denne type af ydelser omfatter bl.a. deltagelse i møder, tilrådgivningsstillelse af lokaler og udstyr for leverandøren, deltagelse i afprøvning af systemet mv.

Da kundens manglende præstation af denne type forpligtelser vil hindre leverandørens præstation af sine ydelser, vil der være tale om fordringshavermora. Det har været omdiskuteret, hvorvidt fordringshavermora har karakter af misligholdelse, hvilket kan have betydning for de beføjelser, som fordringshavermora udløser. Tendensen synes at være, at fordringshavermora betragtes som en form for misligholdelse.



Se således *Bryde Andersen & Lookofsky*, Lærebog i obligationsret, s. 191 f. med yderligere henvisninger og *Hagstrøm*, Obligasjonsrett, s. 615 f.

Dette resultat kan tiltrædes og må også gælde for it-udviklingsaftaler. Det er velkendt, at en succesfuld gennemførelse af it-udviklingsprojekter forudsætter et tæt samarbejde mellem leverandøren og kunden, hvilket taler for at anse kundens bidrag som en aktiv kontraktforpligtelse, der kan misligholdes, snarere end en passiv forsømmelse af at tage imod leverandørens ydelse. Der forekommer heller ikke at være reale grunde til, at leverandøren skulle være afskåret fra at gøre almindelige misligholdelsesbeføjelser gældende, når kunden misligholder sine sekundære forpligtelser.

Se i overensstemmelse hermed den norske dom fra Gulating lagmannsrett af 17. december 2013 (Infrastructure Management og Isero mod Bergen kommune, LG-2012-182014)(\*), hvor kunden i et møde mellem parterne afviste, som ellers aftalt, at lade leverandøren præsentere, hvor langt man var kommet med en forsinket systemleverance, og i stedet hævdede aftalen. Retten fastslog på den baggrund, at der forelå fordringshavermora, og tilkendte leverandøren erstatning for uberettiget ophævelse.

Se også tilsvarende *Nørager-Nielsen*, Edb-kontrakter, s. 47, men mindre kategorisk s. 246 f., hvor det angives, at det formentlig vil være den sædvanlige situation, at der foreligger misligholdelse, og s. 287 med anførelse af, at leverandøren kan indrømmes misligholdelsesbeføjelser, selvom kundens fordringshavermora ikke måtte være udtryk for en misligholdelse. Det antages også i entrepriseretten, at bygherrens fordringshavermora vil udgøre misligholdelse, *Iverson*, Entrepriseretten, s. 447 ff.

Det forekommer langt hyppigere, at kunden misligholder sine sekundære forpligtelser end sin betalingsforpligtelse. Det kan derfor have en vis praktisk betydning, at denne form for misligholdelse kan udløse misligholdelsesbeføjelser, herunder erstatningskrav fra leverandøren.

Som beskrevet ovenfor i afsnit 9.3.6, vil kundens manglende overholdelse af sine sekundære forpligtelser endvidere medføre, at der

ikke foreligger misligholdelse fra leverandørens side, når kundens forhold bevirker, at leverandøren ikke kan præstere sine ydelser.

### 10.1.3. Uberettiget ophævelse

Såfremt kunden hæver en udviklingsaftale med henvisning til leverandørens væsentlige misligholdelse, og det efterfølgende viser sig, at leverandøren ikke havde misligholdt sine forpligtelser, eller i hvert fald ikke har gjort det i et omfang, der berettigede kunden til at hæve aftalen, vil kundens uberettigede ophævelse være en væsentlig misligholdelse af aftalen. Typisk vil kunden i denne situation have afvist at betale for leverede ydelser, og kundens meddelelse om ophævelse vil være en afvisning af at opfylde fremtidige forpligtelser under aftalen og dermed have karakter af en anticiperet misligholdelse af efterfølgende betalingsforpligtelser og øvrige forpligtelser under aftalen. Den uberettigede ophævelse kan derfor både være en betalingsmisligholdelse af forfaldne betalinger og en anticiperet misligholdelse af samtlige fremtidige forpligtelser, som kunden er pålagt efter aftalen.

Det kan være vanskeligt at bedømme, hvorvidt de konkrete omstændigheder giver kunden ret til at hæve aftalen, og konsekvenserne af en uberettiget ophævelse er vidtrækkende, fordi det som beskrevet har karakter af en selvstændig hævebegrundende misligholdelse fra kundens side. Det kan derfor være forbundet med en betydelig standpunktsrisiko for kunden at foretage en ophævelse.

Et eksempel herpå er Sø- og Handelsrettens dom i sagen mellem Forsvarets Materieltjeneste og Saab, omtalt i afsnit 7.6.3 ovenfor, hvor Sø- og Handelsretten fandt, at Forsvarets Materieltjenestes ophævelse af parternes aftale var uberettiget og tilkendte Saab en erstatning på 32 mio. kr. Højesteret nåede som nævnt ovenfor til, at ophævelsen var berettiget.

I nogle tilfælde søger kunden at begrænse denne standpunktsrisiko ved subsidiært at gøre en opsigelsesadgang gældende. Giver udviklingsaftalen eksempelvis kunden adgang til at opsigte aftalen med et vist varsel, angiver kunden, at aftalen hæves, og således at ophævelses-skrivelsen subsidiært skal forstås som en opsigelse, hvis det efterfølgende skulle vise sig, at kunden ikke har ret til at hæve aftalen. En

sådan subsidiær opsigelse kan næppe tillægges virkning. Leverandøren har krav på at kende sin position og kunne agere i overensstemmelse hermed. Kunden bør ikke på denne vis kunne flytte sin standpunktsrisiko over på leverandøren. Konsekvensen heraf er, at en uberettiget ophævelse fra kundens side skal behandles som en væsentlig misligholdelse. Ønsker kunden ikke at påtage sig standpunktsrisikoen, må kunden i stedet nøjes med at opsigte aftalen i overensstemmelse med aftalens opsigelsesbestemmelser. Ønsker kunden en adgang til at kombinere ophævelse og opsigelse som beskrevet, må denne mulighed fremgå eksplicit af aftalen.

I en dom fra Gladsaxe civilret af 25. april 1985 (ERA 2, s. 40)(\*) var situationen den omvendte. Her opsagde kunden aftalen under henvisning til konstaterede mangler og afviste samtidig at betale en fremsendt faktura. Under den efterfølgende retssag gjorde kunden principalt gældende at være berettiget til at hæve og subsidiært, at aftalen gav hjemmel til opsigelse. Retten fandt, at kunden var berettiget til at opsigte aftalen. Sagen angår således ikke en situation, hvor en ophævelse blev "konverteret" til en opsigelse.

Derimod kan det ikke udelukkes, at en opsigelsesadgang kan få betydning for udmålingen af erstatning til leverandøren for en uberettiget ophævelse. Spørgsmålet er, om leverandørens erstatningskrav kan overstige det beløb, kunden skulle have betalt for at opsigte aftalen. Mod dette resultat taler, at leverandøren har indrettet sin business case efter kundens mulige opsigelse og dermed ikke har nogen ubetinget forventning om at kunne opnå en større fortjeneste, end hvad der følger heraf. Der er derfor heller ingen reale hensyn, der tilsiger, at kunden økonomisk skal stilles bedre, blot fordi leverandøren griber til det forkerte værktøj og hæver i stedet for at opsigte. Omvendt vil en begrænsning af erstatningsansvaret de facto indebære, at kundens opsigelsesadgang får karakter af en (potentielt ganske vidtgående) ansvarsbegrænsningsbestemmelse uden at være formuleret som en sådan, hvilket ikke nødvendigvis har været intentionen ved aftalens udformning. Udgangspunktet må formentlig være, at leverandørens krav på positiv opfyldelsesinteresse begrænses af kundens opsigelsesadgang: Den positive opfyldelsesinteresse skal stille leverandøren som om, aftalen blev gennemført, men kunden ville tidsmæssigt kunne begrænse

denne gennemførelse i overensstemmelse med opsigelsesadgangen. Et krav på negativ kontraktsinteresse vil omvendt skulle stille leverandøren som om aftalen ikke var indgået og er derfor uafhængigt af, om kunden kunne have opsagt aftalen før tid. Kundens opsigelsesadgang kan derfor ikke antages at have betydning for beregningen af den negative kontraktsinteresse.

I en beslægtet, men dog forskellig situation, antager *Iversen*, at almindelige grundsætninger om erstatning i kontraktforhold almindeligvis fører til, at den ikke-misligholdende part i en lejeaftale har krav på, at den misligholdende part erstatter prisdifferencen for det tidsrum, som ligger mellem tidspunktet for ophævelsen og det tidligste tidspunkt, hvortil den misligholdende part kunne have bragt aftalen til ophør med lovligt varsel, Erstatningsberegning i kontraktforhold, s. 316. Se ligeledes og i samme retning *Iversen*, a.st., s. 130, om erstatningsberegningen, når aftalen giver en af parterne et spillerum.

## 10.2. Misligholdelsesbeføjelser

### 10.2.1. Naturalopfyldelse. Rentekrav

Leverandøren kan som udgangspunkt kræve aftalen gennemført og fastholde kundens pligt til at betale de aftalte beløb. Såfremt kunden afviser at betale, vil leverandøren, i perioden fra betalingen skulle være gennemført og indtil betaling sker, kunne kræve morarente efter rentelovens bestemmelser herom. Rentekravet forudsætter ikke, at leverandøren kan dokumentere et tab.

Renteloven er deklaratorisk i erhvervsforhold, og det vil derfor være muligt at aftale en anden rentesats end lovens. K-kontrakterne henviser til rentelovens regler, jf. K01, pkt. 17, K02, pkt. 19, og K03, pkt. 27.2.

Leverandørens krav på naturalopfyldelse gælder også i tilfælde af kundens fordringshavermora. Kundens pligt til at betale i henhold til de aftalte betalingstidspunkter fastholdes, uanset at den ydelse fra leverandøren, der er knyttet til den pågældende betaling, ikke kan leveres. Kundens fordringshavermora tilsidesætter således samtidighedsgrund-

sætningen, jf. også *Iversen*, *Obligationsret 2*, s. 50. Ønsker kunden ikke at påtage sig denne risiko, må det angives i aftalen, at betalingstidspunktet også udskydes i tilfælde af fordringshavermora. En sådan bestemmelse er sjælden. Derimod er det sædvanligt, at kunden har en adgang til at udskyde den aftalte tidsplan, herunder også tidsplanen for betaling, jf. afsnit 7.4 ovenfor.

Udgangspunktet om naturalopfyldelse rummer dog den væsentlige modifikation, at kunden har en vid adgang til at annullere aftalen med den konsekvens, at leverandøren må lade sig nøje med at kræve erstatning for den manglende opfyldelse af aftalen, jf. nærmere afsnit 10.3.4 nedenfor. I praksis vil leverandørens krav i tvister normalt have karakter af erstatningskrav. Det er således sjældent, at leverandøren kræver aftalen gennemført.

### 10.2.2. Ophævelse

Leverandøren vil være berettiget til at hæve aftalen, hvis kundens betalingsforsinkelse medfører en væsentlig misligholdelse af aftalen. Det følger af kbl. § 28, at enhver forsinkelse anses for væsentlig i handelsforhold. Denne regel vil ikke gælde uden for købelovens anvendelsesområde, og det vil bero på en konkret vurdering, om forsinkelsen er hævebegrundende.

Se også *Iversen*, *Obligationsret 2*, s. 145. Også inden for købelovens anvendelsesområde er der blevet indfortolket modifikationer til reglen, jf. *Theilgaard, m.fl.*, *Købeloven*, s. 318 ff.

Det antages dog ofte, at forsinkelse med en betaling hurtigere bliver væsentlig end forsinkelse med andre typer af ydelser, da forsinkelsen bør kunne undgås af den, der både har vilje og evne til at betale, jf. *Iversen*, *Obligationsret 2*, s. 145. Ved væsentlighedsvurderingen skal der lægges vægt på forsinkelsesperiodens længde og på omfanget af den manglende betaling (størrelsen af det beløb, der mangler at blive betalt sat i forhold til det samlede beløb, der skal betales under kontrakten). Konsekvenserne af ophævelsen kan endvidere inddrages. Det vil typisk være byrdefuldt for kunden, hvis aftalen hæves. Det vil særligt gælde, hvis kunden allerede har brugt mange penge på udviklingen, eller hvis den planlagte ibrugtagning af systemet er forretnings-

Væsentligheds-  
vurderingen

kritisk for kunden. Konsekvensbetragtningerne må også inddrage de potentielle konsekvenser for leverandøren: Hvilken risiko påføres leverandøren ved at blive fastholdt i aftalen trods den manglende betaling fra kunden? Det er almindeligt antaget, at også betalerens subjektive forhold kan have betydning for væsentlighedsbedømmelsen. Skyldes den manglende betaling hverken manglende evne eller vilje til at betale men en forglemmelse eller i øvrigt en undskyldelig fejltagelse, kan dette inddrages i væsentlighedsvurderingen.

En ophævelse fra leverandørens side er sjælden, men at det forekommer, er Oslo tingretts dom af 27. september 2002 (Norske Systemarkitekter mod Intellicount og Altius, TOSLO-2001-11218)(\*) et eksempel på. Kunden havde betalt 820.000 NOK men nægtede at betale fakturaer for yderligere 1.520.000 NOK, hvorefter leverandøren hævdede aftalen. Retten fandt, at leverandøren havde været berettiget til yderligere betalinger (men kun ca. en tredjedel af de krævede 1.520.000 NOK) og derfor havde ret til at hæve aftalen.

Se også om væsentlighedsvurderingen ved betalingsforsinkelse *Iversen*, *Obligationsret 2*, s. 145 og *Bryde Andersen & Lookofsky*, *Lærebog i obligationsret*, s. 364 ff.

Hel eller delvis  
ophævelse

Betalingen i udviklingsprojekter vil ofte falde i rater knyttet til forskellige milepæle i projektet. Dette rejser spørgsmålet, om væsentlig misligholdelse med en delbetaling kun giver leverandøren ret til at hæve den del af projektet, der er knyttet til den pågældende delbetaling, eller om leverandøren også er berettiget til at hæve øvrige dele af aftalen. Efter det obligationsretlige udgangspunkt, der også kommer til udtryk i kbl. § 22, kan sælgeren kun hæve for den delleverance, som ikke betales rettidigt, medmindre der er en sådan indbyrdes sammenhæng mellem leverancerne, at det kan begrunde en samlet ophævelse. Når de forskellige faser af udviklingsprojektet er indbyrdes forbundne og successivt leder frem til afleveringen og ibrugtagningen af det samlede system, vil leverandøren være berettiget til at hæve den samlede aftale, hvis kunden væsentligt misligholder sin betalingsforpligtelse under en delleverance. Det er dog en yderligere forudsætning for at foretage en samlet ophævelse, at betalingsmisligholdelsen er væsentlig i forhold til den samlede aftale. Misligholdelse af betaling af et beløb,

der er ubetydeligt i forhold til kontraktsummen i sin helhed, kan derfor ikke begrunde en samlet ophævelse af aftalen. Hertil må dog gøres en undtagelse, hvis den manglende betaling er udtryk for manglende betalingssevne hos kunden. I så fald vil ofte foreligge anticiperet misligholdelse af de fremtidige betalingsforpligtelser, der berettiger leverandøren til at hæve den samlede aftale. Ofte er en manglende betaling udtryk for manglende betalingsvilje hos kunden, eksempelvis fordi parterne er uenige om, hvorvidt betingelserne for betaling er opfyldt. Er dette tilfældet, kan det selvsagt ikke lægges til grund, at kunden ikke vil være i stand til at betale fremtidige ydelser. I så fald foreligger anticiperet misligholdelse kun, hvis kundens manglende betalingsvilje gør det overvejende sandsynligt, at kunden heller ikke vil betale fremtidige ydelser. Kundens – uberettigede – ophævelse er et eksempel herpå. Kunden kan eventuelt vælge at deponere det omstridte beløb for at dokumentere sin betalingssevne.

Leverandøren kan næppe vælge kun at hæve en del af aftalen, når leverancerne er indbyrdes forbundne, hvis de delleverancer, leverandøren vil fastholde, er værdiløse for kunden uden de ophævede delleverancer. I praksis vil leverandøren derfor ofte kun kunne foretage en ophævelse af den samlede aftale, hvilket som nævnt forudsætter, at betalingsforsinkelsen er væsentlig i forhold til den samlede aftale, eller at der foreligger en væsentlig anticiperet misligholdelse af den samlede aftale. Foreligger alene væsentlig misligholdelse af den enkelte delbetaling, må leverandøren lade sig nøje med de øvrige misligholdelsesbeføjelser, det vil navnlig sige krav på renter og eventuelt yderligere erstatning, hvis der kan dokumenteres yderligere tab.

Foretager kunden en uberettiget ophævelse af aftalen, udgør dette en væsentlig misligholdelse, da kunden med den uberettigede ophævelse tilkendegiver ikke at ville opfylde sine forpligtelser under aftalen, jf. ovenfor.

I mange tilfælde vil leverandørens mulighed for ophævelse være særskilt reguleret i aftalen. Det følger af alle K-kontrakterne, at leverandøren først kan hæve aftalen i tilfælde af kundens betalingsmisligholdelse, hvis leverandøren har afgivet et påkrav, og kunden herefter ikke har betalt inden for 40 arbejdsdage, jf. K01, pkt. 17, K02, pkt. 19, og K03, pkt. 27.1. Bestemmelsen i K02 har følgende ordlyd (pkt. 19, 2. afsnit):

Kundens  
uberettigede  
ophævelse

Aftaleregulering

Leverandøren er endvidere berettiget til at ophæve Kontrakten for så vidt angår bestemte ydelser, såfremt Leverandøren over for Kunden har afgivet påkrav ved Meddelelse om, dels at Kunden på nærmere specificeret måde har misligholdt sine betalingsforpligtelser vedrørende de pågældende ydelser, dels at manglende betaling inden 40 Arbejdsdage vil medføre, at Kontrakten ophæves for så vidt angår disse ydelser, og såfremt Kunden ikke har opfyldt sine betalingsforpligtelser inden fristens udløb.

Kunden har således 40 arbejdsdage til at betale, før leverandøren kan hæve aftalen. Dette kan ikke antages at gælde, hvis kunden har foretaget en uberettiget ophævelse. Afgrænsningen af ophævelsen til "bestemte ydelser" indebærer, at leverandøren kun kan hæve de ydelser, som den misligholdte betaling knytter sig til. Skal systemet eksempelvis leveres i delfaser, og afviser kunden at betale for den tredje del fase, kan leverandøren ikke hæve leverancerne under de to første delfaser, hvis disse er betalt rettidigt.

Muligvis anderledes *Dragsted m.fl.*, K02 med kommentarer, s. 343, der angiver, at kontrakten kun giver leverandøren mulighed for fuld ophævelse men ikke for delvis ophævelse.

Bestemmelsen kan give anledning til usikkerhed, når betalingen – som det ofte vil være tilfældet – er opdelt i rater men knytter sig til en samlet leverance. Skal en procentdel af købesummen eksempelvis betales ved godkendelse af overtagelsesprøven, vil denne del af betalingen ikke være knyttet til en bestemt del af ydelsen, og leverandøren vil formentlig kunne hæve den samlede aftale, hvis der ikke sker betaling til tiden og ophævelsesbetingelserne i øvrigt er opfyldt. Spørgsmålet er mere udtrykkeligt reguleret i K03, pkt. 27.1, hvorefter leverandøren er berettiget til at hæve den konkrete delleverance og alle efterfølgende delleverancer.

De ovenstående bemærkninger har knyttet sig til betalingsforsinkelse. Som anført ovenfor, kan kundens manglende overholdelse af sekundære forpligtelser udløse misligholdelsesbeføjelser. I de fleste tilfælde vil kundens manglende medvirken ikke i sig selv give leverandøren ret til at hæve aftalen. Som anført ovenfor, består kundens betalingsforpligtelse i tilfælde af fordringshavermora. Såfremt kunden ved-

Misligholdelse af sekundære forpligtelser – fordringshavermora



bliver at betale i overensstemmelse med betalingsplanen, uanset leverandøren ikke leverer sine ydelser som følge af fordringshavermoraen, har leverandøren sjældent behov for at hæve aftalen, og fordringshavermora vil i denne situation ikke i sig selv være væsentlig misligholdelse. Undlader kunden at betale, vil der foreligge misligholdelse af betalingsforpligtelsen, og ophævelsen kan da ske efter reglerne om betalingsforsinkelse, jf. ovenfor.

Kundens fordringshavermora kan dog i nogle tilfælde tænkes i sig selv at give leverandøren hæveadgang. Dette vil navnlig være tilfældet, hvis parternes aftale afskærer leverandøren fra at kræve betaling i tilfælde af fordringshavermora, men vil også kunne forekomme, hvis kunden har betalt den fulde kontraktsum. I disse tilfælde vil der være en grænse for, hvor længe leverandøren skal afvente kundens medvirken og dermed vedblive at allokere ressourcer til projektet.

Tilsvarende *Hagstrøm*, Obligationsrett, s. 636 f.

Det følger af kbl. § 28, stk. 2, at sælgeren ikke kan hæve et køb, efter salgsgenstanden er overgivet til køber, medmindre sælgeren har taget ejendomsforbehold. Reglen beskytter køberens øvrige kreditorer, og da dette beskyttelsesbehov er det samme for salg uden for købelovens anvendelsesområde, må reglen antages at have karakter af en almindelig obligationsretlig grundsætning.

Bortfald af hæveadgang efter overgivelse af systemet

Se i samme retning om den tilsvarende norske regel, *Hagstrøm*, Obligationsret, s. 447.

Det kan forekomme unødigt formalistisk at afskære leverandøren fra at hæve, hvis der ikke er risiko for kundens konkurs, f.eks. hvor kunden er en offentlig myndighed, og hvor der derfor ikke er risiko for, at en ophævelse begunstiger leverandøren på bekostning af andre kreditorer. Problemstillingen har dog næppe praktisk relevans, dels fordi leverandøren meget sjældent hæver en aftale, dels fordi leverandøren vil kunne indtale og gennemføre et betalingskrav mod kunden, når denne ikke har økonomiske problemer. Den manglende hævemulighed fratager dog leverandøren et pressionsmiddel i parternes forhandlinger. Leverandøren mister først sin hæveadgang, når systemet er

overgivet til kunden. Dette må forudsætte, at systemet er stillet til rådighed på en måde, så kunden kan tage det i brug. Det vil være tilfældet ved en godkendt overtagelsesprøve, hvorimod en overgivelse i forbindelse med overtagelsesprøvens gennemførelse ikke kan medføre, at hæveadgangen fortabes, idet kunden normalt først kan tage systemet i brug, når overtagelsesprøven er godkendt.

*Nørager-Nielsen* antager ligeledes, at leverandøren som udgangspunkt er afskåret fra at hæve, når systemet er overgivet til kunden, Edb-kontrakter, s. 261.

### 10.2.3. Erstatning

Såfremt kundens misligholdelse påfører leverandøren tab, kan disse kræves erstattet, når de almindelige erstatningsbetingelser er opfyldt, herunder, at der består et ansvarsgrundlag, og at leverandøren er i stand til at dokumentere et kausalt og adækvat økonomisk tab.

#### 10.2.3.1. Ansvarsgrundlag

Kundens misligholdelse vil være undergivet et culpaansvar, som dog er et skærpet culpaansvar, grænsende til et objektiveret ansvar, jf. *Bryde Andersen & Lookofsky*, Lærebog i obligationsret, s. 397. Der skal derfor særlige omstændigheder til, før kundens manglende betaling ikke er ansvarspådragende. Når en elektronisk betalingsoverførsel eksempelvis ikke frem som følge af fejl i den del af betalingssystemet, der ligger uden for kundens kontrol, vil kunden ikke være erstatningsansvarlig herfor, men kunden vil være forpligtet til at genfremsende betalingen, så snart kunden bliver opmærksom på den manglende fremkomst.

Såfremt kunden misligholder andre forpligtelser end betalingsforpligtelsen, vil en tilsvarende skærpelse af culpavurderingen ikke gælde.

Det vil være culpøst, hvis kunden foretager en uberettiget ophævelse af aftalen, uanset om der har bestået en reel fortolknings tvivl, eller sagens faktiske omstændigheder har gjort det tvivlsomt, om kunden var berettiget til at hæve. Kunden må selv påtage sig standpunktrisikoen ved at hæve aftalen.

Tilsvarende *Nørager-Nielsen*, Edb-kontrakter, s. 142 f. og s. 249.

### 10.2.3.2. Kausalitet og adækvans

Det grundlæggende krav om kausalitet indebærer, at leverandøren kun kan få dækket tab, såfremt der er årsagssammenhæng mellem kundens misligholdelse og leverandørens tab. Det vil bero på en konkret vurdering, om der foreligger den fornødne kausalitet. Navnlig når leverandøren hæver aftalen, vil der for en lang række tab ikke være tvivl om, at kausalitetskravet er opfyldt. Bevisbyrden kan være vanskeligere at løfte for leverandøren, når leverandøren vil kræve erstatning som følge af kundens manglende medvirken i situation, hvor aftalen fastholdes.

Såfremt omstændigheder, der har påført leverandøren ekstra omkostninger, skyldes en kombination af leverandørens og kundens forhold, gælder samme princip, som når kombinerede forhold forårsager tab hos kunden, jf. ovenfor. Såfremt leverandørens egne forhold er den altovervejende årsag, foreligger således ingen misligholdelse fra kundens side. Såfremt kundens forhold spiller en sådan rolle, at der foreligger misligholdelse, men således, at også leverandørens forhold har haft betydning, kan der ske en reduktion af erstatningen ud fra egen skylds-betragtninger.

Det vil oftere være tvivlsomt, om et tab kan betegnes som adækvat. Hvad der nærmere ligger i adækvanskravet har været genstand for betydelige drøftelser i den erstatningsretlige litteratur, jf. henvisningerne til speciallitteraturen afsnit 9.2.4 ovenfor. Som anført dér, må det formentlig (stadig) kunne lægges til grund, at adækvansvurderingen tager udgangspunkt i, hvorvidt tabet var påregneligt for skadevolderen. Vurderingen må tage udgangspunkt i de forskellige typer af tab, som leverandøren gør gældende. Hæver leverandøren aftalen, vil den mistede avance herved normalt være et adækvat tab. Det samme vil gælde de umiddelbare omkostninger, som leverandøren påføres ved kundens misligholdelse, herunder eksempelvis leverandørens ekstra timeforbrug og ekstra udgifter til tredjepartslicenser som følge af en forsinkelse i projektet. Derimod må leverandørens tabte avance på

andre projekter, som en forsinkelse eksempelvis hindrer leverandøren i at byde på, som udgangspunkt være inædakvate.

Se nærmere om adækvansvurderingen i kontraktforhold *Iversen*, Erstatningsberegning i kontraktforhold, s. 107 ff.

Som beskrevet nedenfor i afsnit 10.3.3, vil udviklingsaftalen ofte indeholde en ansvarsfritagelse for indirekte tab. I en række tilfælde, hvor adækvansvurderingen kan være vanskelig, vil erstatningskravet have karakter af et indirekte tab og derfor allerede kunne afvises med henvisning til ansvarsbegrænsningsbestemmelsen.

#### 10.2.3.3. Tabsopgørelsen

Leverandøren vil sjældent kunne dokumentere et erstatningsberettiget tab ved kundens betalingsforsinkelse ud over det rentetab, der dækkes af de ovenfor beskrevne regler om morarente. Dette følger af det erstatningsretlige udgangspunkt om, at pengekreditor selv må bære risikoen for pengemangel.

Det gælder dog kun, når aftalen opretholdes. Fører betalingsforsinkelsen eller kundens misligholdelse i øvrigt til, at leverandøren hæver aftalen, vil leverandøren kunne kræve tab forbundet hermed dækket efter reglerne om negativ kontraktsinteresse eller positiv opfyldelsesinteresse.

Negativ kontraktsinteresse skal stille leverandøren, som om aftalen ikke var indgået. Leverandøren kan i denne situation kræve alle afholdte udgifter under aftalen dækket men kan til gengæld ikke kræve tabt avance dækket. Leverandøren vil derfor normalt kræve negativ kontraktsinteresse, når leverandørens afholdte omkostninger overstiger avancen ved projektets gennemførelse og omvendt positiv opfyldelsesinteresse, når avancen overstiger de afholdte omkostninger.

Et særligt spørgsmål er, om leverandøren kan kræve erstatning for det ekstra timeforbrug, som kundens misligholdelse måtte have forårsaget. Som beskrevet ovenfor i afsnit 9.2.4, må det lægges til grund, at kundens interne timeforbrug har karakter af et erstatningsberettiget tab, og det vil tilsvarende gælde for leverandøren. Ved tabsopgørelsen vil leverandøren kunne anvende sine udfakturerede timepriser, hvis

leverandøren er i stand til at dokumentere, at de tabte timer kunne være solgt til anden side.

Nogle kontrakter indeholder en eksplicit ansvarsfraskrivelse for tabt avance. I så fald, vil leverandøren ikke kunne anvende en avancebaseret timepris, jf. nedenfor om kundens ansvarsbegrænsning.

I andre situationer må leverandøren opgøre tabet baseret på en intern (omkostningsbestemt) timepris. Såfremt aftalen ikke er en fast pris-aftale men leverandøren betales efter medgået tid, kan leverandøren dog opgøre sin tabte avance på baggrund af en avancebaseret timepris.

Se også om tabsopgørelsen for internt tidsforbrug *Udsen*, U.2015B.249 ff. (s. 256 f.).

#### 10.2.4. Leverandørens ret til at tilbageholde sine ydelser

Den obligationsretlige samtidighedsgrundsætning indebærer, at en part kan tilbageholde sine ydelser, hvis ikke den anden part præsterer sine ydelser.

Se generelt om tilbageholdsret *Iversen*, *Obligationsret 2*, s. 107 ff.

Det kan have betydelige konsekvenser, hvis leverandøren helt eller delvist standser et udviklingsprojekt, og det er heller ikke sædvanligt, at leverandøren tager dette skridt.

Uanset, at en midlertidig standsning af projektet kan være indgribende, vil leverandøren være berettiget til at udøve standsningsret, hvis kunden ikke betaler som aftalt.

Tilsvarende *Nørager-Nielsen*, *Edb-kontrakter*, s. 250 og *Iversen*, *Entreprisesretten*, s. 537 (om entreprenørens standsningsret).

Dette forudsætter dog, at leverandøren forinden har reklameret over den manglende betaling og således givet kunden mulighed for at betale. Herefter vil der ikke være vægtige hensyn at tage til kunden. Hvis kunden ikke kan betale, er der en oplagt risiko for, at leverandøren vil lide tab ved at fortsætte udviklingen. Hvis kunden ikke vil

betale, må kunden selv påtage sig standpunktsrisikoen herved. Denne standpunktsrisiko går dog begge veje. Viser det sig efterfølgende, at kundens tilbageholdelse af betalingen var berettiget, vil leverandørens tilbageholdelse af sine ydelser være uberettiget, og leverandøren vil blive ansvarlig for de tab, der er opstået herved. Uberettiget udøvelse af standsningsretten vil gøre leverandøren erstatningsansvarlig på objektivi grundlag, jf. *Iversen*, Obligationsret 2, s. 116.

Det kan overvejes, om kunden kan fratage leverandøren sin standsningsret ved at deponere det omtvistede beløb eller stille en bankgaranti for derved at dokumentere betalingsevne. Henset til, at en efterfølgende retlig tvist mellem parterne erfaringsmæssigt kan trække ud i meget lang tid, kan leverandørens standsningsret næppe bortfalde i denne situation, medmindre parternes aftale indeholder en bestemmelse herom.

*Iversen* antager, at der muligvis kan opstilles en regel om, at realdebitor er forpligtet til at udlevere kontraktgenstanden, hvis realkreditor stiller sikkerhed for betalingen, jf. Obligationsret 2, s. 112.

I lyset af de betydelige konsekvenser, som en standsning af projektet kan have, bør leverandøren normalt ikke kunne udøve standsningsret som følge af kundens manglende overholdelse af sekundære pligter. I praksis kan kundens manglende medvirken indebære, at leverandøren ikke kan levere sine ydelser som aftalt, men leverandøren må bestræbe sig herpå og kræve erstatning for eventuelle ekstraomkostninger.

Ingen af K-kontrakterne indeholder en regulering af leverandørens tilbageholdsret.

### 10.3. Bortfald af misligholdelsesbeføjelser

Leverandørens adgang til at gøre misligholdelsesbeføjelser gældende kan bortfalde af forskellige grunde, herunder manglende reklamation, efterfølgende betaling og aftalte ansvarsbegrænsninger i misligholdelsesbeføjelserne.

#### 10.3.1. Manglende reklamation

Som anført i afsnit 9.3.1 ovenfor, gælder der en generel reklamationspligt for den kontraktpart, der vil gøre misligholdelse gældende. Leve-

randøren må derfor reklamere inden for rimelig tid, hvis leverandøren mener, at kunden er i forsinkelse med sine betalinger. Også ved betalingsforsinkelse må der foretages en konkret vurdering af, hvorvidt der er reklameret inden for "rimelig tid".

Et særligt spørgsmål er, om leverandøren kan afvente, at betalingsforsinkelsen bliver væsentlig og først derefter reklamere over for kunden med krav om ophævelse. Obligationsretten stiller som udgangspunkt ikke krav om, at sælgeren skal advare køberen om, at en fortsat manglende betaling kan medføre ophævelse af aftalen, jf. *Iversen*, Obligationsretten 2, s. 150. Svæver køberen i en vildfarelse om betalingsforsinkelsen, og er sælgeren klar over dette, følger det dog formentlig af loyalitetshensyn, at sælgeren må bringe køberen ud af vildfarelsen.

I udviklingsaftaler vil der ofte være aftalt særlige regler om reklamation og påkrav mellem parterne, jf. ovenfor om reguleringen i K-kontrakterne, hvorefter leverandørens ophævelse forudsætter påkrav og fortsat manglende betaling efter 40 arbejdsdage. Denne kontraktpraksis er så udbredt, at den formentlig har karakter af en branchesædvane, hvorefter leverandøren må give kunden en rimelig frist til at betale, inden en udviklingsaftale kan hæves. Værdispildsbetragtninger og de betydelige gener, der i øvrigt kan være forbundet med ophævelse af et udviklingsprojekt, tilsiger også dette resultat, som derfor må gælde også uden særskilt aftale.

*Nørager-Nielsen* antager tilsvarende, at leverandøren må afgive påkrav før ophævelse, Edb-kontrakter, s. 260.

Har kunden klart tilkendegivet ikke at ville betale, kan leverandøren formentlig hæve uden først at give kunden en afhjælpningsfrist. Dette vil navnlig være tilfældet, hvis kunden uberettiget hæver aftalen. En part har generelt ikke pligt til at gøre indsigelse mod en uberettiget ophævelse, jf. *Iversen*, Obligationsret 2, s. 132.

### 10.3.2. Kundens efterfølgende betaling

Det er efter den almindelige obligationsret tvivlsomt, om sælgeren kan hæve en aftale som følge af væsentlig betalingsforsinkelse, hvis køberen betaler, inden sælgeren afgiver meddelelse om ophævelse. Den

overvejende opfattelse er nok, at sælgeren bevarer sin hæveadgang, i hvert fald når sælgeren afviser betalingen og straks efter modtagelsen hæver aftalen.

Se *Bryde Andersen & Lookofsky*, Lærebog i obligationsret, s. 363 og *Iversen*, Obligationsret 2, s. 151.

Som nævnt lige ovenfor, vil det ofte fremgå af udviklingsaftalen, at leverandøren først kan hæve efter at have givet kunden en frist til at betale forfaldne beløb. Overskrider kunden herefter denne frist, må det obligationsretlige udgangspunkt gælde. Betaler kunden efter fristens udløb, men inden leverandøren gør ophævelse gældende, vil leverandøren derfor som udgangspunkt kunne afvise betalingen og hæve.

### 10.3.3. Ansvarsbegrænsnings- og ansvarsfraskrivelsesbestemmelser

Det er sædvanligt, at udviklingsaftalens ansvarsbegrænsningsbestemmelser gælder for både kunden og leverandøren. Som beskrevet ovenfor, vil en parts erstatningsansvar i udviklingsaftaler typisk være begrænset til kontraktsummen. Begrænsningen kan få relevans i ophævelsessituationer, hvis leverandørens afholdte omkostninger overstiger den samlede kontraktsum, og leverandøren kræver negativ kontraktinteresse.

Ansvarsbegrænsningsbestemmelsen vil normalt også indeholde en fraskrivelse af ansvaret for indirekte tab. Leverandørens avancetab vil have karakter af et direkte tab. Der er en umiddelbar og direkte sammenhæng mellem kundens misligholdelse og leverandørens mistede avance ved den manglende gennemførelse af projektet. En ansvarsfraskrivelse for indirekte tab vil derfor normalt ikke omfatte leverandørens avancetab.

Dette vil dog ikke gælde leverandørens krav på erstatning for mistet avance på andre aftaler, som leverandøren kunne have indgået i stedet for aftalen med kunden. Denne type tab vil endvidere normalt være inadækvate.

Det er imidlertid ikke usædvanligt, at bestemmelsen udtrykkeligt fraskriver ansvaret for tabt avance. Dette kan i realiteten indebære, at



leverandøren ikke kan gøre positiv opfyldelsesinteresse gældende, da tabt avance vil være leverandørens primære tab, når der kræves positiv opfyldelsesinteresse. Det er vidtgående på denne vis at afskære leverandøren fra at kræve positiv opfyldelsesinteresse, og det kan heller ikke udelukkes, at formålet med en sådan bestemmelse alene har været at afskære kunden fra at gøre sit avancetab gældende over for leverandøren. Kundens avancetab ved ikke at kunne benytte systemet som forudsat i aftalen vil normalt være et indirekte tab, jf. herved *Iversen*, Erstatningsberegning i kontraktsforhold, s. 371. Såfremt bestemmelsen ikke sonderer mellem kundens og leverandørens avancetab, må udgangspunktet dog være, at fraskrivelsen gælder for både kunden og leverandøren, medmindre leverandøren er i stand til at sandsynliggøre, at formålet alene har været at fraskrive leverandørens ansvar for kundens avancetab. I lyset af de ovenstående bemærkninger, skal der næppe meget til, før domstolene anser det for sandsynliggjort, at formålet med bestemmelsen ikke har været at lade leverandørens tabte avance være omfattet af ansvarsfraskrivelsen.

Ansvarsbegrænsningsbestemmelsen i K-kontrakterne (K01, pkt. 18, K02, pkt. 21, og K03, pkt. 29) fraskriver ansvaret for driftstab, følgeskader og andre indirekte tab. Dette vil ikke omfatte leverandørens avancetab.

Som beskrevet i afsnit 9.3.4 ovenfor, tilsidesættes en ansvarsbegrænsningsbestemmelse ved forsætlig misligholdelse. Det rejser spørgsmålet, om kundens uberettigede ophævelse, jf. afsnit 10.1.3 ovenfor, skal sidestilles med en forsætlig misligholdelse, der indebærer, at leverandørens erstatningskrav ikke er underlagt aftalens ansvarsbegrænsningsbestemmelser. Som udgangspunkt må kunden påtage sig standpunktsrisikoen ved med fuldt overlæg uberettiget at hæve aftalen. Dette taler for at betragte kundens misligholdelse som forsætlig og dermed undtaget fra ansvarsbegrænsningen. I mange tilfælde kan det dog være vanskeligt at vurdere, om ophævelsen er berettiget, og særligt hvis denne usikkerhed helt eller delvist kan tilregnes leverandøren, f.eks. fordi denne ikke har oplyst alle forhold omkring leveranceproblemerne, kan den uberettigede ophævelse næppe sidestilles med forsætlig misligholdelse fra kundens side.

Uberettiget  
ophævelse

### 10.3.4. Annullation

Som anført i afsnit 9.3.8 ovenfor, indebærer en annullation, at modparten ikke kan kræve aftalen gennemført men alene kan kræve erstatning for sit tab ved, at aftalen ikke gennemføres.

Se generelt om annullation *Iversen*, *Obligationsret 2*, s. 81 ff. og *Hagstrøm*, *Obligationsret*, s. 248 ff.

Som anført i afsnit 9.3.8 ovenfor, anvendes annullationsbegrebet nogle gange om den situation, hvor en aftalepart kan frigøre sig fra aftalen, uden at det udløser misligholdelsesvirkninger, se eksempelvis om denne brug af begrebet *Dragsted*, *IT-kontrakter I*, s. 30 og K02, pkt. 22.

Det er ikke afklaret, i hvilket omfang der gælder en annullationsret efter den almindelige obligationsret. Det er dog almindeligt antaget i entrepriseretten, at bygherren har en annullationsret, og noget tilsvarende gælder formentlig andre former for værksleje, jf. *Iversen*, *Obligationsretten 2*, s. 83. På den baggrund vil kunden i et it-udviklingsprojekt formentlig også have adgang til at annullere aftalen mod at erstatte leverandørens tab forbundet med den manglende opfyldelse af aftalen. Leverandørens primære interesse i projektet er den forventede fortjeneste, og når leverandøren gennem erstatning økonomisk stilles, som om projektet var gennemført, er der ikke afgørende grunde, som taler mod at tillade kunden at annullere. Leverandøren kan have andre interesser i gennemførelsen af projektet, herunder den prestige og PR, som et vellykket projekt kan give, men hensynene hertil vejer ikke så tungt som hensynet til, at kunden ikke forpligtes til at gennemføre et projekt, som kunden ikke ønsker at gennemføre, og modtager er system, som kunden ikke ønsker.

*Nørager-Nielsen* antager tilsvarende, at kunden kan annullere aftalen, *Edb-kontrakter*, s. 259. Hverken K01 eller K02 regulerer adgangen til at annullere. Tilsvarende gælder K03, men da kunden har mulighed på ethvert tidspunkt at bringe aftalen til ophør med 20 arbejdsdages varsel mod betaling af et udtrædelsesvederlag, jf. pkt. 33.1, har kunden heller ikke praktisk behov herfor.

### 10.3.5. Afbestillingsret

Der antages at være en vis – om end begrænset – adgang til i særlige situationer at afbestille en ydelse, hvorved afbestilleren har adgang til at træde tilbage fra aftalen uden at betale erstatning. Antagelsen har bl.a. baggrund i nogle ældre domme (se f.eks. U.1920.848Ø om afbestilling af middag på restaurant og U.1940.530Ø om afbestilling af ophold i sommerpensionat).

Se om afbestillingsret *Bryde Andersen*, Grundlæggende aftaleret, s. 215 ff. og *Iversen*, Obligationsret 2, s. 61 ff.

På denne baggrund og med henvisning til en norsk afgørelse om kundens afbestillingsret i et it-projekt, antager *Nørager-Nielsen*, at kunden muligvis vil have en afbestillingsret mod betaling af rimeligt vederlag for allerede udført arbejde, såfremt afbestillingen foretages inden projektet er startet, eller hvor kun en mindre del af arbejdet er udført, Edb-kontrakter, s. 255.

Som anført hos *Bryde Andersen*, Grundlæggende aftaleret, s. 216, må den begrænsede afbestillingsret dog antages nemmere at kunne gøres gældende for dagligdagens småaftaler (frisørtider mv.), end for transaktioner af stor økonomisk betydning. Det ville være vidtgående at tildele kunden en generel afbestillingsret i et it-udviklingsprojekt, og det kan ikke antages, at kunden har en sådan ret uden særskilt aftalehjemmel.

Det skal dog også nævnes, at *Nørager-Nielsen* antager, at den anførte afbestillingsret kun tilkommer kunden i ganske særlige tilfælde uden dog at præcisere dette nærmere, Edb-kontrakter, s. 259.

I det omfang kunden skal have mulighed for at bringe aftalen til ophør uden at betale erstatning, må det ske med hjemmel i den almindelige forudsætningslære og dennes krav om, at der foreligger en svigtende eller bristende forudsætning, som var kendelig for leverandøren, og som leverandøren var nærmest til at bære risikoen for. Det vil i praksis sjældent være tilfældet, og bevisbyrden herfor påhviler kunden.

Ønsker kunden en egentlig afbestillingsret, må dette derfor reguleres i parternes aftale. Både K01 (pkt. 4) og K02 (pkt. 5.1) giver kun-

den adgang til at træde ud af aftalen i projektets indledende fase. I K03 gælder kundens udtrædelsesret i hele projektets løbetid, jf. pkt. 33.1. Da leverandøren påføres udgifter ved afbrydelsen af projektet og heller ikke vil få den forventede indtægt, giver bestemmelserne leverandøren ret til at kræve et særskilt vederlag for kundens udtræden. Vederlaget er fastsat på forhånd, og når flere leverandører byder på en opgave, kan størrelsen af udtrædelsesvederlaget indgå som et konkurrenceparameter.

Såfremt aftalen ikke hjemler en afbestillingsret, kan kunden vælge at annullere aftalen, hvilket imidlertid har karakter af en misligholdelse fra kundens side, jf. nærmere afsnit 10.3.4 ovenfor.

## 11. Databeskyttelsesretlige spørgsmål

Med databeskyttelsesforordningen er indført nye bestemmelser af betydning for it-systemudvikling, og nok lige så væsentligt, er der kommet større fokus på nogle af de allerede eksisterende databeskyttelsesretlige bestemmelser og forpligtelser. Det er ikke alle de relevante regler, der har betydning for selve aftalereguleringen af udviklingsprojektet (hvilket er genstanden for denne bog), og generelt spiller databeskyttelsesretten en større rolle i it-driftsaftaler end i udviklingsaftalerne. Uanset dette, gør den øgede fokus på databeskyttelse og forordningens nye regler det nærliggende kortfattet at beskrive udvalgte databeskyttelsesretlige spørgsmål knyttet til systemudviklingen.

De databeskyttelsesretlige regler bliver kun relevante, når der sker behandling af personoplysninger i systemet, hvilket dog meget ofte også er tilfældet.

For disse spørgsmål kan der grundlæggende sondres mellem den behandling af personoplysninger, som sker i systemet, og en eventuel behandling af personoplysninger som led i udviklingen af systemet. De tre emner, der behandles i afsnit 11.1-3 (databeskyttelse gennem design, konsekvensanalyse og brug af personoplysninger i test), er knyttet til brugen af personoplysninger som led i udviklingen. De indholdsmæssige krav til systemet (afsnit 11.4) knytter sig til brugen af systemet, mens behandlingen af ansvarsspørgsmålene i afsnit 11.5 omfatter ansvaret for persondatakrænkelser i såvel udviklingsfasen som ved brugen af systemet.

Sondringen mellem behandlingen af personoplysninger i forbindelse med systemudviklingen og ved den efterfølgende brug af systemet har også betydning for aftalereguleringen af de databeskyttelsesretlige spørgsmål, og parterne bør være sig denne sontring bevidst. En kontraktuel regulering, der alene forholder sig til, om "systemet" lever op til de databeskyttelsesretlige regler, forholder sig således ikke til leverandørens eventuelle behandling af personoplysninger som led i udviklingen. Foreskriver aftalen, at "leverandørens ydelser" skal leve op til de databeskyttelsesretlige regler (og andre lovregler), vil den formulering i et vist omfang også kunne omfatte brug af personoplysninger som led i udviklingsarbejdet, da dette arbejde, f.eks. aftestning, kan være en del af leverandørens ydelser. En sådan generel regulering vil dog ikke være tilstrækkelig, hvis der eksempelvis etableres en databehandlersituation som led i udviklingsarbejdet. Er der en forventning om, at leverandøren som led i udviklingsarbejdet, f.eks. i forbindelse med aftestning som nærmere beskrevet i afsnit 11.3, i øvrigt skal behandle personoplysninger på vegne af kunden, må aftalen derfor forholde sig hertil.

K01 (pkt. 21) og K02 (pkt. 17.8) angiver kun mere generelt, at leverandørens ydelser skal overholde relevante præceptive lovregler, mens K03 i pkt. 24 indeholder en egentlig regulering af leverandørens behandling af personoplysninger som led i "udførelsen" af sine ydelser. Denne regulering fastslår, at leverandøren har ansvaret for at overholde de databeskyttelsesretlige regler ved udførelsen af sine ydelser, og at leverandøren har status af databehandler, som handler efter instruks fra kunden. Den norske SSA-T indeholder i pkt. 9.3 tilsvarende en regulering af den situation, hvor leverandøren behandler personoplysninger som led i "udførelsen af tjenesten". Bestemmelsen forpligter leverandøren til nærmere at beskrive, hvordan behandlingen af personoplysninger vil finde sted, og hvordan leverandøren vil sikre, at det sker i overensstemmelse med de databeskyttelsesretlige regler. Bestemmelsen foreskriver endvidere, at såfremt leverandøren skal behandle personoplysninger på vegne af kunden, skal parterne indgå en databehandleraftale.

Kunden skal være opmærksom på, at en bestemmelse, der forpligter leverandøren til at overholde de databeskyttelsesretlige regler som led i

udviklingsarbejdet (som eksempelvis de netop nævnte bestemmelser i K03 og SSA-T), ikke nødvendigvis pålægger leverandøren ansvaret for, at systemets behandling af personoplysninger lever op til reglerne. Se herom afsnit 4.1.5 ovenfor (og om databeskyttelsesretlige indholdskrav afsnit 11.4 nedenfor).

### 11.1. Databeskyttelse gennem design

Forordningens art. 25, stk. 1, introducerer princippet om databeskyttelse gennem design (“data protection by design”). Bestemmelsen har følgende (ganske svært tilgængelige) ordlyd:

Under hensyntagen til det aktuelle tekniske niveau, implementeringsomkostningerne og den pågældende behandlings karakter, omfang, sammenhæng og formål samt risiciene af varierende sandsynlighed og alvor for fysiske personers rettigheder og frihedsrettigheder, som behandlingen indebærer, gennemfører den dataansvarlige både på tidspunktet for fastlæggelse af midlerne til behandling og på tidspunktet for selve behandlingen passende tekniske og organisatoriske foranstaltninger, såsom pseudonymisering, som er designet med henblik på effektiv implementering af databeskyttelsesprincipper, såsom dataminimering, og med henblik på integrering af de fornødne garantier i behandlingen for at opfylde kravene i denne forordning og beskytte de registreredes rettigheder.

Den bærende tanke i princippet er, at databeskyttelsen skal tænkes ind i systemdesignet fra start af. Der er mange eksempler på, at it-systemer er blevet udviklet uden blik for de databeskyttelsesretlige regler. Det har i nogle tilfælde medført, at systemet ikke var lovligt og måtte ændres med både forsinkelser og omkostninger til følge. I andre tilfælde har konsekvensen været, at systemet ikke har understøttet databeskyttelsen så effektivt, som det kunne være sket, hvis databeskyttelsen var tænkt ind i løsningen fra start af.

Princippet om databeskyttelse gennem design tager navnlig sigte på udvikling af it-systemer, men art. 25 er ikke begrænset til systemudvikling, og udvikling af eksempelvis forretningsgange og procedurer i en organisation kan også være underlagt kravet om databeskyttelse gennem design, således at databeskyttelsen skal tænkes

ind fra start, når udarbejdelsen af sådanne procedurer mv. påbegyndes.

Forpligtelserne efter art. 25 retter sig mod den dataansvarlige. I et it-udviklingsprojekt vil kunden være den dataansvarlige, eftersom systemet udvikles på baggrund af kundens anvisninger og til brug for kundens efterfølgende behandling af personoplysninger i systemet. Da leverandøren ikke skal være bruger af systemet, og derfor heller ikke skal forestå behandlingen af personoplysninger gennem systemet, kan leverandøren hverken blive selvstændig dataansvarlig eller delt dataansvarlig med kunden.

Pligten påhviler kunden

Dette indebærer også, at art. 25, stk. 1, ikke finder anvendelse ved udvikling af standardsoftware. Producenten er af de netop anførte grunde ikke dataansvarlig, og licenstagere er ikke involveret i udviklingen af programmet og kan selvsagt ikke holdes ansvarlig for de valg, som producenten træffer i sin udvikling af programmet. Derimod vil licenstagere i sit valg af program bl.a. skulle tage højde for, om programmet gennem sit design giver en tilstrækkelig persondatabeskyttelse, jf. herved det generelle krav om "passende tekniske og organisatoriske foranstaltninger" i art. 24, stk. 1.

Standardsoftware

Såfremt udviklingsprojektet sker gennem tilpasninger af standardsoftware, vil tilpasningerne være omfattet af art. 25, stk. 1, og formentlig på en sådan måde, at det samlede program skal leve op til kravene efter art. 25.

Bestemmelsen pålægger således kunden en forpligtelse til at overveje og tage højde for de databeskyttelsesretlige krav på et tidligt stadium i udviklingen af nye systemer (i betænkning 1565/2017 benævnt en "overvejselsforpligtelse"). De retlige konsekvenser af denne forpligtelse er nok begrænsede. Hvis systemet i sidste ende lever op til databeskyttelseskravene, er det vanskeligt at forestille sig, at kunden i praksis holdes ansvarlig, fordi dette først er sikret i løbet af udviklingsprocessen.

Overvejselspligt

Bestemmelsen kan dog også påvirke kravene til indholdet af systemet (se generelt også om indholds krav afsnit 11.4 nedenfor). I betænkning 1565/2017, s. 417, anføres således, at bestemmelsen indebærer en pligt for den dataansvarlige til at inddrage tiltag, der konkret

Indholds krav

fremmer en effektiv implementering af forordningens databeskyttelsesprincipper i art. 5 og dens øvrige regler (i betænkningen benævnt en "håndteringsforpligtelse"). I betænkningen anføres eksempelvis, at det kan være i strid med art. 25, hvis systemet designes på en måde, der ikke giver mulighed for at imødekomme de registreredes ret til indsigt efter art. 15.

Løbende  
justeringer

Såfremt systemdesignet løbende justeres i udviklingsprocessen, hvilket i særlig grad kan gøre sig gældende ved agil udvikling, må kunden løbende forholde sig til, om kravene efter art. 25 er opfyldt.

Det kontraktuelle  
forhold mellem  
kunden og  
leverandøren

Leverandøren har som nævnt ingen forpligtelser under art. 25, men i det omfang bestemmelsen medfører indholds krav til systemet, kan bestemmelsen få betydning i det kontraktuelle forhold mellem kunden og leverandøren, hvis leverandøren i inter partes-forholdet har påtaget sig ansvaret for systemets overholdelse af de databeskyttelsesretlige regler. Derimod kan det ikke antages, at leverandøren i inter partes-forholdet har ansvaret for, at systemdesignet overholder de krav, der følger af princippet om databeskyttelse gennem design efter art. 25, stk. 1, hvis ikke dette er særskilt aftalt mellem parterne. Resultatet følger af, hvad der i afsnit 4.1.5 ovenfor generelt er anført om ansvaret for overholdelse af lovkrav. Det understøttes endvidere af, at kravet om databeskyttelse gennem design ikke ubetinget skal opfyldes gennem systemdesign men også kan opfyldes gennem organisatoriske foranstaltninger. Det er således muligt, at en manglende beskyttelse i systemdesignet imødegås ved en intern organisatorisk proces hos kunden. Hvilke behov systemdesignet skal opfylde, kan derfor ofte kun vurderes med indsigt i kundens interne processer. En indsigt, som det ikke kan forventes, at leverandøren besidder. Leverandøren bør dog loyalt oplyse kunden, hvis leverandøren ikke mener, at kunden er opmærksom på kravet om databeskyttelse gennem design og derfor ikke har tænkt det ind i sin kravspecifikation.

## 11.2. Konsekvensanalyse (DPIA)

Forordningens art. 35 pålægger den dataansvarlige en forpligtelse til at foretage en konsekvensanalyse, inden en behandling af personoplysninger igangsættes, når behandlingen vurderes at udgøre en særlig høj risiko for den registrerede. Tanken er, at den dataansvarlige i disse situ-



ationer først skal vurdere risikoen ved behandlingen og de foranstaltninger, der kan iværksættes for at imødegå de identificerede risici.

Betegnelsen "DPIA" anvendes ofte som synonym for konsekvensanalyse. Betegnelsen er en forkortelse af den engelsksproget betegnelse for konsekvensanalyse, "Data Protection Impact Assessment".

Forpligtelsen til at udarbejde en konsekvensanalyse og de nærmere kriterier for, hvornår en sådan forpligtelse gælder, følger af art. 35, stk. 1:

Hvis en type behandling, navnlig ved brug af nye teknologier og i medfør af sin karakter, omfang, sammenhæng og formål, sandsynligvis vil indebære en høj risiko for fysiske personers rettigheder og frihedsrettigheder, foretager den dataansvarlige forud for behandlingen en analyse af de påtænkte behandlingsaktiviteters konsekvenser for beskyttelse af personoplysninger. En enkelt analyse kan omfatte flere lignende behandlingsaktiviteter, der indebærer lignende høje risici.

I hvilke situationer er der pligt til at udarbejde konsekvensanalyse?

Pligten til at udarbejde en konsekvensanalyse indtræder således, når en påtænkt behandling sandsynligvis vil indebære en høj risiko for fysiske personers rettigheder og frihedsrettigheder. Dette krav indebærer, at der kun undtagelsesvist skal udarbejdes en konsekvensanalyse, inden en behandling begyndes.

Høj risiko for fysiske personers rettigheder og frihedsrettigheder

Det følger af bestemmelsen, at pligten navnlig gælder ved brug af nye teknologier. Tanken er, at brugen af nye teknologier potentielt kan medføre behandling af personoplysninger på nye måder, hvis omfang og intensitet kan være vanskelige at gennemskue på forhånd. Det er derfor særligt i disse situationer, at det kan være relevant at foretage en forudgående konsekvensanalyse. Eksempler på nye teknologier kan være kunstig intelligens, anvendelse af ansigtskendelse, iris-scanning og andre biometriske teknologier, eventuelt anvendt i nye kombinationer.

– nye teknologier

Den omstændighed, at behandlingen sker i et it-system, indebærer ikke i sig selv en høj risiko i bestemmelsens forstand (det er tværtimod udgangspunktet, at forordningen kun finder anvendelse på digital behandling af personoplysninger), og der gælder derfor heller ingen forhåndsformodning for, at der skal gennemføres en conse-

kvensanalyse ved it-systemudvikling. Det meste systemudvikling vil ikke nødvendiggøre en konsekvensanalyse.

– særligt påkrævede tilfælde

I art. 35, stk. 3, angives tre situationer, hvor det navnlig er påkrævet at gennemføre en konsekvensanalyse. Dette gælder ved “en systematisk og omfattende vurdering af personlige forhold vedrørende fysiske personer, der er baseret på automatisk behandling, herunder profilering, og som er grundlag for afgørelser, der har retsvirkning for den fysiske person eller på tilsvarende vis betydeligt påvirker den fysiske person” (litra a), ved behandling i stort omfang af følsomme oplysninger eller oplysninger om straffedomme og lovovertrædelser (litra b), og når der sker systematisk overvågning af offentligt tilgængeligt område i stort omfang (litra c).

– Datatilsynets liste over omfattede behandlingsaktiviteter

Opregningen i art. 35, stk. 3, er ikke udtømmende, og forordningen forudsætter, at tilsynsmyndighederne skal udarbejde og offentliggøre en liste over typer af behandlingsaktiviteter, der er underlagt krav om en konsekvensanalyse, jf. art. 35, stk. 4. Datatilsynet har i overensstemmelse hermed udarbejdet en sådan liste, der er tilgængelig fra tilsynets hjemmeside. Listen er ikke udtømmende men må forventes at skabe udgangspunktet for, hvornår der skal gennemføres en konsekvensanalyse.

Indholdet af konsekvensanalysen

Kravene til indholdet af konsekvensanalysen følger af art. 35, stk. 7. Det fremgår heraf, at analysen som minimum skal indeholde a) en systematisk beskrivelse af de planlagte behandlingsaktiviteter og formålene med behandlingen, b) en vurdering af, om behandlingsaktiviteterne er nødvendige og står i rimeligt forhold til formålene, c) en vurdering af risiciene for de registreredes rettigheder og frihedsrettigheder som omhandlet i stk. 1, og d) de foranstaltninger, der påtænkes for at imødegå disse risici.

Hvornår skal konsekvensanalysen gennemføres?

Det følger af art. 35, stk. 1, at konsekvensanalysen skal gennemføres forud for behandlingen af personoplysninger. Kunden vil derfor være forpligtet til at foretage konsekvensanalysen, inden systemet taget i brug. Derimod er der ikke pligt til at gennemføre analysen, inden systemudviklingen igangsættes. I princippet kan systemet derfor designes og færdigudvikles, før konsekvensanalysen foretages. Dette vil dog indebære en risiko for, at der må foretages ændringer i det færdigudviklede system, hvorfor analysen altid bør gennemføres i udviklingsprojektets indledende fase. Kunden vil under alle omstændigheder

være forpligtet til at indtænke databeskyttelsen i systemdesignet i overensstemmelse med art. 25, stk. 1.

Det kan i det hele taget undre, at forordningen ikke kræver, at konsekvensanalysen i udviklingsprojekter gennemføres, inden udviklingen påbegyndes, når nu princippet om databeskyttelse gennem design er knæsat i art. 25.

Konsekvensanalysen skal som udgangspunkt ikke deles med tilsynsmyndigheden. Dette udgangspunkt fraviges dog, hvis analysen påviser, at den planlagte behandling fører til en høj risiko for fysiske persons rettigheder og frihedsrettigheder, som ikke kan begrænses gennem afværgeforanstaltninger. I denne situation skal den dataansvarlige høre tilsynsmyndigheden og sende den en række oplysninger, herunder konsekvensanalysen, inden behandlingen påbegyndes, jf. art. 36, stk. 1 og 3. Finder tilsynsmyndigheden på denne baggrund, at den planlagte behandling vil overtræde forordningen, skal myndigheden rådgive den dataansvarlige om, hvordan behandlingen eventuelt kan gøres lovlig. Finder tilsynsmyndigheden ikke, at behandlingen vil kunne bringes i overensstemmelse med forordningen, kan myndigheden i yderste konsekvens forbyde behandlingen. En rådgivning fra tilsynsmyndigheden fratager under alle omstændigheder ikke den dataansvarlige ansvaret for at leve op til forordningen.

Pligten til at gennemføre en konsekvensanalyse påhviler kunden, da det er kunden, som vil være dataansvarlig for de behandlinger af personoplysninger, der sker i systemet. Dette vil også gælde i det indbyrdes forhold mellem kunden og leverandøren, medmindre aftalen pålægger leverandøren særskilte forpligtelser i denne relation, enten ved en pligt til at gennemføre konsekvensanalysen eller ved at bistå kunden. I praksis betyder det, at leverandøren kan kræve betaling for sin bistand, hvis ikke aftalen pålægger leverandøren en sådan forpligtelse.

Den norske standardkontrakt for systemudvikling, SSA-T, pålægger i pkt. 9.3 på kundens anmodning leverandøren en eksplicit pligt til at bistå med at fremskaffe dokumentation til brug for kundens udarbejdelse af en konsekvensanalyse.

Pligt til forudgående underretning af tilsynsmyndighed  
– art. 36

Det kontraktuelle forhold mellem kunden og leverandøren

11.3. Brug af personoplysninger i forbindelse med aftestning

Som led i udviklingsprojektet vil leverandøren løbende teste systemet. Dette vil både ske ved de formelle prøver, der er aftalt mellem parterne, jf. herom afsnit 6.2 ovenfor, og ved leverandørens interne løbende aftestning undervejs i udviklingsarbejdet. Systemtest forudsætter adgang til den type data, som systemet skal behandle, når det sættes i drift. Når systemet skal behandle personoplysninger, forudsætter det i udgangspunktet adgang til personoplysninger. Tilrådgighedsstilling og brug af personoplysninger i forbindelse med aftestning udgør en behandling af personoplysninger i forordningens forstand. Behandlingen må derfor kun finde sted, hvis den kan ske lovligt under forordningen og i øvrigt under iagttagelse af forordningens krav.

I denne henseende spiller det grundlæggende databeskyttelsesretlige princip om dataminimering en central rolle. Princippet følger af forordningens art. 5, stk. 1, litra c, hvorefter personoplysninger skal være tilstrækkelige, relevante og begrænset til, hvad der er nødvendigt i forhold til de formål, hvortil de behandles. Kan målet med at behandle personoplysninger opnås uden behandling af personoplysninger, må behandlingen ikke finde sted. Overført til aftestning af it-systemer betyder det, at der skal bruges oplysninger om fiktive personer (også benævnt syntetiske data) frem for virkelige personer (også benævnt produktionsdata), hvis aftestning lige så effektivt kan gennemføres med fiktive oplysninger. Dette resultat er lagt til grund af Datatilsynet i de to sager j.nr. 2007-081-011 og j.nr. 2011-631-0133. Sagerne omhandler den tidligere persondatalov men må antages fortsat at være gældende.

I j.nr. 2007-081-011 anmodede Datatilsynet den daværende IT- og Telestyrelse om at ændre i en vejledningstekst, der bl.a. omtalte brug af personoplysninger i test af it-systemer. Tilsynet ønskede, at teksten fastslog følgende udgangspunkt: "Ved test i forbindelse med program- og systemudvikling bør der anvendes egentlige testdata, dvs. oplysninger om fiktive personer, og ikke oplysninger om eksisterende personer." Det samme blev fastslået i tilsynets afgørelse i j.nr. 2011-631-0133, hvor rigtige kundeoplysninger var blevet anvendt til test af en hjemmeside.

Må personoplysninger bruges som testdata?

– som udgangspunkt krav om fiktive oplysninger

Det vil endvidere være lovligt at anvende personoplysninger i anonymiseret form. Der foreligger kun anonymisering i databeskyttelsesretlig forstand, hvis det uigenkaldeligt ikke er muligt at genskabe personoplysningerne på baggrund af de anonymiserede oplysninger. Såfremt der lige så godt kan bruges fiktive som anonymiserede oplysninger, skal der formentlig bruges fiktive oplysninger, da anonymiseringen af personoplysninger i sig selv udgør en behandling af personoplysninger.

– eller  
anonymisering

I de to ovennævnte sager lægger Datatilsynet således også til grund, at der kan anvendes anonymiserede personoplysninger og synes at sidestille disse med fiktive oplysninger.

I nogle tilfælde kan det være forbundet med vanskeligheder at bruge fiktive eller anonymiserede oplysninger til test. Dette kan både kræve ekstra ressourcer i form af tid og penge og i nogle tilfælde give mindre valide testresultater.

– undtagelsesvis  
adgang til at  
bruge person-  
oplysninger

I en rapport fra Alexandra Instituttet, "GDPR i praksis", peger flere virksomheder på, at et krav om brug af fiktive oplysninger til test er problematisk, fordi kvaliteten af disse ikke er høj nok.

Dataminimeringsprincippet i art. 5, stk. 1, litra c, rummer et krav om en samlet generel proportionalitetsvurdering. Dette giver mulighed for at lade eventuelle vanskeligheder ved ikke at kunne anvende personoplysninger indgå i vurderingen af, om dataminimeringsprincippet fører til et behandlingsforbud i det konkrete tilfælde. Vil det i praksis være umuligt eller meget vanskeligt at foretage test af en acceptabel kvalitet med fiktive eller anonymiserede personoplysninger, vil det derfor være muligt at anvende personoplysninger. Uden en effektiv testning kan der bl.a. være risiko for, at urigtig behandling af personoplysninger i systemet ikke opdages, hvilket svækker databeskyttelsen. På denne vis kan databeskyttelsesretlige hensyn i nogle situationer tilsige, at test foretages med personoplysninger.

Se således også Datatilsynets forslag til vejledningstekst i den ovennævnte j.nr. 2007-081-0011: "Det kan imidlertid i en fase af testen af et system være væsentligt, at der testes med data, som i omfang og

sammensætning er så lig virkelige data som muligt. Det kan være af afgørende betydning for at sikre, at det kommende produktionssystem ikke giver anledning til urigtig behandling af personoplysninger. Det kan være vanskeligt at konstruere egnet test-materiale, bl.a. når det drejer sig om større, integrerede systemer, hvor der som referencedata ofte anvendes personnummer. Derfor kan det i visse tilfælde være nødvendigt at anvende produktionsdata til testformål. En sådan anvendelse af produktionsdata skal begrænses mest muligt og bør foretages på en kopi af de virkelige data under sikkerhedsforanstaltninger, som mindst svarer til, hvad der er etableret for produktionen.”

Det er primært hensynet til testkvaliteten, som kan begrunde brugen af personoplysninger. At leverandøren påføres ekstra omkostninger ved at skulle bruge fiktive eller anonymiserede oplysninger, kan ikke i sig selv begrunde brugen af personoplysninger. I det hele taget er det klare udgangspunkt, at der ikke skal bruges personoplysninger til test, og leverandøren vil skulle kunne dokumentere et væsentligt sagligt behov for at fravige dette udgangspunkt.

Såfremt der anvendes personoplysninger, bør det så vidt muligt ske i pseudonymiseret form. En egentlig forpligtelse hertil kan både følge af dataminimeringsprincippet og af art. 25 om databeskyttelse gennem design og art. 32 om sikkerhed, der begge eksplicit angiver pseudonymisering som en mulig foranstaltning.

Pseudonymisering betyder i databeskyttelsesretlig forstand, at personoplysningerne ikke længere kan henføres til en bestemt fysisk person uden brug af supplerende oplysninger, som er beskyttede og opbevares separat. Se definitionen i forordningens art. 4, nr. 5.

Uanset om personoplysninger anvendes i pseudonymiseret form eller ej, kræver det iagttagelse af databeskyttelsesrettens øvrige krav, herunder et behandlingsgrundlag og et hjemmelsgrundlag, hvis oplysningerne overføres til et tredjeland i forbindelse med testen (eksempelvis fordi testen udføres af en underleverandør, der befinder sig i et tredjeland).

Som netop beskrevet, skal der som udgangspunkt anvendes fiktive oplysninger eller anonymiserede personoplysninger, også selv-

om dette indebærer øgede omkostninger. Det vil som udgangspunkt være den part, der kontraktuelt har pligten til at tilvejebringe testdata, som må bære denne omkostning. Parternes aftale bør forholde sig til, hvem der har ansvaret for at fremskaffe testdata. Gør aftalen ikke dette, må ansvaret som udgangspunkt påhvile den, der har ansvaret for at gennemføre testen. Forholder aftalen sig heller ikke hertil, må det som udgangspunkt være den, der har det overordnede projektansvar, hvilket efter aftalen ofte vil være leverandøren. Dette udgangspunkt kan dog fraviges, hvis det ved aftaleindgåelsen måtte stå klart for parterne, at testdata skal leveres af kunden, f.eks. fordi det er nødvendigt at anvende produktionsdata til test, som kun kunden er i besiddelse af.

Hvis der anvendes personoplysninger som testdata (herunder pseudonymiserede oplysninger), bør aftalen endvidere tage højde for dette forhold. Oftest vil denne form for produktionsdata være kundens. Overlader kunden oplysningerne til leverandøren med henblik på test, vil det som udgangspunkt medføre, at leverandøren bliver databehandler for disse oplysninger, og at parterne derfor skal indgå en databehandleraftale.

Se også om databehandleraftaler kapitel 3.7.1.

#### 11.4. Indholdsmæssige krav til systemet

Såfremt der sker behandling af personoplysninger i det udviklede system, kan de databeskyttelsesretlige regler medføre nærmere krav til systemets udformning og funktionalitet.

Af betydning er forordningens art. 32, hvorefter både den dataansvarlige og databehandleren er ansvarlig for at gennemføre passende tekniske og organisatoriske sikkerhedsforanstaltninger. Sikkerhedsforanstaltningerne skal bl.a. fastsættes under hensyn til det aktuelle tekniske niveau, implementeringsomkostningerne, oplysningernes karakter og omfang og de risici, som behandlingen udgør. Da sikkerhedsforanstaltningerne kan være af både teknisk og organisatorisk karakter, rummer art. 32 ikke entydige og ubetingede krav til systemindretningen, og i det hele taget vil den dataansvarlige have en vis valgfrihed i udfyldelsen af den brede standard, der er udtrykt i art. 32. Dette ændrer dog ikke på, at sikkerhed skal tænkes ind i systemdesignet, og

Art. 32 - sikkerhed

at tilsynsmyndigheder og domstole vil kunne nå til, at indretningen af et givent system ikke lever op til kravene og derfor må ændres.

Den tidligere persondatalov (og det bagvedliggende persondata-direktiv) indeholdt en tilsvarende regel. I medfør af denne havde Justitsministeriet udstedt en sikkerhedsbekendtgørelse, der nærmere udmøntede kravene i den brede bestemmelse. Bekendtgørelsen blev ophævet, da persondataloven blev afløst af forordningen.

Art. 25, stk. 1 –  
databeskyttelse  
gennem design

Af betydning for indretningen af et it-system er ligeledes forordningens art. 25, stk. 1, om databeskyttelse gennem design. Som beskrevet ovenfor, rummer bestemmelsen ikke kun en pligt til at indtænke databeskyttelse på det tidspunkt, hvor systemet designes, men også krav til selve indholdet af systemet. Som det gælder for art. 32, giver bestemmelsen den dataansvarlige en valgfrihed i vurderingen af, hvordan databeskyttelsen skal implementeres i systemdesignet, men heller ikke her er valgfriheden ubegrænset. Som anført ovenfor, vil et system, der ikke giver mulighed for at opfylde den dataansvarliges pligt til at give indsigt, eksempelvis være i strid med art. 25, stk. 1.

Art. 24 –  
generalklausulen

Art. 25, stk. 1, og art. 32 skal ses i sammenhæng med “generalklausulen” i art. 24, hvorefter den dataansvarlige generelt skal gennemføre foranstaltninger, der sikrer og kan dokumentere, at behandlingen sker i overensstemmelse med kravene i forordningen. Også denne bestemmelse vil potentielt kunne rumme systemkrav, selvom det nok oftere vil være de to andre mere systemspecifikke bestemmelser, der vil være relevante at overveje.

Det ligger uden for rammerne af nærværende fremstilling nærmere at beskrive, hvilke krav til systemet der kan udledes af de databeskyttelsesretlige regler, og som beskrevet, har den dataansvarlige også en vis valgfrihed i systemindretningen (og også en vis valgfrihed i, om de databeskyttelsesretlige krav skal iagttages ved tekniske eller organisatoriske tiltag). Der er imidlertid ikke tvivl om, at databeskyttelsesretten stiller indholdskrav til systemer, hvori der behandles personoplysninger, og at parterne derfor også må forholde sig til, hvem der har ansvaret for, at systemet overholder disse krav. Udviklingsaftalen vil normalt indeholde en bestemmelse om ansvaret for overholdelse af



præceptiv lovgivning, der også vil omfatte de databeskyttelsesretlige regler. Se nærmere herom afsnit 4.1.5 ovenfor.

### 11.5. Ansvar for ulovlig behandling af personoplysninger

Som beskrevet ovenfor, kan der ske behandling af personoplysninger som led i systemudviklingen og ved brugen af det færdige system. Hermed rejses spørgsmålet, hvornår kunden henholdsvis leverandøren kan blive ansvarlig for en ulovlig behandling af personoplysninger i udviklingsfasen og ved brugen af systemet, og hvordan ansvaret fordeles i det indbyrdes forhold mellem parterne.

De databeskyttelsesretlige sanktionsregler er beskrevet mere uddybende i kapitel 3.7.7.

Såfremt leverandøren under udviklingsprojektet behandler personoplysninger, som leverandøren selv er i besiddelse af og selv beslutter at anvende, vil leverandøren være dataansvarlig og dermed ansvarlig for en manglende overholdelse af databeskyttelsesreglerne. Dette vil eksempelvis kunne være tilfældet, hvis leverandøren anvender personoplysninger som testdata, som leverandøren selv er i besiddelse af. Da kunden ikke varetager nogen behandling af personoplysningerne, vil kunden hverken være dataansvarlig eller databehandler og dermed heller ikke være ansvarssubjekt efter de databeskyttelsesretlige regler.

Såfremt kunden overlader personoplysninger til leverandøren som led i udviklingsprojektet, f.eks. til brug for aftestning, vil kunden som beskrevet ovenfor være dataansvarlig, og leverandøren vil være databehandler. Parternes ansvar vil derfor følge den databeskyttelsesretlige ansvarsfordeling for dataansvarlige og databehandlere, jf. nærmere herom kapitel 3.7.7. Som nærmere beskrevet dér, kan parterne i deres indbyrdes forhold aftale en anden civilretlig ansvarsfordeling end den, der følger af de databeskyttelsesretlige regler (hvorimod dette som altovervejende udgangspunkt ikke er muligt i relation til bødeansvaret, der påhviler den, som har begået det strafbare forhold). Det er således muligt at aftale, at leverandøren skal bære det fulde erstatningsansvar for tab opstået som følge af den ulovlige behandling af personoplysninger, eller omvendt at leverandørens ansvar skal begræn-

Behandling af personoplysninger som led i systemudviklingen

– leverandørens egen behandling

– leverandørens behandling på vegne af kunden

ses, uanset om det er leverandøren, der har foretaget den ulovlige behandling.

For den behandling af personoplysninger, som sker i det færdigudviklede system, vil kunden være dataansvarlig. Kunden bliver derfor erstatningsansvarlig for en ulovlig behandling i medfør af forordningens art. 82.

Som nærmere beskrevet i kapitel 3.7.7.3, må det antages, at art. 82 både rummer hjemmel til at kræve erstatning for økonomisk tab og godtgørelse for ikke-økonomisk skade.

Dette rejser spørgsmålet, om kunden som dataansvarlig kan blive erstatningsansvarlig over for de registrerede for en ulovlig behandling af personoplysninger i systemet, der skyldes udviklingsfejl begået af leverandøren, og som kunden ikke kan bebrejdes (såfremt kunden kan bebrejdes disse fejl, er der ingen tvivl om, at kunden kan blive erstatningsansvarlig). Det må betegnes som uafklaret, hvorvidt art. 82 pålægger den dataansvarlige et objektivi erstatningsansvar. Ordlyden af bestemmelsen synes mest at pege i retning af at pålægge den dataansvarlige et culpaansvar med omvendt bevisbyrde, jf. herved art. 82, stk. 3, hvorefter den dataansvarlige ikke bliver erstatningsansvarlig, når denne kan bevise ikke at være skyld i den begivenhed, der medførte skaden. Denne fortolkning er også lagt til grund i betænkning 1565/2017, s. 915. Der kan næppe heller indfortolkes et ansvar for selvstændigt virkende tredjemænd i art. 82, og da bestemmelsen må antages udtømmende at gøre op med den dataansvarliges erstatningsansvar for persondatakrænkelser efter forordningen, kan brugeren af et it-system (kunden) næppe ifalde erstatningsansvar for en ulovlig behandling af personoplysninger i systemet, når dette ikke kan bebrejdes brugeren.

Hvis leverandøren udvikler systemet således, at det foretager en ulovlig behandling af personoplysninger, rejser det endvidere spørgsmålet, om leverandøren kan blive ansvarlig over for de registrerede.

Problemstillingen opstår selvsagt ikke, hvis systemet giver mulighed for at foretage en lovlig behandling, men kunden anvender systemet på en måde, der fører til ulovlig behandling.

Udvikling af et it-system, hvori der skal behandles personoplysninger, udgør ikke en handling, der er omfattet af forordningen, og udvikleren af et it-system er således hverken dataansvarlig eller databehandler og dermed ikke ansvarssubjekt efter databeskyttelsesretten.

Som anført i afsnit 11.1 ovenfor, er udviklere af it-systemer heller ikke ansvarlige for at overholde forordningens krav om databeskyttelse gennem design i art. 25, stk. 1 (medmindre det er brugeren selv, der udvikler systemet).

Leverandørens eventuelle erstatningsansvar følger derfor af dansk rets almindelige erstatningsregler og godtgørelsesreglen i erstatningsansvarslovens § 26. Det vil kunne være culpøst at udvikle et system, som efter sit design automatisk indebærer en ulovlig behandling af personoplysninger, når det bruges. I praksis vil de registrerede dog sjældent lide et økonomisk tab, ligesom adækvanskravet nok ofte ikke vil være opfyldt. Det må også antages at være meget sjældent, at selve systemudviklingen har karakter af en sådan ideel krænkelse af de registrerede, at disse kan kræve godtgørelse efter erstatningsansvarslovens § 26 af leverandøren. Det praktiske og altovervejende udgangspunkt er derfor, at leverandøren ikke ifalder ansvar over for de registrerede.

Da leverandøren som nævnt ikke er ansvarssubjekt efter forordningens art. 82 for en eventuel ulovlig behandling af personoplysninger i systemet, følger den indbyrdes ansvarsfordeling mellem kunden og leverandøren ikke af art. 82 (som kun regulerer forholdet mellem den dataansvarlige og databehandleren).

Om kunden kan kræve godtgørelsesbeløb udbetalt til registrerede erstattet af leverandøren, afhænger af, hvem af parterne som efter udviklingsaftalen har ansvaret for, at systemet overholder de databeskyttelsesretlige regler.

Har leverandøren ansvaret herfor, kan kunden kræve erstatning efter de almindelige regler om erstatning i kontrakt, hvis erstatningsbetingelserne er opfyldt. Når leverandøren har det kontraktuelle ansvar for, at systemet overholder de databeskyttelsesretlige regler, vil leverandøren være underlagt et præsumptionsansvar (medmindre aftalen pålægger leverandøren et objektivi garantiansvar), jf. nærmere afsnit 9.2.4.1 ovenfor. I praksis vil mangler i systemudviklingen som

– leverandørens ansvar over for kunden

regel kunne bebrejdes leverandøren, og der vil derfor foreligge et ansvarsgrundlag. Om der er en årsagssammenhæng mellem leverandørens systemudvikling og kundens tab, og om tabet er adækvat, vil bero på en konkret vurdering. Som udgangspunkt vil dette nok være tilfældet.

Er det omvendt kundens ansvar, at systemet overholder de databeskyttelsesretlige regler, vil leverandøren ikke ifalde erstatningsansvar.

Som beskrevet i afsnit 9.3.4 ovenfor, vil udviklingsaftalen normalt indeholde en ansvarsbegrænsningsbestemmelse. En sædvanlig ansvarsbegrænsning, hvorefter leverandørens ansvar er begrænset til et nærmere angivet beløb, typisk kontraktsummen, vil som udgangspunkt også omfatte persondatakrænkelser, hvis ikke andet er anført. Der har ikke hidtil været nogen tradition for at foretage en særskilt regulering af ansvaret for ulovlig behandling af personoplysninger, f.eks. således at det eksplicit angives, at ansvarsbegrænsningen ikke gælder i denne situation. Det er muligt, at den øgede fokus på persondataskyttelsen vil ændre på dette.

Ingen af K-kontrakterne indeholder en særskilt regulering af erstatningsansvaret for persondatakrænkelser, og kontrakternes almindelige ansvarsbegrænsningsbestemmelser vil derfor gælde for persondatakrænkelser. Den norske SSA-T angiver derimod eksplicit, at kontraktens ansvarsbegrænsningsbestemmelse ikke gælder for persondatakrænkelser, jf. pkt. 9.3, 8. afsnit: "Partenes erstatningsansvar for skade som rammer den registrerte eller andre fysiske personer og som skyldes overtredelse av personvernforordningen (forordning 2016/679), personopplysningsloven med forskrifter eller annet regelverk som gjennomfører personvernforordningen, følger bestemmelsene i personvernforordningen artikkel 82 [...] Erstatningsbegrænsningen i punkt 11.5.6 kommer ikke til anvendelse for ansvar som følger av personvernforordningen artikkel 82."

## Kapitel 3

# Driftsaftaler

### 1. Indledning

Som beskrevet i kapitel 1, vælger virksomheder og myndigheder ofte at lade en ekstern leverandør varetage driften af deres it-systemer med forventning om besparelser, bedre drift og fokusering på egne kernekompetencer. It-systemernes centrale og kritiske rolle i enhver virksomhed og myndighed gør det af afgørende betydning, at samarbejdet med en ekstern leverandør om driften af systemerne fungerer optimalt, og driften lever op til brugernes behov. For at sikre dette og i det hele taget fastlægge klare rammer for driftssamarbejdet, vil parterne indgå en driftsaftale, der nærmere fastlægger parternes pligter og rettigheder knyttet til leverandørens drift af kundens systemer.

I det følgende anvendes begrebet “driftsaftale”. Ofte anvendes også begrebet “outsourcingaftale”. Begrebet “outsourcing” rummer en uddelegering af opgaver, hvorved aktiviteter flyttes fra kunden til leverandøren. I denne forstand foreligger der kun en outsourcing af driftsopgaverne, hvis disse hidtil har været varetaget af kunden selv. Indgås driftsaftalen eksempelvis i forbindelse med leverandørens udvikling af nyt system, er der ikke tale om, at driften af dette system flyttes fra kunden til leverandøren. En driftsaftale vil således ofte rumme en outsourcing men behøver ikke at gøre det.

Begreb

Da aftalen ofte indgås for mange år, skal den kunne rumme de behov for ændringer, der uundgåeligt vil opstå i driftsperioden. Sammenholdt med driftsydelsens vitale betydning og store kompleksitet indebærer dette, at der stilles store krav til de jurister og øvrige personer, der skal udforme driftsaftalen.

I det følgende gennemgås en række af de centrale regulerings-temaer i driftsaftalen og den hertil knyttede baggrundsretlige regulering. Først reguleringen af den overdragelse, der skal finde sted i forbindelse med leverandørens overtagelse af driften (afsnit 3), og dernæst af selve driftsydelsen og betalingen (afsnit 4 og 5). I afsnit 6 gennemgås parternes mulighed for at kræve ændring af aftalen. Da kundens systemer ofte behandler personoplysninger, rejser overdragelsen af driften til en ekstern leverandør nogle særlige databeskyttelsesretlige spørgsmål, der omtales i afsnit 7. I afsnit 8 beskrives forskellige rettighedsspørgsmål knyttet til driften, mens afsnit 9 og 10 omhandler misligholdelse af driftsaftalen og de tilhørende misligholdelsesbeføjelser for henholdsvis kunden og leverandøren. Når parternes samarbejde slutter, skal driften flyttes tilbage til kunden selv eller videre til en anden driftsleverandør. Denne overdragelse forudsætter en medvirken fra leverandøren, der beskrives i afsnit 11. Indledningsvis beskrives i afsnit 2 regelgrundlaget for driftsydelsen.

Forskellige typer af driftsaftaler

Driftsaftalen kan antage mange former fra kortfattede standard hostingaftaler, i disse år stadig oftere leveret som cloudtjenester, til omfattende individuelt forhandlede aftaler om drift af store og komplekse systemer. I dette kapitel er fokus på de sidstnævnte, men mange af betragtningerne vil også gælde for mindre komplekse aftaler. Der fokuseres alene på selve den tekniske drift af kundens systemer (ofte også benævnt "infrastrukturtydelser"), hvorimod andre typer af ydelser, som f.eks. licens- og applikationsstyring, ikke behandles i dette kapitel, uagtet denne type af ydelser ofte indgår i det, der samlet benævnes en driftsaftale.

## 2. Regelgrundlag

### 2.1. Parternes aftale

Udgangspunktet for parternes forpligtelser er den driftsaftale, der indgås mellem dem. Individuelt forhandlede driftsaftaler vil ofte være omfattende og bestå af en større hovedkontrakt og en række bilag med betydelig volumen. Det vil typisk være kunden og dennes rådgivere, der udarbejder et udkast til driftsaftalen, som herefter forhandles mellem parterne. Også de nedenfor beskrevne standardkontrakter, K04

(høringsversion) og D17, anvendes som udgangspunkt for en række driftsaftaler. Dette kan enten ske således, at standardkontrakterne anvendes i deres helhed, eller at elementer fra kontrakterne anvendes i en mere individuelt tilpasset kontrakt.

## 2.2. Standardkontrakter

Indtil for få år siden eksisterede ingen danske standardkontrakter for drift på samme måde, som der med K-kontrakterne gennem mange år har gjort for udviklingsaftaler. Dette har dog ændret sig. I 2017 udarbejdede en arbejdsgruppe med repræsentanter fra Dansk IT, IT-B Branchen (ITB) og Danske IT-advokater en standardkontrakt for it-drift på det private marked, benævnt D17. Herudover arbejder Digitaliseringsstyrelsen i skrivende stund (marts 2020) på en standardkontrakt for it-drift for statslige myndigheder.

Standardkontrakter for it-drift findes ligeledes i både Norge og Sverige. Den norske standardaftale, Statens standardaftale om kjøp av driftstjenester (SSA-D), er tilgængelig fra <[www.anskaffelser.no](http://www.anskaffelser.no)>. Den svenske standardkontrakt, IT-Infrastrukturjänster, er ikke frit tilgængelig men kan købes via den svenske IT&Telekomföretagens hjemmeside, <[www.itotelekomforetagen.se](http://www.itotelekomforetagen.se)>.

### 2.2.1. D17

D17 blev som anført udgivet i 2017 på privat initiativ af en arbejdsgruppe med repræsentanter fra kundesiden (Dansk IT), leverandørsiden (IT-B Branchen) og rådgiversiden (Danske IT-advokater). Baggrunden herfor var en efterspørgsel i branchen efter en standardkontrakt for it-drift. Arbejdsgruppen forestår løbende opdateringer af kontrakten, der på nuværende tidspunkt foreligger i version 3 (udgivet i marts 2020).

D17 er primært udarbejdet til drift af mindre og mellemstore it-miljøer i private virksomheder. Den er ikke egnet til clouddrift og tager heller ikke højde for de særlige udbudsretlige krav, der gælder for offentlige myndigheder. Kontrakten rummer en regulering af alle de forhold, man sædvanligvis bør forholde sig til i denne type af it-driftsaftaler og kan således både bruges som en tjekliste og som en inspirationskilde for dem, der ønsker at udarbejde egne driftsaftaler. I

overensstemmelse med sædvanlig praksis forudsætter kontrakten, at en række forhold nærmere reguleres i bilag til kontrakten. Der er ikke udarbejdet modelbilag til D17, og parterne skal således selv udarbejde bilagene til deres konkrete kontrakt, når D17 anvendes.

Dansk IT og IT-Branchen har som henholdsvis kunde- og leverandørrepræsentant udarbejdet et sæt forbehold til D17. Med undtagelse af disse forbehold, der ikke er omfattende, har D17 karakter af et agreed document og kan derfor opfattes som en markedsstandard inden for sit anvendelsesområde. Ønsket om en bredt anerkendt markedsstandard for aftaler om it-drift var en af årsagerne til, at en standardkontrakt blev efterspurgt i branchen.

D17 med tilhørende materiale, herunder en introduktionsvejledning og en engelsk oversættelse af kontrakten, er tilgængelig fra <[www.d17.dk](http://www.d17.dk)>.

#### 2.2.2. K04

I 2018 udarbejdede Digitaliseringsstyrelsen (med bistand fra 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 det følgende. Når den udgives vil K04 indgå i familien af K-kontrakter sammen med K01, K02 og K03 (der som beskrevet i kapitel 2 alle er udviklingskontrakter).

### 2.3. Baggrundsret

Også ved levering af driftsydelser vil baggrundsretten kunne få betydning i mangel af udtrykkelig regulering i parternes aftale, jf. nærmere om baggrundrettens funktioner kapitel 1.1. Som anført vil det ikke være muligt for disse komplekse typer af leverancer at detailregulere alle spørgsmål, og aftalens bestemmelser må derfor suppleres af baggrundsretten.

Driftsydelser har karakter af en tjenesteydelse og vil derfor ikke være omfattet af købeloven. I stedet må udgangspunktet tages i de almindelige obligationsretlige regler på samme måde, som tilfældet er ved systemudvikling. Herudover vil mere specialiserede lovregler



kunne have relevans. Drift af it-systemer vil ofte indebære, at der behandles personoplysninger med den konsekvens, at de databeskyttelsesretlige regler må iagttages, jf. nærmere afsnit 7 nedenfor. Også branchespecifikke regler kan have betydning. For finansielle virksomheder opstiller bekendtgørelse om outsourcing af væsentlige aktivitetsområder (bekendtgørelse 1304/2010) eksempelvis krav til outsourcing af it-drift, der bl.a. suppleres af EBA's Guidelines on outsourcing arrangements. I det omfang driften flyttes fra kunden til leverandøren, kan flytningen have karakter af en delvis virksomhedsoverdragelse, der er omfattet af virksomhedsoverdragelsesloven. De specifikke lovregler vil ofte være præceptive og kan således ikke fraviges i driftsaftalen. Det er derfor vigtigt, at parterne kender til disse regler, så driftsaftalen ikke forudsætter en fordeling af ansvar og pligter, som loven ikke tillader.

### 3. Due diligence og transition

#### 3.1. Due diligence – leverandørens forudgående undersøgelser

Når en kunde og en leverandør indgår en driftsaftale, vil det som regel indebære, at leverandøren overtager driften enten fra kunden selv eller fra en anden leverandør.

I disse situationer indebærer flytningen af driften til leverandøren ofte, at leverandøren skal overtage medarbejdere, hardware og/eller software fra kunden. Hermed påtager leverandøren sig forpligtelser over for tredjeparter (overtagne medarbejdere og tredjepartsleverandører). Leverandøren har behov for at kende omfanget af disse forpligtelser for at kunne indregne dem i sin pris. Leverandøren vil endvidere have behov for informationer om kundens systemer og overtaget hardware/software med henblik på at vurdere, hvilket driftsmiljø der skal etableres for at kunne leve op til servicemål og andre krav til ydelsen. Også kompetencerne hos overtagne medarbejdere kan være vigtige at kende for leverandøren.

Disse informationer er ofte væsentlige for, at leverandøren kan afgive sit tilbud og fastsætte prisen på driftsydelsen. Det kan derfor være nødvendigt, at leverandøren får adgang til informationerne, inden driftsaftalen indgås.

Med henblik herpå giver kunden ofte leverandøren adgang til at gennemføre en due diligence forud for aftalens indgåelse. En due diligence kan være mere eller mindre udførlig men giver grundlæggende leverandøren adgang til at undersøge kundens it-systemer, hardware, licensaftaler, medarbejdernes kompetencer mv.

Se også om leverandørens due diligence i forbindelse med indgåelse af driftsaftaler *Horsfeldt*, IT outsourcing, s. 50 ff.

#### Retsvirkninger

Det beror på parternes aftale, hvad retsvirkningerne af en due diligence er. Typisk er formålet at give leverandøren mulighed for at gøre sig bekendt med alle de forhold, der kan have betydning for tilbuddet. Som konsekvens heraf vil aftalen normalt angive, at leverandøren ikke efterfølgende kan fragå sine forpligtelser med henvisning til forhold, som burde være opdaget i forbindelse med due diligence-gennemgangen.

Selv uden en sådan angivelse i aftalen vil udgangspunktet være, at leverandøren ikke kan påberåbe sig forhold som burde være opdaget under due diligence-gennemgangen.

Hvem der har ansvaret for forhold, som leverandøren ikke med rimelighed kunne have opdaget under due diligence-gennemgangen, vil bero på parternes aftale og i mangel af særskilt regulering på de almindelige obligationsretlige regler om placering af risiko for forhold, der hindrer korrekt opfyldelse af aftalen. Det kan med andre ord ikke uden videre lægges til grund, at kunden vil have ansvaret for forhold, som ikke kunne afdækkes i due diligence-gennemgangen.

Ansvaret for forhold, der ikke afdækkes i due diligenceundersøgelsen

Retsvirkningen af leverandørens due diligence er beslægtet med spørgsmålet om retsvirkningen af realkreditors undersøgelse af salgsgenstanden, se herved kbl. § 47. Der er imidlertid en vigtig forskel på de to situationer. Når leverandøren gennemfører en due diligence forud for indgåelsen af en driftsaftale, er der tale om, at realdebitor (leverandøren) undersøger forhold hos realkreditor med henblik på at vurdere, hvorvidt realydelsen kan præsteres som forudsat. I den almindelige caveat emptor-situation er forholdet det modsatte, idet realkreditor undersøger realdebitors ydelse. Den almindelige obligationsretlige lære om caveat emptor kan derfor

ikke uden videre overføres til leverandørens due diligence i forbindelse med en driftsaftale.

Når aftalen pålægger leverandøren en resultatforpligtelse til at forestå driften under overholdelse af angivne servicemål og andre eventuelle krav, må leverandøren som udgangspunkt påtage sig risikoen for begivenheder, der hindrer korrekt opfyldelse. Viser det sig eksempelvis, at nogle af kundens specialudviklede programmer kun kan køre på ældre udgaver af de gængse styresystemer, vil dette være leverandørens risiko, uanset om leverandøren ikke havde mulighed for at konstatere det i due diligence-fasen.

Leverandørens ansvar ved resultatforpligtelser

Leverandøren kan fravige dette udgangspunkt ved at angive eksplicitte forudsætninger for sin resultatforpligtelse og for de anførte priser i aftalen. I det netop givne eksempel, hvor kundens program kun kan køre på ældre udgaver af gængse styresystemer, kan leverandøren eksempelvis angive det som en forudsætning i aftalen, at nyere versioner af styresystemer anvendes. Sådanne forudsætninger vil som udgangspunkt placere risikoen for ukendte forhold hos kunden. Såfremt leverandøren gennem due diligence-gennemgangen har fået viden om, at de faktiske forhold er anderledes end de angivne forudsætninger, bør leverandøren dog gøre kunden opmærksom herpå. Hvis kunden i eksemplet gennem sin due diligence-undersøgelse bliver klar over, at kundens specialprogrammer ikke er i stand til at køre på de nyere versioner af styresystemer, som leverandøren anvender i sit driftsmiljø, må leverandøren loyalt gøre kunden opmærksom herpå. Undlader leverandøren dette, må leverandøren være nærmest til at bære risikoen for uoverensstemmelsen, uanset det anførte forbehold.

– leverandørens forudsætninger

Udgangspunktet om at leverandøren som følge af sin resultatforpligtelse bærer risikoen for begivenheder, der hindrer korrekt opfyldelse, vil heller ikke gælde, hvis leverandørens manglende opfyldelse skyldes kundens culpøse adfærd eller manglende overholdelse af sine forpligtelser i øvrigt. Fortier kunden således oplysninger for leverandøren i due diligence-fasen, vil kunden blive ansvarlig over for leverandøren, og leverandørens manglende opfyldelse af sine forpligtelser vil ikke udgøre misligholdelse.

– kundens culpøse adfærd

Kan begge parter bebrejdes, at de pågældende oplysninger ikke kom til leverandørens kendskab, f.eks. fordi det havde været nærlig-

– culpøs adfærd hos begge parter

gende for kunden at give de pågældende oplysninger men omvendt også muligt for leverandøren at skaffe sig oplysningerne ved en grundigere gennemgang af due diligence-materialet, må det bero på en konkret vurdering af parternes adfærd og forholdene i øvrigt, hvordan risikoen skal placeres.

Se tilsvarende om den situation, hvor sælgeren forsømmer at give behørig oplysning, og køberen forsømmer at undersøge salgsgenstanden (caveat emptor-situationen), *Bryde Andersen & Lookofsky*, Lærebog i obligationsret, s. 74.

– forudsætningslæren

Endvidere vil leverandøren muligvis kunne bruge forudsætningslæren til undtagelsesvist at placere risikoen hos kunden. Kan leverandøren således dokumentere, at en forudsætning for leverandørens tilbud er bristet, at denne forudsætning var kendelig for kunden, og at kunden er nærmest til at bære risikoen for den bristede forudsætning, vil leverandøren kunne frigøre sig fra ansvaret for en manglende opfyldelse af sine forpligtelser. Det må dog antages at være sjældent, at denne vurdering vil falde ud til fordel for en professionel leverandør, der har påtaget sig en resultatforpligtelse.

Konsekvenser når kunden pålægges risikoen

I det omfang kunden undtagelsesvist pålægges risikoen for leverandørens manglende kendskab til væsentlige oplysninger, indebærer det ikke nødvendigvis, at leverandøren er berettiget til at bringe aftalen til ophør. Dette vil kun helt undtagelsesvist være tilfældet, enten fordi kundens adfærd udgør en væsentlig misligholdelse af aftalen, eller fordi de tilbageholdte oplysninger udgør et så væsentligt forudsætningsvigt, at leverandøren bør kunne frigøre sig fra aftalen. I de fleste tilfælde vil konsekvensen være, at leverandørens manglende overholdelse af sine forpligtelser ikke vil udgøre misligholdelse samt eventuelt, at leverandøren vil kunne kræve erstatning for påførte ekstraomkostninger.

Ingen due diligence

Gennemføres der ingen due diligence, vil leverandøren som udgangspunkt have risikoen for ikke at kende til forhold af betydning for leverandørens opfyldelse af sine forpligtelser på helt samme måde, som leverandøren har risikoen for oplysninger, der ikke kunne tilvejebringes i en due diligence, jf. ovenfor.

Når parterne vælger at gennemføre en due diligence inden aftalens indgåelse, vil aftalen i det fleste tilfælde også forholde sig til de retlige konsekvenser heraf.

Reguleringen bør for det første forholde sig til, hvilke informationer leverandøren har haft adgang til, og hvem af parterne der bærer risikoen for, at leverandøren har haft adgang til alle relevante informationer.

Efter D17, pkt. 4.1.1, har kunden ansvaret for, at alle informationer, som leverandøren har efterspurgt, eller som kunden i øvrigt burde indse var relevante for leverandøren, er blevet udleveret som led i due diligence-undersøgelsen.

Det er sædvanligt, at aftalen rummer en række (pris)forudsætninger fra leverandørens side. Som anført ovenfor, vil sådanne forudsætninger indebære, at risikoen for oplysninger, leverandøren ikke havde kendskab til, som udgangspunkt placeres hos kunden, idet leverandøren dog vil være forpligtet til loyalt at gøre opmærksom på uoverensstemmelser mellem de faktiske forhold og de angivne forudsætninger. Da der kan opstå tvivl om forholdet mellem faktiske oplysninger tilvejebragt ved due diligence og leverandørens forudsætninger, bør aftalens due diligence-regulering forholde sig hertil.

Efter D17 skal leverandøren i tilknytning til sine forudsætninger angive det, såfremt forudsætningen ikke er i overensstemmelse med de faktiske forhold på tidspunktet for kontraktens indgåelse, hvis dette ud fra due diligence-informationerne er konstaterbart for leverandøren. I modsat fald bærer leverandøren risikoen for uoverensstemmelsen, jf. pkt. 5.3.2.

Kernen i due diligence-reguleringen er spørgsmålet om de retlige konsekvenser, hvis det efter aftalens indgåelse viser sig, at de faktiske forhold var anderledes, end hvad der fremgik af leverandørens due diligence-undersøgelse. Som beskrevet indebærer resultatforpligtelsen, at dette som udgangspunkt er leverandørens risiko, og due diligence-reguleringen skal derfor forholde sig til, i hvilket omfang udgangspunktet skal fraviges og således udstyre leverandøren med en mulighed for at kræve justering af aftalen og priserne. Dette er en vanskelig balance-

Aftaleregulering

– adgang til information

– forholdet til leverandørens forudsætninger

– retsfølgerne af uoverensstemmelse mellem due diligence-information og de faktiske forhold

gang. Kunden har netop givet leverandøren adgang til at foretage en forudgående due diligence for ikke at blive mødt med efterfølgende krav om prisjusteringer, fordi forholdene var anderledes end forventet af leverandøren. Omvendt kan selv ikke den grundigste gennemgang nødvendigvis afdække alle forhold, som kan have betydning for driftsydelsen og dermed prisen. Medmindre der er tale om en meget omfattende driftsaftale, kan økonomien også sætte grænser for hvor mange ressourcer, parterne kan investere i en due diligence-undersøgelse. I sidste ende vil det bero på parternes forhandlingsstyrke og de konkrete omstændigheder, hvordan denne balance aftales. Med D17 foreligger et bud på en regulering, der med visse forbehold er tiltrådt af både kunde- og leverandørrepræsentanter.

Efter D17, pkt. 5.1.1, skal leverandøren efter kontraktens indgåelse foretage en verifikation af due diligence-informationen. Afdækker denne verifikation uoverensstemmelser mellem de faktiske forhold og due diligence-informationen, der har væsentlig betydning for kontraktens opfyldelse, og som leverandøren ikke burde have taget højde for, skal parterne i nødvendigt omfang tilpasse kontrakten (herunder ydelser, tidsplan og vederlag), jf. pkt. 5.3.1. Hvis denne kontraktjustering berettiger leverandøren til en prisændring, kan kunden vælge at opsige aftalen mod betaling af et aftalt opsigelsesvederlag, jf. pkt. 5.4.

## 3.2. Transition – overflytning og afprøvning

### 3.2.1. Transitionsplanen

Efter aftalens indgåelse skal der gennemføres en flytning af kundens systemer fra det nuværende driftsmiljø til leverandørens driftsmiljø. Denne flytning sker i en transitionsfase, der typisk gennemføres på baggrund af en af parterne udarbejdet transitionsplan. Planen beskriver aktiviteterne og parternes forpligtelser i transitionsfasen, herunder f.eks. kommunikation internt hos kunden og eksternt, håndtering af medarbejdere der skal overgå til leverandøren, flytning og konvertering af data, tilretning af systemdokumentation og flytning af programmer eller meddelelser om overdragelse af softwarelicenser til licensgivere.

### 3.2.2. Overtagelsesprøve og driftsprøve

En central aktivitet i transitionsfasen er gennemførelse af den afprøvning, der skal dokumentere, at leverandøren er klar til at overtage driften af kundens systemer. Ofte sker det ved en overtagelsesprøve og en driftsprøve.

Se også om afprøvning *Horsfeldt*, IT outsourcing, s. 134 ff.

Overtagelsesprøven skal dokumentere, at den etablerede driftsplatform fungerer og sandsynliggøre, at leverandøren vil være i stand til at varetage driften af kundens systemer efter flytningen. Dette indebærer en afprøvning af, om der bl.a. kan etableres adgang til kundens systemer og databaser, om leverandørens driftsværktøjer fungerer efter hensigten og om netværksinfrastrukturen er korrekt opsat. I overtagelsesprøven simuleres en realistisk driftssituation ved hjælp af testdata, belastningsværktøjer mv., uden at der gennemføres en reel drift af kundens systemer. Driften varetages på dette tidspunkt fortsat i det hidtidige driftsmiljø.

Overtagelsesprøven

Når overtagelsesprøven har dokumenteret, at driftsplatformen fungerer og er i stand til at varetage driften af kundens systemer som forudsat i aftalen, gennemføres flytningen af kundens systemer til leverandørens driftsmiljø. Dette kan enten ske ved, at kundens systemer flyttes gradvist over på leverandørens driftsplatform eller ved, at alle systemer flyttes på en gang. Flytningen af driften fra det hidtidige driftsmiljø til leverandørens driftsmiljø er det mest kritiske punkt i processen og uanset den valgte metode, vil der ofte opstå mindre eller større driftsproblemer i forbindelse med flytningen.

Driftsprøven

Efter flytningen gennemføres driftsprøven, der skal dokumentere, at driften lever op til de aftalte servicemål. I den første periode efter leverandøren har overtaget driften, vil der ofte være behov for at optimere driftsmiljøet. Det er derfor sædvanligt, at der gælder lavere servicemål for driften i transitionsperioden. Det er disse lavere servicemål, leverandøren skal leve op til i driftsprøven. Er disse servicemål opfyldt, er kunden forpligtet til at godkende driftsprøven.

Selvom prøverne i en udviklingsaftale og en driftsaftale ofte har samme betegnelser ("overtagelsesprøve" og "driftsprøve"), tjener prøverne i de to typer af aftaler ganske forskellige formål. Hvor over-

Forskel på prøver i driftsaftale og udviklingsaftale

tagelses- og driftsprøven i udviklingsaftaler skal dokumentere, at leverandøren *har* leveret den aftalte ydelse, skal prøverne i driftsaftaler vise, at leverandøren *er klar* til at levere den aftalte ydelse. Denne forskel har betydning for retsvirkningerne af prøverne, jf. straks nedenfor om retsvirkningerne af driftsaftalens prøver.

### 3.2.3. Godkendelse af prøverne

Som det gjaldt for afprøvning i udviklingsprojekter, jf. nærmere kapitel 2.6.2, vil der være knyttet godkendelseskriterier til driftsaftalens prøver. Godkendelseskriterierne for prøverne vil ofte minde om de tilsvarende kriterier for prøverne i udviklingsaftaler, således at overtagelsesprøven er bestået, når den er gennemført uden kvalificerede fejl, og driftsprøven, når den har dokumenteret overholdelse af aftalte servicemål gennem en længere driftsperiode, jf. nærmere bemærkningerne hertil i kapitel 2.6.2.

Såfremt driftsaftalen undtagelsesvist ikke skulle have fastsat godkendelseskriterier, må det antages, at kunden er forpligtet til at godkende overtagelsesprøven, såfremt denne alene dokumenterer mindre betydningsfulde mangler (som heller ikke samlet set kan anses for at være betydningsfulde). Det må have formodningen mod sig, at aftalen forudsætter et fuldstændigt fejlfrit driftsmiljø, inden driften endelig flyttes. Som anført kan dette næppe opnås i praksis, og det vil også være i strid med en udbredt kontraktpraksis, der formentlig har karakter af en sædvane.

### 3.2.4. Prøvernes retsvirkning

Prøverne skal som nævnt dokumentere, at leverandøren er klar til at påbegynde driften af systemet på de angivne vilkår. Som en central retsvirkning vil derfor indtræde forsinkelse, hvis ikke overtagelsesprøven er bestået på det aftalte tidspunkt, da leverandøren i denne situation ikke vil være i stand til at påbegynde den egentlige driftsafvikling af kundens systemer. Det er mere tvivlsomt, om en manglende godkendelse af driftsprøven skal behandles som forsinkelse eller som en mangelsituation. På den ene side vil leverandøren på dette tidspunkt have påbegyndt driften og er dermed formelt begyndt at levere sin ydelse til kunden. Dette taler for at behandle forholdet som en mangelsituation. På den anden side er formålet med driftsprøven at sikre, at leverandø-



ren fremadrettet vil være i stand til at levere driften på de aftalte vilkår og i yderste konsekvens hæve aftalen, hvis driftsprøven dokumenterer, at dette ikke er tilfældet. Man kan derfor også betragte forholdet således, at leverandøren aldrig har påbegyndt den egentlige leverance, før kunden vælger at hæve aftalen, således at der foreligger forsinkelse. Svaret – der må antages at have begrænset praktisk betydning – vil i første omgang afhænge af aftalens ordlyd. Da der er knyttet et specifikt tidspunkt til driftsprøvens godkendelse, taler mest for at betragte manglende godkendelse af prøven som forsinkelse fra leverandørens side. Kunden har derfor adgang til de misligholdelsesbeføjelser, der gælder for forsinkelse. Ofte vil det være udtrykkeligt reguleret i aftalen, hvornår forsinkelsen giver kunden ret til at hæve aftalen. Se også afsnit 9 nedenfor om kundens misligholdelsesbeføjelser.

Såfremt prøverne forsinkes som følge af kundens forhold, foreligger fordringshavermora, og leverandøren vil efter omstændighederne kunne kræve sine tab forbundet med forsinkelsen dækket af kunden, jf. nærmere afsnit 10 nedenfor.

For  
dringshaver-  
mora

Når leverandøren skal overtage aktiver fra kunden i form af hardware eller software, vil prøverne ofte omfatte en afprøvning af disse aktiver. Burde leverandøren have konstateret mangler ved aktiverne vil der, selv uden udtrykkelig aftale, indtræde en pligt for leverandøren til at reklamere over eventuelle mangler ved aktiverne, jf. princippet i kbl. § 51. Iagttager leverandøren ikke reklamationspligten, kan leverandøren miste adgangen til at påberåbe sig manglerne som ansvarsfritagelsesgrund i tilfælde, hvor manglerne bevirker, at leverandøren ikke kan præstere sine ydelser som aftalt. Et eksempel på dette kan være, at leverandøren ikke kan leve op til de garanterede service-mål som følge af fejl i de servere, leverandøren har overtaget fra kunden.

Afprøvning af  
kundens aktiver

Se også D17, pkt. 31.9.1. Efter denne bestemmelse ifalder leverandøren ikke ansvar for manglende overholdelse af sine forpligtelser, når dette skyldes mangler ved kundens eget programmel eller øvrige systemer stillet til rådighed af kunden. Dette gælder imidlertid ikke, hvis leverandøren kendte eller burde have kendt manglerne forud for idriftsættelsen.

Kundens godkendelse af prøver, der ikke lever op til servicemål

Har kunden godkendt prøverne, selvom de ikke lever op til de aftalte servicemål, indebærer det ikke, at kunden har fraskrevet sig retten til at kræve servicemål overholdt i den fremtidige drift, heller ikke selvom kunden ikke udtrykkeligt tager forbehold herfor i forbindelse med godkendelsen. En manglende reklamation fra kundens side kan ikke tages til indtægt for, at kunden har accepteret ændringer i den fremtidige ydelse, og aftalens krav til ydelsen vil gælde uændret.

Aftalte retsvirkninger

Aftalen vil normalt indeholde en række særskilte retsvirkninger knyttet til prøverne. Ofte vil leverandøren modtage en særskilt betaling for sin indsats i transitionsperioden. I så fald vil en del af dette transitionsvederlag normalt forfalde ved prøvernes godkendelse. Der kan således være knyttet en aftalt betaling til prøvernes godkendelse. Det er endvidere almindeligt, at leverandøren skal betale en bod, hvis ikke prøverne gennemføres til den aftalte tid. Kravet på bod følger ikke af de almindelige obligationsretlige regler og forudsætter derfor en særskilt aftale.

### 3.2.5. Overtagelse af medarbejdere

Når kunden outsourcer sin it-drift til en ekstern leverandør, vil kunden i nogle tilfælde have it-medarbejdere, der følger med over til leverandøren. Kunden vil ikke længere have brug for de pågældende medarbejdere, hvorimod leverandøren navnlig i startfasen ofte vil have brug for den særlige viden om kundens systemer, som de pågældende it-medarbejdere besidder.

Efter lov om lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse (ofte benævnt "virksomhedsoverdragelsesloven") har køberen af en virksomhed som udgangspunkt pligt til at overtage virksomhedens medarbejdere på uændrede løn- og ansættelsesvilkår. Med visse modifikationer er medarbejderne således efter loven beskyttet mod afskedigelse som følge af virksomhedsoverdragelsen.

Loven finder kun anvendelse, hvis der foreligger en virksomhedsoverdragelse i lovens forstand. Dette beror på en konkret vurdering, hvor der bl.a. lægges vægt på karakteren af den overtagne virksomhed, hvorvidt der overdrages materielle og immaterielle aktiver og antallet af medarbejdere i den overtagne del af virksomheden. Det er ikke en forudsætning, at hele virksomheden overdrages, og en over-

dragelse af virksomhedens it-afdeling i form af outsourcing vil ofte have karakter af en delvis virksomhedsoverdragelse omfattet af loven.

Når outsourcing af it-driften omfattes af virksomhedsoverdragelsesloven, indebærer det, at de medarbejdere hos kunden, der hidtil har varetaget it-driften, har krav på ansættelse hos leverandøren på uændrede løn- og ansættelsesvilkår. I denne situation kan kunden og leverandøren således ikke gyldigt aftale, at leverandøren ikke skal overtage medarbejderne. Derimod kan parterne aftale de indbyrdes økonomiske konsekvenser af, at leverandøren overtager medarbejderne. Hvis outsourcingen ikke omfattes af virksomhedsoverdragelsesloven, er leverandøren ikke forpligtet til at overtage medarbejdere, men parterne kan aftale, at leverandøren forpligter sig til at tilbyde ansættelse til medarbejderne, og ofte vil det være en forudsætning for leverandøren at overtage nøglemedarbejdere.

Da overtagelsen af medarbejdere har stor betydning for økonomien i en driftsaftale, er dette punkt som regel underlagt en særskilt og detaljeret regulering i aftalen.

Om den nærmere regulering af overtagelse af medarbejdere efter virksomhedsoverdragelsesloven henvises til den ansættelsesretlige speciallitteratur. Om reguleringen af medarbejderspørgsmål i driftsaftaler se *Horsfeldt*, IT outsourcing, s. 127 ff.

## 4. Leverandørens ydelser

### 4.1. Det obligationsretlige udgangspunkt

Hvad der i kapitel 2.4.1.1 er anført om forholdet mellem den abstrakte og den konkrete mangelsvurdering, gælder tilsvarende for driftsaftaler. Heraf følger, at hvis driftsaftalen udtrykkeligt regulerer indholdet af driftsydelsen, vil denne regulering blive lagt til grund. Kunden vil i den situation ikke kunne kræve andet, end det der fremgår af aftalen. Hvis aftalens beskrivelse af ydelsen enten er upræcis eller ikke-eksisterende, må der ske en udfyldning eller fortolkning af aftalen, der vil tage udgangspunkt i, hvad kunden med føje kunne forvente af en ydelse som den pågældende.

Når beskrivelsen af driftsydelsen ikke er klar og entydig, bliver det springende punkt derfor, hvad kunden med rimelighed kunne forvente af ydelsen. Dette vil bero på en samlet konkret vurdering, hvor der bl.a. må lægges vægt på kontraktens øvrige ordlyd og parternes dialog i øvrigt. Som udgangspunkt for denne vurdering kan dog opstilles nogle mere generelle principper. De principper, der er opstillet i kapitel 2.4.1.1, vil tilsvarende gælde for driftsaftaler. Dette indebærer, at der kan lægges vægt på en række individuelle forhold, herunder hvem der har konciperet aftalen, og om leverandøren ved eventuelle mangler i kundens ydelsesbeskrivelse har overholdt sin loyale oplysningspligt. Endvidere kan der lægges vægt på, hvad indholdet af den pågældende type driftsydelser sædvanligvis er, uden at dette dog er ensbetydende med, at kunden uden videre kan supplere aftalens krav med en skønserklæring om, hvad der er branchestandard på området. Dette forudsætter en bestemmelse i aftalen om, at leverandørens ydelser skal leve op til branchestandarden, jf. nærmere om denne type af bestemmelser nedenfor i afsnit 4.6.

I en dom fra Retten i Odense af 12. maj 2015 (CoMaSyS mod Decom)(\*) blev kundens server udsat for et hackerangreb, som resulterede i et eksorbitant højt dataforbrug med deraf følgende tilsvarende høje regninger fra leverandøren. Retten fandt ikke, at leverandøren havde etableret sikkerhedsrutiner, der på effektiv måde beskyttede kunden imod hackerangreb udefra. Selv om en sådan forpligtelse ikke fremgik af parternes aftale, fandt retten, at kunden efter sædvanlige markedsstandarder og leverandørens egne markedsføringsoplysninger om sikkerhed, havde haft en berettiget forventning om en vis beskyttelse mod et sådant angreb og det heraf følgende misbrug.

## 4.2. Resultatkrav eller systemkrav

Ved fastlæggelsen af leverandørens ydelser må parterne overordnet vælge, om ydelsesbeskrivelsen skal tage udgangspunkt i resultatkrav eller systemkrav. Resultatkrav beskriver de resultater, som leverandørens drift af kundens systemer skal leve op til, herunder særligt tilgængeligheden af de drevte systemer. Systemkrav angiver krav til leverandørens driftsmiljø, personale mv.

Terminologisk bruges også begreberne outputforpligtelser og inputforpligtelser om henholdsvis resultatkrav og systemkrav.

I de fleste driftsaftaler opstilles resultatkrav for driftsydelsen, der gøres målbare ved hjælp af service level agreements, jf. herom straks nedenfor. Resultatkrav kan suppleres af systemkrav, der f.eks. kan specificere de tekniske krav til leverandørens servere, hvor ofte serverne skal opdateres, hvilke kompetencer leverandørens medarbejdere skal have mv. Ofte fastsættes kravene til leverandørens driftsydelse dog alene som resultatkrav. Betragtningen er, at det ikke er afgørende for kunden, hvordan leverandøren indretter sit driftsmiljø, når blot systemet er tilgængeligt for brugerne som forudsat i aftalen. Udbredelsen af cloudydelser er en understøttelse af dette synspunkt.

Sondringen mellem resultatkrav og systemkrav er ikke sammenfaldende med den obligationsretlige sondring mellem resultatforpligtelse og indsatsforpligtelse. Både resultatkrav og systemkrav vil have karakter af en resultatforpligtelse, og der vil foreligge misligholdelse, hvis ikke leverandørens ydelser lever op til disse krav. Det er sjældent, at leverandørens hovedydelse har karakter af en indsatsforpligtelse i en driftsaftale.

Resultatforpligtelse eller indsatsforpligtelse

### 4.3. Driftsydelsen

Driftsaftalen vil angive en række forskellige ydelser, leverandøren skal levere som led i driften. Hovedydelsen er selve driften af kundens programmer, dvs. leverandørens forpligtelse til at holde programmerne tilgængelige for kunden. Denne ydelse omtales i nærværende afsnit. I tilknytning til selve driftsydelsen, pålægger driftsaftalen leverandøren en række relaterede ydelser. Nogle af disse omtales nedenfor i afsnit 4.4.

Der foreligger ingen fast definition af ydelsesbegreberne, og nogle af de ydelser, der her beskrives som relaterede ydelser, vil andre steder blive henregnet som en del af driftsydelsen.

#### 4.3.1. Kundeprogrammer, driftskapacitet og driftsmiljø

Driftsydelsen beskrives normalt både kvantitativt og kvalitativt. Den kvantitative beskrivelse angiver eksempelvis, hvilke kundeprogrammer

der skal driftes, hvor meget processorkapacitet og/eller lagerkapacitet leverandøren skal stille til rådighed og eventuelle krav til indretningen af driftsmiljøet.

Driftskapacitet

Angivelsen af, hvilke kundeprogrammer der er omfattet af driften, kan være udtømmende, men behøver ikke at være det. Ønsker kunden yderligere programmer omfattet af driften, vil det ofte være et spørgsmål om at justere driftsvederlaget efter de reguleringsmekanismer, der gælder ved øget forbrug, jf. nedenfor. Såfremt driften af yderligere programmer forudsætter ændringer i driftsmiljøet, vil dette blive behandlet efter aftalens regler om ændringshåndtering. Angivelsen af, hvilken driftskapacitet leverandøren stiller til rådighed, er kernen i driftsydelsen. Driftskapaciteten kan angives på forskellige måder. Ofte består driftsydelsen i, at leverandøren stiller processorkapacitet til rådighed for kunden. Processorkapaciteten kan både måles i forhold til antal instrukser, der behandles i processoren (hvilket angives i MIPS – “million instructions per second”) eller i forhold til, hvor meget tid processorerne anvender. Driftskapaciteten kan også måles i forhold til hvor meget lagerkapacitet, leverandøren stiller til rådighed for kunden, dvs. hvor meget hukommelse kundens programmer og data optager på leverandørens servere.

Driftsmiljø

Som nævnt ovenfor, er det ikke alle driftsaftaler, der stiller specifikke krav til indretningen af leverandørens driftsmiljø. Ofte vil kunden lade leverandøren selv vælge de enkelte komponenter i driftsmiljøet. Såfremt aftalen specificerer, hvordan driftsmiljøet skal være opbygget og angiver krav til dets enkelte komponenter, bliver disse krav en del af leverandørens forpligtelser. Det vil således udgøre en misligholdelse af aftalen, hvis driftsmiljøet ikke indrettes i overensstemmelse med aftalens krav, men dog næppe en væsentlig misligholdelse, såfremt servicemålene i øvrigt overholdes. Kunden vil endvidere vanskeligt kunne kræve økonomisk kompensation i form af erstatning eller forholdsmæssigt afslag i denne situation.

#### 4.3.2. Servicemål

Lige så central som beskrivelsen af de programmer, der skal driftes, og angivelsen af, hvilken form for driftskapacitet leverandøren skal stille til rådighed, er angivelsen af, hvilke servicemål som driften skal leve op til.

Der kan opstilles servicemål på mange af leverandørens ydelser. De mest centrale servicemål er angivelsen af systemets tilgængelighed og svartider.

Systemets tilgængelighed, også kaldet driftseffektivitet eller oppe-tid, udtrykker hvor stor en del af et angivet tidsrum, systemet har været tilgængeligt for brugerne. Kravet til tilgængelighed vil ofte ligge på mellem 99,0-99,5 % afhængigt af bl.a., hvor kritisk systemet er. Driftsaftalen vil normalt regulere, hvornår systemet anses for utilgængeligt. Dette vil selvsagt være tilfældet, hvis brugerne slet ikke kan få adgang til systemet, men typisk vil aftalen også foreskrive, at systemet skal anses for utilgængeligt, hvis væsentlige funktionaliteter ikke er tilgængelige, hvis systemets svartider er meget lange, eller brugernes mulighed for at anvende systemet på anden vis er væsentligt indskrænket.

Tilgængelighed

Svartidskrav vil typisk være angivet i sekunder for forskellige typer af funktioner og angiver, hvor lang tid der går fra brugerens input til systemets output. Svartidskravene kan variere fra funktion til funktion, således at systemet skal svare hurtigere for simple end for mere komplekse transaktioner. Måling af svartider kan både ske automatisk og manuelt ved brug af stopur. Svartider måles normalt som et gennemsnit over et større antal målinger. Som nævnt indgår svartiderne ofte i beregningen af, om systemet anses for tilgængeligt, men har altså også karakter af selvstændige servicemål.

Svartider

Beregning af tilgængelighed og svartider sker ofte på månedsbasis, således at tallene opgøres som et gennemsnit af resultaterne for den pågældende måned. Hermed er der mulighed for, at manglende overholdelse af servicemålene i én periode af måneden kan udjævnes af bedre resultater end aftalt i andre dele af måneden.

I praksis vil driftsaftalen altid angive servicemål for tilgængelighed og svartider. Skulle det imidlertid ske, at driftsaftalen ikke indeholder sådanne krav, vil leverandøren stadig være undergivet krav til tilgængelighed og svartider, medmindre aftalen udtrykkeligt friholder leverandøren fra at overholde servicemål.

Baggrundsret

I nogle driftsaftaler kan kunden ikke gøre bod eller andre misligholdelsesbeføjelser gældende i anledning af leverandørens manglende overholdelse af servicemål i transitionsperioden, det vil sige

indtil driftsprøven er bestået. Dette er dog ikke ensbetydende med, at aftalen ikke opstiller krav til servicemål. En manglende overholdelse kan blot ikke i den indledende driftsperiode udløse misligholdelsesbeføjelser.

Det vil med andre ord kunne udgøre en mangel ved driftsydelsen, hvis systemet er utilgængeligt i store perioder, eller svartiderne er så lange, at det er til gene for brugerne. Det er imidlertid vanskeligt at angive de mere præcise krav til tilgængelighed og svartider. Det obligationsretlige udgangspunkt vil være, at systemet skal have den tilgængelighed og de svartider, som kunden med rimelighed kan forvente. Ved denne vurdering vil der bl.a. kunne lægges vægt på eksisterende markedsstandarder og, i tilfælde af en egentlig tvist, sagkyndige erklæringer. Når driftsaftalen ikke udtrykkeligt har reguleret servicemålkravene, kan leverandøren have en vis forventning om ikke at skulle være bundet af samme krav, som de der normalt aftales udtrykkeligt. Dette må antages at påvirke vurderingen af, hvad kunden med rimelighed kan forvente, således at servicemålkravene må sættes lavere, end hvad der vil følge af sædvanlig kontraktpraksis. Begrundelsen herfor vil også være, at leverandørens pris bl.a. vil være fastsat efter servicemålkravene. Kunden bør ikke kunne opnå en lavere pris, fordi der ikke umiddelbart følger servicemålkrav efter aftalen for herefter at gøre tilsvarende krav gældende med hjemmel i almindelige obligationsretlige regler.

#### 4.4. Relaterede ydelser

Leverandøren vil typisk som led i driften levere en række relaterede ydelser i tilknytning til den egentlige drift af kundens systemer.

Leverandøren vil normalt påtage sig at overvåge driftssituationen, således at eventuelle uregelmæssigheder i driften opdages hurtigst muligt.

Aftalen vil ofte også forpligte leverandøren til at stille et katastrofeberedskab til rådighed, såfremt driftsmiljøet rammes af ekstraordinære situationer som oversvømmelse, brand o.lign. Et sådant katastrofeberedskab skal imødegå nogle af de forhold, som en force majeurebestemmelse ofte yder ansvarsfritagelse for. Der er derfor en indbyrdes relation mellem aftalens regulering af leverandørens pligt til at tilveje-



bringe katastrofeberedskab, og aftalens force majeure-regulering, som parterne bør være opmærksomme på ved aftalens koncipering, jf. også nærmere afsnit 9.3.5 nedenfor.

I nogle tilfælde skal leverandøren ikke kun drifte men også vedligeholde kundens programmer. Det nærmere indhold af vedligeholdelsen kan variere men kan f.eks. bestå i, at leverandøren skal sørge for, at kundens tredjepartsprogrammel opdateres til seneste version, og at leverandøren foretager egentlig fejlrettelse mv. i kundens eget programmel.

Vedligeholdelse

Oftest vil leverandøren også som led i driften udarbejde dokumentation for, hvordan driften skal leveres. I denne dokumentation, der typisk benævnes en driftshåndbog, angives de nærmere procedurer for parternes samarbejde og leverandørens gennemførelse af driften.

Dokumentation

Leverandørens ydelse vil normalt også indebære at føre statistikker over driften, herunder tilgængeligheden af systemet, og en løbende rapportering til kunden af resultater og statistikker. Uden en sådan forpligtelse vil kunden selv være nødsaget til at måle tilgængelighed.

Driftsstatistik

Driftsaftalen kan også pålægge leverandøren at administrere kontrakter, som kunden har indgået med tredjeparter, f.eks. licensaftaler. Det bliver i så fald leverandørens pligt at efterse overholdelsen af aftalerne, forestå betaling i overensstemmelse med aftalen mv. Leverandøren varetager kontraktadministrationen på vegne af kunden, og det er således fortsat kunden, der er aftalepart i kontrakterne.

Kontrakt-administration

En vellykket afvikling af komplekse driftsydelser forudsætter et samarbejde mellem kunden og leverandøren og i et vist omfang også en styring af dette samarbejde. Dette gælder i særlig grad overflytningen (transitionen) af driften fra kundens tidligere driftsmiljø til leverandørens. Et succesfuldt transitionsprojekt kræver (som alle andre komplekse projekter) klare aftaler om parternes respektive opgaver, roller, ansvar, om deres samarbejde og styringen heraf. Dette gælder tilsvarende, om end nok med mindre intensitet, når leverandøren har overtaget driften. Af denne grund vil større driftsaftaler som regel indeholde en regulering af parternes samarbejde, etablering af en samarbejdsorganisation mv.

Samarbejde og projektstyring

Se eksempelvis D17, pkt. 22.

Parternes samarbejde i et driftsprojekt har en anden karakter end samarbejdet i udviklingsprojekter, hvor ydelsen frembringes og i et vist omfang tilpasses i løbet af projektet. Forskellene kan dog ikke antages at påvirke det retlige udgangspunkt som det nærmere er beskrevet i kapitel 2.4.2. Dette indebærer navnlig, at driftsleverandøren ikke pålægges et overordnet projektstyringsansvar, medmindre dette følger af parternes aftale.

Ovenstående er eksempler på relaterede ydelser, men mange andre typer af ydelser kan også være del af en driftsaftale.

#### 4.5. Overholdelse af lovkrav, standarder og interne forskrifter

Driftsaftalen vil ofte fastslå, at driftsydelserne i et nærmere angivet omfang skal overholde lovkrav, standarder og/eller interne forskrifter hos kunden. Når dette udtrykkeligt fremgår af aftalen, vil det udgøre en del af ydelsen, og der vil foreligge en mangel, hvis ikke driftsydelsen lever op til kravene. Hvis ikke aftalen forholder sig til, om driftsydelsen skal opfylde denne type krav, må spørgsmålet afgøres efter almindelige obligationsretlige regler. Vurderingen vil være forskellig afhængig af, om der er tale om lovkrav, standarder eller interne forskrifter.

##### 4.5.1. Lovkrav

Som angivet i kapitel 2.4.1.5, giver den almindelige obligationsret ikke noget sikkert svar på, hvem af parterne der har ansvaret for, at realydelsen overholder lovkrav, og det er formentlig i det hele taget ikke muligt at opstille et udgangspunkt herom, der gælder for alle typer af ydelser.

Se også den i kapitel 2 angivne litteratur, der efterlader et noget uklart billede af spørgsmålet.

Deklaratoriske  
lovregler

Den i kapitel 2.4.1.5 angivne sondring mellem præceptive og deklatoriske lovregler vil også have relevans for driftsaftaler. Driften skal overholde præceptiv lovgivning. Overholder den aftalte driftsydelse ikke præceptive regler, er parterne forpligtet til at ændre ydelsen, og spørgsmålet bliver derfor, hvem der skal påtage sig den økonomiske risiko herfor. Derimod er det parternes eget valg, om driftsydelsen skal

overholde deklaratoriske lovregler. På den baggrund må det antages, at kunden ikke kan kræve ændringer i driftsydelsen med henvisning til deklaratoriske lovregler, medmindre dette udtrykkeligt fremgår af aftalen. Sådanne ændringer må derfor behandles som en betalbar ændringsanmodning.

I relation til præceptive lovregler, må leverandøren som udgangspunkt være forpligtet til at levere driftsydelsen i overensstemmelse med de generelle lovkrav, der har relevans for drift af it-systemer. Det må med rimelighed kunne forventes, at den professionelle driftsleverandør har indrettet sit driftsmiljø og sine driftsydelser således, at disse lever op til de generelle krav, der vil gælde for drift af it-systemer. Et væsentligt eksempel på sådanne generelle regler er de databeskyttelsesretlige regler. Efter forordningens art. 32, skal både dataansvarlig og databehandler træffe passende tekniske og organisatoriske sikkerhedsforanstaltninger mod oplysningernes misbrug mv., jf. også herom afsnit 7 nedenfor.

Driftsleverandørens ansvar for overholdelse af lovkrav vil kun gælde de af kundens opgaver, som er overladt til driftsleverandøren. Dette vil typisk være den tekniske drift af it-systemet, og i så fald vil det kun være lovkravene relateret til den tekniske drift, som leverandøren skal overholde. Det indebærer eksempelvis, at leverandøren vil være ansvarlig for overholdelse af databeskyttelsesforordningens krav om fornødne tekniske foranstaltninger, hvorimod leverandøren ikke er ansvarlig for, at der sker fornøden underretning til de registrerede, eller at der sker sletning af personoplysninger, når opbevaringen ikke længere er nødvendig, således som det også kræves efter forordningen.

Leverandørens ansvar vil endvidere være begrænset til den del af det samlede it-miljø, som er omfattet af leverandørens ydelser. Varetager leverandøren eksempelvis ikke driften af kundens desktop-miljø, vil det ikke være leverandørens ansvar, om dette miljø lever op til relevante lovkrav.

Disse sondringer er i udgangspunktet klare, men afgrænsningen kan i praksis være vanskelig. Når der eksempelvis efter databeskyttelsesforordningens art. 32 kræves de fornødne tekniske og organisatoriske sikkerhedsforanstaltninger, giver det en vis valgfrihed i, hvordan sikkerheden etableres. Beskyttelse mod uvedkommendes

Generelle  
præceptive  
lovregler

adgang til data kan eksempelvis både sikres logisk (adgangskoder, kryptering mv.) og fysisk/organisatorisk (fysisk beskyttelse af adgang til centrale computere, procedurer for hvem der må anvende computere mv.). Nogle af disse sikkerhedstiltag vil ligge inden for leverandørens område, andre inden for kundens, men da forordningen i et vist omfang giver den dataansvarlige valgfrihed, vil det ikke altid følge af forordningen, om det ene eller det andet tiltag skal være iagttaget. Som udgangspunkt kan kunden næppe kræve, at leverandøren iagttager sikkerhedsforanstaltninger, som kunden (på anden vis) selv kunne have iagttaget.

Leverandørens ansvar for driftsydelsens overholdelse af generelle præceptive lovregler vil omfatte de regler, der var gældende på tidspunktet for aftalens indgåelse. Konsekvensen er som nævnt, at leverandøren ikke kan kræve ekstrabetaling, hvis lovreglerne forudsætter ændringer i driftsydelsen i forhold til aftalens ydelsesspecifikationer.

Leverandøren må endvidere antages at være forpligtet til at tilpasse driftsydelsen ved efterfølgende ændringer af lovreglerne. Kunden må kunne forvente, at leverandøren som den professionelle part holder sig løbende orienteret om relevante lovændringer, der har betydning for den type af driftsydelser, som leverandøren udbyder. Det er imidlertid ikke ensbetydende med, at leverandøren skal afholde udgifterne til de ændringer i driftsydelsen, som lovændringer nødvendiggør. Omfanget og dermed omkostningerne forbundet med senere lovændringer kan selvsagt ikke indregnes i prisen på aftaletidspunktet. Kunden må derfor anses for nærmest til at bære den økonomiske risiko for sådanne lovændringer, når disse nødvendiggør ændringer i kundens driftsydelse. Samlet set indebærer dette, at leverandøren på den ene side er forpligtet til at holde sig orienteret om relevante lovændringer og tilpasse driftsydelsen i overensstemmelse hermed, men at kunden på den anden side må betale for sådanne ændringer.

På baggrund af en større analyse af en række standardkontrakter inden for forskellige brancher, anfører *Krarup*, at der i aftaler om løbende ydelser vil være en svag formodning for, at realdebitor bør bære risikoen for ændrede offentligretlige krav, men at dette udgangspunkt dog ofte fraviges, TfR, 2013, s. 88.

Som nærmere angivet i afsnit 5 nedenfor, kan leverandøren kræve et rimeligt vederlag for ydelser, der ikke er prissat ved aftalens indgåelse, herunder indregne en avance i prisen. De generelle kriterier, der kan indgå i vurderingen af, hvad der er et rimeligt vederlag, vil også have relevans, når leverandøren kan kræve vederlag for ændringer i ydelsen nødvendiggjort af lovændringer, jf. nærmere om disse afsnit 5 nedenfor. I tilknytning til disse kriterier må der imidlertid lægges vægt på, at de nye lovkrav typisk vil forudsætte ændringer i leverandørens driftsmiljø overfor alle kunder, når lovkravene har generel karakter og ikke er branchespecifikke. I så fald må der ved fastsættelsen af det rimelige vederlag tages højde for, at leverandøren har mulighed for at sprede omkostningerne til en større gruppe af kunder.

Se også reguleringen i D17, pkt. 29.2.2, 2. pkt.: “Betalingen fastsættes med udgangspunkt i de omkostninger, som gennemførelsen af ændringerne påfører Leverandøren, og ud fra et princip om, at Leverandørens samlede omkostninger ved ændringen i rimeligt omfang fordeles blandt de berørte Kunder.”

Udgifter til ændringer i lovkrav, der i bredere forstand knytter sig til leverandørens virksomhed uden direkte at relatere sig til driftsydelsen, som f.eks. arbejdsmiljøregler, kan leverandøren ikke kræve betalt af kunden efter D17.

Er der tale om branchespecifikke lovkrav, må udgangspunktet være, at leverandøren ikke har ansvaret for, at driftsydelsen overholder disse krav. Kunden vil sædvanligvis ikke kunne forvente, at leverandøren har gennemført egentligt juridiske analyser af detaillovgivningen og tilpasset sit driftsmiljø herefter, medmindre dette særskilt er aftalt mellem parterne. En sådan forventning kan dog være rimelig, hvis leverandøren har markedsført sig på at være specialiseret i drift inden for en bestemt branche.

Da den baggrundsretlige regulering ikke rummer sikre svar på ansvarsfordelingen i relation til driftsydelsens overholdelse af lovkrav, kan parterne med fordel regulere spørgsmålet i aftalen. Der kan tænkes flere modeller for denne regulering. Efter én model påtager leverandøren sig generelt ansvaret for, at driftsydelsen overholder relevante lovkrav. I så fald må leverandøren være sikker på at have kendskab til

Branchespecifikke  
præceptive  
lovregler

Aftaleregulering

generelle lovregler (hvilket leverandøren som angivet ovenfor også må forventes at have) og branchespecifikke lovregler. Leverandøren kan have kendskab til branchespecifikke lovregler, hvis leverandøren allerede varetager driften for andre kunder inden for samme branche, men det kan ellers være vanskeligt og ressourcekrævende for leverandøren at sikre den fornødne indsigt i branchespecifik lovgivning. Aftalen kan også pålægge kunden ansvaret for, at relevante lovregler overholdes. Dette kan gøres ved, at kunden må transformere relevante lovkrav til krav i ydelsesbeskrivelsen. Efter en mindre vidtgående men mere afbalanceret model skal kunden angive de relevante lovkrav, hvorefter det bliver leverandørens ansvar at afklare, hvordan driftsmiljøet skal indrettes for at opfylde lovkravet. Ved en sådan regulering bør det så vidt muligt afklares, på hvilket detailniveau kunden skal angive relevante lovkrav. Der er betydelig forskel på, om kunden eksempelvis blot skal angive, at driftsydelsen skal overholde databeskyttelsesreglerne, eller om angivelsen skal præcisere, at driftsydelsen skal overholde kravene til tekniske sikkerhedsforanstaltninger i forordningens art. 32, eventuelt med yderligere angivelse af kravene efter den foreliggende praksis herom. Endelig kan der vælges mellemformer, hvor der ved ansvarsfordelingen f.eks. sondres mellem præceptiv og deklarativ lovgivning og mellem generel og branchespecifik lovgivning.

D17

Efter D17, pkt. 29 skal leverandørens ydelser overholde præceptiv lovgivning. Såfremt der er tale om branchespecifik lovgivning gælder dette dog kun, hvis det er aftalt mellem parterne. Leverandøren skal holde sig orienteret om ændringer i præceptiv lovning, medmindre der er tale om branchespecifikke regler. Ændringer i ydelserne nødvendiggjort af ændringer i præceptiv lovgivning behandles efter reglerne om ændringshåndtering og giver således leverandøren krav på betaling. Denne regulering må anses for sammenfaldende med den baggrundsretlige regulering, som den er beskrevet ovenfor.

#### 4.5.2. Standarder

Beslægtet med spørgsmålet om driftsydelsens overholdelse af lovkrav er spørgsmålet, om kunden kan kræve, at driften udføres i overensstemmelse med standarder på området, selvom disse standarder ikke er

angivet i aftalen. Da standarder på samme måde som deklaratoriske lovregler ikke forpligter parterne, må udgangspunktet også her være, at kunden ikke kan kræve en standard overholdt, medmindre det udtrykkeligt fremgår af parternes aftale.

Regulerer aftalen de forhold, som også reguleres i standarden, skaber det en formodning for, at aftalens regulering gør op med kravene til driftsydelsen på dette punkt. Kunden vil derfor ikke kunne kræve, at de krav, der følger af aftalen, suppleres af højere krav, der følger af standarden. Heller ikke i situationer, hvor aftalen ikke regulerer de forhold, der reguleres af standarden, kan standarden bruges til at udvide omfanget af leverancerne til helt nye typer af ydelser, som ikke er aftalt mellem parterne. Er der eksempelvis ikke aftalt noget katastrofeberedskab, vil en standard, der foreskriver katastrofeberedskab, ikke kunne forpligte leverandøren til at levere denne ydelse. Kunden vil ikke gennem henvisning til standarder med rimelighed kunne forvente at få leveret helt andre ydelser, end dem der er aftalt, og som leverandøren derfor heller ikke har prissat sin driftsydelse efter.

Forpligter aftalen omvendt leverandøren til at stille et katastrofeberedskab til rådighed uden nærmere at specificere kravene til katastrofeberedskabet, vil en anerkendt standard formentlig kunne påvirke de nærmere krav til beredskabet. Kunden vil i denne situation have en rimelig forventning om, at katastrofeberedskabet lever op til anerkendte standarder.

Såfremt aftalen forpligter leverandøren til at levere sine ydelser i overensstemmelse med "god skik" eller lignende, kan dette indebære en forpligtelse til at overholde kravene i anerkendte standarder. På tilsvarende vis kan den obligationsretlige vurdering af, hvad kunden "med rimelighed" kunne forvente af ydelsen, påvirkes af anerkendte standarder. I disse situationer følger kravene til ydelsen imidlertid ikke direkte af standarden, men standarden kan tillægges vægt ved fortolkningen af "god skik" og rimelige forventninger.

#### 4.5.3. Interne forskrifter

Ofte vil driftsaftalen foreskrive, at leverandøren er forpligtet til at efterleve kundens egne interne forskrifter. Det kan f.eks. være forskrifter om adgangsforhold, hvis leverandørens medarbejdere opholder sig i kundens lokaler eller mere generelle sikkerhedsforskrifter, der har

betydning for driftsydelsen (krav til passwords, logning mv.). Hvis ikke sådanne interne forskrifter er gjort til en del af parternes aftalegrundlag gennem udtrykkelig henvisning i aftalen, kan forskrifterne ikke udvide leverandørens forpligtelser.

#### 4.6. Aftalt kvalitetsmålestok – “god skik” mv.

Det er sædvanligt, at driftsaftalen forpligter leverandøren til at levere sine driftsydelser i overensstemmelse med “god skik” eller tilsvarende kvalitetsmålestok.

Efter D17, pkt. 8.1.1, skal leverandøren levere sine ydelser under overholdelse af de angivne garantier og servicemål “og i øvrigt i overensstemmelse med god it-skik”.

Som beskrevet i kapitel 2, er fordelene ved at anvende denne form for fleksibel kvalitetsmålestok, at det er muligt at angive et vist minimumsniveau for ydelserne, uden at dette behøver at blive defineret nærmere for de enkelte delydelser. Af særlig betydning for løbende kontraktforhold, som f.eks. driftsaftaler, er det endvidere, at denne fleksibilitet sikrer, at kvalitetsmålestokken tilpasses den løbende udvikling.

Brugen af en aftalt kvalitetsmålestok rejser spørgsmålet, om denne kan skærpe kravene til ydelsen, selv i situationer hvor ydelsesbeskrivelsen specifikt og entydigt angiver kravene. Spørgsmålet er nærmere behandlet for udviklingsaftaler i kapitel 2, og betragtningerne dér, vil også gælde for driftsaftaler. Heraf følger, at svaret i første omgang vil bero på, om aftalen selv forholder sig til, om kravet om overholdelse af en aftalt kvalitetsmålestok er kumulativ eller ej. Forholder aftalen sig ikke hertil, beror det på en fortolkning af god skikbestemmelsen. Der kan muligvis opstilles en formodning for, at parterne har ønsket, at driften skal overholde god it-skik, og at kravet om overholdelse af god skik derfor er kumulativt i forhold til den konkrete ydelsesbeskrivelse. En sådan formodning kan ikke opstilles, hvis bestemmelsen kræver overholdelse af en skærpet standard som “best practice” eller lignende. Et krav om overholdelse af god it-skik kan heller ikke anses for kumulativt, hvis kunden bevidst har fravalgt den løsning, der ville følge af god it-skik, eller hvis aftalen udtrykkeligt

Uoverensstemmelse mellem aftalt kvalitetsmålestok og den specifikke ydelsesbeskrivelse



angiver, at driftsydelsen ikke lever op til det krav, der i øvrigt ville følge af god it-skik. Se også om spørgsmålet kapitel 2.4.1.4.

## 5. Kundens betaling og øvrige forpligtelser

### 5.1. Betaling

#### 5.1.1. Driftsvederlagets størrelse og sammensætning

Driftsaftalen vil ofte indeholde forskellige typer af betaling for forskellige ydelser under aftalen. For selve driftsydelsen, leverandørens tilrådgivningsstilling af et driftsmiljø og drift af kundens systemer i dette miljø, betales enten et fast vederlag eller et variabelt vederlag udregnet efter forbrug.

Se også om fastsættelsen af leverandørens vederlag, *Horsfeldt*, IT outsourcing, s. 192 ff.

Det faste vederlag vil navnlig være relevant, hvor kundens forbrug og behov forventes at være uændret over driftsperioden. Det faste vederlag har for kunden den fordel, at vederlagets størrelse kendes for hele perioden. Ulempen er, at kunden får begrænset fleksibilitet, da præmissen for en fast pris er, at ydelsen ikke ændres undervejs. Desuden vil leverandøren indregne et risikotillæg for at påtage sig risikoen for, at de ressourcer, leverandøren stiller til rådighed, er tilstrækkelige.

Fast vederlag

Navnlig erkendelsen af, at kundens behov løbende kan ændre sig, bevirker, at der ofte aftales en variabel betaling udregnet efter forbrug. Forbruget kan måles på forskellig vis, f.eks. efter hvor meget procesorkapacitet kundens systemer gør brug af i driftsmiljøet (målt i tid eller antal instruktioner, også kaldet MIPS) eller efter den lagerkapacitet, kundens systemer lægger beslag på.

Variabel betaling

Betalingsmodellen for andre typer af ydelser end selve driftsydelsen vil afhænge af typen af ydelser. Leverandørens servicering af kundens desktop-miljø, dvs. kundens medarbejders computere, vil eksempelvis normalt blive betalt efter antallet af computere. Betaling for leverandørens ophørsassistance, jf. herom afsnit 11 nedenfor, vil oftest blive betalt efter medgået tid. Betaling for help desk-service kan betales efter antal henvendelser eller som fast pris.

Andre ydelser

Det samlede vederlag under driftsaftalen vil således normalt bestå af en række delbetalinger, der fastsættes efter forskellige principper.

Når vederlagets størrelse for en ydelse ikke er aftalt mellem parterne, kan leverandøren efter den almindelige obligationsret kræve et rimeligt beløb for den pågældende ydelse. Driftsaftalen vil altid indeholde en prissætning af selve driftsydelsen og normalt også en udtømmende regulering af prisen for øvrige ydelser. Nogle typer af ydelser kan ikke prissættes ved aftalens indgåelse. Det gælder eksempelvis efterfølgende ændringer i driftsmiljøet. I mange tilfælde opstilles regler for en efterfølgende prissætning, f.eks. således at betalingen fastsættes efter medgået tid til nærmere aftalte timepriser. Aftalen kan også mere generelt forpligte leverandøren til at prissætte fremtidige ydelser i overensstemmelse med aftalens prisniveau i øvrigt.

Indeholder aftalen ingen regler for prissætning af fremtidige ydelser, falder man tilbage på det obligationsretlige udgangspunkt, og leverandøren kan kræve et rimeligt vederlag for ydelsen. Det samme gælder, hvis aftalen ved en fejl har forsømt at prissætte ydelser, der allerede var aftalt ved aftalens indgåelse. Det vil bero på en konkret vurdering, hvad der vil være et rimeligt vederlag. Leverandøren vil ikke være forpligtet til at levere ydelser til kostpris men vil kunne indregne en rimelig avance. Herudover vil markedsprisen for tilsvarende ydelser kunne inddrages i vurderingen, i det omfang det er muligt at fastlægge en markedspris. Også aftalens generelle prisniveau kan inddrages, selvom dette dog ikke altid vil være retvisende. At leverandøren har solgt driftsydelsen til en særligt fordelagtig pris er ikke ensbetydende med, at leverandøren på samme vis er forpligtet til at sælge fremtidige ydelser under aftalen til "spotpris".

### 5.1.2. Betalingstidspunkt

Efter det obligationsretlige udgangspunkt om samtidighed skal betalingen erlægges samtidig med præstationen af driftsydelsen. Da driftsydelsen har karakter af en løbende ydelse, der præsteres døgnet rundt, må betalingen fastlægges med passende betalingsintervaller. Mest udbredt er det, at betalingen sker månedsvis bagud. Der kan ikke opstilles en almindelig obligationsretlig regel om, hvorvidt løbende betalinger skal betales forud eller bagud, jf. hertil *Iversen*, *Obligationsret* 1, s. 162 og *Bryde Andersen & Lookofsky*, *Lærebog i obligationsret*,

s. 149 f. Da det som nævnt er mest udbredt, at driftsvederlaget betales bagud, kan der nok opstilles en formodning for dette, hvis aftalen – undtagelsesvis – er tavs om spørgsmålet. Bagudbetaling vil også give kunden mulighed for at kontrollere fakturaens rigtighed i forhold til de leverede ydelser.

### 5.1.3. Prisændringer

Selvom inflationen indebærer, at priserne generelt stiger, vil det modsatte ofte gøre sig gældende for driftsydelser som følge af faldende priser på hardware og teleydelser. Kundens adgang til at kræve reduktion i driftsvederlaget i aftalens løbetid udgør derfor et særligt reguleringstema i driftsaftalen. Da denne regulering udgør en ændring af aftalen, er den omtalt straks nedenfor i afsnit 6 om ændringer.

## 5.2. Kundens øvrige forpligtelser

I en kompleks driftsaftale vil kunden have en række andre forpligtelser end selve betalingsforpligtelsen. Hovedparten af disse forpligtelser vil have til formål at sikre, at leverandøren kan præstere sine ydelser som forudsat. Man kan betegne disse ydelser som sekundære, fordi det ikke er et selvstændigt formål for leverandøren at opnå ydelserne – disse er blot en forudsætning for, at leverandøren kan levere sine ydelser og dermed opnå den primære ydelse: betalingen. Denne type af ydelser, der er særligt vigtige i forbindelse med flytningen af driften, omfatter bl.a. deltagelse i møder og i afprøvningen under transitionsfasen.

## 6. Ændringshåndtering

Driftsaftaler indgås ofte for en periode for flere år, og der vil derfor være behov for at kunne ændre aftalen undervejs. Kunden vil have et behov for at kunne justere i ydelserne både kvalitativt og kvantitativt og den løbende prisudvikling kan give både kunden og leverandøren et behov for justeringer. Selv hvor kunden kan opsigte aftalen med kort varsel, vil kunden have behov for at kunne kræve ændringer. Vanskelighederne ved en flytning af driften vil i praksis ofte indebære, at en flytning ikke udgør et reelt alternativ til en ændring af aftalen. I det

følgende omtales ændringsreguleringen af hhv. driftsydelsen, vederlaget og tidsplanen.

## 6.1. Ændringer i leverandørens ydelse

### 6.1.1. Den baggrundsretlige regulering

En driftsaftale vil normalt løbe over flere år, og det er derfor sædvanligt, at kundens behov ændrer sig i løbet af driftsperioden.

Det er uklart, i hvilket omfang realkreditor efter almindelige aftale- og obligationsretlige principper kan kræve ændringer i ydelsen efter aftalen er indgået. Som nærmere beskrevet i kapitel 2.7.2.1, vil det på den ene side være i strid med det kontraktretlige udgangspunkt, hvis en part ensidigt kan kræve ændringer i en allerede indgået aftale, mens reale grunde på den anden side tilsiger, at realkreditor navnlig i længerevarende kontrakter, hvor det ikke er muligt at forudse alle ændringsbehov på aftaletidspunktet, har en vis adgang til at kræve ændringer af ydelsen.

Dette ændringsbehov vil også med styrke gøre sig gældende i driftsaftaler og mange argumenter taler for, at kunden selv uden særskilt regulering bør udstyres med en ændringsret. Driftsaftalen indgås for en længere periode, ofte 3-7 år, hvorfor det er vanskeligt at tage højde for alle de ændrede forhold, der opstår i aftaleperioden. Dette gælder ikke mindst, fordi den informationsteknologiske udvikling går hurtigt. Yderligere vil kunden typisk være i et vist afhængighedsforhold til leverandøren, fordi det praktisk vil være vanskeligt at skifte leverandør, ligesom aftalen kan være uopsigelig i en længere periode. It-systemers centrale betydning for enhver virksomhed og organisation indebærer endvidere, at det er af væsentlig betydning for kunden at have et optimalt driftsmiljø, der understøtter kundens til enhver tid værende behov. Omvendt vil det sjældent være problematisk for leverandøren at ændre driftsydelsen, når leverandøren kan kræve en rimelig betaling herfor. En afvisning i disse tilfælde, vil typisk enten have karakter af chikane eller – mere praktisk – være et forsøg på at kræve en betaling, der ligger ud over den rimelige betaling, som leverandøren vil kunne kræve, hvis der gælder en ændringspligt.

Det må på denne baggrund lægges til grund, at der gælder en vis ret for kunden til at kræve ændringer i ydelsen mod at betale leveran-

døren et rimeligt vederlag herfor. Som anført i kapitel 2 om kundens ændringsret i udviklingsaftaler kan ændringsretten begrundes i leverandørens loyalitetspligt.

Kunden har ikke et tilsvarende behov for ensidigt at kunne kræve ændringer i ydelsen for standarddriftsydelser leveret som en cloud “plug and play”-løsning. Kunden vil ofte både i praksis og efter aftalens vilkår kunne skifte leverandør med kort varsel. I denne situation kan der derfor ikke antages at gælde en ensidig ændringsret for kunden, medmindre dette følger af aftalen (det vil normalt være muligt for kunden at ændre i kapaciteten i løbet af aftaleforholdet).

Såfremt ændringen påvirker andre dele af leverandørens ydelse eller nødvendiggør ændringer i tidsplanen, kan leverandøren betinge ændringen af de nødvendige konsekvensændringer. Som led heri kan leverandøren eksempelvis tage forbehold for, at ændringen kan påvirke servicemål. Undlader leverandøren at tage et sådant forbehold, må det bero på en vurdering af leverandørens almindelige rådgivningsforpligtelse, om kunden eller leverandøren skal bære risikoen for de uønskede følger, som ændringen medfører. Burde leverandøren som den professionelle part have indset risikoen for følgerne, vil leverandøren normalt være nærmest til at bære risikoen, når leverandøren ikke har taget forbehold. Konsekvensen af dette vil være, at leverandøren ikke kan påberåbe sig ændringen som en ansvarsfritagelsesgrund i relation til leverandørens forpligtelser under aftalen. Indebærer ændringen, at servicemål ikke overholdes, vil dette således være en misligholdelse fra leverandørens side.

Konsekvens-  
betragtninger

Påfører ændringen leverandøren uforholdsmæssigt store byrder (f.eks. forudsætte ansættelse af yderligere personale), vil leverandøren ikke være forpligtet til at gennemføre ændringen. Leverandøren vil i denne situation hverken være nærmest til at bære risikoen for kundens ændringsbehov eller handle illoyalt ved at nægte ændringen.

Uforholdsmæssigt  
store byrder for  
leverandøren

Kunden vil ikke som en del af ændringsretten kunne kræve en reduktion af driftsvederlaget. Ændringer, der går ud på at reducere leverandørens ydelser og som følge heraf også leverandørens vederlag, er ikke omfattet af kundens ændringsret. Der kan ikke opstilles en generel formodning for, at aftalen udstyrer kunden med en adgang til

Reduktion af  
driftsvederlaget

at kræve reduktion i driftsvederlaget med heraf følgende avancetab for leverandøren. Det kan dog efter omstændighederne forekomme rimeligt, at kunden ved et markant reduceret kapacitetsbehov (som f.eks. kan være forårsaget af et delvist virksomhedsfrasalg eller andre væsentlige ændringer i kundens organisation eller forretningsområder) får reduceret vederlaget med de omkostninger, som leverandøren sparer ved kapacitetsreduktionen. Når det antages, at kunden har en annullationsadgang, jf. afsnit 10.3.4 nedenfor, med den praktiske konsekvens, at leverandørens sparede omkostninger ved ikke at skulle levere skal trækkes fra leverandørens krav mod kunden, er det en nærliggende konsekvens, at kunden også kan foretage en reduktion af ydelserne og få en reduktion for leverandørens sparede omkostninger. Det vil være kunden, der har bevisbyrden for omkostningsreduktionen hos leverandøren, hvilket kan være en vanskelig bevisbyrde at løfte.

Ønsker kunden helt nye typer af ydelser, der ikke er omfattet af driftsaftalen, er udgangspunktet det modsatte. Kunden vil ikke uden særskilt regulering, f.eks. i form af optionsbestemmelser, kunne kræve levering af andre typer af ydelser end de aftalte; heller ikke mod særskilt betaling. I dette tilfælde må man opretholde det kontraktretlige udgangspunkt, hvorefter en ændring af aftalen kræver enighed blandt parterne. I nogle tilfælde vil sondringen mellem aftalte ydelser og nye typer af ydelser ikke være skarp. Centralt for denne vurdering står formentlig, om ydelsen kan leveres af andre end driftsleverandøren. Er dette tilfældet taler det for, at ydelsen har karakter af en ny ydelse og ikke blot en ændring af den aftalte driftsydelse. Dette understøttes af, at et af de bærende hensyn bag ændringsretten er kundens afhængighed af leverandøren. Anvendes dette kriterium, vil eksempelvis license management eller vedligehold af det driftede applikationsprogrammel typisk udgøre nye ydelser, da disse kan varetages af andre end driftsleverandøren, hvorimod eksempelvis disaster recovery eller driftsovervågning i praksis kun kan forestås af driftsleverandøren, hvilket taler for at betragte disse som driftsydelser omfattet af ændringsretten.

Leverandøren vil som udgangspunkt ikke kunne kræve ændringer i driftsydelsen. De særlige hensyn, der tilsiger en ændringsret for kunden, gør sig ikke gældende for leverandøren.

Hvis driftsaftalen foreskriver, hvordan leverandørens driftsmiljø skal være indrettet, kan det ikke udelukkes, at kunden må være forpligtet til at acceptere en anmodning fra leverandøren om eksempelvis udskiftning af servere eller lignende, når dette er sagligt begrundet og i øvrigt ikke vil påføre kunden gener. Da driftsaftalen sjældent indeholder en sådan inputregulering, har spørgsmålet dog næppe større praktisk betydning.

### 6.1.2. Aftaleregulering

Driftsaftalen vil normalt indeholde en bestemmelse, der beskriver adgangen til og proceduren for efterfølgende ændringer i ydelsen.

Generelt om ændringshåndteringsbestemmelser i driftsaftaler og de heri indeholdte reguleringstemaer *Horsfeldt*, IT outsourcing, s. 146 ff. Se om ændringsregulering generelt *Bryde Andersen*, Praktisk aftaleret, s. 394 ff.

Ændringshåndteringsbestemmelser vil give kunden ret til at kræve ændringer under nærmere angivne betingelser.

Den hyppigste form for ændringer i driftsydelsen udgøres af kapacitetsændringer. Det er helt sædvanligt, at kundens kapacitetsbehov ændrer sig undervejs i driftsperioden. Både ændringer i de programmer, kunden anvender, ændringer i antallet af brugere hos kunden og andre ændringer, der indebærer et ændret dataforbrug hos kunden, kan bevirke, at kunden får brug for mere eller mindre driftskapacitet hos leverandøren.

Driftsaftalen vil ofte indeholde en særskilt regulering af kundens mulighed for at kræve ændringer i driftskapaciteten og den hertil knyttede betaling. Det vil sjældent være et problem for leverandøren at stille øget kapacitet til rådighed, og reguleringen af kundens anmodning om øget driftskapacitet vil derfor navnlig omhandle leverandørens betaling herfor. Da driftsvederlaget typisk er knyttet til kapacitetsforbruget (målt på anvendt lagerplads eller processorkapacitet), kan vederlaget for et øget kapacitetsforbrug udregnes med udgangspunkt i enhedspriserne. Det vil selvsagt heller ikke være et problem for leverandøren at reducere driftskapaciteten, men leverandøren vil ikke nødvendigvis være indstillet på at reducere driftsvederlaget forholdsmæs-

Kundens  
ændringsret

Kapacitets-  
ændringer

sigt. Leverandøren har nogle faste udgifter knyttet til driften, og overskudsgraden vil derfor blive mindre, hvis driftsvederlaget skal reduceres forholdsmæssigt ved et mindsket kapacitetsforbrug. Aftalen vil derfor ofte indeholde en ret for kunden til at reducere kapacitetsforbruget, men således at enhedspriserne stiger ved fald i forbrug og/eller med indsættelse af et minimumskapacitetsforbrug, som kunden er forpligtet til at aftage.

Se om eventuelle konkurrenceretlige implikationer af sådanne mindstekøbsbestemmelser *Horsfeldt*, IT outsourcing, s. 225 f.

Andre ændringer

Kunden kan også ønske ændringer i andre typer af ydelser eller tilkøb af andre typer af driftsydelser. Driftsaftalen vil derfor normalt også give kunden ret til at kræve denne type af ændringer.

Regulerings-temaer

Ændringsreguleringsbestemmelsen må forholde sig til nogle af de samme reguleringstemaer, som tilsvarende typer af bestemmelser i udviklingsaftaler, jf. herom kapitel 2.7.2.2.

– pligt til at gennemføre ændring

Som det første og helt centrale vil bestemmelsen, som allerede angivet, pålægge leverandøren en *pligt* til at gennemføre de ændringer, kunden anmoder om, når betingelserne herfor er opfyldt.

D17 giver kunden en ret til at kræve ændringer, se pkt. 27.1.1.

– betaling

Bestemmelsen må dernæst regulere leverandørens betaling for ændringens gennemførelse. Når ændringen er knyttet til enhedspriser, som f.eks. ved en reduktion eller forøgelse af driftskapaciteten, vil disse som regel danne udgangspunkt for betalingen. I andre tilfælde kan betalingen ikke forudgående fastlægges ud fra enhedspriser eller tilsvarende objektive kriterier. I så fald har leverandøren en større frihedsgrad til at fastsætte betalingen. Aftalen kan søge dette imødegået ved at fastlægge mere generelle krav til prisfastsættelsen.

– konsekvenser af ændringen

Ændringsbestemmelsen må endvidere forholde sig til eventuelle konsekvenser af ændringen. Det er sædvanligt, at leverandøren skal angive hvilke eventuelle (uønskede) følger, ændringen vil medføre, herunder eventuelle ændringer i servicemål og ændringer i tidsplanen. Betydningen heraf er, at leverandøren ikke kan påberåbe sig sådanne følger som ansvarsfritagelsesgrund. Selv uden særskilt regulering må



bestemmelsen sædvanligvis forstås således, at leverandøren ikke holdes ansvarlig for følger, som leverandøren ikke burde have indset på ændringstidspunktet. Det vil formentlig være leverandøren som den professionelle part, der har bevisbyrden for, at følgerne ikke burde være angivet.

Ændringsbestemmelsen vil i nogle tilfælde give leverandøren en ret til at afvise ændringsanmodningen, hvis ændringen vil påføre leverandøren uforholdsmæssigt store byrder.

– ret til at afvise ændring

Se eksempelvis D17, pkt. 27.1.2, første pkt.: “Såfremt Leverandøren påviser, at ændringsanmodningen af væsentlige tekniske eller funktionsmæssige grunde ikke kan gennemføres, er Leverandøren ikke forpligtet til at efterkomme ændringsanmodningen.”

Er leverandøren i stand til at dokumentere sådanne byrder, vil en afvisningsret i mange tilfælde formentlig kunne indfortolkes i aftalen selv uden udtrykkelig regulering. Ved fortolkning af ændringsbestemmelsens grænser, kan det tale for, at der ikke foreligger en ændring i aftalens forstand, hvis kundens ændringsønsker påfører leverandøren væsentlige byrder i forhold til de aftalte ydelser.

Der er et behov for, at eventuelle uenigheder om en ændringsanmodning løses hurtigt. Parterne kan bl.a. være uenige om, hvorvidt et ønske fra kunden har karakter af en ændring, om leverandørens pris-sætning er i overensstemmelse med de aftalte principper og om eventuelle følger af de ønskede ændringer. Mange ændringsbestemmelser indeholder derfor en særlig tvistløsningsmekanisme, der skal sikre en hurtig løsning af denne type tvister, ofte ved at en opmand afgør spørgsmålet.

– tvistløsning

D17 giver generelt en part mulighed for at kræve hurtig tvistløsning efter Voldgiftsinstituttets “Regler for juridisk/teknisk udtalelse i IT-sager”, jf. pkt. 44.3.

Aftalen vil normalt ikke give leverandøren en tilsvarende ret til at kræve ændringer i driftsydelsen, som kunden har. Det er åbenbart, at kapacitetsændringer kun kan besluttes af kunden, men leverandøren vil sædvanligvis heller ikke kunne kræve andre typer af ændringer.

Leverandørens ændringsret

Efter D17 kan leverandøren kræve ændringer, der er nødvendiggjort af præceptiv lovgivning, jf. pkt. 27.2.1. En sådan ret vil allerede følge af leverandørens pligt til at overholde præceptiv lovgivning, jf. afsnit 4.5 ovenfor, og vil gælde under alle omstændigheder. Ingen af parterne har krav på at fastholde en driftsydelse, der er i strid med præceptiv lovgivning.

Nogle aftaler giver leverandøren en ret til at foretage ændringer i driftsmiljøet, når dette ikke påvirker servicemål eller kundens anvendelighed af driftsydelsen i øvrigt. Som påpeget af *Horsfeldt*, IT outsourcing, s. 149, er en sådan bestemmelse ikke nødvendig, medmindre aftalen undtagelsesvist rummer en inputregulering, der nærmere specificerer leverandørens driftsmiljø.

## 6.2. Ændringer i vederlaget

### 6.2.1. Den baggrundsretlige regulering

Som nævnt vil markedsprisen for driftsydelser ofte være faldende over tid. Når man som kunde indgår en langvarig driftsaftale med en leverandør, er der derfor risiko for, at de priser, som aftales ved kontraktens indgåelse, er højere end markedsprisen senere i kontraktens løbetid. Såfremt kunden hermed betaler en højere pris end markedsprisen, påføres kunden højere omkostninger end sine konkurrenter.

Selvom det derfor kan forekomme rimeligt, at priserne løbende reduceres i driftsperioden, forudsætter dette en aftaleregulering. I modsat fald vil priserne som udgangspunkt være faste i aftalens løbetid, og kunden vil således ikke under påberåbelse af faldende markedspriser kunne kræve en reduktion i driftsvederlaget. At priserne generelt er faldende, er ikke et tilstrækkeligt stærkt argument for at fravige udgangspunktet om, at parterne er bundet af aftalens oprindelige vilkår. Det kan i øvrigt heller ikke udelukkes, at leverandøren ved prissætningen har indregnet sådanne besparelser.

På samme vis kan leverandøren ikke kræve en indeksering eller anden form for forøgelse af timepriserne uden hjemmel i aftalen.

### 6.2.2. Aftaleregulering

I mange større driftsaftaler aftales en løbende reduktion af enhedspriserne for kapacitetsforbrug over driftsperioden. Andre typer af betalinger, som f.eks. timepriser, der skal anvendes til betaling efter medgået tid, kan derimod være stigende med fast regulering efter et indeks, da leverandørens omkostninger til disse ydelser er stigende over tid.

Løbende  
reduktion

Som alternativ eller supplement til en fast reduktion af enhedspriserne, indeholder driftsaftalen ofte en såkaldt benchmarking-bestemmelse, der fastsætter en procedure, hvorefter kunden kan undersøge, om aftalens priser er i overensstemmelse med markedsprisen.

Benchmarking

D17 (pkt. 21.3), giver kunden ret til at foretage benchmarking af priserne.

Det er en vanskelig øvelse, fordi driftsydelserne er komplekse og indeholder mange elementer (udover at stille lagerkapacitet til rådighed vil der f.eks. være krav til sikkerhedsforanstaltninger, backup-planer, løbende rådgivning til kunden, håndtering af kundens tredjepartsaftaler og meget andet). En forudsætning for at kunne sammenligne priserne er derfor, at de driftsaftaler, der sammenlignes, indeholder de samme elementer. De aftalemæssige vilkår for driftsydelserne, herunder ansvar og sanktioner, kan også være forskellige. Dette må ligeledes inddrages ved en prissammenligning.

Overvinder kunden disse udfordringer og formår at foretage en benchmarking, der på baggrund af undersøgelsens kriterier viser, at leverandørens priser ligger over markedsprisen, skal bestemmelsen forholde sig til konsekvenserne heraf. En mulighed er, at kunden kan kræve en reduktion af priserne til markedsprisen. Dette kan være problematisk for leverandøren, hvis de høje priser er udtryk for, at leverandøren har et for højt omkostningsniveau. I så fald vil en prisreduktion kunne indebære, at leverandøren bliver tvunget til at levere ydelserne med tab. Leverandøren vil derfor ofte foretrække, at kunden får ret til at opsige driftsaftalen før tid, hvis leverandørens priser er for høje.

Se nærmere om benchmarking-bestemmelser *Horsfeldt*, IT outsourcing, s. 156 ff. Og *Lindberg m.fl.*, IT-avtal – særskilt om outsourcing, s. 125 ff.

Most favoured customer

I driftsaftaler anvendes af og til som supplement til benchmarkingbestemmelsen en såkaldt “most favoured customer”-bestemmelse. Efter denne type bestemmelse skal kunden til stadighed betale de laveste priser, som leverandøren tilbyder nogle af sine kunder. Hvis leverandøren på et tidspunkt giver en ny kunde en lavere pris, har den eksisterende kunde krav på at få sin pris reduceret til samme niveau. Det er normalt kun store kunder, der har held til at få indført denne type bestemmelser, der, på samme måde som benchmarkingbestemmelser, vil forudsætte, at der er tale om sammenlignelige ydelser i relation til ydelsens karakter, volumen, aftalevilkår mv.

Se om mulige konkurrenceretlige implikationer af denne type bestemmelser *Horsfeldt*, IT outsourcing, s. 226 f.

### 6.3. Ændringer i tidsplanen

#### 6.3.1. Den baggrundsretlige regulering

Driftsaftalen vil som beskrevet ovenfor normalt indeholde en tidsplan fra påbegyndelsen af flytningen af driften (transition) og frem til bestået driftsprøve, hvor driften helt og endeligt er flyttet til leverandøren.

Udgangspunktet

Ændringer i tidsplanen forudsætter som udgangspunkt enighed mellem parterne.

Kundens ændringer

Det kan dog ikke udelukkes, at kunden kan kræve ændringer i tidsplanen. Dette vil navnlig være tilfældet under samme forudsætninger, som dem der beskrevet ovenfor, kan give kunden ret til at kræve ændringer i driftsydelsen. Har kunden således behov for at skyde tidsplanen, f.eks. fordi uforudsete forhold lægger beslag på de medarbejdere, der skal deltage i transitionen, eller andre forhold, som kunden har ansvaret for, umuliggør en flytning af driften til den aftalte tid, vil kunden formentlig have krav herpå, såfremt kunden betaler leverandøren for det merarbejde og øvrige omkostninger, der er forbundet med forskydningen, og såfremt ændringen af tidsplanen i øvrigt kan

ske uden væsentlige gener for leverandøren. Leverandørens primære interesse i projektet er pengeydelsen, og i det omfang de gener, der måtte være forbundet med en ændring af tidsplanen, kan kapitaliseres til et pengekrav, synes der ikke at være grunde, som afgørende taler mod at give kunden krav på at skyde tidsplanen. Det vil være kundens bevisbyrde, at disse betingelser er opfyldt. En udskydelse af tidsplanen vil bevirke en udskydelse af alle aftalens frister og aftalte datoer, herunder også slutdatoen for aftalen. Kunden kan næppe kræve, at leverandøren i en transitionsfase forcerer sine ydelser for at indhente den forsinkelse, som kundens udskydelse har bevirket.

Da det normalt vil have betydning for kunden, at driften igangsættes til den aftalte tid, kan det ikke antages, at leverandøren har ret til at kræve ændring af tidsplanen.

Leverandørens  
ændringer

### 6.3.2. Aftaleregulering

Det er sædvanligt, at driftsaftalen giver kunden ret til at anmode om ændringer i tidsplanen. Oftest behandles denne type af ændringer på linje med ændringer af driftsydelsen, således at ændringsbestemmelsen i udgangspunktet fastslår samme proces for begge typer af ændringer. Et særligt spørgsmål er, om ændringsbestemmelsen skal pålægge leverandøren at forcere sine ydelser for at indhente forsinkelsen. Dette er vist nok ikke sædvanligt i danske driftsaftaler.

D17 pålægger ikke leverandøren en forceringspligt.

Den norske SSA-D, indeholder en bestemmelse om leverandørens forceringspligt, jf. Pkt. 3.5, 3. afsnit: "Dersom det kreves endringer og/eller tillegg som i utgangspunktet ville medført endring i avtalt oppstartsdag eller leveringsdag, skal Leverandøren så langt det er praktisk mulig forsøke å forsere gjennomføringen slik at avtalt oppstartsdag eller leveringsdag likevel kan overholdes. Forsering skal i så fall anses som en endring som skal behandles i henhold til reglene i kapittel 3."

Driftsaftalen vil normalt ikke give leverandøren ret til at kræve udskydelse af tidsplanen.

## 6.4. Vedtagelse

Om vedtagelse af ændringer, herunder formkravsregler og betydningen af en etableret praksis i strid med aftalens ordlyd, henvises til kapitel 2.7.6.

## 7. Behandling af personoplysninger

De systemer, som leverandøren skal varetage driften af, vil ofte rumme personoplysninger. I det følgende gennemgås en række af de databeskyttelsesretlige spørgsmål, der knytter sig til it-drift, og som parterne og driftsaftalen bør forholde sig til. For en generel gennemgang af databeskyttelsesretten henvises til de almindelige databeskyttelsesretlige fremstillinger.

Se f.eks. *Korfits Nielsen & Lotterup*, Databeskyttelsesforordningen og databeskyttelsesloven og *Kuner, Bygrave & Docksey (red.)*, The EU General Data Protection Regulation (GDPR).

### 7.1. Kunden og leverandøren som dataansvarlig og databehandler

Databeskyttelsesretten gælder for behandling af personoplysninger. En “personoplysning” er ifølge databeskyttelsesforordningens art. 4, nr. 1, “enhver form for information om en identificeret eller identificerbar fysisk person”. Dette udtrykkes også således, at det er alle de oplysninger, der kan henføres til en bestemt fysisk person. Begrebet “behandling” defineres i art. 4, nr. 2, som “enhver aktivitet eller række af aktiviteter – med eller uden brug af automatisk behandling – som personoplysninger eller en samling af personoplysninger gøres til genstand for, f.eks. indsamling, registrering, organisering, systematisering, opbevaring, tilpasning eller ændring, genfindning, søgning, brug, videregivelse ved transmission, formidling eller enhver anden form for overladelse, sammenstilling eller samkøring, begrænsning, sletning eller tilintetgørelse”. Behandlingsbegrebet er således bredt, og når personoplysninger fysisk lagres i det driftsmiljø, som leverandøren stiller til rådighed, vil der i databeskyttelsesretlig forstand ske en opbevaring

og dermed en behandling af personoplysninger hos driftsleverandøren.

Leverandørens opbevaring og anden behandling af personoplysninger som led i den tekniske drift af kundens it-systemer sker ikke i leverandørens egen interesse men på vegne af kunden. Denne situation, hvor én person behandler personoplysninger på vegne af en anden person, er i databeskyttelsesretten håndteret ved sondringen mellem dataansvarlige og databehandlere. Den dataansvarlige er i henhold til forordningens art. 4, nr. 7, den fysiske eller juridiske person, der afgør, til hvilke formål og med hvilke hjælpemidler der må foretages behandling af personoplysninger. Denne definition afspejler, at behandlingen af personoplysninger sker i den dataansvarliges interesse.

Kunden er dataansvarlig

Når kunden overlader driften af sine it-systemer til en driftsleverandør, vil kunden i databeskyttelsesretlig forstand forblive dataansvarlig. Det er således kunden, som afgør, hvad formålet er med behandlingen af de personoplysninger, der er lagret i de driftede systemer. Ofte vil det være leverandøren, som nærmere vælger, hvordan driftsmiljøet skal indrettes og dermed i et vist omfang også kan siges at vælge de konkrete hjælpemidler for behandlingen af personoplysninger. Det vil særligt gælde, når leverandørens driftsydelse har karakter af en standardydelse eksempelvis udbudt som en cloudløsning. Dette vil dog ikke i sig selv ændre på, at kunden forbliver dataansvarlig, da kunden fortsat træffer det overordnede valg om at bruge det driftsmiljø, som leverandøren stiller til rådighed.

Dette er også forudsat af Datatilsynet bl.a. i en udtalelse af 6. juni 2012 om behandling af personoplysninger i Microsofts cloudbaserede Office 365-løsning.

Leverandøren behandler personoplysningerne på vegne af kunden og vil derfor i databeskyttelsesretlig forstand være databehandler, jf. forordningens art. 4, nr. 8, hvorefter en databehandler er en fysisk eller juridisk person, der behandler personoplysninger på vegne af den dataansvarlige.

Leverandøren er databehandler

I en række tilfælde kan det være vanskeligt at afgøre, om der foreligger et databehandlerforhold. I den klassiske driftssituation, hvor personoplysninger lagres i det driftsmiljø, som leverandøren stiller til rådighed, vil der dog ikke være tvivl om, at leverandøren er databehandler. Se også om spørgsmålet *Løffler Nielsen & Larsen*, U.2019B.69 ff.

Ansvars-  
fordelingen

Det er den dataansvarlige, dvs. kunden, der overordnet har ansvaret for overholdelsen af de databeskyttelsesretlige regler og dermed er databeskyttelsesrettens primære pligtsubjekt. Forordningens "general-klausul" om den dataansvarliges ansvar følger af art. 24, hvorefter den dataansvarlige skal gennemføre passende tekniske og organisatoriske foranstaltninger for at sikre, at behandlingen sker i overensstemmelse med forordningen. Som led heri har den dataansvarlige ansvaret for, at databehandleren stiller garantier for at gennemføre passende tekniske og organisatoriske foranstaltninger, der sikrer opfyldelse af forordningens krav, jf. forordningens art. 28, stk. 1.

Se afsnit 7.7.2 nedenfor om den dataansvarliges eventuelle erstatningsansvar for databehandlerens ulovlige behandling af personoplysninger.

Databehandleren er selvstændigt pligtsubjekt for en række af de forpligtelser, der følger af forordningen, herunder pligten til at etablere et tilstrækkeligt sikkerhedsniveau og iagttage kravene i forbindelse med tredjelandsoverførsler. Databehandleren kan ligeledes ifalde såvel erstatnings- som strafansvar for en overtrædelse af sine forpligtelser, jf. nærmere afsnit 7.7 nedenfor.

Kunden og leverandøren kan i deres indbyrdes forhold aftale, hvem der skal have ansvaret for overholdelsen af de databeskyttelsesretlige regler, jf. nærmere afsnit 4.5.1 ovenfor. Dette kan bl.a. have betydning for, om der foreligger misligholdelse fra leverandørens side, hvis ikke driften overholder de databeskyttelsesretlige regler og for, hvem der skal betale for den ekstraomkostning, som en overholdelse af reglerne påfører driften. Den aftalte ansvarsfordeling har kun virkning inter partes. Forordningens art. 82 indeholder således en bestemmelse om den dataansvarliges og databehandlerens solidariske ansvar over for den registrerede, jf. nærmere afsnit 7.7 nedenfor.



Det følger af forordningens art. 28, stk. 3, at der mellem den dataansvarlige og databehandleren skal indgås en bindende aftale (ofte benævnt en databehandleraftale), der fastsætter genstanden for og varigheden af behandlingen, behandlingens karakter og formål, typen af personoplysninger og kategorierne af registrerede samt den dataansvarliges forpligtelser og rettigheder. Bestemmelsen indeholder en nærmere opregning af krav til databehandleraftalen. Det følger af art. 28, stk. 9, at databehandleraftalen skal være i skriftlig (herunder elektronisk) form. I princippet kan databehandleraftalen integreres i selve driftsaftalen (hovedkontrakten) men normalt vil den udgøre et bilag til driftsaftalen.

Krav om skriftlig databehandleraftale

Datatilsynet har vedtaget standardkontraktbestemmelser for databehandlere. Det er ikke et krav, at disse anvendes, men det giver en sikkerhed for, at databehandleraftalen efterlever kravene i art. 29. Bestemmelserne findes på tilsynets hjemmeside.

Efter forordningens art. 28, stk. 2, må en databehandler kun gøre brug af en anden databehandler efter forudgående specifik eller generel skriftlig godkendelse fra den dataansvarlige. Ønsker leverandøren at gøre brug af en underleverandør, der skal behandle kundens personoplysninger, f.eks. fordi dele af driften varetages i en cloudunderleverandørs miljø, kræver dette således en forudgående godkendelse fra kunden. At godkendelsen kan være "generel" indebærer, at kravet kan opfyldes ved en bestemmelse i driftsaftalen, der giver leverandøren ret til at anvende underleverandører. Det følger dog af art. 28, stk. 2, at leverandøren i så fald skal underrette kunden, hvis leverandøren vælger nye underleverandører, der varetager behandling af personoplysninger, således at kunden har mulighed for at gøre indsigelse imod den nye underdatabehandler. Kundens indsigelsesret efter denne bestemmelse vil dog kun omfatte underleverandørens omgang med personoplysninger. Såfremt kunden ønsker en bredere adgang til at gøre indsigelse mod underleverandører, som leverandøren i øvrigt måtte have ret til at bruge, skal dette fremgå af driftsaftalen.

Brug af underdatabehandlere (underleverandører)

Databehandleren skal efter art. 28, stk. 4, indgå en skriftlig aftale med underdatabehandleren (en underdatabehandleraftale) på samme

– underdatabehandleraftale

måde, som den dataansvarlige skal indgå en databehandleraftale med databehandleren.

– ansvar for underdata-behandlere

Det følger ligeledes af art. 28, stk. 4, at leverandøren forbliver fuldt ansvarlig over for kunden, hvis underdatabehandleren ikke opfylder sine databeskyttelsesforpligtelser. Leverandøren er således i databeskyttelsesretlig henseende objektivt ansvarlig over for kunden for sine underdatabehandlere.

– angivelse i databehandleraftalen

Det følger af art. 28, stk. 3, litra d, at de netop beskrevne betingelser for databehandlerens brug af underdatabehandlere skal være angivet i databehandleraftalen (eller andet skriftligt dokument).

## 7.2. Hjemmelsgrundlaget for behandlingen af personoplysninger

Lagring og øvrig behandling af personoplysninger i kundens system vil udgøre en behandling i databeskyttelsesretlig forstand, uanset om driften varetages af kunden selv eller af en ekstern driftsleverandør. Denne behandling skal derfor have en hjemmel, som i udgangspunktet må findes i forordningens art. 6 på helt tilsvarende vis, som hvis behandlingen blev varetaget hos kunden selv. Behandles følsomme oplysninger, skal der endvidere findes et hjemmelsgrundlag i forordningens art. 9.

Udgør leverandørens adgang til data en behandling af personoplysninger?

Hjemmelsvurderingen er med andre ord uafhængig af, om behandlingen foretages af kunden selv (som dataansvarlig) eller af leverandøren (som databehandler). I én relation giver hjemmelskravet dog anledning til særlige overvejelser, når behandlingen varetages af en driftsleverandør. Det er således tvivlsomt, om den overladelse af oplysninger der sker, når kunden lader leverandøren varetage driften, udgør en selvstændig behandling. Behandlingsbegrebet er meget bredt og rummer bl.a. enhver form for overladelse af oplysningerne, jf. forordningens art. 4, nr. 2. Dette taler for, at der foreligger en behandling, når leverandøren får adgang til systemets data, herunder de indeholdte personoplysninger. Omvendt behandler leverandøren oplysningerne på vegne af kunden, og der kan argumenteres for, at leverandørens adgang til oplysningerne ikke udgør en selvstændig behandling, idet leverandøren blot virker som kundens tekniske medhjælper. Databeskyttelsesrettens sondring mellem den dataansvarlige og databe-

handleren, hvorefter førstnævnte er det primære pligtsubjekt, synes at pege i denne retning. Også reale grunde tilsiger, at en overladelse til teknisk medhjælp skal kunne ske uden iagttagelse af forordningens regler. Det må på denne baggrund antages, at der ikke sker en behandling af oplysninger i databeskyttelsesretlig forstand, når leverandøren får adgang til oplysningerne gennem varetagelse af driften.

Tilsvarende *Korfits Nielsen & Lotterup*, Databeskyttelsesforordningen og databeskyttelsesloven, s. 256.

Problemstillingen og dens praktiske betydning kan illustreres med et eksempel. Ønsker et forsikringsselskab at behandle følsomme oplysninger om sine kunder, f.eks. i forbindelse med administration af personforsikringer, kan dette ske efter forordningens art. 9, stk. 2, litra f, når det er nødvendigt for at afgøre, om kunden har krav på erstatning. Hvis overladelse af oplysningerne fra forsikringsselskabet til en ekstern driftsleverandør ansås for en selvstændig behandling, ville dette formentlig ikke kunne ske med hjemmel i art. 9, stk. 2, litra f, da denne overladelse næppe kunne siges at være nødvendig for at afgøre, om forsikringstageren havde krav på erstatning. Hvis overladelsen af oplysningerne til driftsleverandøren ansås for en selvstændig behandling, ville det derfor nok kræve samtykke fra samtlige kunder, for at driften kunne flyttes til den eksterne driftsleverandør. Når det lægges til grund, at overladelsen af oplysninger til ekstern driftsleverandør ikke udgør en selvstændig behandling, kan driften flyttes, uden at det kræver særskilt samtykke fra de enkelte kunder.

### 7.3. Den registreredes rettigheder

Forordningens kap. III udstyrer den registrerede med en række rettigheder, herunder retten til at blive oplyst, når der sker indsamling af den pågældendes personoplysninger (art. 13 og 14), ret til indsigt i hvordan den pågældendes personoplysninger behandles (art. 15), ret til berigtigelse af urigtige oplysninger (art. 16) og ret til sletning af oplysninger (art. 17). Det er alene den dataansvarlige, der er pligtsubjekt efter disse bestemmelser. Databehandleren er således ikke forpligtet til at sikre, at de registreredes rettigheder iagttages, og en registreret kan eksempelvis ikke med hjemmel i forordningen kræve indsigt i

Kunden har  
ansvaret for  
iagttagelsen af de  
registreredes  
rettigheder

behandlingen direkte hos databehandleren men må rette sin anmodning til den dataansvarlige.

Når en leverandør varetager driften af en kundes it-systemer, vil kundens forpligtelser efter bestemmelserne om de registreredes rettigheder ofte kun kunne iagttages med bistand fra leverandøren. Driftsaftalen må derfor også forpligte leverandøren til at yde en sådan bistand, da den dataansvarlige ellers ikke vil kunne overholde sine forpligtelser efter forordningen. I overensstemmelse hermed følger det af art. 28, stk. 3, litra e, at parternes databehandleraftale skal fastsætte, at databehandleren “under hensyntagen til behandlingens karakter, så vidt muligt bistår den dataansvarlige ved hjælp af passende tekniske og organisatoriske foranstaltninger, med opfyldelse af den dataansvarliges forpligtelse til at besvare anmodninger om udøvelse af de registreredes rettigheder som fastlagt i kapitel III”. Overholder parterne forordningens krav til indgåelse af en databehandleraftale, vil driftsaftalen (gennem databehandleraftalen) derfor have forpligtet leverandøren til at bistå kunden. Dette bliver med andre ord en del af leverandørens ydelse.

Såfremt parterne (i strid med forordningen) ikke har indgået en databehandleraftale eller forsømmer at skrive ind i aftalen, at leverandøren skal bistå kunden i opfyldelsen af den registreredes rettigheder, rejser det spørgsmålet om, hvorvidt de databeskyttelsesretlige regler alligevel pålægger leverandøren en bistandspligt. På den ene side kan en sådan pligt siges at ligge forudsætningsvist i forordningen, når den kræver, at pligten fremgår af databehandleraftalen. Det kan forekomme formalistisk, om retstilstanden skulle afhænge af, om bistandspligten er skrevet direkte ind som en pligt i forordningen eller skrevet indirekte ind som en pligt, der skal fremgå af databehandleraftalen, eftersom hensigten under alle omstændigheder må være at sikre, at den registrerede kan iagttage sine rettigheder, uanset om den dataansvarlige gør brug af en databehandler. På den anden side havde det været mest nærliggende at skrive pligten ind som en direkte pligt under forordningen for databehandleren, hvis det var meningen, at databehandleren skulle være selvstændigt pligtsubjekt. Det er endvidere tvivlsomt, om forordningen giver hjemmel til at sanktionere databehandleren for en manglende overholdelse af en bistandspligt, der ikke er skrevet ind i databehandleraftalen.

Efter forordningens art. 82 kan databehandleren kun ifalde erstatningsansvar, hvis databehandleren ikke har overholdt forpligtelser i forordningen, der er rettet specifikt mod databehandlere, eller hvis den pågældende har undladt at følge eller handlet i strid med den dataansvarliges lovlige instrukser.

Uagtet de sidstnævnte betragtninger må det antages, at databehandleren vil være forpligtet til at yde den bistand, der fremgår af art. 28, stk. 3, uanset om databehandleraftalen ikke måtte angive dette. Det har næppe været intentionen med forordningen at etablere en situation, hvor den registrerede ikke kan udøve sine rettigheder, fordi den dataansvarlige er afhængig af databehandlerens bistand, og databehandleren ikke er forpligtet til at yde denne bistand. Det må derfor antages, at leverandøren efter de databeskyttelsesretlige regler er forpligtet til at yde den bistand, der følger af art. 28, stk. 3, uanset om dette ikke måtte fremgå af databehandleraftalen eller driftsaftalen i øvrigt. Det samme resultat følger formentligt kontraktretligt af leverandørens almindelige loyalitetspligt.

Dette er dog ikke ensbetydende med, at leverandøren skal yde sin bistand vederlagsfrit, og når denne bistand ikke indgår som en del af den aftalte ydelse, vil leverandøren være berettiget til at kræve betaling herfor. Det vil bero på en konkret fortolkning, om bistandsydelsen udgør en del af den aftalte ydelse, hvilket kan være tilfældet, selvom databehandleraftalen ikke angiver disse forpligtelser. Indeholder aftalen eksempelvis en generel forpligtelse for leverandøren til at overholde de databeskyttelsesretlige regler, vil dette som udgangspunkt også omfatte de bistandsforpligtelser, der efter forordningens art. 28, stk. 3, forudsættes indført i databehandleraftalen.

## 7.4. Sikkerhed

### 7.4.1. Krav om sikkerhedsforanstaltninger

Forordningens art. 32 pålægger den dataansvarlige og eventuelle databehandlere at gennemføre passende tekniske og organisatoriske foranstaltninger for at sikre et sikkerhedsniveau, der skal beskytte den registrerede mod de risici, der er forbundet med behandlingen af den pågældendes oplysninger. Bestemmelsen indebærer, at den dataansvar-

Krav om sikkerhedsforanstaltninger for både dataansvarlig og databehandler – art. 32

lige og eventuelle databehandlere skal identificere og vurdere de risici, der er knyttet til den konkrete behandling af personoplysninger. Det er ikke nogen nem opgave at gennemføre en sådan risikoanalyse, bl.a. fordi forordningen ikke indeholder nærmere retningslinjer om vurderingen af risici.

Datatilsynet, Justitsministeriet og Digitaliseringsstyrelsen har udarbejdet en vejledning, der kan bidrage til arbejdet med risikoafdækningen.

Databehandler-  
aftalen

Når risikoanalysen er gennemført, skal den dataansvarlige vurdere, hvilke tekniske og organisatoriske sikkerhedsforanstaltninger, der skal implementeres for at imødegå den identificerede risiko for kompromitering mv. Art. 32 indeholder i stk. 1, litra a-d, fire eksempler på foranstaltninger, der eventuelt kan anvendes af den dataansvarlige. I sidste ende beror det dog på en konkret vurdering, hvilke foranstaltninger den dataansvarlige vil anvende for at etablere et sikkerhedsniveau, der passer til de identificerede risici.

Databehandlerens pligt til at iværksætte de sikkerhedsforanstaltninger, der kræves efter art. 32, skal være angivet i databehandleraftalen, jf. art. 28, stk. 3, litra c.

Leverandørens  
betaling ved  
manglende  
aftaleregulering

Som nævnt er databehandleren selvstændigt pligtsubjekt efter art. 32, og leverandøren har derfor en databeskyttelsesretlig forpligtelse til at iagttage sikkerhedskravene, uanset om driftsaftalen (i strid med kravet efter art. 28, stk. 3, litra c) ikke måtte angive dette. Det vil bero på en konkret vurdering, om leverandøren kan kræve betaling for at iagttage sikkerhedskravene, hvis denne forpligtelse ikke er angivet i driftsaftalen. Såfremt aftalen forpligter leverandøren til at overholde databeskyttelsesforordningen eller til at levere driftsydelsen i overensstemmelse med god markedsstandard eller lignende, vil sådanne bestemmelse i sig selv kunne indebære, at leverandøren skal overholde sikkerhedskravene uden særskilt betaling. Generelt må en kunde kunne forvente, at en professionel driftsleverandørs driftsmiljø overholder sikkerhedskravene efter forordningen, og der vil derfor være en formodning for, at dette ikke er en særskilt betalbar ydelse. Forholdet kan dog være et andet, hvis kundens specifikke forhold nødvendiggør iagttagelse af skærpede sikkerhedskrav.

Det følger af art. 32, stk. 1, at det passende sikkerhedsniveau skal fastlægges bl.a. under hensyntagen til det aktuelle tekniske niveau. Dette indebærer, at sikkerhedsniveauet løbende skal vurderes og tilpasses den tekniske udvikling. Dette vil derfor også være en del af den ydelse, driftsleverandøren skal levere, og medmindre driftsaftalen angiver andet, vil leverandøren ikke kunne kræve særskilt betaling for sådanne løbende justeringer af sikkerhedsniveauet.

Løbende justeringer af sikkerhedsniveauet

#### 7.4.2. Oplysningspligt ved sikkerhedsbrud

Den dataansvarlige er efter forordningens art. 33 forpligtet til i visse tilfælde at anmelde sikkerhedsbrud til tilsynsmyndigheden. Anmeldelsespligten indtræder efter bestemmelsen, når der er sket et brud på persondatasikkerheden, medmindre det er usandsynligt, at bruddet indebærer en risiko for fysiske personers rettigheder eller frihedsrettigheder.

Den dataansvarliges oplysningspligt ved sikkerhedsbrud

Begrebet "brud på persondatasikkerheden" er defineret i art. 4, nr. 12, som "et brud på sikkerheden, der fører til hændelig eller ulovlig tilintetgørelse, tab, ændring, uautoriseret videregivelse af eller adgang til personoplysninger, der er transmitteret, opbevaret eller på anden måde behandlet". Der er således tale om en ganske bred definition, der ikke kun omfatter kompromittering af personoplysninger, men også eksempelvis en fejlagtig sletning af oplysninger eller manglende adgang til oplysninger (f.eks. som følge af et it-nedbrud).

"Brud på persondatasikkerheden"

Efter art. 33, stk. 2, skal en databehandler underrette den dataansvarlige om sikkerhedsbrud, der opstår hos databehandleren. Denne forpligtelse påhviler databehandleren, uanset om det er usandsynligt, at sikkerhedsbruddet har medført en risiko for fysiske personers rettigheder og frihedsrettigheder. Den dataansvarlige skal under alle omstændigheder gøres bekendt med bruddet og kan herefter vurdere, om det skal anmeldes til tilsynsmyndigheden. Art. 33 pålægger ikke databehandleren en pligt til selv at anmelde sikkerhedsbruddet til tilsynsmyndigheden.

Databehandlerens pligt til at underrette den dataansvarlige

Såfremt den dataansvarlige er forpligtet til at anmelde sikkerhedsbruddet til tilsynsmyndigheden, skal dette efter art. 33 ske uden unødigt forsinkelse og så vidt muligt inden for 72 timer, efter den dataansvarlige er blevet bekendt med bruddet. Når sikkerhedsbruddet sker hos en driftsleverandør, vil kunden ofte først blive opmærksom på det,

Frist for underretning

når leverandøren underretter kunden. I disse tilfælde vil kunden først blive “bekendt” med sikkerhedsbruddet, når leverandøren har underrettet kunden, og først fra dette tidspunkt løber 72 timers-fristen. Leverandøren skal efter art. 33, stk. 2, underrette kunden uden unødigt forsinkelse.

En anmeldelse om et sikkerhedsbrud vil ofte kræve nærmere og i nogle tilfælde omfattende undersøgelser af hændelsesforløbet og de bagvedliggende årsager til hændelsen. Når sikkerhedsbruddet sker hos en driftsleverandør, vil det forudsætte medvirken fra leverandørens side. I mange tilfælde vil det være leverandøren, der må forestå undersøgelsen. Forordningen pålægger ikke direkte en databehandler at medvirke til sådanne undersøgelser, men det følger af art. 28, stk. 3, litra f, at databehandleraftalen skal pålægge databehandleren at bistå den dataansvarlige med at sikre overholdelsen af forpligtelserne i medfør af (bl.a.) art. 33. Leverandøren vil derfor være underlagt en sådan forpligtelse, når parterne har udarbejdet databehandleraftalen i overensstemmelse med kravene i forordningen. Det vil bero på den konkrete aftale, om denne ydelse er særskilt betalbar. Er driftsaftalen baseret på en fast pris-model vil udgangspunktet være, at leverandøren kun kan kræve særskilt betaling, hvis dette i øvrigt fremgår af aftalen. Såfremt databehandleraftalen eller driftsaftalen i øvrigt (i strid med forordningen) ikke pålægger leverandøren at bistå med undersøgelsen af sikkerhedsbruddet, vil leverandøren formentlig have pligt hertil både efter forordningen og ud fra en almindelig kontraktuel loyalitetspligt, men som udgangspunkt mod særskilt betaling, jf. afsnit 7.3 ovenfor om den tilsvarende problemstilling ved leverandørens bistand for at kunden kan iagttage sine forpligtelser ved de registreredes udøvelse af deres rettigheder.

## 7.5. Overførsel af personoplysninger til tredjelande

Globaliseringen har medført, at mange opgaver, der tidligere blev løst i Danmark, nu placeres i lande, hvor løn og andre produktionsomkostninger er lavere. For år tilbage var det navnlig mere simple typer af opgaver, men i takt med at uddannelsesniveaue og det tekniske stade er steget markant i mange tredjelande, flyttes i dag også komplekse opgaver til tredjelande. Blandt de opgaver, der i stigende omfang udføres fra lande med lavere lønomkostninger, er it-drift. Dette sker fra



lande som Kina, Indien og en række andre lande, der har lavere lønomkostninger men stadig har en relativt stor gruppe af veluddannede it-folk, der kan varetage driftsopgaverne.

Når danske virksomheder lader driften af deres it-systemer ske fra tredjelande, ofte kaldet offshoring, er den primære årsag således omkostningsbesparelser. Det er dog ikke uden problemer at flytte driften til tredjelande, og der skal tages højde for kulturelle forskelle, sproglige barrierer, lokal lovgivning m.m. Ofte vælger virksomheder derfor at indgå aftale med en velkendt hjemlig driftsleverandør, der herefter varetager kontakten med offshore-leverandøren, der eventuelt kan være et datterselskab til den hjemlige driftsleverandør eller på anden måde koncernforbundet med denne (også kaldet indirekte offshoring). Hermed får virksomheden en umiddelbar hjemlig kontraktpart, som får ansvaret for, at der leveres de aftalte ydelser. Til gengæld må prisen forventes at blive højere, end hvis der var indgået aftale direkte med offshore-leverandøren, da der nu er to leverandører, som skal opnå en avance. Ved indirekte offshoring vil en del af driftsydelserne typisk blive leveret fra Danmark af den hjemlige driftsleverandør. Det kan f.eks. være en help desk-funktion bemandet med dansk personale.

Som nævnt sker it-drift i stigende omfang gennem cloudløsninger, som i mange tilfælde er placeret i tredjelande. Uanset om offshoring finder sted gennem et dedikeret driftsmiljø eller et cloudmiljø, sker der i databeskyttelsesretlig forstand en overførsel af personoplysninger til et tredjeland, når oplysningerne lagres i et fysisk driftsmiljø, der befinder sig i det pågældende tredjeland. Dette forudsætter, at forordningens betingelser for overførsler til tredjelande iagttages.

Efter forordningens art. 45, stk. 1, kan der ske overførsel af personoplysninger til et tredjeland, når Kommissionen har truffet afgørelse om, at landet har et tilstrækkeligt sikkerhedsniveau og dermed har status af et "sikkert tredjeland". Ved denne vurdering skal Kommissionen navnlig lægge vægt på, om det pågældende land har en lovgivning, der i det væsentlige sikrer samme beskyttelsesniveau, som forordningen gør. Hverken USA eller nogle af de store outsourcinglande som Kina og Indien er godkendt som sikre tredjelande. Personoplysninger kan dog overføres til amerikanske virksomheder efter art. 45, såfremt virksomheden er tilsluttet den såkaldte *Privacy Shield*-ordning.

Overførsel til sikre  
tredjelande –  
art. 45

Overførsel til usikre tredjelande – art. 46

Da lovgivningen i de fleste af verdens lande ikke sikrer et tilstrækkeligt beskyttelsesniveau målt med databeskyttelsesforordningens standarder (og dermed har karakter af “usikre tredjelande” i databeskyttelsesretlig forstand), vil mange internationale overførsler ikke kunne foretages med hjemmel i art. 45. Både globaliseringen og digitaliseringen medfører imidlertid et stort behov for at kunne foretage internationale persondataoverførsler, og forordningen rummer derfor i art. 46 en række yderligere hjemmelsgrundlag for lovlige overførsler til tredjelande. Disse hjemmelsgrundlag har stor praktisk betydning. Udgangspunktet efter art. 46, stk. 1, er, at overførsel kun kan finde sted, hvis den dataansvarlige eller databehandleren, der overfører oplysningerne, udsteder de fornødne garantier.

– standardbestemmelser

Det følger af art. 46, stk. 2, litra c og d, at de fornødne garantier omtalt i art. 46, stk. 1, kan sikres ved brug af standardbestemmelser om databeskyttelse. Kommissionen har udarbejdet et sæt standardbestemmelser, der kan anvendes ved overførsler til usikre tredjelande. Bestemmelserne pålægger modtageren af personoplysningerne (dataimportøren) en række forpligtelser, der overordnet svarer til dem, der gælder for dataansvarlige og databehandlere efter forordningen, selvom standardbestemmelserne selvsagt er mindre omfattende end den samlede forordning. Det følger af art. 46, stk. 2, litra c, at når dataeksportøren og dataimportøren underlægger sig standardbestemmelserne i uændret form, udgør disse bestemmelser de fornødne garantier efter art. 46, stk. 1. Overførslen kan derfor ske med hjemmel i disse standardbestemmelser, der enten kan indgås mellem den dataansvarlige (kunden) og databehandleren i tredjelandet eller, i tilfælde af indirekte offshoring, mellem den danske driftsleverandør og databehandleren (underleverandøren) i tredjelandet.

– bindende virksomhedsregler

Forordningens art. 47 giver mulighed for, at der kan ske koncernterne overførsler af personoplysninger til tredjelande, dvs. fra en europæisk virksomhed til en koncerntforbundet virksomhed placeret i et usikkert tredjeland. Dette kræver, at virksomheden har vedtaget et sæt bindende virksomhedsregler, der bl.a. skal pålægge alle virksomheder i koncernen forpligtelser, der minder om forordningens, og indeholde regler om ansvar, kontrolprocedure mv. Da bindende virksomhedsregler kun kan anvendes til koncernterne overførsler, vil de ikke kunne anvendes, når kunden overfører oplysninger til en ekstern

driftsleverandør, der er placeret i et tredjeland. Derimod vil de kunne bruges, hvis en multinational driftsleverandør vil overføre oplysninger fra en virksomhed placeret i EU til en koncernforbundet virksomhed placeret i et tredjeland.

Forbuddet mod at overføre personoplysninger til tredjelande uden de fornødne garantier gælder efter art. 46 både for den dataansvarlige og databehandleren. Databehandleren er således selvstændigt pligtsubjekt og kan både ifalde erstatningsansvar efter art. 82 og bødestraf efter art. 83 for en ulovlig overførsel.

Det vil ofte fremgå eksplicit af driftsaftalen, om leverandøren har ret til helt eller delvist at placere driftsmiljøet i et tredjeland.

Se således D17, pkt. 38.1.5, hvorefter leverandøren ikke må overføre personoplysninger til lande uden for EU uden kundens forudgående skriftlige samtykke, der ikke må nægtes uden saglig grund.

Er dette ikke tilfældet, vil det bero på en fortolkning af aftalen, om leverandøren kan placere driftsmiljøet i et tredjeland. I en outputbaseret driftsaftale, hvor leverandørens ydelse består i at levere en drift, der lever op til angivne servicemål, må udgangspunktet være, at leverandøren kan vælge at placere driftsmiljøet i et tredjeland, når de databeskyttelsesretlige krav til tredjelandsoverførslen i øvrigt er opfyldt. Driftsaftalen kan dog indeholde bestemmelser, der ændrer dette udgangspunkt. Det kan eksempelvis være, at aftalens regulering af kundens fysiske adgang til driftsmiljøet forudsætningsvist stiller krav til den fysiske placering. Vil leverandøren placere driften hos en underdriftsleverandør, der har sit driftsmiljø placeret i et tredjeland, forudsætter det endvidere, at aftalens regulering af underleverandører tillader dette, jf. herved forordningens art. 28, stk. 2, hvorefter en databehandlers brug af en anden databehandler kræver forudgående specifik eller generel skriftlig godkendelse fra den dataansvarlige.

## 7.6. Krigsreglen

Da registerlovene blev vedtaget i 1978 under den kolde krig, var der en bekymring for, at Danmark kunne blive udsat for en invasion fra Sovjetunionen. Samtidig lå oplevelserne fra 2. verdenskrig ikke langt væk. Loven om offentlige registre indeholdt derfor en bestemmelse, hvor-

Dataansvarlig og databehandler er begge pligtsubjekter

Aftaleregulering af leverandørens mulighed for at placere driftsmiljøet i et tredjeland

Den tidligere krigsregel

efter der skulle træffes særlige foranstaltninger, der i tilfælde af krig muliggjorde bortskaffelse eller tilintetgørelse af oplysninger, som behandlede for den offentlige forvaltning, og som kunne være af særlig interesse for fremmede magter. Hermed ønskede man at hindre, at en besættelsesmagt fik adgang til vitale data, der bl.a. kunne sætte besættelsesmagten i stand til at overtage det administrative apparat eller på anden måde ramme vitale funktioner i tilfælde af krig. Reglen, der omtales som “krigsreglen”, blev videreført i persondataloven fra 2000, og blev bl.a. fortolket således, at visse it-systemer ikke fysisk måtte placeres i andre lande end Danmark. Datatilsynet traf således i 2007 en afgørelse om, at ATP’s centrale systemer var omfattet af reglen og derfor ikke måtte driftes fra andre lande.

Med overgangen fra den tidligere persondatalov til databeskyttelsesloven blev det diskuteret, om krigsreglen skulle afskaffes eller videreføres. Når et it-system fysisk skal placeres i Danmark, indebærer det begrænsninger i, hvordan systemet kan driftes og vedligeholdes. Særligt kan det være vanskeligt at bruge cloudtjenester og opnå de besparelser og andre fordele, der kan være forbundet hermed. Det var derfor også et ønske fra flere sider, at krigsreglen blev afskaffet. Dette blev dog ikke resultatet. I stedet indførtes i databeskyttelsesloven en krigsregel, der dels er tilsigtet et mere begrænset anvendelsesområde, dels ikke overlader vurderingen af, om reglen finder anvendelse, til den enkelte dataansvarlig (som den tidligere regel gjorde).

Bestemmelsen, der fremgår af loven § 3, stk. 9, har følgende ordlyd:

Justitsministeren kan efter forhandling med vedkommende minister fastsætte regler om, at personoplysninger, der behandles i nærmere bestemte IT-systemer, og som føres for den offentlige forvaltning, helt eller delvist alene må opbevares her i landet.

Formålet er fortsat at minimere risikoen for, at fremmede magter eller andre, der vil skade danske interesser, får adgang til systemer med store samlinger af vitale oplysninger. Er sådanne systemer fysisk placeret i andre lande, vil lovgivningen i det pågældende land kunne pålægge den, der driver systemerne, at udlevere oplysningerne.

Dbl. § 3, stk. 9

Det følger af forarbejderne, at bestemmelsen alene finder anvendelse, hvis hensyn til statens sikkerhed kan begrunde et krav om fysisk placering i Danmark. Mere generelle hensyn til it-sikkerheden kan ikke begrunde brug af reglen, da disse hensyn varetages gennem de krav til behandlingssikkerhed, der følger af forordningens art. 32.

– anvendelses-  
område

Reglen gælder kun for systemer, der føres for den offentlige forvaltning. Private virksomheders systemer er ikke omfattet (medmindre virksomheden varetager en opgave på vegne af en offentlig myndighed).

Reglen forbyder ikke kun overførsel af oplysninger til tredjelande, men også til andre EU-lande.

Reglen strider ikke mod EU-retten, fordi den omhandler national sikkerhed, og dermed vedrører aktiviteter, som falder uden for EU-retten. Denne typer aktiviteter er eksplicit undtaget forordningen efter art. 2, stk. 2, litra a.

Det er kun personoplysninger, som omfattes, ikke andre typer af oplysninger, uanset om disse måtte have betydning for statens sikkerhed. Restriktioner i omgangen med andre typer af oplysninger kan følge af anden lovgivning.

Den tidligere krigsregel pålagde den enkelte dataansvarlig selv at vurdere, om et system var omfattet af krigsreglen. Dette førte til, at ganske mange offentlige it-systemer blev omfattet af krigsreglen, og også flere end reglen reelt påkrævede. Med den nuværende regel træffer Justitsministeren (efter forhandling med den pågældende myndighed) afgørelse om, hvorvidt et system omfattes af reglen. I så fald optages systemet på en liste over systemer omfattet af krigsreglen. Dette skal ske, før systemet tages i brug.

Justitsministeriet sendte i juli 2019 en vejledning til reglen i høring, der i skrivende stund (marts 2020) endnu ikke foreligger i en endelig version. Vejledningsudkastet opregner følgende kriterier, en myndighed bør inddrage i vurderingen af, om et system muligvis omfattes af krigsreglen, og myndigheden derfor skal rette henvendelse til Justitsministeriet:

– kriterier

1. Tværgående spørgsmål: Hvilke personoplysninger behandles i it-systemet?
2. Tværgående spørgsmål: Omfanget af personoplysninger i it-systemet.
3. Hvad er konsekvenserne ved, at it-systemet er utilgængeligt (gerne opdelt i tid og kritikalitet)?
4. Hvad er konsekvenserne ved, at personoplysninger kompromitteres, f.eks. offentliggøres eller kommer i et fremmed lands varetægt?
5. Hvad er konsekvenserne ved, at personoplysninger mister deres integritet, f.eks. ved, at der sker ændringer eller tilføjelser?
6. Hvad er konsekvenserne, hvis myndigheden ikke har styring med løsningens funktionalitet, f.eks. ved, at andre tilføjer/fjerner funktionalitet eller opdateringer forhindres?
7. Hvor lang tid vil det tage at flytte driften af it-systemet til ny driftsleverandør? Både hvis leverandøren er samarbejdsvillig, og hvis leverandøren ikke er tilgængelig/samarbejdsvillig?
8. Kan myndigheden forestille sig scenarier, hvor kompromittering/udnyttelse af løsningerne kan bruges til at påvirke holdninger/meninger eksempelvis i forbindelse med valg?

Det er en forventning, at den nye krigsregel kun vil omfatte få systemer. Vejledningsudkastet giver som eksempler herpå Kriminalforsorgens Offender Management System (OMS), Nem Log-in, MitID og Digital Post. Skatteministeriets e-indkomst-system angives som et eksempel på et system, der ikke er omfattet.

Reglen gælder kun for nyudviklede systemer og ved genudbud af driften af eksisterende systemer (systemer der var kørende på tidspunktet for ikrafttræden af den nye krigsregel, 25. maj 2018). Sådanne eksisterende systemer er heller ikke omfattet af den tidligere krigsregel, som blev ophævet sammen med resten af persondataloven ved den nye databeskyttelseslovs ikrafttræden. Der vil således være systemer, der var omfattet af et lovkrav om opbevaring i Danmark efter den tidligere krigsregel, men som ikke længere er det. Et sådant krav kan dog fortsat følge af parternes aftale.

– eksisterende systemer

## 7.7. Sanktioner

Databeskyttelsesforordningens to centrale sanktionsbestemmelser er art. 82 om erstatning og art. 83 om administrative bøder. Begge bestemmelser har relevans for ansvarsfordelingen mellem kunden og leverandøren i driftsforhold, men særligt art. 82 om erstatning rejser spørgsmål, som parterne må være opmærksomme på.

### 7.7.1. Bødestraf

Forordningens art. 83 giver tilsynsmyndighederne hjemmel til at udstede administrative bøder, der for nogle typer af overtrædelser kan udgøre 4 % af et selskabs globale årlige omsætning. Danmark er imidlertid af forfatningsmæssige årsager ikke omfattet af forordningens administrative bødesystem. Databeskyttelseslovens § 41 indeholder en bødebestemmelse, der på mange punkter minder om det administrative bødesystem efter art. 83. Det er således angivet i § 41, stk. 3, at de kriterier, som efter art. 83, stk. 2, skal inddrages ved vurderingen af, om der skal tildeles en administrativ bøde og størrelsen heraf, ligeledes skal inddrages ved bodevurderingen under § 41. Der er dog den meget væsentlige forskel på bødesystemet under databeskyttelsesloven og forordningen, at bøder under loven idømmes af domstolene. Datatilsynet kan således ikke administrativt fastsætte en bøde. Det følger af dbl. § 41, stk. 6, at offentlige myndigheder også kan ifalde bøde. I det omfang der sker en persondatakrænkelser som led i it-drift, bliver bode-reglerne derfor også relevante, når den dataansvarlige er en offentlig myndighed.

Art. 83 og dbl.  
§ 41

Uanset at forordningens administrative bødesystem ikke gælder i Danmark, må det forventes, at der også her i landet fremover vil blive udstedt flere og større bøder for persondatakrænkelser. Det har skabt et øget fokus på nogle af de spørgsmål, der særligt knytter sig til bode-sanktioneringen ved brug af en ekstern leverandør af it-drift.

Det gælder særligt spørgsmålet om, hvem der ifalder bødeansvaret, når ekstern it-drift medfører en persondatakrænkelser. Pligtsubjektet efter dbl. § 41 (og art. 83) kan både være den dataansvarlige og databehandleren. Både kunden og leverandøren kan således ifalde bødeansvar.

Både kunden og leverandøren kan ifalde bøder

Det klare strafferetlige udgangspunkt er, at ansvaret pålægges den part, der er pligtssubjekt efter straffbestemmelsen, og at en (fysisk eller juridisk) person ikke pålægges straf for handlinger, der er begået af en anden. Dette udgangspunkt gælder også, når en hvervtager udfører et hverv på vegne af en hvervgiver. Straffbestemmelsen i databeskyttelsesloven ændrer ikke på dette udgangspunkt, og hvis leverandøren som databehandler har overtrådt en af de bestemmelser, hvor databehandleren er selvstændigt pligtssubjekt, f.eks. sikkerhedsforpligtelserne efter art. 32, er det leverandøren, der kan ifalde et bødeansvar. Den omstændighed, at databehandlingen foretages på vegne af kunden indebærer ikke i sig selv, at kunden kan pålægges bøden, heller ikke selv om leverandøren alene må handle efter instruks fra kunden, jf. forordningens art. 29. Kunden kan ikke i strafferetlig forstand siges at medvirke til persondatakrænkelsen, alene fordi kunden har denne instruktionsbeføjelse. Kunden kan dog efter omstændighederne ifalde et medvirkensansvar efter strfl. § 23, hvis kundens instruktioner strider mod databeskyttelsesreglerne.

Se også generelt om strafferetligt medvirkensansvar i forbindelse med kontraheret bistand, *Lund Madsen*, Straffbar medvirken i erhvervsforhold, s. 209 ff., og særligt s. 232 ff.

#### Regresaftaler

Det har endvidere været drøftet, om parterne kan aftale, at en bøde pålagt den ene part i det indbyrdes forhold skal dækkes af den anden part, særligt om kunden kan kræve regres af leverandøren. Det følger af strfl. § 50, stk. 3, at den bødefældte ikke kan kræve bøden betalt eller erstattet af andre. Bestemmelsen opstiller dermed et udgangspunkt om, at regresaftaler for bødekrav ikke er gyldige. Dette vil utvivlsomt gælde, hvis kunden selv har handlet uagtsomt eller forsætligt. I den situation kan parterne ikke gyldigt aftale, at kunden kan kræve bøden erstattet af leverandøren. Det vil endvidere normalt heller ikke være intentionen med en regresbestemmelse i driftsaftalen, at den skal dække denne situation. Bestemmelsen vil have til formål at give kunden en regresadgang, når det er leverandøren, som har handlet uagtsomt eller forsætligt. Det er tvivlsomt, om en sådan regresaftale strider mod strfl. § 50, stk. 3. På den ene side er bestemmelsen bredt formuleret og opstiller efter sin ordlyd et generelt forbud mod regres.



På den anden side har det næppe været formålet med bestemmelsen at indføre et forbud mod, at to erhvervsdrivende aftaler en regresbestemmelse i den situation, hvor den ene af dem er blevet pålagt et bødeansvar for et forhold begået af den anden. Denne fortolkning understøttes af bestemmelsens tilblivelseshistorie. Det fremgår således af betænkning 1289/1995, s. 168 ff., at bestemmelsen blev foreslået for at undgå, at en arbejdsgiver skulle kunne søge regres mod sine ansatte. På den baggrund vil bestemmelsen formentlig ikke hindre, at parterne kan indgå en gyldig regresaftale, der giver kunden mulighed for at kræve en bøde dækket af leverandøren, når det er leverandøren, der har handlet ansvarspådragende. Spørgsmålet har dog nok begrænset praktisk betydning, når kunden som det klare udgangspunkt ikke kan ifalde bødeansvar for leverandørens persondatakrænkelser, jf. ovenfor.

Som følge af de potentielt meget høje bøder efter forordningen, kan der være en interesse i at afdække risikoen gennem forsikring. Det følger imidlertid af forsikringsaftalelovens § 35, at det kun er "lovlige interesser", der kan gøres til genstand for skadesforsikring. Det er fast antaget, at interessen i at undgå de strafferetlige følger af et retsbrud ikke er en lovlige interesse, og at der derfor ikke kan tegnes forsikring mod risikoen for at blive idømt bødestraf. Hverken kunden eller leverandøren kan således gyldigt forsikre sig mod risikoen for bødestraf.

Ikke muligt at tegne forsikring

### 7.7.2. Erstatning

Forordningen indeholder i art. 82 en regulering af dataansvarlige og databehandleres erstatningsansvar for overtrædelse af forordningen. Retten til at kræve erstatning følger af art. 82, stk. 1:

Ret til erstatning  
– art. 82, stk. 1

Enhver, som har lidt materiel eller immateriel skade som følge af en overtrædelse af denne forordning, har ret til erstatning for den forvoldte skade fra den dataansvarlige eller databehandleren.

Det følger af art. 82, stk. 2, at den dataansvarlige er erstatningsansvarlig for enhver overtrædelse, hvorimod databehandleren kun er ansvarlig for tilsidesættelse af de forpligtelser efter forordningen, der særligt gælder for databehandlere, og for tilsidesættelse af de lovlige instrukser, der er givet af den dataansvarlige:

Art. 82, stk. 2

Enhver dataansvarlig, der er involveret i behandling, hæfter for den skade, der er forvoldt af behandling, der overtræder denne forordning. En databehandler hæfter kun for den skade, der er forvoldt af behandling, hvis pågældende ikke har opfyldt forpligtelser i denne forordning, der er rettet specifikt mod databehandlere, eller hvis pågældende har undladt at følge eller handlet i strid med den dataansvarliges lovlige instrukser.

Culpa med omvendt bevisbyrde  
– art. 82, stk. 3

Bestemmelsen i stk. 2 må læses i sammenhæng med stk. 3, der har følgende ordlyd:

En dataansvarlig eller databehandler er fritaget for erstatningsansvar i henhold til stk. 2, hvis det bevises, at den pågældende ikke er skyld i den begivenhed, der medførte skaden.

Bestemmelsen, der er en videreførelse fra det tidligere persondatadirektiv, er ikke klar, men må antages at indebære, at et erstatningsansvar kun kan pålægges, såfremt den dataansvarlige eller databehandleren har handlet culpøst, jf. brugen af begrebet “skyld”.

Se tilsvarende betænkning 1565/2017, s. 915 og nærmere *Udsen*, It-ret, s. 463 f.

Det følger af bestemmelsen, at den dataansvarlige eller databehandleren har bevisbyrden for, at den pågældende ikke er skyld i den skadesudløsende begivenhed. Der er således tale om et præsumptionsansvar.

Hæftelsesansvar for den dataansvarlige?

Et praktisk vigtigt spørgsmål er, om art. 82 pålægger den dataansvarlige et objektivt ansvar for krænkelse, der begås af databehandleren. Svaret kan ikke udledes af forordningens tekst. Meget taler for, at bestemmelsen ikke pålægger den dataansvarlige et objektivt ansvar, jf. nærmere hertil *Udsen*, It-ret, s. 464 f., men ret beset må spørgsmålet betragtes som uafklaret, indtil EU-Domstolen har forholdt sig til det. Når man til, at art. 82 ikke pålægger den dataansvarlige et objektivt ansvar, kunne det overvejes, om dansk rets ulovregulerede regler om hæftelse for selvstændigt virkende tredjemænd kan anvendes. Det må dog nok antages, at art. 82 udtømmende gør op med den dataansvarliges erstatningsansvar for databehandlerens handlinger, og at der derfor ikke er rum for nationale særregler herom.

Art. 82, stk. 4, fastslår, at alle dataansvarlige og databehandlere, der er erstatningsansvarlige, hæfter solidarisk over for den registrerede. Det solidariske ansvar forudsætter, at begge parter er ansvarlige, herunder at de hver især har handlet culpøst.

Solidarisk ansvar

Som en naturlig konsekvens af, at art. 82 indeholder en bestemmelse om solidarisk ansvar, indeholder den også, i stk. 5, en regresbestemmelse om den endelige ansvarsfordeling mellem de solidarisk hæftende, hvorefter den endelige fordeling af erstatningsansvaret afgøres af skyldgraden. Såfremt kunden bliver mødt med et erstatningskrav, der primært skyldes fejl forårsaget af leverandøren, vil kunden derfor kunne kræve denne erstatning dækket af leverandøren.

Regres – art. 82, stk. 5

Det er et væsentligt spørgsmål, om det er muligt gennem aftale at fravige den ansvarsfordeling, der følger af art. 82. Er det ikke tilfældet, vil driftsaftalens ansvarsbegrænsningsbestemmelse ikke finde anvendelse på erstatningskrav for persondatakrænkelser. Eftersom den registrerede er sikret ved at kunne kræve det fulde beløb erstattet af både den dataansvarlige og databehandleren, er der næppe afgørende grunde, som taler mod, at to professionelle parter skulle kunne aftale en anden indbyrdes ansvarsfordeling end den, der fremgår af art. 82, og det har næppe været hensigten, at bestemmelsen skulle afskære parterne denne mulighed. Det må derfor også lægges til grund, at kunden og leverandøren i deres indbyrdes forhold kan aftale begrænsninger i erstatningsansvaret for persondatakrænkelser.

– mulighed for fravigelse?

Tilsvarende betænkning 1565/2017, s. 916.

Databeskyttelsesloven indeholder i § 40 en henvisningsbestemmelse til art. 82. Bestemmelsen har ikke noget selvstændigt indhold og hjemlen for de registrerede til at kræve erstatning for overtrædelse af forordningen vil være art. 82.

Den registreredes erstatningskrav forudsætter i øvrigt, at de almindelige erstatningsretlige betingelser er opfyldt, det vil navnlig sige, at der skal kunne dokumenteres et kausalt og adækvat økonomisk tab. I de fleste tilfælde vil en ulovlig behandling af personoplysninger ikke påføre den registrerede et økonomisk tab, og i praksis vil det derfor være sjældent, at en overtrædelse af forordningen fører til erstatningskrav. Man kunne derfor hævde, at den praktiske betydning af art. 82,

De almindelige erstatningsbetingelser

er ganske begrænset. Dette afhænger dog helt af, om bestemmelsen også giver hjemmel til at kræve tortgodtgørelse, jf. herom i det følgende.

### 7.7.3. Tortgodtgørelse

Mens en persondatakrænkelse sjældent vil påføre den registrerede et økonomisk tab og dermed krav på erstatning, vil krænkelsen ofte kunne påføre den registrerede et psykisk ubehag, der efter omstændighederne kan berettiggende til en tortgodtgørelse. Adgangen til at kræve godtgørelse for persondatakrænkelser fulgte indtil forordningen af erstatningsansvarslovens § 26, hvorefter “den, der er ansvarlig for en retsstridig krænkelse af en andens frihed, fred, ære eller person, skal betale den forurettede godtgørelse for tort”. Der findes således en række domme, hvor den forurettede er blevet tildelt tortgodtgørelse for en persondatakrænkelse efter § 26.

Se eksempelvis U.2011.2343H, hvor en kommunes videregivelse af oplysninger om mistanke om et alkoholmisbrug til en potentiel arbejdsgiver fandtes at være en krænkelse af persondataloven, der berettigede den registrerede til en godtgørelse på 25.000 kr. og U.2008.727/2S, hvor en butiksansat ligeledes blev tildelt en tortgodtgørelse på 25.000 kr. for en arbejdsgivers tv-overvågning af butikken i strid med persondataloven.

Godtgørelse  
efter erstatnings-  
ansvarslovens  
§ 26

Omfatter art. 82  
godtgørelse?

Det er omdiskuteret, hvorvidt forordningens art. 82 også omfatter krav på tortgodtgørelse eller alene omfatter erstatningskrav. Spørgsmålet er, om begrebet “immateriel skade” i art. 82, stk. 1, også omfatter ikke-økonomisk skade (dvs. godtgørelse). Sondringen mellem materiel og immateriel skade vil normalt afhænge af, om skaden er af fysisk karakter. Der er ikke sammenfald mellem sondringen materiel/immateriel og økonomisk/ikke-økonomisk, og en immateriel skade kan godt være en økonomisk skade (det praktisk væsentligste eksempel er et økonomisk tab forårsaget af en immaterialretskrænkelse). Ordlyden af bestemmelsen giver derfor ikke noget svar på, om den også omfatter krav på godtgørelse. Heller ikke forordningens præambelbetragtninger giver et svar. EU-Domstolen har i en række afgørelser fortolket skadesbegrebet i andre EU-retsakter, men denne praksis giver ikke noget entydigt svar på, om begrebet også omfatter ikke-økonomisk skade. Ved besva-

relsen af spørgsmålet må det formentlig tillægges betydelig vægt, at den form for skade, der kan opstå ved persondatakrænkelser, primært vil være ikke-økonomisk skade. Det har formodningen mod sig, at man i en omfattende retsakt som forordningen kun har valgt at medtage en civilretlig sanktion af begrænset betydning (erstatning for økonomisk skade) men ikke den civilretlige sanktion, som i praksis er den, der har betydning (godtgørelse for ikke-økonomisk skade). Dette ville ikke give de registrerede en reel civilretlig beskyttelse og heller ikke være i overensstemmelse med princippet om, at forordningen skal sikre de registrerede effektive retsmidler, jf. herved art. 79 om den registreredes adgang til effektive retsmidler over for dataansvarlige og databehandlere. På den baggrund må det antages, at art. 82 også omfatter retten til at kræve godtgørelse for ikke-økonomisk skade. Konsekvensen heraf er, at hjemlen til at kræve godtgørelse for persondatakrænkelser ikke som under persondatadirektivet er erstatningsansvarslovens § 26 men forordningens art. 82. Hvilken betydning, dette vil få, afhænger af den praksis, der udvikler sig under art. 82, herunder i relation til godtgørelsesniveauet, der under § 26 har været relativt lavt (de højeste godtgørelsesbeløb har været på 25.000 kr.).

I betænkning 1565/2017 konkluderes bl.a. med henvisning til praksis om skadesbegrebet fra EU-Domstolen, at der ikke er tilstrækkeligt grundlag for at fastslå, at godtgørelse for ikke-økonomisk skade er omfattet af retten til erstatning for materiel eller immateriel skade efter art. 82. Denne konklusion kan af de ovennævnte grunde ikke tiltrædes.

Det er ikke enhver persondatakrænkelse, der giver ret til tortgodtgørelse. Krænkelsen skal have en vis grovhed og dermed potentielt føre til en vis psykisk gene, før der kan kræves godtgørelse. Dette har været et krav under erstatningsansvarslovens § 26 og må forventes også at være det under art. 82.

Bagatelgrænse

Illustrativ er U.2017.98H, hvor tre tjenestemænd i Banedanmark blev afskediget efter længere tids sygefravær. Som led i sagsbehandlingen blev der indhentet lægeerklæringer, som Banedanmark i strid med persondataloven gjorde sig bekendt med, inden erklæringerne blev videresendt til Helbredsnet. Både landsret og

Højesteret afviste imidlertid, at denne persondatakrænkelse udgjorde en sådan retsstridig krænkelse af de tre tjenestemænd, at de havde krav på tortgodtgørelse efter erstatningsansvarslovens § 26.

#### Sikkerhedsbrud

Af særlig relevans i en driftsaftale er risikoen for persondatakrænkelser forårsaget af sikkerhedsbrud. Et sikkerhedsbrud kan indebære kompromittering af oplysninger om et meget stort antal personer og dermed også eksponere en virksomhed eller myndighed for en meget stor økonomisk risiko, hvis alle de registrerede kan kræve godtgørelse. Risikoen øges yderligere ved muligheden for at anlægge gruppesøgsmål efter reglerne i retsplejelovens kap. 23 a. Hvor kun få registrerede formentlig vil have besværet og omkostningerne med selv at anlægge en sag med udsigt til en godtgørelse på nogle få tusinde kroner, hvis sagen vindes, kan det forholde sig anderledes, hvis kravene kan kumuleres i et gruppesøgsmål. Potentielt kan dette udløse meget store krav. En kompromittering af personoplysninger gennem et sikkerhedsbrud vil dog nok sjældent berettige til en godtgørelse, og det må generelt forventes, at domstolene vil udvise betydelig tilbageholdenhed med at tildele godtgørelse i denne type sager.

#### 7.7.4. Aftaleregulering

Forordningen og ikke mindst dens bøderammer har givet et markant øget fokus på databeskyttelse og de potentielle (økonomiske) konsekvenser ved en manglende iagttagelse af reglerne. Tilsvarende gælder den netop omtalte risiko for omfattende krav på tortgodtgørelse ved sikkerhedsbrud gennem gruppesøgsmål. Dette har bl.a. givet overvejelser om fordelingen af den økonomiske risiko for persondatakrænkelser i driftsforhold, hvor mange kunder har en bekymring for at blive mødt af betydelige økonomiske krav for persondatakrænkelser forårsaget af fejl hos deres driftsleverandør. Mange nyere driftsaftaler indeholder derfor en eksplicit regulering af denne ansvarsfordeling.

#### Bøder

Som anført ovenfor vil en eventuel bøde blive pålagt den, der har begået det strafbare forhold (persondatakrænkelser). Risikoen for, at kunden skulle blive mødt med et stort bødekraft som følge af leverandørens handlinger, er derfor yderst begrænset. I realiteten er der derfor heller ikke noget stort behov for at regulere dette i driftsaftalen.

I drøftelserne om ansvarsfordelingen for persondatakrænkelser har fokus da også primært været rettet mod kundens risiko for at blive mødt med økonomiske krav fra de registrerede. Særligt risikoen for at blive mødt med omfattende krav i et gruppesøgsmål har givet anledning til meget debat om erstatningsansvaret for persondatakrænkelser i driftsaftaler og om leverandørens mulighed for at fraskrive sig dette ansvar. En stillingtagen til dette spørgsmål er en af grundene til, at K04 endnu ikke er blevet offentliggjort. I D17 angives eksplicit, at ansvarsbegrænsningsbestemmelsen også gælder for tab opstået som følge af ulovlig behandling af personoplysninger, jf. pkt. 33.1.6.

Derimod indeholder rammeaftalen fra Staten og Kommunernes Indkøbsservice (SKI) for it-drift (SKI 02.22) en udtrykkelig bestemmelse om, at aftalens ansvarsbegrænsningsbestemmelse ikke gælder for persondatakrænkelser. Det gælder tilsvarende for den norske standardaftale SSA-D, jf. pkt. 9.3.

Såfremt driftsaftalens ansvarsbegrænsningsbestemmelse ikke indeholder en særskilt regulering af ansvaret for persondatakrænkelser, vil udgangspunktet være, at bestemmelsen også gælder for tab forårsaget af persondatakrænkelser.

Selvom risikoen for store krav forårsaget af persondatakrænkelser har givet anledning til intense drøftelser af, hvordan ansvaret for sådanne krænkelser skal fordeles i driftsaftaler, er den reelle risiko nok ret begrænset. Det er af flere grunde vanskeligt at forestille sig, at kunden kan blive pålagt at betale omfattende beløb til registrerede som følge af fejl begået af leverandøren. For det første kan kunden kun blive holdt bødeansvarlig, hvis kunden selv har begået den strafbare persondatakrænkelser eller har medvirket til denne. Hvis det endvidere lægges til grund, at forordningens art. 82 ikke pålægger kunden (som dataansvarlig) et objektivi ansvar for de fejl, leverandøren begår (som dataansvarlig), forudsætter et krav fra de registrerede mod kunden ligeledes, at kunden selv har begået fejl. Yderligere må det som anført ovenfor forventes, at domstolene vil være tilbageholdende med at tildele godtgørelse i sikkerhedsbrudsager, som er den sagstype, der rummer de største potentielle krav.

## 7.8. Aftaleregulering – oversigt

Som det er fremgået at det ovenstående, giver databeskyttelsesreglerne anledning til en række spørgsmål af betydning for it-driftsaftaler. I nyere driftsaftaler vil disse spørgsmål ofte være eksplicit reguleret, hvilket kan være hensigtsmæssigt, fordi databeskyttelsesreglerne i mange tilfælde ikke giver klare svar og dermed efterlader en usikkerhed om parternes retstilstand i mangel af særskilt regulering. Som aftalekoncipient skal man dog være opmærksom på, at noget af usikkerheden knytter sig til præceptive regler (eller spørgsmålet om, hvorvidt reglen er præceptiv) og derfor ikke kan fjernes ved aftaleregulering.

De databeskyttelsesretlige spørgsmål og temaer, der med fordel kan reguleres i driftsaftalen, er alle nærmere beskrevet i det foregående. Nærværende afsnit er derfor blot en samlet oversigt over disse temaer med nærmere henvisninger til den ovenstående tekst.

Som beskrevet ovenfor i afsnit 7.1 skal der indgås en skriftlig databehandleraftale mellem parterne, som opstiller de krav, der følger af forordningen. Hermed fastsætter forordningen præceptive krav til parternes aftaleregulering.

Aftalen bør endvidere forholde sig til, hvem der i inter partesforholdet har ansvaret for, at de databeskyttelsesretlige regler overholdes. Dette har betydning for misligholdelsesvurderingen og kan også have betydning for leverandørens mulighed for at kræve særskilt betaling for aktiviteter nødvendiggjort af lovkrav, jf. også nærmere om overholdelse af lovkrav afsnit 4.5 ovenfor.

I tilknytning hertil bør aftalen eksplicit forholde sig til, hvordan erstatningsansvaret for persondatakrænkelser fordeles mellem parterne, herunder i hvilket omfang aftalens ansvarsbegrænsninger gælder i denne situation, jf. nærmere afsnit 7.7 ovenfor.

Aftalen bør også regulere, om leverandøren er berettiget til at overføre personoplysninger til tredjelande i forbindelse med offshoring af driftsydelsen, jf. nærmere afsnit 7.5 ovenfor.

## 8. Rettigheder

Som beskrevet ovenfor vil driftens gennemførelse indebære, at parterne stiller programmer og data til rådighed for hinanden. Ofte vil information også blive skabt som led i parternes samarbejde. Hermed



opstår spørgsmålet om rettighederne til de programmer og data, der udveksles, skabes og bruges som led i driften. I det følgende behandles rettighedsspørgsmålene knyttet til de anvendte edb-programmer, til de systemdata, der behandles i kundens systemer, og til de informationer om driftsafviklingen, der typisk nedfældes i en såkaldt driftshåndbog.

## 8.1. Rettigheder til edb-programmer

Leverandørens driftsafvikling vil indebære kørsel af en række forskellige typer af edb-programmer, som f.eks. operativsystemer (styresystemer), kundens applikationsprogrammel (brugerprogrammel), databaseprogrammel og forskellige typer af programmel, der understøtter driften, herunder overvågningsprogrammel, driftsoptimeringsværktøjer mv. (i det følgende kaldet driftsprogrammel).

Driftsaftalen vil endvidere indebære, at der overdrages programmel mellem parterne. Typisk vil kunden stille noget af sit programmel til rådighed for leverandøren i driftsperioden, mens leverandøren ved driftsaftalens ophør ofte vil tilbagegive programmet og eventuelt også overdrage andet programmel til kunden, der er anskaffet i driftsperioden.

Da både kørsel og overdragelse af programmel som udgangspunkt er omfattet af den ophavsretlige eneret til henholdsvis eksemplar fremstilling og spredning, må driftsaftalen regulere rettighedsspørgsmålene. Denne regulering må forholde sig til forskellige spørgsmål, afhængigt af om der er tale om egenudviklet programmel, som en af parterne har ophavsretten til, eller standardprogrammel, som en tredjemand har ophavsretten til.

### 8.1.1. Programmel udviklet af den ene af parterne uafhængigt af driftsaftalen

I mange tilfælde vil driftsafviklingen omfatte brug af programmer, som en af parterne har ophavsretten til. Dette gælder eksempelvis for leverandørens egenudviklet driftsprogrammel og for kundens egenudviklet applikationsprogrammel, der driftes af leverandøren. I det omfang parterne selv har ophavsretten til de programmer, der indgår i driftsafviklingen, forbliver ophavsretten hos parten medmindre andet aftales, hvilket normalt ikke er tilfældet.

Ophavsret

Derimod angives det ofte i driftsaftalen, at den anden part får en brugsret til programmet, således at kunden eksempelvis udstyrer leverandøren med en brugsret til at afvikle kundens applikationsprogrammel, og leverandøren udstyrer kunden med en brugsret til leverandørens driftsprogrammel.

Se således D17, pkt. 36.2.1 (kundens programmel) og pkt. 36.3.1 (leverandørens programmel).

Selv uden en udtrykkelig brugsret vil det forudsætningsvist følge af driftsaftalen, at leverandøren har ret til at foretage de eksemplarfrestillinger af kundens programmel, der er nødvendige for driftsafviklingen. Da kunden hverken eksemplarfremsætter eller tilgængeliggør leverandørens driftsprogrammel, foretager kunden ingen handlinger, der omfattes af leverandørens eneret, og behøver formelt set ingen brugsret. I de fleste tilfælde er denne type bestemmelser med andre ord ikke nødvendige.

Efter driftsaftalens ophør

I nogle tilfælde ønsker kunden at kunne gøre brug af leverandørens driftsprogrammel hos en ny driftsleverandør efter driftsaftalens ophør. Er der tale om driftsprogrammel, der ikke er udviklet særskilt til kunden men som generelt anvendes af leverandøren til driftsafvikling, vil leverandøren sjældent være indstillet på at udstyre kunden med en brugsret efter driftsaftalens ophør. Det vil heller ikke have formodningen for sig, at driftsaftalen udstyrer kunden med en sådan brugsret, og det må derfor fremgå eksplicit af driftsaftalen, hvis kunden skal opnå en brugsret efter aftalens udløb.

### 8.1.2. Programmel udviklet som led i driftsaftalen

Det er sjældent, at parterne udvikler programmel som led i driftsaftalens gennemførelse.

I nogle tilfælde kombineres driftsaftalen med en udviklingsaftale eller optioner på udvikling, der giver kunden mulighed for at bestille udvikling af programmel hos leverandøren. I så fald vil udviklingen have karakter af et særskilt projekt, hvor rettighedsspørgsmålet må afklares på samme måde som under andre udviklingsaftaler, jf. nærmere herom i kapitel 2.

Såfremt leverandøren undtagelsesvist udvikler driftsprogrammel, der er særskilt beregnet til drift af kundens programmel, vil leverandøren som ophavsmanden til programkoden besidde ophavsretten til programmet, medmindre andet følger af parternes aftale. Den omstændighed, at programmet er udviklet til drift af kundens programmel, vil ikke i sig selv indebære, at kunden erhverver ophavsrettighederne til programmet. I mangel af eksplicit regulering i aftalen, må det bero på en fortolkning, hvilke rettigheder kunden erhverver til programmet. Det praktisk vigtige spørgsmål er, om kunden erhverver retten til at medtage programmet til en ny driftsleverandør ved driftsaftalens ophør. Hvis kunden har betalt for udvikling af programmel, der særskilt er beregnet til drift af kundens programmer, skaber det en formodning for, at kunden også har ret til at bruge programmet efter aftalens ophør.

### 8.1.3. Kundens tredjepartsprogrammel

Det kundeprogrammel, der driftes af leverandøren, vil ofte være tredjepartsprogrammel, som kunden har erhvervet licens til. I disse tilfælde er det nødvendigt at afklare, om kunden har ret til at overlade driften af programmet til en tredjepart, herunder ved at overdrage et eksemplar af programmet til leverandøren med henblik på installering af programmet i leverandørens driftsmiljø.

Medmindre driftsaftalen eksplicit angiver andet, vil leverandøren kunne forvente, at kunden har en sådan ret. Det vil derfor være kundens risiko, hvis det efterfølgende viser sig, at driften af programmet hos leverandøren krænker en tredjeparts rettigheder.

Kundens risiko om program kan overdrages til leverandøren

I overensstemmelse hermed vil driftsaftalen ofte foreskrive, at kunden har ansvaret for, at leverandøren kan drifte kundens tredjepartsprogrammel uden at krænke producentens rettigheder. Efter D17, pkt. 36.4.1, har hver part ansvaret for at have de fornødne rettigheder til at anvende tredjepartsprogrammel eller stille programmet til rådighed for den anden part som forudsat i kontrakten.

Dette indebærer for det første, at leverandøren ikke vil være i misligholdelse, selvom leverandøren ikke kan drifte det pågældende tredjepartsprogrammel og for det andet, at kunden endeligt skal bære omkostningerne forbundet med en eventuel rettighedskrænkelse, her-

under krav på licensbetaling og øvrige krav, der måtte blive rejst af programproducenten mod leverandøren.

Det er derfor navnlig i kundens interesse inden driftsaftalens indgåelse at få afklaret, hvorvidt kundens programmel kan driftes af leverandøren uden at krænke programproducentens rettigheder.

Udgangspunktet for vurderingen vil være den licensaftale, der er indgået mellem producenten af tredjepartsprogrammet og kunden. Det vil være sjældent, at licensaftalen udstyrer brugeren med en eksplisit ret til at videreoverdrage programmet. Derimod er der mange licensaftaler, som forbyder brugeren at videreoverdrage programmet. Det vil bero på en konkret fortolkning, om sådanne forbudsklausuler også indebærer et forbud mod overdragelse af programmet til en ekstern driftsleverandør, eller om forbuddet alene retter sig mod et videresalg. På baggrund af landsrettens afgørelse i U.2007.2507V kan der formentlig opstilles en formodning for, at en forbudsklausul også omfatter overdragelse til en driftsleverandør.

I U.2007.2507V var der indgået en licensaftale mellem en kunde og en softwareleverandør om kundens brug af et program til beregning og indberetning af told. Aftalen forbød kunden at overdrage programmet til tredjemand uden softwareleverandørens skriftlige samtykke. Efterfølgende outsourcete kunden sine fortolkningsopgaver til en tredjepart og overdrog samtidig toldprogrammet til denne tredjepart uden softwareleverandørens samtykke. Softwareleverandøren protesterede mod overdragelsen og gjorde gældende, at det var en overdragelse til tredjemand i strid med licensaftalens vilkår. Kunden bestred, at overdragelsen var omfattet af aftalens forbud mod overdragelse til tredjemand, da den pågældende tredjepart alene anvendte programmet på vegne af kunden. Ved sin fortolkning af bestemmelsen lagde landsretten vægt på, at softwareleverandøren havde en interesse i at bevare en nær kontakt til den virksomhed, der havde fået overladt brugsretten. Landsretten antog herved, at der var en øget risiko for uberettiget brug og kopiering, såfremt programmet blev overdraget til tredjemand, og at formålet med bestemmelsen var at modvirke denne risiko. På denne baggrund gav landsretten softwareleverandøren medhold i, at forbuddet mod overdragelse måtte tolkes restriktivt og også måtte omfatte et forbud mod overdragelse til en outsourcingleverandør.

Såfremt licensaftalen indeholder et forbud mod videreoverdragelse til ekstern driftsleverandør, rejses spørgsmålet om gyldigheden af en sådan klausul.

Gyldighed af forbud mod videreoverdragelse

Det må for det første overvejes, om konsumptionsreglen i ohl. § 19 gør en forbudsklausul ugyldig.

– ohl. § 19

Kunden havde ikke i U.2007.2507V gjort konsumptionsbestemmelsen gældende, hvorfor dommen ikke forholder sig til dette spørgsmål.

Bestemmelsen giver erhververen af et eksemplar af et værk ret til at videreoverdrage eksemplaret. Det har været omdiskuteret i dansk ophavsret, om konsumptionsbestemmelsen i § 19 er præceptiv. Dette spørgsmål blev imidlertid afklaret i relation til overdragelse af edb-programmer med EU-Domstolens dom i UsedSoft-sagen (sag C-128/11). Som nærmere beskrevet i kapitel 5.3.4, fastslog EU-Domstolen, at en forbudsklausul i en softwarelicensaftale ikke vil have gyldighed, når overdragelsen er omfattet af konsumptionsretten.

Det har endvidere været drøftet, hvorvidt en forbudsklausul kan være i strid med konkurrenceretlige regler. Med EU-Domstolens dom i UsedSoft-sagen, får spørgsmålet kun betydning i overdragelsessituationer, der ikke er omfattet af den ophavsretlige konsumptionsret, og har dermed fået begrænset praktisk betydning. Konkurrencestyrelsen har anført, at det som udgangspunkt vil være i strid med konkurrencelovens § 6 om forbud mod konkurrencebegrænsende aftaler at forbyde licenstageren at lade en ekstern driftsleverandør varetage driften af programmet, jf. Konkurrencestyrelsens konkurrenceredegørelse fra 2000, s. 161. I den ovennævnte sag, U.2007.2507V, afviste landsretten imidlertid uden videre, at forbudsklausulen var i strid med konkurrencelovens § 6. På denne baggrund må udgangspunktet antages at være, at en klausul, der forbyder videreoverdragelse til en driftsleverandør, ikke er i strid mod konkurrenceloven.

– konkurrenceretlige regler

Tilsvarende *Dragsted m.fl.*, K02 med kommentarer, s. 373.

Endelig kan det overvejes, om en forbudsklausul vil være i strid med aftl. § 36 om urimelige aftalevilkår. Det vil dog normalt næppe være

– aftl. § 36

tilfældet. Der må herved lægges vægt på, at der skal en del til, før et aftalevilkår i erhvervsforhold tilsidesættes efter § 36, at forbudsklausuler er ganske udbredte i licensaftaler, og at der kan være saglige grunde til klausulerne, jf. herved landsrettens bemærkninger i U.2007.2507V. Derimod kan det ikke udelukkes, at en forbudsklausul vil blive anset for et byrdefuldt vilkår, der skal være særligt fremhævet for at have virkning mellem parterne.

Med EU-Domstolens afgørelse af, at konsumptionsbestemmelsen er præceptiv for så vidt angår edb-programmer, bliver det afgørende at fastslå, hvorvidt kundens overdragelse til leverandøren er omfattet af den ophavsretlige konsumptionsbestemmelse. Dette gælder selvsagt for vurderingen af, om en forbudsklausul skal tilsidesættes, men også i de situationer, hvor licensaftalen ikke regulerer overdragelsesadgangen, vil svaret afhænge af, om der indtræder konsumption. Dette skyldes, at kundens overdragelse af programmet til leverandøren udgør en spredning af programmet til almenheden (idet leverandøren ikke udgør en del af kundens privatsfære), der som udgangspunkt er omfattet af programproducentens eneret efter ohl. § 2. Denne spredning kan hjemles i konsumptionsbestemmelsen i ohl. § 19, når betingelserne herfor er opfyldt.

Konkurrencestyrelsen antager i Konkurrenceredegørelse 2000, s. 161, at overladelse af et program til en driftsleverandør med henblik på dennes drift af programmet ikke udgør en overdragelse i ophavsretlig forstand. Denne antagelse kan ikke tiltrædes og harmonerer heller ikke med de særlige beskyttelseshensyn, landsretten har fremhævet i U.2007.2507V. Tilsvarende kritisk *Horsfeldt*, IT outsourcing, s. 183.

– salg Dette indebærer navnlig, at producentens overdragelse af programmet skal have karakter af et salg, jf. nærmere herom kapitel 5.3.4.

– ikke udlejning eller udlån Det er yderligere et krav, at viderespredningen fra kunden til leverandøren ikke har karakter af udlejning eller udlån, da konsumptionsretten efter § 19 ikke gælder for udlejning eller udlån af edb-programmer, jf. § 19, stk. 2 og 3. Det må derfor overvejes, om kundens overdragelse af programmet til leverandøren har karakter af “udlån” eller “udleje”. Begge begreber forudsætter en tidsbegrænset tilrådighedsstillelse, henholdsvis uden og mod betaling. Dette indebærer, at der ikke

foreligger udlån eller udleje, hvis leverandøren endeligt overtager brugsretten til programmet fra kunden, og således også efter driftsaftalens ophør bevarer programmet. Ofte vil driftsaftalen forudsætte, at programmet tilbagegives til kunden ved aftalens ophør. I denne situation må det afklares, om overdragelsen har karakter af udlån eller udleje og dermed ikke omfattes af konsumptionsretten.

Hvis kunden overdrager applikationsprogrammet til leverandøren med henblik på dennes driftsafvikling af dette programmet, vil der ikke foreligge en udlejningssituation. Leverandøren vil selvsagt ikke betale kunden for at få overdraget det programmet, der skal driftes. Efter en almindelig sproglig forståelse af begrebet udlån kan der næppe heller siges at foreligge udlån, når det fortsat er kunden, der gør brug af programmet, og overdragelsen alene har til formål, at leverandøren kan forestå den tekniske driftsafvikling af programmet på vegne af kunden. Dette understøttes også af en formålsfortolkning af forbuddet mod udlån. Forbuddet blev navnlig indført med sigte på biblioteksudlån og risikoen for omfattende kopiering ved løbende udlån til mange forskellige brugere, jf. bet. 1064/1986, s. 61. Disse betragtninger har ikke relevans ved overdragelse af programmet til en driftsleverandør.

Det er mere tvivlsomt, om der kan siges at foreligge udlån eller udleje, hvis kunden stiller programmet til rådighed, som leverandøren anvender for at kunne levere sine ydelser til kunden. Dette kan eksempelvis være tilfældet ved en business process outsourcing, hvor et helt aktivitetsområde outsources til leverandøren. Outsourcer kunden f.eks. sin økonomiafdeling til leverandøren, kan kundens økonomisystemer indgå som led i outsourcingen. I denne situation er det leverandøren, der får nytte af systemet, som understøtter leverandøren i dennes levering af de økonomifunktioner, som er leverandørens ydelse til kunden. Det samme vil være tilfældet, hvis kunden overdrager driftsprogrammet til leverandøren. Selvom leverandøren ikke betaler et separat beløb for at få programmet stillet til rådighed, må det antages, at den samlede betalingsmodel afspejler, at kunden stiller programmet til rådighed for leverandøren, som leverandøren ellers selv ville skulle anskaffe. I det omfang leverandøren på denne vis indirekte betaler for at anvende programmerne, vil overdragelse ikke have karakter af et udlån. Den omstændighed, at leverandøren foretager en indirekte

betaling og har en selvstændig nytte af det overtagne program, peger i retning af, at der foreligger en udlejning. Det følger imidlertid af bet. 1064/1986, s. 61, at formålet med at lade udlejningsforbuddet omfatte edb-programmer var at forhindre et udlejningsmarked, hvor forbrugerne i stedet for at købe programmer vil leje dem for en kort periode og tage en kopi af dem. Den form for overdragelse, der finder sted, når kunden overlader et program til en driftsleverandør, ligger langt fra dette scenarie, og en formålsfortolkning fører derfor til, at der ikke foreligger udlejning. Det må erkendes, at en sådan indskrænkning i udlejningsforbuddet ikke følger af bestemmelsens ordlyd, men formålsbetragtningerne må formentlig tillægges større vægt i en atypisk situation som overdragelse til en driftsleverandør. Konsekvensen heraf er, at udlejningsforbuddet ikke omfatter overdragelse fra kunden til leverandøren.

Såfremt betingelserne for konsumtion er indtrådt, og kundens videreoverdragelse til leverandøren ikke har karakter af et udlån, vil programmet lovligt kunne overdrages til leverandøren.

Leverandørens efterfølgende afvikling af programmet forudsætter, at leverandøren eksemplarfremskaffer programmet. Normalt vil programmet skulle lagres på leverandørens servere, og i forbindelse med kørslen af programmet vil der under alle omstændigheder blive fremstillet midlertidige kopier af programmet. Retten til at fremstille eksemplarer af programmet følger af ohl. § 36. Retten gælder kun for lovlige brugere, eller med bestemmelsens egen ordlyd "den, der har ret til at benytte programmet". Hvis programeksemplaret lovligt kan overdrages fra kunden til leverandøren efter ohl. § 19, vil leverandøren have karakter af lovlig bruger efter § 36, jf. EU-Domstolens dom i UsedSoft-sagen og nærmere kapitel 5.3.4. Leverandøren vil herefter kunne foretage de eksemplarfremskaffelser, som er nødvendige for at kunne benytte programmet efter dets formål, jf. § 36, stk. 1, nr. 1. Der kan argumenteres for, at det ikke er programmets formål at blive brugt i outsourcing, men formålsvurderingen må tage udgangspunkt i, om programmet funktionelt anvendes efter dets formål, ikke om det teknisk driftes af brugeren selv eller af en tredjemand.

Som nærmere beskrevet i kapitel 5.3.4, må leverandøren acceptere samme indskrænkninger i eksemplarfremskaffelsesretten, som kunden er undergivet i henhold til licensaftalen. Er det eksempelvis angivet, at

Leverandørens  
ret til eksemplar-  
fremskaffelse



programmet ikke må installeres i et LPAR-miljø, må leverandøren som udgangspunkt respektere denne indskrænkning på samme måde, som kunden må.

LPAR er en forkortelse for “logic participation” og dækker over mainframecomputere, der logisk (men ikke fysisk) er opdelt i separate enheder. Med den logiske opdeling kan driftsleverandører anvende samme mainframecomputer til at drifte forskellige kunders systemer, uden at de enkelte kunder kan få adgang til hinandens systemer.

Det kan dog ikke udelukkes, at en indskrænkning i eksemplarfremsættelsesretten, hvis primære formål er at hindre en overdragelse, som i øvrigt ville være lovlig efter ohl. § 19, kan tilsidesættes ud fra omgængelsesbetragtninger.

#### 8.1.4. Leverandørens tredjepartsprogrammel

Der vil ofte indgå tredjepartsprogrammel i leverandørens driftsprogrammel. Herudover vil styreprogrammel og databaseprogrammel i mange tilfælde være indkøbt af leverandøren, bl.a. fordi leverandøren kan opnå lavere priser end kunden gennem globale indkøbsaftaler med nogle af de store producenter. Sjældnere vil kundens applikationsprogrammel være indkøbt af leverandøren.

Ofte vil kunden have et ønske om at overtage leverandørens tredjepartsprogrammel ved driftsaftalens ophør. Kunden kan kun kræve en sådan overdragelse, hvis det følger af parternes aftale. Om leverandøren i forholdet til tredjepartsproducenten er berettiget til at overdrage programmet til leverandøren afgøres af reglerne om overdragelse af edb-programmel som nærmere beskrevet ovenfor og i kapitel 5.3.4.

Såfremt leverandørens brug af tredjepartsprogrammel krænker producentens rettigheder, vil der normalt foreligge misligholdelse, der kan have karakter af en retsmangel eller en faktisk mangel, jf. nærmere herom afsnit 9.1.3 nedenfor.

## 8.2. Rettigheder til systemdata

Der vil være knyttet en lang række data til de programmer, som leverandøren drifter for kunden. Dette kan både være data, der allerede

bestod, da kunden overdrog programmet til leverandøren, og data som skabes i driftsperioden ved den databehandling, programmet foretager.

Det vil bero på karakteren af de enkelte data, hvilken retlig beskyttelse de er undergivet, og dermed også hvem der som udgangspunkt kan råde over de pågældende data.

Er der tale om personoplysninger gælder de databeskyttelsesretlige regler, jf. nærmere afsnit 7 ovenfor.

I nogle tilfælde kan de pågældende data være undergivet ophavsret, f.eks. hvor en bruger skriver en tekst i et tekstbehandlingssystem.

Systemdata kan også have karakter af forretningshemmeligheder efter lov om forretningshemmeligheder. En forretningshemmelighed er information, som en virksomhed holder skjult for offentligheden, og som har betydning for virksomhedens markedsposition.

Samlingen af data kan være beskyttet som en database efter ohl. § 71, hvis betingelserne for at opnå databasebeskyttelse efter denne bestemmelse er opfyldt.

Det er sædvanligt, at driftsaftalen angiver, at alle systemdata tilhører kunden. Dette vil i så fald også gælde for ubeskyttede data, dvs. data der hverken er immaterialretligt beskyttet eller beskyttet som en forretningshemmelighed.

Se eksempelvis D17, pkt. 37.1.1: "Kunden har alle rettigheder til alle data, som Kunden overlader til Leverandøren, og som lagres, behandles og genereres som led i leveringen af Services. Leverandøren må ikke anvende Kundens data til andet end opfyldelse af Kontrakten."

Det må endvidere normalt kunne indfortolkes som en forudsætning i aftalegrundlaget, at de data, som kunden har overgivet til leverandøren, og de data, som kundens programmer genererer som led i databehandlingen, i det indbyrdes forhold mellem kunden og leverandøren tilhører kunden, også i de situationer hvor aftalen ikke udtrykkeligt regulerer spørgsmålet. Det indebærer, at leverandøren selv uden særskilt bestemmelse herom er forpligtet til at tilbagelevere samtlige data til kunden ved aftalens ophør.

### 8.3. Rettigheder til information om driftsafviklingen

Det er sædvanligt, at de nærmere procedurer for parternes samarbejde og leverandørens gennemførelse af driften er nedfældet i et samlet dokument (ofte benævnt en driftshåndbog). Dokumentet vil være udformet af leverandøren som et standarddokument, der tilpasses den konkrete driftsaftale mellem leverandøren og kunden. I tillæg hertil vil der undervejs blive genereret information om driftsafviklingen, f.eks. om kapacitetsforbrug, nedbrud mv. Den samlede driftsdokumentation vil således både indeholde leverandørens egne standardbeskrivelser og informationer relateret til den specifikke aftale.

Leverandørens standardbeskrivelser vil normalt have karakter af et ophavsretligt beskyttet værk og kan tillige være beskyttet som forretningshemmeligheder efter forretningshemmelighedsloven. Udgangspunktet er derfor, at leverandøren har alle rettigheder til disse beskrivelser, således at kunden alene udstyres med de rettigheder, der er forudsat eller udtrykkeligt angivet i parternes aftale. Det vil følge forudsætningsvist af aftalen, at kunden kan fremstille eksemplarer af driftsdokumentationen og gøre den tilgængelig for de medarbejdere, der er involveret i driftsafviklingen. Kundens rettigheder til leverandørens standardbeskrivelser vil som udgangspunkt ikke gælde efter driftsaftalens ophør. Såfremt kundens rettigheder skal gælde efter aftalens ophør, må det fremgå udtrykkeligt af aftalen.

De særlige tilpasninger af driftshåndbogen, der foretages som led i den konkrete driftsaftale, vil ligeledes kunne være ophavsretligt beskyttede, såfremt tilpasningerne i sig selv opfylder det ophavsretlige originalitetskrav. Hvem af parterne, der uden særskilt regulering i aftalen, erhverver rettighederne til tilpasninger, afhænger af, hvem der har forfattet beskrivelsen af tilpasningerne.

Den ophavsretlige beskyttelse gælder for driftshåndbogen i dens egenskab af tekstdokument (litterært værk). Heri ligger, at den ophavsretlige beskyttelse ikke gælder for de enkelte informationer i driftshåndbogen. De enkelte informationer kan efter omstændighederne være beskyttet som forretningshemmeligheder efter forretningshemmelighedsloven.

En vellykket overflytning af driften til en ny driftsleverandør kan forudsætte, at kunden og den nye leverandør får adgang til informa-

Leverandørens standardbeskrivelser

Tilpasninger

De enkelte informationer

Rettigheder efter aftalens ophør

tion om den hidtidige drift. Det er derfor et praktisk væsentligt spørgsmål, i hvilket omfang kunden kan anvende og overgive informationerne om driftsafviklingen til en ny driftsleverandør. Besvarelsen må tage udgangspunkt i den baggrundsretlige regulering af rettigheder til information. Er der tale om information, som leverandøren har eneret til efter eksempelvis de ophavsretlige regler eller reglerne om beskyttelse af forretningshemmeligheder, forudsætter det aftalehjemmel, hvis kunden skal kunne anvende dem og videregive dem til en ny leverandør efter aftalens ophør. Er der tale om ubeskyttet data, er udgangspunktet det modsatte. I praksis betyder det, at kunden vil have ret til at bruge og videregive informationer, der specifikt er knyttet til driften af kundens systemer, f.eks. udestående fejlrapporter på kundens systemer og de dele af driftsdokumentationen/driftshåndbogen, der særskilt angår driften af kundens systemer. Disse informationer har ikke karakter af leverandørens forretningshemmeligheder. Såfremt tekster konciperet af leverandøren måtte være ophavsretligt beskyttet, vil det bero på en fortolkning af aftalen, om denne giver kunden ret til at bruge teksterne efter aftalens ophør. Der må kunne opstilles en ganske stærk formodning for en sådan fortolkning, som vil være i overensstemmelse med markedsstandard. Det vil være usædvanligt, at leverandøren kan forbyde kunden at bruge driftsinformationer, der er udarbejdet særskilt til kunden, jf. også straks nedenfor om aftaleregulering. Derimod kræver det en klar aftalehjemmel, hvis kunden skal kunne bruge leverandørens generelle driftsdokumentation efter aftalens ophør. Denne dokumentation er at betragte som leverandørens forretningshemmelighed, der skal adskille leverandørens produkt fra konkurrenternes.

Se også illustrativt Oslos byfogdembetes dom af 6. september 2012 (Eniro Norge mod Norske Systemarkitekter, TOBYF-2012-127878) (\*). Ved driftsaftalens ophør opstod der uenighed mellem parterne om, hvilke informationer der skulle udleveres til kunden og dennes nye driftsleverandør. Aftalen pålagde leverandøren en pligt til aktivt at bidrage til, at en overflytning af driften kunne gennemføres med så få negative konsekvenser som muligt og til at overlevere kundespecifik driftsdokumentation men indeholdt ikke herudover regulering af, hvilken information der skulle udleveres til kunden. Retten pålagde leverandøren at udlevere administratorpasswords til de

systemer, der blev ejet eller licenseret af kunden, en komplet beskrivelse af alle parametre, der blev overvåget for hver server og alarmniveau for hver server (leverandøren anerkendte under domsforhandlingen en pligt til at udlevere de pågældende parameteroversigter) og opdaterede lister over udestående henvendelser, fejlmeldinger og bestillinger. Endvidere blev leverandøren i overensstemmelse med aftalen pålagt at udlevere den driftsdokumentation, der var særskilt udviklet til kunden, hvorimod den generelle driftsdokumentation ikke kunne kræves udleveret. Om den generelle driftsdokumentation udtalte retten, at det i almindelighed må “legges til grunn at en kompetent driftsleverandør innehar nødvendig driftsdokumentasjon og kompetanse som ikke er spesifikk for [kunden] i forhold til driften av systemene. Dette vil naturlig utgjøre en leverandørs knowhow som med rimelighet er beskyttelsesverdig.”

Driftsaftalen vil normalt indeholde en regulering af kundens adgang til driftsinformationer efter aftalens ophør. For kunden er det afgørende at kunne anvende de informationer, der er nødvendige for, at flytningen af driften til en ny leverandør kan ske uden store vanskeligheder eller ekstraomkostninger. Reguleringen vil derfor ofte tage udgangspunkt i dette behov.

Aftaleregulering

Efter D17, pkt. 17.1.1, skal parterne i et bilag angive, hvilke informationer, dokumenter mv., som leverandøren skal udlevere til kunden ved aftalens ophør. Efter pkt. 17.1.2, skal leverandøren imidlertid “uanset punkt 17.1.1” udlevere information, der er nødvendig, for at driften kan overføres til kunden eller en anden driftsleverandør. Der gælder således et ubetinget princip om, at information skal udleveres, når den er nødvendig for at kunne overflytte driften.

Ved aftalens ophør vil driftsinformationen ofte kun være i leverandørens besiddelse. Som et led i sin ophørsassistance vil leverandøren være forpligtet til at overlevere informationer, som kunden har rettigheder til, efter aftalens ophør, jf. nærmere herom afsnit 11.2 nedenfor.

Udlevering til kunden

## 9. Leverandørens misligholdelse

### 9.1. Misligholdelsesformer

#### 9.1.1. Forsinkelse

Når driften flyttes fra kunden til leverandøren eller fra én leverandør til en anden, vil driftsaftalen normalt indeholde en tidsplan for den indledende transitionsfase frem til det tidspunkt, hvor driften er endeligt overtaget af leverandøren. Såfremt denne tidsplan ikke overholdes, og det skyldes forhold, som leverandøren har ansvaret for, foreligger forsinkelse. Dette vil f.eks. være tilfældet, hvis overtagelsesprøven ikke godkendes, og den endelige idriftsættelse af systemet udskydes.

Når først systemet er endeligt i drift hos leverandøren, vil en eventuel misligholdelse oftest optræde i form af faktiske mangler ved driftsydelsen. På dette tidspunkt har forsinkelse som misligholdelsesform en begrænset praktisk betydning. Der kan dog fortsat opstå forsinkelse med delydelser, som f.eks. aftalte reaktionstider på kundens henvendelser. Om dette i juridisk forstand vil udgøre en forsinkelse eller en mangel ved den samlede driftsydelse, vil bero på en konkret vurdering. Ofte vil tilfældet dog nok være det sidste, tilsvarende *Horsfeldt*, IT outsourcing, s. 237.

#### 9.1.2. Faktiske mangler

Der foreligger en mangel ved driftsydelserne, hvis de ikke lever op til aftalens krav eller i mangel af udtrykkelig regulering ikke lever op til, hvad kunden med rimelighed kunne forvente, jf. nærmere afsnit 4 ovenfor om kravene til driftsydelsen og mere generelt om det faktiske mangelsbegreb kapitel 2.3.3.1. I praksis vil faktiske mangler ved driftsydelsen ofte bestå i, at driften ikke leveres i overensstemmelse med de servicemål, der er opstillet. Manglende tilgængelighed af systemet i det aftalte omfang udgør således en faktisk mangel.

Der antages generelt i obligationsretten at være en bagatelgrænse for, hvilke småfejl der udløser misligholdelsesbeføjelser, jf. *Iversen*, Obligationsret 1, s. 210 og 240. Dette vil også gælde for driftsaftaler. En detaljeret beskrivelse af kravene til driftsydelsen, f.eks. i form af et servicemålkatalog, vil ofte definere, hvilken fejlmargen som er accepta-

bel, og dermed gå forud for den almindelige obligationsretlige bagatel-vurdering.

### 9.1.3. Retsmangler

En retsmangel er karakteriseret ved, at kunden har fået leveret ydelsen men ikke kan gøre brug af den uden at krænke tredjemands rettigheder. I praksis vil driftsydelser sjældent være behæftet med retsmangler. Såfremt leverandøren anvender ulovligt tredjepartsprogrammel i sit driftsmiljø, vil konsekvensen forventeligt være, at leverandøren udskifter det pågældende programmel eller anskaffer en licens. Selv i en situation hvor tredjemands indsigelse skulle føre til en hel eller delvis lukning af driftsmiljøet, vil en deraf manglende tilgængelighed af kundens systemer ikke være en retsmangel men en faktisk mangel, da ydelsen ikke lever op til aftalens faktiske krav til ydelsen. En retsmangel vil kunne foreligge, hvis leverandøren skal stille brugerprogrammel til rådighed for kunden, og dette programmel ikke kan anvendes af kunden som følge af indsigelser fra tredjepartsproducenten.

### 9.1.4. Rådighedsmangler – manglende overholdelse af lovkrav

Såfremt leverandøren har ansvaret for, at driftsydelsen overholder gældende lovkrav foreligger en rådighedsmangel, når dette ikke er tilfældet. Det springende punkt bliver derfor, om det er kunden eller leverandøren, der har ansvaret for, at driftsydelsen overholder lovgivningen. Dette spørgsmål er behandlet ovenfor i afsnit 4.5.

## 9.2. Misligholdelsesbeføjelser

### 9.2.1. Naturalopfyldelse

#### 9.2.1.1. Generelt om naturalopfyldelse

Det er et grundlæggende princip, at aftaler er bindende og kan kræves gennemført af begge parter. Det obligationsretlige udgangspunkt er derfor også, at realkreditor kan kræve naturalopfyldelse.

I praksis vil det ikke være muligt at tvinge leverandøren til at levere sine driftsydelser, hvis leverandøren nægter. Det er generelt ikke muligt at gennemtvinge præstation af tjenesteydelser. Ikke desto mindre antages det, at der kan kræves naturalopfyldelse af tjenesteydelser,

medmindre opfyldelsen forudsætter personlig indsats fra en bestemt fysisk person.

Se eksempelvis *Iversen*, *Obligationsret 2*, s. 78, *Frost*, TFR 2013, s. 104 og *Hagstrøm*, *Obligationsret*, s. 382.

Selvom det er vanskeligt at gennemtvinge naturalopfyldelse af en it-driftsydelse, kan kravet på naturalopfyldelse have en vis betydning. Nægter leverandøren at levere sine ydelser, vil der foreligge en forsættelig misligholdelse af leveringspligten, hvilket indebærer, at aftalens ansvarsbegrænsningsbestemmelser tilsidesættes, jf. afsnit 9.3.4 nedenfor.

Et særligt spørgsmål er, om kravet på naturalopfyldelse indebærer en pligt til at afhjælpe mangler. Dette spørgsmål behandles i det følgende. Herefter drøftes, om kunden kan lade tredjemand udbedre mangler ved driftsydelsen for leverandørens regning.

#### 9.2.1.2. Leverandørens afhjælpningspligt

Selve driften af kundens systemer har karakter af en løbende ydelse, der forbruges af kunden, samtidig med at den præsteres af leverandøren. Mangler ved selve driftsydelsen kan derfor ikke afhjælpes. Har manglerne ikke enkeltstående karakter men er forårsaget af generelle fejl eller lignende i driftsmiljøet, vil manglerne vedblive med at optræde, hvis ikke fejlene i driftsmiljøet udbedres. En sådan fejlrettelse foretages imidlertid ikke med henblik på afhjælpning af allerede præsterede driftsydelser men med henblik på at undgå mangler i de fremtidige driftsydelser.

Nogle typer af mangler vil dog kunne afhjælpes af leverandøren. Det gælder i princippet for alle typer af ydelser, der ikke har karakter af løbende ydelser, som eksempelvis mangler ved driftshåndbogen eller fejl i en backup-kopi. Såfremt driftsaftalen fastsætter krav til indretningen af driftsmiljøet, vil en manglende overholdelse af disse krav også kunne udgøre en mangel, der kan afhjælpes.

Som beskrevet i kapitel 2.9.2.1.2 er det tvivlsomt, hvorvidt der gælder en afhjælpningspligt for sælgeren efter de almindelige obligationsretlige regler, men tendensen synes at gå i denne retning. Det vil stille kunden i en meget vanskelig situation, hvis ikke leverandøren



afhjælper mangler ved driften, da kunden ikke uden videre kan flytte driften til en anden leverandør. Henset hertil og til at en afhjælpningspligt i stigende omfang synes at blive pålagt i mere komplekse aftaleforhold, jf. kapitel 2.9.2.1.2, må det antages, at leverandøren har en pligt til at afhjælpe mangler ved driften. Dette er også i overensstemmelse med markedsstandarden.

D17 (pkt. 31.4) pålægger således også leverandøren en afhjælpningspligt.

Antagelsen af, at der gælder en afhjælpningspligt i driftsaftaler, rejser spørgsmålet, om pligten kun gælder for den type af mangler, der formelt set kan afhjælpes, eller om afhjælpningspligten kan udstrækkes til at udbedre fejl i driftsmiljøet, der forårsager mangler i den løbende driftsydelse. Som anført ovenfor er det formelt set ikke muligt at afhjælpe mangler ved den løbende driftsydelse. De hensyn, der tilsiger en afhjælpningspligt, har imidlertid samme vægt. Da situationen i praksis har væsentlige lighedstræk med den egentlige mangelsafhjælpning, må det antages, at leverandøren er forpligtet til at udbedre eventuelle fejl i driftsmiljøet, der forårsager mangler i den løbende drift. En sådan afhjælpningspligt følger normalt også af driftsaftalen og har formentlig også karakter af en branchesædvane.

Fejl i driftsmiljøet  
– forebyggende  
afhjælpning

Se D17, pkt. 31.4.1, hvorefter leverandøren er forpligtet til at afhjælpe *årsagen* til forsinkelse og mangler.

Se også den norske SSA-D, pkt. 11.4, hvorefter leverandøren er forpligtet til at afhjælpe mangler på en sådan måde, at ydelsen (fremadrettet) overholder de aftalte krav og specifikationer.

Om driftsleverandørens afhjælpningspligt se også Konkurrencestyrelsen, Vejledning om komplekse IT ydelser, s. 163 ff., hvor det uden videre lægges til grund, at driftsleverandøren er underlagt en afhjælpningspligt.

Afhjælpningspligten gælder ikke, hvis afhjælpningen vil være urimelig byrdefuld for leverandøren. Det er således almindeligt antaget i obliga-

Offergrænse

tionsretten, at der gælder en offergrænse for sælgerens afhjælpningspligt.

Se om denne offergrænse *Iversen*, Obligationsret 1, s. 101 f., og Obligationsret 2, s. 101 og *Bryde Andersen & Lookofsky*, Lærebog i obligationsret, s. 206 f.

Ved vurdering af, om afhjælpningspligten vil være urimeligt byrdefuld for leverandøren, må det navnlig inddrages, hvilke økonomiske omkostninger der vil være forbundet med afhjælpningen. Det må også inddrages, hvor byrdefuldt det vil være for kunden, at manglen ikke afhjælpes og kunden i stedet henvises til at gøre andre misligholdelsesbeføjelser gældende, herunder forholdsmæssigt afslag.

D17 indeholder en eksplicit regulering af offergrænsen, se pkt. 31.4.1: "Afhjælpningspligten gælder dog ikke, såfremt den pågældende forsinkelse eller mangel kun har bagatelagtig betydning for Kunden, og afhjælpning vil påføre Leverandøren uforholdsmæssige omkostninger."

I mange aftaler vil bestemmelsen om leverandørens afhjælpningspligt ikke indeholde en offergrænse. Det kan dog ikke udelukkes, at en sådan offergrænse vil kunne indfortolkes i parternes aftale eller hjemles i aftl. § 36.

Leverandørens afhjælpningspligt er ikke begrænset til faktiske mangler men gælder også for retsmangler og rådighedsmangler. Offergrænsebetrægtninger vil kunne have stor praktisk betydning for leverandørens pligt til at afhjælpe retsmangler. Fordi afhjælpning af retsmangler normalt forudsætter aftale med en tredjepart, kan afhjælpningen vise sig umulig eller uforholdsmæssig omkostningstung. I så fald må kunden lade sig nøje med at gøre øvrige misligholdelsesbeføjelser gældende. Rådighedsmangler kan også være byrdefulde for leverandøren at afhjælpe, hvis eksempelvis overholdelsen af lovkrav indebærer grundlæggende ændringer i driftsmiljøet. Ved vurderingen af, hvorvidt sådanne ændringer er uforholdsmæssigt byrdefulde, må det tages i betragtning, om ændringerne er nødvendige i forhold til alle leverandørens kunder. I så fald kan det retfærdiggøre, at leverandøren må bære selv ganske omfattende omkostninger.

Om reguleringen af leverandørens pligt til at afhjælpe retsmangler i form af rettighedskrænkelser se *Horsfeldt*, IT outsourcing, s. 188 ff.

Det vil bero på formuleringen af driftsaftalens ansvarsbegrænsningsbestemmelse, om denne omfatter omkostninger til afhjælpning. Rummer bestemmelsen alene en begrænsning af erstatningsansvaret, vil dette ikke inkludere leverandørens omkostninger til afhjælpning.

Tilsvarende *Horsfeldt*, IT outsourcing, s. 251.

Det vil generelt have formodningen mod sig, at en ansvarsbegrænsningsbestemmelse omfatter en parts interne omkostninger til at opfylde sine forpligtelser efter aftalen.

#### 9.2.1.3. Kundens ret til selv at udbedre

Som anført i kapitel 2.9.2.1.3, kan kunden i udviklingsaftaler formentlig lade en tredjepart foretage afhjælpning af mangler for leverandørens regning, hvis ikke leverandøren iagttager sin afhjælpningspligt. En sådan selvafhjælpningsret vil først kunne gøres gældende, når leverandøren afviser at afhjælpe eller leverandørens afhjælpningsforsøg har været forgæves. Leverandøren vil normalt kunne foretage udbedringen billigere end en tredjepart, og også leverandørens afhjælpningsret, jf. herom nedenfor, tilsiger, at kunden ikke kan lade tredjemand forestå mangelsafhjælpningen, før leverandøren har misligholdt sin afhjælpningspligt.

I udgangspunktet vil det samme gælde for driftsaftaler. I de fleste situationer vil en udbedring af en mangel ved en driftsydelse imidlertid forudsætte adgang til leverandørens driftsmiljø. I disse tilfælde kan kunden næppe kræve mangelsudbedring gennem tredjepart, dels fordi opsætningen af driftsmiljøet typisk vil rumme forretningshemmeligheder, dels fordi ændringer i driftsmiljøet risikerer at få indvirkning på andre dele af leverandørens drift. Det praktiske udgangspunkt vil derfor være, at kunden ikke kan kræve mangelsudbedring gennem tredjepart. Der er heller ikke sædvanligt, at driftsaftalen udstyrer kunden med en sådan ret.

D17 giver således heller ikke kunden en sådan ret.

### 9.2.2. Ophævelse

Kunden kan hæve aftalen, hvis der foreligger væsentlig forsinkelse eller væsentlige mangler ved systemet.

Væsentlighedsvurderingen vil være en konkret helhedsvurdering, hvor alle sagens omstændigheder kan spille ind. En række kriterier har dog en mere generel betydning. Herom henvises til den generelle obligationsretlige litteratur.

Se eksempelvis *Iversen*, Obligationsret 2, s. 140 ff., *Bryde Andersen & Lookofsky*, Lærebog i obligationsret, s. 219 ff. og *Hagstrøm*, Obligationssjónsrett, s. 426 ff. Den mest omfattende gennemgang i nordisk ret er *Bengtssons Hävningsrätt och uppsägningsrätt vid kontraktsbrott* fra 1967.

I det følgende knyttes nogle kommentarer til udvalgte aspekter af væsentlighedsvurderingen med særlig betydning for it-driftsaftaler.

#### 9.2.2.1. Forsinkelse

Såfremt tidsplanen for overflytningen af driften ikke overholdes, og dette skyldes leverandøren, foreligger som nævnt ovenfor forsinkelse. Ikke enhver forsinkelse vil være hævebegrundende, jf. tilsvarende om udviklingsaftaler kapitel 2. Ofte angiver driftsaftalen, at ophævelse forudsætter en forsinkelse med idriftsættelsen på 40-60 arbejdsdage. Dette kan dog næppe siges at gælde som en branchesædvane. Der må således foretages en konkret vurdering af, om forsinkelsen er væsentlig og dermed hævebegrundende. Denne vurdering må tage udgangspunkt i, at ophævelsen har betydelige konsekvenser. Som beskrevet i kapitel 2, spiller værdispildsbetragtninger en vigtig rolle for ophævelsesspørgsmålet i udviklingsaftaler. Hæves en udviklingsaftale, vil de ressourcer, leverandøren har investeret i udviklingen, ofte være spildt, når systemet er udviklet til kundens særlige behov og derfor ikke kan genbruges. Driftsydelsen har karakter af en løbende ydelse, som hverken kan eller skal tilbagegives ved en ophævelse af aftalen. Leverandøren vil derfor få betaling for de driftsydelser, der er leveret frem til ophævelsen (eventuelt fratrukket forholdsmæssigt afslag). Selvom værdispildsbetragtninger derfor ikke har helt samme betydning for væsentlighedsvurderingen ved misligholdelse af driftsaftaler, som til-

fældet er for udviklingsaftaler, må de stadig tillægges vægt. Leverandøren vil normalt have afholdt en række omkostninger til aktiviteter i forbindelse med overtagelsen af driften, som ikke vil kunne genbruges ved aftalens ophør. Navnlig i større driftsaftaler kan disse omkostninger, herunder til overtagelse af medarbejdere, være høje.

Ofte vil parterne have aftalt en tidsplan frem til leverandørens endelige overtagelse af driften. Forsinkelse med delmilepæle frem til den endelige driftsovertagelse vil ikke i sig selv have karakter af væsentlig misligholdelse. Det afgørende er, om leverandøren er i stand til at overtage driften til det aftalte tidspunkt, og eventuelle forsinkelser forud herfor er af mindre betydning, hvis de indhentes. Væsentlige forsinkelser med forudgående delmilepæle kan imidlertid efter omstændighederne have karakter af en anticiperet forsinkelse af den endelige driftsovertagelse.

Delmilepæle

### 9.2.2.2. Mangler

Såfremt driftsydelsen lider af væsentlige mangler, kan kunden hæve aftalen. Også i denne situation må det ved væsentlighedsvurderingen tillægges vægt, at ophævelsen har betydelige konsekvenser, jf. lige ovenfor.

Væsentlighedsvurderingen må tage udgangspunkt i, hvilke konsekvenser manglerne har for kundens brug af systemet. Der kan eventuelt søges inspiration i aftalens godkendelseskriterier for overtagelsesprøven og driftsprøven, men der vil ikke være nogen umiddelbar sammenhæng mellem mangelskategoriseringen for disse prøver og vurderingen af, om der foreligger hævebegrundende mangler. At en mangel giver kunden ret til at afvise overtagelses- eller driftsprøven indebærer således ikke nødvendigvis, at manglen vil være hævebegrundende, hvis den opstår i driftsperioden.

Konsekvensbetragtninger

Mangler ved driftsydelsen vil ofte bestå i, at systemet ikke er tilgængeligt i det aftalte omfang eller ikke overholder de aftalte svartider. Denne type af mangler kan optræde periodevis, forstået således at systemet i nogle perioder har en høj tilgængelighed og i andre perioder en lav tilgængelighed. I nogle måneder kan tilgængeligheden ligge over det aftalte, og i andre måneder kan den ligge under det aftalte. Ved væsentlighedsvurderingen må der sondres mellem situationer, hvor den manglende tilgængelighed er udtryk for generelle og mere

Sondring mellem generelle og enkeltstående driftsproblemer

permanente driftsproblemer, og situationer, hvor den manglende tilgængelighed er udtryk for enkeltstående problemer, der er afhjulpet. I den første situation kan manglerne være hævebegrundende. Dette vil ikke være tilfældet i den anden situation. Uanset om der har været tale om alvorlige driftsnedbrud, kan det ikke begrunde en ophævelse, hvis manglerne er udbedret. Dette følger allerede af, at leverandøren har en rimelig afhjælpningsfrist, jf. nærmere afsnit 9.3.3 nedenfor.

Se også den norske dom fra Borgarting lagmannsrett af 25. april 2005 (ClientPartner mod Diesel Power, LB-2004-11355)(\*), hvor kundens systemer i en ASP/SaaS-løsning var utilgængelige i flere dage. Retten afviste, at nedbruddet gav kunden ret til at hæve aftalen med følgende begrundelse: "Erfaringsmessig vil det fra tid til annen oppstå sammenbrudd av en viss varighet i slike systemer. Når det har en varighet som i dette tilfellet, oppstår det utvilsomt store problemer for kunder og brukere. Imidlertid må det tillegges vesentlig vekt at leverandøren gjorde alt det som overhode var mulig for å rette opp feilen og at den gradvis ble rettet opp i løpet av noen få dager. At en leverandør har en slik utbedringsrett, som suspenderer kundens hevningsrett, følger som foran nevnt av ulovfestede alminnelige kontraktsrettslige prinsipper."

Sondring mellem  
input- og  
output-  
forpligtelser

Væsentlighedsvurderingen vil være forskellig for input- og outputforpligtelser. Kundens væsentligste interesse vil være at få leveret den aftalte drift af sine systemer (output), mens eksempelvis indretningen af leverandørens driftsmiljø (input) vil være mindre væsentlig, hvis blot driften leveres som forudsat. Leverandørens manglende overholdelse af en inputforpligtelse må derfor generelt anses for mindre byrdefuldt for kunden end en manglende overholdelse af en outputforpligtelse.

### 9.2.2.3. Aftalebestemmelser

Driftsaftalen vil ofte indeholde en angivelse af forhold, der giver kunden ret til at hæve aftalen. Som beskrevet i kapitel 2 eliminerer kunden herved den standpunktsrisiko, der ligger i at skulle vurdere, om der foreligger en væsentlig misligholdelse efter dansk rets almindelige regler. For leverandøren kan denne objektivering af, hvornår en mangel er hævebegrundende, være byrdefuld, fordi den ikke levner rum for den

konkrete vurdering og dermed indebærer en risiko for, at kunden kan hæve aftalen i situationer, hvor manglen efter en konkret vurdering ikke kan anses for væsentlig. Af samme grund er sådanne bestemmelser ofte genstand for intense forhandlinger.

I driftsaftaler vil denne type bestemmelser ofte tage udgangspunkt i kravene til servicemålene, således at kunden er berettiget til at hæve aftalen, hvis overholdelsen af nærmere angivne servicemål forsvømmes med mere end en bestemt margen i en given periode. Bestemmelsen kan f.eks. foreskrive, at kunden er berettiget til at hæve aftalen, hvis tilgængeligheden af systemet eller bestemte kritiske delsystemer er X % under de aftalte servicemål i X på hinanden følgende måneder.

Nogle aftaler foreskriver endvidere, at kunden kan hæve, hvis overtagelsesdagen overskrides med en bestemt frist. Hermed undgår kunden standpunktsrisikoen ved at skulle vurdere, om forsinkelsen efter en konkret vurdering kan anses for væsentlig.

Bestemmelsen vil normalt være supplerende, således at den ikke udelukker kunden fra at gøre misligholdelse gældende i andre situationer, hvor kunden i øvrigt kan dokumentere, at der foreligger væsentlige mangler eller væsentlig forsinkelse. Som angivet i kapitel 2 kan grænsen for, hvornår der kan hæves efter en aftalt hævebestemmelse, formentlig påvirke vurderingen af, hvornår der foreligger væsentlig misligholdelse uden for de angivne situationer. Angiver bestemmelsen eksempelvis, at kunden kan hæve, hvis tilgængeligheden af kritiske delsystemer er 5 % under de angivne servicemål i 5 på hinanden følgende måneder, kan man vanskeligt forestille sig, at kunden vil kunne hæve aftalen efter 4 måneder med en tilgængelighed 5 % lavere end aftalt.

Manglende overholdelse af servicemål

Forsinkelse med overtagelsesdagen

D17 indeholder en bestemmelse om forhold, der giver kunden ret til at hæve, jf. pkt. 31.8.2:

D17

Følgende forhold anses altid for væsentlig misligholdelse, der berettiger Kunden til at hæve Kontrakten uden varsel, medmindre disse forhold skyldes omstændigheder, som Leverandøren ikke har ansvaret for:

- a) Forsinkelse med Overtagelsesdagen med mere end 40 Arbejdsdage.
- b) Manglende overholdelse af
  - samme Servicemål i 3 på hinanden følgende, måleperioder, såfremt afvigelsen i alle 3 måleperioder er på mindst [XX],
  - samme Servicemål i 3 ud af 6 måleperioder, såfremt afvigelsen i alle 3 måleperioder er på mindst [XX], eller
  - samme Servicemål i 6 på hinanden følgende måleperioder.

## Gyldighed

En bestemmelse om kundens adgang til at hæve, når nærmere angivne omstændigheder indtræder, vil som udgangspunkt være gyldig. Bestemmelsens byrdefulde natur kan dog få en domstol til at fortolke den indskrænkende, ligesom bestemmelsen kan blive helt eller delvist tilsidesat efter aftl. § 36, hvis det i den konkrete situation vil være urimeligt at gennemføre en ophævelse. Ved denne vurdering må der bl.a. lægges vægt på, hvor væsentlig misligholdelsen er, og dermed på afstanden mellem den hævebegrundende væsentlige misligholdelse efter de almindelige regler og den konkrete misligholdelse. Det må dog omvendt erindres, at netop når hævebetingelserne er konkrete og specifikt angivet, vil leverandøren kende konsekvenserne af at tiltræde vilkåret.

Misligholdelse af garanti-  
bestemmelser

Et særligt spørgsmål er, om aftalens garantibestemmelser har betydning for kundens adgang til at hæve. Garantisvigt kan tillægges vægt i vurderingen af, om en misligholdelse er væsentlig, men der kan ikke opstilles en generel formodning for, at et garantisvigt er hævebegrundende; i samme retning *Iversen*, *Obligationsret 2*, s. 147. I it-driftsaftaler er der en udbredt tradition for omfattende garantikataloger, herunder også udstedelse af garantier, hvis svigt ikke nødvendigvis vil være af afgørende betydning for parterne.

D17 indeholder ikke et sådant bredt garantikatalog men giver i pkt. 30 plads til, at parterne selv indfører (mere specifikke) garantier.

Der vil derfor også kunne foreligge mange eksempler på garantisvigt, der ikke berettiger til ophævelse. Dette kan også formuleres således, at



den udbredte brug af garantier i it-kontraktretten svækker betydningen af garantierne. I samme retning *Dragsted*, IT-kontrakter I, s. 55.

Se også den norske dom fra Borgarting lagmannsrett af 25. april 2005 (ClientPartner mod Diesel Power, LB-2004-11355)(\*), hvor et større nedbrud hos driftsleverandøren medførte, at den garanterede opetid på 99,7 % pr. kalendermåned ikke blev overholdt i den pågældende måned. Dette berettigede ikke kunden til at hæve aftalen.

#### 9.2.2.4. Tidspunkt hvor ophævelsen får virkning

Det har været fast antaget i den obligationsretlige litteratur, at længevarende og løbende aftaleforhold som udgangspunkt kun kan hæves *ex nunc*, dvs. med virkning fra nu af.

Se således *Ussing*, Obligationsretten, s. 95, *Iversen*, Obligationsret 2, s. 157, *Bryde Andersen & Lookofsky*, Lærebog i obligationsret, s. 213 og *Hagstrøm*, Obligationsret, s. 454.

Konsekvensen heraf er, at ophævelsen ikke omfatter de ydelser, der allerede er præsteret på ophævelsetidspunktet. Dette forudsætter en ophævelse *ex tunc*, altså med tilbagevirkende kraft.

Som nærmere beskrevet i kapitel 2.9.2.2.4, kan dette udgangspunkt næppe opretholdes for så vidt angår udviklingsaftaler. Derimod må det stadig være udgangspunktet, at aftaler om løbende ydelser, som f.eks. it-drift, hvor ydelsen er præsteret og konsumeret på ophævelsetidspunktet, kun kan hæves *ex nunc*. Ophævelsen omfatter derfor ikke de driftsydelser, der er leveret før ophævelsetidspunktet. Heraf følger, at kunden ikke kan kræve betalingen for disse ydelser tilbage men alene kan kræve et forholdsmæssigt afslag i det omfang, manglerne har forringet værdien af driftsydelsen for kunden, jf. nedenfor om forholdsmæssigt afslag. Såfremt manglerne derudover har påført kunden tab, kan kunden kræve erstatning herfor, i det omfang erstatningsbetingelserne er opfyldt. Når leverandøren ikke at overtage driften, inden kunden hæver, fordi overtagelsesprøven eksempelvis ikke godkendes, vil aftalen derimod kunne hæves *ex tunc*.

Ophævelse sker  
*ex nunc*

Dette er også reguleringen i D17, pkt. 31.8.4, hvorefter kundens ophævelse har virkning fra ophævelsesstartspunktet (*ex nunc*), hvis ophævelsen sker efter overtagelsesdagen og fra tidspunktet for kontraktens indgåelse (*ex tunc*), hvis ophævelsen sker før overtagelsesdagen.

#### 9.2.2.5. Hel eller delvis ophævelse

I tilfælde af aftalens ophævelse vil kunden normalt ønske at hæve hele aftalen og flytte den samlede drift til en anden leverandør. Når leverandørens misligholdelse udgør en væsentlig misligholdelse af den samlede aftale, vil kunden være berettiget til at hæve hele aftalen, uanset om misligholdelsen eksempelvis kun har omfattet nogle af de programmer, der er blevet driftsafviklet. I mange tilfælde opdeles driften i forskellige "grupper" af programmer (ofte benævnt "clusters" eller "service towers"), der eksempelvis kan være undergivet forskellige sikkerhedsniveauer, ligesom servicemål kan variere afhængigt af, hvor kritisk det pågældende program er. Det er derfor ikke usædvanligt, at misligholdelsen af driften kan henregnes til bestemte dele af det driftede program.

Når misligholdelsen kan henregnes til bestemte dele af det driftede program, opstår spørgsmålet, om kunden kan foretage en delvis ophævelse afgrænset til disse dele af programmet. Spørgsmålet bliver navnlig relevant, når misligholdelsen ikke har karakter af en væsentlig misligholdelse af den samlede aftale. Da driftsaftalen indgås som en samlet aftale, hvor leverandøren muligvis har en højere fortjeneste på nogle dele af aftalen end på andre, må udgangspunktet formentlig være, at kunden ikke kan hæve delvist, når der ikke foreligger en væsentlig misligholdelse af den samlede aftale. Resultatet må dog nok bero på en konkret vurdering, hvor kundens behov for at foretage en delvis ophævelse må afvejes mod leverandørens grunde til at modsætte sig dette. Det er under alle omstændigheder en forudsætning, at der foreligger en væsentlig misligholdelse af den delydelse, som kunden vil hæve.

I enkelte tilfælde kan kunden have en interesse i, at delsystemer fortsat driftes hos leverandøren, selvom der foreligger en væsentlig misligholdelse af den samlede aftale, og kunden således er berettiget til at hæve hele aftalen. Dette kan eksempelvis være tilfældet, hvor

Kan kunden hæve delvist, når dele af aftalen er væsentligt misligholdt?

Kan kunden hæve delvist, når hele aftalen er væsentligt misligholdt?

leverandøren har en særlig ekspertise i drift af bestemte komplekse systemer, driften af disse delsystemer udføres mangelfrit og måske til en meget konkurrencedygtig pris. Det er almindeligt antaget, at køberen kan vælge at fastholde den mangelfri del af en leverance, og dette må formentlig også være udgangspunktet ved ophævelse af en driftsaftale. Udgangspunktet må dog fraviges, hvis det har været en afgørende forudsætning for leverandøren at levere ydelserne samlet, og en opsplitning vil påføre leverandøren urimelige omkostninger.

Efter D17, pkt. 31.8.1, kan kunden vælge enten at hæve aftalen helt eller delvist i tilfælde af leverandørens væsentlige misligholdelse. Bestemmelsen forholder sig ikke eksplicit til, om kunden kan hæve aftalen delvist, hvis ikke den samlede aftale er væsentligt misligholdt.

### 9.2.3. Forholdsmæssigt afslag

Driftsydelsens karakter af løbende ydelse bevirker, at leverandøren ikke har mulighed for at udbedre de mangler, der måtte være i den del af driften, som allerede er leveret. Som regel vil manglerne ikke have en sådan karakter, at kunden kan eller vil ønske at hæve hele driftsaftalen. I stedet må kunden søge økonomisk kompensation for manglerne. Dette kan gøres gennem krav på forholdsmæssigt afslag, erstatning og bod, hvis aftalen indeholder bodsbestemmelser, hvad næsten altid er tilfældet.

Det forholdsmæssige afslag nødvendiggør ikke som erstatning, at kunden kan dokumentere et tab, eller at der foreligger et ansvarsgrundlag. Kravet er alene, at der foreligger en mangel, der forringer værdien af driftsydelsen for kunden.

Retten til forholdsmæssigt afslag følger af kbl. §§ 42, stk. 1, og 43, stk. 1, men har karakter af en almindelig obligationsretlig grund-sætning og gælder således også uden for købelovens område.

Se generelt om forholdsmæssigt afslag *Iversen*, *Obligationsret* 2, s. 181 ff., *Theilgaard m.fl.*, *Købeloven*, s. 805 ff. og *Hagstrøm*, *Obligationsret*, s. 413 ff.

Beregning

Udgangspunktet for beregningen af det forholdsmæssige afslag vil være forholdet mellem driftsydelsen i mangelfri stand og værdien af ydelsen med de pågældende mangler. Det er dog fast antaget, at der gælder en bagatelgrænse for det forholdsmæssige afslag, jf. *Iversen, Obligationsret 2*, s. 187. I praksis kan det være vanskeligt at foretage en præcis beregning, og ofte vil det forholdsmæssige afslag blive fastsat mere skønsmæssigt.

Praktisk betydning og forhold til bod

Den omstændighed, at mangler ved driftsydelsen ofte ikke kan afhjælpes, fordi ydelsen allerede er præsteret, bevirker, at det forholdsmæssige afslag potentielt kan få stor betydning ved misligholdelsen af driftsaftaler. Som regel vil manglende overholdelse af de aftalte servicemål dog udløse en bod, der i praksis bliver kundens primære økonomiske misligholdelsesbeføjelse. Hvorvidt muligheden for at kræve bod udelukker muligheden for at kræve forholdsmæssigt afslag, afhænger af aftalens udformning, jf. nærmere nedenfor under gennemgangen af bodsbestemmelser.

#### 9.2.4. Erstatning

Når driftsydelsen er mangelfuld, kan kunden kræve erstatning, hvis de almindelige erstatningsbetingelser er opfyldt, herunder særligt at der foreligger et ansvarsgrundlag og et økonomisk tab, der er kausalt og adækvat.

##### 9.2.4.1. Ansvarsgrundlag

Krav om culpa

Som beskrevet i kapitel 2 om ansvarsgrundlaget ved misligholdelse af udviklingsaftaler kan der næppe opstilles en almindelig obligationsretlig grundsætning om objektivi ansvar ved manglende overholdelse af en resultatforpligtelse. Da driftsydelsen heller ikke er underlagt objektivi ansvar efter særlige lovregler, må man fastholde det erstatningsretlige udgangspunkt, således at leverandøren i mangel af særskilt aftale kun ifalder erstatningsansvar for forsinkelse eller faktiske mangler ved driftsydelsen, såfremt dette kan tilregnes leverandøren som culpøst.

Anderledes *Horsfeldt*, IT outsourcing, s. 232 ff., der vil sondre mellem de situationer, hvor leverandøren har en resultatforpligtelse

med frit opfyldelsesvalg, resultatforpligtelse uden frit opfyldelsesvalg og en indsatsforpligtelse.

Af de grunde, der er angivet i kapitel 2 (leverandøren er den professionelle part, ydelsens kompleksitet, kundens manglende indsigt i driften og begrænsede mulighed for at dokumentere fejl hos leverandøren), må det antages, at leverandøren vil blive pålagt bevisbyrden for ikke at have handlet uagtsomt, således at der gælder et præsumptionsansvar.

Bevisbyrde

Se også generelt om bevisbyrden for ansvarsgrundlag *Frost*, TFR 2019, s. 491 ff.

Driftsaftalen vil sjældent indeholde en særskilt regulering af ansvarsgrundlaget men vil ofte indeholde forskellige former for garantier for leverandørens overholdelse af aftalen. Garantikataloget kan spænde fra specifikke garantier for overholdelse af angivne servicemål til en generel garanti for, at leverandørens ydelser overholder aftalens krav. Et garantitilsagn vil ofte, men ikke altid, udløse et objektivt ansvar, såfremt garantien ikke overholdes, jf. nærmere kapitel 2.9.2.4.1.

Garantiansvar

#### 9.2.4.2. Krav om kausalitet og adækvans

Det er en grundlæggende erstatningsbetingelse, at skaden er en kausal følge af skadevolderens handling. Dette indebærer, at kunden kun kan få dækket tab, såfremt der er årsagssammenhæng mellem leverandørens misligholdelse og de pågældende tab. Kausalitetsvurderingen vil bero på en konkret vurdering, men i praksis vil der ofte ikke være tvivl om, at der er årsagssammenhæng mellem misligholdelsen og tabet.

Det vil oftere være tvivlsomt, om et tab kan betegnes som adækvat. Hvad der nærmere ligger i adækvanskravet har været genstand for betydelige drøftelser i den erstatningsretlige litteratur. Om disse drøftelser henvises til speciallitteraturen.

Se *Ehlers*, Grundlæggende erstatningsret, s. 254 ff., *von Eyben & Isager*, Lærebog i erstatningsret, s. 327 ff., *Iversen*, Erstatningsberegning i kontraktsforhold, s. 87 ff. og *Ehlers*, Om adækvanslæren i erstatningsretten.

Det må formentlig (stadig) kunne lægges til grund, at adækvansvurderingen tager udgangspunkt i, hvorvidt tabet var påregneligt for skadevolderen, jf. nærmere *Iversen*, Erstatningsberegning i kontraktsforhold, s. 100. Ved denne vurdering kan der lægges vægt på, at det er kendt viden, ikke mindst for professionelle driftsleverandører, at mangler ved driften kan have betydelige konsekvenser og tab til følge, herunder også tab, der kan ligge et godt stykke ude i årsagskæden. Omvendt må der også lægges vægt på, at karakteren og omfanget af de enkelte fjernereliggende tab kan være vanskelige at forudse for leverandøren.

Se nærmere om adækvansvurderingen i kontraktsforhold, *Iversen*, Erstatningsberegning i kontraktsforhold, s. 107 ff., hvor det bl.a. i overensstemmelse med det netop beskrevne om leverandørens indsigt anføres, at adækvansvurderingen beror på en professionsmålestok.

Som beskrevet nedenfor i afsnit 9.3.4, vil driftsaftalen ofte indeholde en ansvarsfritagelse for indirekte tab. Indirekte tab vil oftere være inadækvate end direkte tab. Der vil derfor være en række tilfælde, hvor adækvansvurderingen kan være vanskelig men heller ikke behøver blive foretaget, allerede fordi det pågældende tab vil være et indirekte tab omfattet af en ansvarsfraskrivelse.

#### 9.2.4.3. Tabsopgørelsen

Såfremt der består et ansvarsgrundlag, og de øvrige erstatningsbetingelser er opfyldt, kan kunden kræve sit tab dækket. Det er kunden, der har bevisbyrden for, at der er lidt et tab og for tabets omfang.

Generelt om tabsopgørelsen kan navnlig henvises til *Iversen*, Erstatningsberegning i kontraktsforhold. I det følgende anføres primært bemærkninger til udvalgte tabsposter af særlig relevans for driftsaftaler.

Det erstatningsretlige udgangspunkt er, at alle tab dækkes, herunder også indirekte tab. I praksis vil aftalen dog normalt fraskrive parterne ansvar for indirekte tab, jf. nedenfor om ansvarsbegrænsningsbestemmelser.

Ved tabsopgørelsen må kunden vælge, om tabet skal opgøres som positiv opfyldelsesinteresse eller som negativ kontraktsinteresse. Ved den positive opfyldelsesinteresse stilles kunden økonomisk, som om aftalen var opfyldt. Ved negativ kontraktsinteresse stilles kunden, som om aftalen ikke var indgået. Positiv opfyldelsesinteresse kan kræves, uanset om aftalen hæves eller fastholdes, hvorimod negativ kontraktsinteresse forudsætter, at aftalen hæves.

Som anført ovenfor vil en ophævelse af driftsaftalen normalt gælde *ex nunc*. Hæves aftalen efter leverandøren er påbegyndt driften, vil ophævelsen gælde den fremtidige drift, hvorimod der ikke kan hæves for så vidt angår den drift, der allerede er præsteret. Når leverandøren ikke at overtage driften, inden kunden hæver, fordi overtagelsesprøven eksempelvis ikke godkendes, vil aftalen derimod kunne hæves *ex tunc*, jf. nedenfor afsnit 9.2.2.4.

Sondringen mellem ophævelse *ex nunc* og *ex tunc* har betydning for erstatningsopgørelsen. Da krav på negativ kontraktsinteresse forudsætter en ophævelse, kan der ikke kræves negativ kontraktsinteresse for den periode, hvor driften har været leveret. Såfremt der har været mangler ved den leverede drift, må kunden gøre en eventuel erstatning op som positiv opfyldelsesinteresse. Derimod vil kunden kunne kræve negativ kontraktsinteresse for den del af driftsperioden, der omfattes af ophævelsen.

Sondringen kan illustreres med et eksempel: Hæver kunden en 5-årig driftsaftale to år inde i driftsperioden, kan kunden kræve positiv opfyldelsesinteresse for de tab, som manglerne ved driften i de to år har påført kunden. For de sidste tre år af aftalen, der omfattes af ophævelsen, kan kunden vælge mellem positiv opfyldelsesinteresse og negativ kontraktsinteresse. Har kunden eksempelvis købt en 5-årig licens til tredjepartsprogrammel, der ikke længere har værdi efter driftsaftalens ophævelse, kan kunden ikke kræve erstatning i form af tilbagebetaling af licensen for de to år, hvor leverandøren har leveret driften. Derimod kan kunden kræve tilbagebetaling for de sidste tre år, hvis kunden vælger at opgøre sit erstatningskrav som negativ kontraktsinteresse.

Negativ kontraktsinteresse omfatter bl.a. kundens udgifter til afholdelse af udbud, indgåelse af kontrakt og øvrige udgifter i forbindelse

Sondring mellem ophævelse *ex nunc* og *ex tunc*

Negativ kontraktsinteresse

med flytningen af driften til leverandøren. Det kan forekomme urimeligt, om kunden ikke skulle kunne kræve erstatning for sådanne udgifter, hvis driftsaftalen hæves kort efter leverandørens overtagelse af driften. Det må antages, at kunden kan kræve erstatning for en forholdsmæssig andel af opstartsomkostningerne, således at disse fordeles over hele aftaleperioden.

Et særligt spørgsmål er, om der kan kræves erstatning i den situation, hvor der ikke bliver indgået en aftale mellem parterne som følge af den ene parts culpøse adfærd i aftaleforhandlingerne, såkaldt *culpa in contrahendo*. Et sådant prækontraktuel ansvar er anerkendt i dansk ret, men der skal særligt skærpende omstændigheder til, før der ifaldes erstatningsansvar, jf. nærmere *Bryde Andersen*, Grundlæggende aftaleret, s. 109 f. Spørgsmålet har næppe praktisk betydning for driftsaftaler. Det er dog set, at kunder udelukkende har brugt forhandlinger med en driftsleverandør som led i en benchmarking af priser og ydelser fra en eksisterende (og foretrukne) leverandør. Det er imidlertid vanskeligt at løfte bevisbyrden for, at kunden forhandlede på skrømt.

Som det gælder for udviklingsaftaler, jf. kapitel 2, vil kunden typisk også i driftsaftaler have et stort internt timeforbrug både i forbindelse med indgåelse af aftalen, overflytning af driften og involvering ved den løbende drift. Dette rejser spørgsmålet, om kundens interne tidsforbrug har karakter af et erstatningsberettiget tab. Som nærmere beskrevet i kapitel 2.9.2.4.3, må dette lægges til grund, idet omkostninger forbundet med internt tidsforbrug dog i nogle situationer kan have karakter af et indirekte tab og dermed være omfattet af en ansvarsbegrænsningsbestemmelse.

Som nævnt vil kunden både kunne kræve positiv opfyldelsesinteresse for den periode, hvor driften har været leveret, og for den resterende aftaleperiode, hvor ophævelsen får virkning. Der består imidlertid en væsentlig forskel mellem de krav, der kan rejses for de to perioder. En af de betydelige tabsposter, når tabet opgøres som positiv opfyldelsesinteresse, er ofte prisdifferencetabet, dvs. differencen mellem den pris, kunden skal betale efter aftalen, og den højere pris, kunden må betale hos en ny leverandør.

Positiv  
opfyldelses-  
interesse



Se generelt om prisdifferencetabet *Iversen*, Erstatningsberegning i kontraktsforhold, s. 181 ff.

Dette tab er kun relevant for den del af aftalen, der hæves. Kunden kan med andre ord ikke kræve prisdifferencetab for den periode, hvor leverandøren varetager driften. Kundens erstatningskrav er typisk for denne periode begrænset til de direkte ekstraomkostninger, som leverandørens misligholdelse har påført kunden. Afhængigt af misligholdelsen vil dette krav kunne suppleres af krav på forholdsmæssigt afslag og eventuelt bod.

### 9.2.5. Bod

Driftsaftalen vil normalt indeholde to typer af bodsbestemmelser. Dels en bestemmelse, der pålægger leverandøren at betale bod, hvis driften af systemet ikke påbegyndes på det aftalte tidspunkt, dels en bestemmelse om bod for manglende overholdelse af servicemål i den løbende drift.

Se generelt om bod *Bryde Andersen*, Praktisk aftaleret, s. 427 ff., *Iversen*, Obligationsret 2, s. 378 ff., *Bryde Andersen & Lookofsky*, Lærebog i obligationsret, s. 428 ff., *Hagstrøm*, Obligasjonsrett, s. 671 ff. og *Lena Olsens* doktordisputats Ersättningsklausuler: vite och andra avtalade ersättningar vid kontraktsbrott fra 1993.

Bodsbeløbet ved forsinkelse med idriftsættelsestidspunktet vil typisk blive beregnet som et bestemt beløb pr. dag, forsinkelsen varer. Ved manglende overholdelse af servicemål vil bodsbeløbet normalt blive beregnet som en procentdel af det månedlige driftsvederlag fastsat i forhold til, hvor langt de faktiske resultater ligger fra de aftalte servicemål. Bodsbestemmelsen vil normalt indeholde en øvre grænse, således at boden ikke kan overstige en nærmere angiven procentdel af det månedlige vederlag.

Boden adskiller sig fra det forholdsmæssige afslag og erstatning ved at fastlægge det beløb, som kunden kan kræve i compensation ud fra objektive kriterier og dermed uafhængigt af den faktiske reduktion af nytteværdien (forholdsmæssigt afslag) og af det faktisk lidte tab (erstatning). En sådan objektivisering af den økonomiske compensation

følger ikke af den almindelige obligationsret og forudsætter derfor en udtrykkelig bodsbestemmelse i aftalen.

Som beskrevet i kapitel 2 kan en bodsbestemmelse have til formål at skabe et ekstra incitament for leverandøren til at opfylde sine forpligtelser og således have pønalt karakter (“penalty clause”), eller den kan have til formål at objektivere erstatningen (“liquidated damages clauses”). Det vil bero på en konkret vurdering, om en bodsbestemmelse i en driftsaftale har pønalt karakter, tilsigter at objektivere erstatningen eller tjener begge formål. Bodsbeløbene i en driftsaftale vil normalt ikke have et omfang, der ækvivalerer potentielle tab, og det er da også sædvanligt, at driftsaftalen fastslår, at kunden både kan kræve bod og erstatning. Det må derfor have formodningen for sig, at bodsbestemmelsen i en driftsaftale primært har pønalt karakter, på samme måde, som det gælder for udviklingsaftaler, jf. kapitel 2. Formålet med bodsbestemmelser i komplekse it-kontrakter er navnlig at sikre, at leverandøren oplever en økonomisk konsekvens, når ydelserne ikke leveres til tiden eller i aftalt kvalitet. Dette forudsætter, at det forholdsvis enkelt kan konstateres, hvorvidt boden er udløst. Lange forhandlinger om tabsopgørelse, bevisspørgsmål, culpøs adfærd mv. vil gøre incitamentshensynet illusorisk.

Det forekommer at være den almindelige antagelse i obligationsretten, at bod alene udløses, hvis der foreligger et ansvarsgrundlag: Kun hvis en part har handlet uagtsomt eller ville være erstatningsansvarlig på objektivt grundlag, udløses et bodsansvar. Denne formodningsregel vil næppe gælde for driftsaftaler på samme måde, som den ikke kan antages at gælde for udviklingsaftaler, jf. nærmere kapitel 2.9.2.5 og den dér anførte argumentation.

Det er formentlig også i overensstemmelse med en branchesædvane, at boden udløses, uanset om leverandøren har handlet uagtsomt. Det følger også udtrykkeligt af bodsbestemmelsen i D17, at leverandøren ifalder bod, uanset om det bodsudløsende forhold ikke kan tilregnes leverandøren som uagtsomt, jf. pkt. 31.7.3.

Når bodsbestemmelsens primære formål ikke er at skabe fuld økonomisk kompensation for kunden men at skabe incitament for leverandøren til at levere ydelsen til tiden og i aftalt kvalitet, vil der være en

formodning for, at bestemmelsen ikke afskærer kunden fra at gøre øvrige misligholdelsesbeføjelser gældende. I disse tilfælde vil kunden derfor kunne kræve erstatning og forholdsmæssigt afslag ved siden af boden, jf. tilsvarende om udviklingsaftaler kapitel 2.9.2.5. Som dér angivet, må der være en formodning for, at bestemmelsen kun giver kunden mulighed for at kræve erstatning for det tab, der overstiger bodsbeløbet.

Det følger udtrykkeligt af D17, pkt. 31.5.1, at kunden ikke kan kræve forholdsmæssigt afslag for forhold, der også udløser bod. Kunden kan kræve erstatning for det tab, der overstiger bodsbeløbet, jf. pkt. 31.6.1.

Aftalens bodsbestemmelser vil ofte indeholde en maksimering af det beløb, leverandøren kan blive pålagt at betale i bod. I mange bestemmelser er den månedlige bod for manglende overholdelse af servicemål begrænset til en procentdel af det månedlige driftsvederlag, eventuelt kombineret med en maksimering af den årlige bod til en (lavere) procentdel af det årlige driftsvederlag. Maksimeringen kan eksempelvis indebære, at leverandøren maksimalt kan komme til at betale 25 % af det månedlige vederlag i bod for den pågældende måned og maksimalt kan komme til at betale 15 % i bod af det årlige driftsvederlag.

Maksimering  
af bodsbeløb

D17 indeholder i pkt. 31.7.5, følgende bestemmelse om bodsmaksimering: "Den samlede bod for forsinkelse med transitionen kan ikke overstige [XX] % af transitionsvederlaget. Den samlede bod pr. måned for manglende overholdelse af Servicemål kan ikke overstige [XX] % af Kundens samlede betalinger for den pågældende måned. Den samlede bod for manglende overholdelse af Servicemål kan for en løbende 12 måneders periode ikke overstige [XX] % af Kundens samlede betalinger for den pågældende 12 måneders periode."

Med henvisning til at bodsbestemmelser har karakter af en aftalt standarderstatning for misligholdelse, antager *Iversen*, at en bodsmaksimering ikke gælder, når den bodsudløsende begivenhed er udløst med forsæt og muligvis heller ikke ved grov uagtsomhed, *Obligationsret 2*, s. 380. Som anført ovenfor må det i it-driftsaftaler have formodningen mod sig, at boden forudsætter culpøs adfærd fra leverandøren, og på

tilsvarende vis må det have formodningen mod sig, at leverandørens subjektive forhold har betydning for bodsmaksimeringen. Det har derfor formodningen for sig, at leverandøren kan gøre bodsmaksimeringen gældende uafhængigt af egne subjektive forhold. Som anført kan kunden imidlertid gøre et erstatningsansvar gældende ved siden af boden, og i relation til erstatningskravet vil en ansvarsbegrænsningsbestemmelse kunne tilsidesættes, når leverandøren har handlet forsætteligt eller groft uagtsomt, jf. nedenfor.

### 9.3. Bortfald af misligholdelsesbeføjelser

Kunden kan i nogle tilfælde miste sin ret til at gøre misligholdelsesbeføjelser gældende. Dette gælder bl.a., hvis kunden forsømmer at reklamere rettidigt, hvis leverandøren afhjælper manglerne, og når aftalen indeholder bestemmelser, der begrænser leverandørens ansvar for forhold, som i øvrigt ville udløse misligholdelsesbeføjelser.

#### 9.3.1. Manglende reklamation

Som beskrevet i kapitel 2 er det almindeligt antaget, at der uden for købelovens område skal reklameres inden for rimelig tid, efter køberen fik kendskab til eller burde have fået kendskab til misligholdelsen.

Se generelt om reklamation *Bryde Andersen & Lookofsky*, Lærebog i obligationsret, s. 282 ff. og *Hagstrøm*, Obligasjonsrett, s. 352 ff. og *Frost*, TfR 2019, s. 491 ff.

Rimelig tid

Vurderingen af, hvad der udgør "rimelig tid", vil være konkret og kan derfor være forskellig fra sag til sag. Kriterier, der kan indgå i denne vurdering, kan f.eks. være parternes hidtidige praksis ved reklamation, grovheden af misligholdelsen og skadevirkningen for leverandøren ved ikke at have modtaget tidligere reklamation.

Tidspunktet for kendskab til misligholdelsen

Vurderingen af tidspunktet for kendskab til misligholdelsen vil bero på karakteren af manglen.

Mangler, der relaterer sig til leverandørens overtagelse af driften, vil ofte vise sig i overtagelsesprøven. I så fald skal kunden reklamere i rimelig tid efter manglen er dokumenteret i overtagelsesprøven. Som nærmere beskrevet i kapitel 2.9.3.1, gælder der formentlig ikke en generel undersøgelsespligt efter almindelige obligationsretlige grund-

sætninger, og kunden kan derfor næppe pålægges at gennemføre en overtagelsesprøve. Gennemfører parterne – undtagelsesvist – ikke en overtagelsesprøve i forbindelse med leverandørens overtagelse af driften, indtræder reklamationspligten først fra det senere tidspunkt, hvor kunden blev bekendt med eller burde være blevet bekendt med manglerne. Det samme vil gælde for mangler, der ikke blev opdaget i overtagelsesprøven, medmindre manglerne burde have været opdaget, og kunden er nærmest til at bære risikoen for den manglende opdagelse, f.eks. fordi kunden havde ansvaret for prøvens gennemførelse, eller fordi kunden ikke bidrog som forudsat i afprøvningen.

Mangler ved den løbende driftsydelse vil ofte umiddelbart vise sig for kunden, fordi manglerne vil have en påvirkning på kundens adgang til eller brug af systemerne. Såfremt manglerne ved driftsydelsen ikke umiddelbart har vist sig for kunden, f.eks. fordi dele af systemet har været utilgængelige på et tidspunkt, hvor ingen brugere har skulle bruge det, løber tidspunktet for reklamationsfristen først fra det senere tidspunkt, hvor manglerne måtte komme til kundens kendskab. Dette vil ofte ske ved den opgørelse af servicemål, der typisk udarbejdes på månedsbasis. Viser opgørelsen eksempelvis, at systemet har haft en lavere tilgængelighed end aftalt, foreligger en mangel, som kunden får viden om ved månedsopgørelsen.

Udover at være rettidig, skal kundens reklamation også opfylde kravene til indholdet af en reklamation. Reklamationen skal angive, at kunden påberåber sig misligholdelse og årsagen hertil.

Som nærmere drøftet i kapitel 2.9.3.1, må det antages, at kundens reklamation ikke behøver angive, hvilke misligholdelsesbeføjelser der gøres gældende. Efterfølgende må kunden imidlertid gøre leverandøren opmærksom på, hvilke misligholdelsesbeføjelser kunden påberåber sig, hvis ikke dette er gjort i den oprindelige reklamation. Følger kunden ikke sin reklamation op, vil adgangen til at gøre misligholdelsesbeføjelser gældende på et tidspunkt være fortabt. Vurderingen af, hvor lang tid kunden kan vente, vil bero på en konkret vurdering, der bl.a. vil afhænge af leverandørens behov for at få en afklaring af sin stilling, kompleksiteten af de krav, der vil blive gjort gældende, parternes forsøg på at nå en forligsmæssig løsning mv.

Der gælder ingen formkrav til reklamationen. Reklamationen kan derfor både være skriftlig og mundtlig. Kunden kan få vanskeligt ved

Indholdet af  
reklamationen

Formkrav

efterfølgende at dokumentere en reklamation, hvis den alene er fremsat mundtligt. Ofte vil en mundtlig reklamation fremsat i et (styregruppe)møde være dokumenteret i et efterfølgende mødereferat. Der stilles heller ikke særlige krav til formuleringen af reklamationen, så længe den blot gør leverandøren opmærksom på, at kunden mener, leverandøren ikke lever op til aftalen med angivelse af, hvad den manglende aftaleopfyldelse består i. Ordet "misligholdelse" eller henvisning til specifikke aftalebestemmelser behøver således ikke være indeholdt i reklamationen.

Såfremt parternes aftale indeholder formkrav til reklamationen, vil der være en formodning for, at dette alene tjener et bevisformål, og at en manglende overholdelse af formkravet, derfor ikke indebærer en fortabelse af retten til at gøre misligholdelse gældende, når det kan dokumenteres, at modparten er blevet bekendt med reklamationen. Såfremt aftalen specifikt angiver, at en manglende overholdelse af formkravet har præklusiv virkning og således fratager kunden mulighed for at gøre misligholdelsen gældende, vil dette gælde, medmindre resultatet i den konkrete situation vil være så urimeligt, at forholdet omfattes af aftl. § 36, hvilket dog klart vil have undtagelsens karakter.

Retsvirkningen af en manglende reklamation er en fortabelse af adgangen til at gøre misligholdelsesbeføjelser gældende. Konsekvenserne heraf kan være omfattende i en stor driftsaftale. Det kan forekomme urimeligt byrdefuldt, at kunden helt skal miste sin adgang til at gøre en i øvrigt utvivlsom misligholdelse fra leverandøren gældende, alene fordi der ikke reklameres rettidigt. Disse forhold kan der imidlertid tages højde for ved den konkrete vurdering af, om der er reklameret behørigt; både i relation til kravene til den tidsmæssige udstrækning og indholdet af reklamationen. Leverandørens forhold kan efter omstændighederne også tillægges vægt. Er indholdet af reklamationen uklart, kan man i vist omfang forvente, at leverandøren kontakter kunden herom frem for at forholde sig passiv.

Reklamationskravet gælder ikke ved en forsætlig misligholdelse og muligvis heller ikke i tilfælde af grov uagtsomhed, jf. *Iversen*, Obligationsret 2, s. 362.

### 9.3.2. Kundens accept af misligholdelsen – forligsaftaler mv.

Beslægtet med kundens manglende reklamation er den situation, hvor kunden aktivt fraskriver sig adgangen til at gøre en eller flere misligholdelsesbeføjelser gældende. Som regel vil kundens afkald på at gøre misligholdelse gældende være en del af et kommercielt forlig, hvor kunden opnår andre fordele og indrømmelser fra leverandøren. Selv hvor dette ikke er tilfældet, og kunden ensidigt giver afkald på at gøre misligholdelse gældende, vil afkaldet være gyldigt. Kun helt undtagelsesvist vil en tilsidesættelse efter afl. § 36 kunne komme på tale. Ud over de egentlige forligsaftaler, kan kundens afkald også tage form af mere uformelle men dog retligt bindende tilkendegivelser, eksempelvis med accept af udskydelse af tidsfrister. Det vil bero på den konkrete tilkendegivelse, om den må opfattes som et afkald på at gøre misligholdelsesbeføjelser gældende. Se også nærmere kapitel 2.9.3.2.

### 9.3.3. Leverandørens afhjælpningsret

I kapitel 2.9.3.3 blev det anført, at det er tvivlsomt, hvorvidt sælgeren uden for købelovens område har en afhjælpningsret, men at en sådan ret må antages at gælde i udviklingsaftaler, bl.a. under hensyntagen til proportionalitets- og værdispildsbetragtninger. De samme betragtninger gælder i nogen udstrækning for driftsaftaler. Leverandørens etablering af et driftsmiljø til kundens systemer, eventuel overtagelse af medarbejdere mv. vil ofte påføre leverandøren en række omkostninger, der skal tjenes ind gennem den efterfølgende drift. Dette tilsiger, at leverandøren skal have mulighed for at afhjælpe mangler, inden kunden kan hæve aftalen. Værdispildsbetragtninger kan også tillægges en vis vægt, idet den særlige opsætning af driftsmiljøet til kundens systemer ikke nødvendigvis kan genbruges. Værdispildsbetragtninger kan dog ikke tillægges samme vægt som for udviklingsaftaler, hvor alt arbejde under aftalen ofte vil være spildt, når aftalen hæves. Uanset dette må det antages, at leverandøren også i driftsaftaler har en afhjælpningsret.

Afhjælpningsret i driftsaftaler

Dette resultat er også lagt til grund i den norske dom fra Borgarting lagmannsrett af 25. april 2005 (ClientPartner mod Diesel Power, LB-2004-11355)(\*).

Retsvirkning

Konsekvensen af leverandørens afhjælpningsret er, at kunden ikke kan hæve aftalen, såfremt leverandøren udnytter sin afhjælpningsret til at afhjælpe mangler, der i øvrigt ville være hævebegrundende. Dette gælder også forbigående fejl, som leverandøren ikke som sådan "afhjælper", men som i kraft af deres forbigående natur er ophørt inden udløbet af perioden for afhjælpningsretten, jf. også ovenfor.

Aftaleregulering

Det antages sædvanligvis, at afhjælpningsretten indebærer, at der ikke kan gøres andre misligholdelsesbeføjelser gældende end kravet på afhjælpning/naturalopfyldelse. Som anført i kapitel 2.9.3.3 må kunden dog også kunne kræve erstatning og eventuelt også bod. I praksis vil kunden i driftsaftaler normalt også kunne kræve forholdsmæssigt afslag. Som anført ovenfor under beskrivelsen af leverandørens afhjælpningspligt er det i mange tilfælde ikke muligt at afhjælpe mangler ved den løbende drift, da ydelsen forbruges af kunden, samtidig med at den præsteres af leverandøren. En afhjælpning af de forhold, der har ført til den mangelfulde ydelse, har derfor kun virkning for fremtidige ydelser. Af samme grund kan driftsleverandøren ikke fritages for et eventuelt krav på erstatning, bod eller forholdsmæssigt afslag for allerede erlagt driftsydelser med henvisning til en afhjælpningsret.

Det er sædvanligt, at driftsaftalen indeholder en afhjælpningsret for leverandøren, således at kunden kun kan hæve aftalen, hvis hævebegrundende mangler ikke er afhjulpet inden for en angivet periode. Derimod er det ikke sædvanligt, at kunden først kan gøre andre misligholdelsesbeføjelser gældende efter udløbet af en afhjælpningsperiode.

Efter D17, pkt. 31.8.3, har leverandøren en afhjælpningsfrist på 30 arbejdsdage, før kunden kan hæve aftalen. Dette gælder dog ikke de specifikke ophævelsesgrunde angivet i pkt. 31.8.2.

#### 9.3.4. Ansvarsbegrænsnings- og ansvarsfraskrivelsesbestemmelser

Driftsaftalen vil normalt indeholde bestemmelser, der begrænser eller helt fraskriver parternes erstatningsansvar.

Beløbsmaksimering

Parternes erstatningsansvar vil ofte være begrænset i forhold til det årlige driftsvederlag, således at ingen af parterne i løbet af et år kan ifalde et samlet erstatningsansvar på mere end 12-24 måneders



driftsvederlag. Nogle driftsaftaler indeholder en særskilt beløbsmaksimering for transitionsperioden, indtil driften igangsættes.

På samme måde som i udviklingsaftaler, vil bestemmelsen normalt fraskrive parternes ansvar for indirekte tab som f.eks. tabt avance og mistet fortjeneste forårsaget af driftsproblemer. Grænsen mellem direkte og indirekte tab er ikke skarp og vil ofte volde vanskeligheder, hvis ikke aftalen tydeligt har angivet, hvad der skal anses for et indirekte tab. I driftsaftaler må tab af data anses for et direkte tab, da sikring af kundens data er en del af hovedydelsen.

Ansvarsfraskrivelsesklausuler er som udgangspunkt gyldige, og i individuelt forhandlede kommercielle udviklingsaftaler vil der heller ikke være tvivl om, at ansvarsfraskrivelsesklausulen vil blive anset for vedtaget mellem parterne. Der kan således ikke stilles krav om, at bestemmelsen skal være særligt fremhævet for at være vedtaget mellem parterne. Det er dog ikke usædvanligt, at domstolene fortolker ansvarsfraskrivelsesklausuler indskrænkende bl.a. med henvisning til koncipistreglen. En hel eller delvis tilsidesættelse af ansvarsfraskrivelses- og ansvarsbegrænsningsklausuler kan endvidere hjemles ved afl. § 36, der giver mulighed for at korrigere aftalevilkår, der fører til urimelige resultater. I praksis vil en manglende anvendelse af klausulen nok ofte begrundes ved en indskrænkende fortolkning, men der er ingen skarp opdeling mellem tilsidesættelse/korrektion efter afl. § 36 og hel eller delvis tilsidesættelse ved indskrænkende fortolkning.

Der består en ganske omfattende praksis om tilsidesættelse af ansvarsbegrænsningsklausuler, som dog ikke er helt entydig. En nærmere redegørelse herfor ligger uden for rammerne af denne fremstilling. I stedet henvises til den generelle litteratur om emnet.

Se *Palle Bo Madsen*, Aftalte ansvarsfritagelser i erhvervsforhold, U.2018B.131 ff. Fremhæves kan også *Hagstrøm*, Om grensene for ansvarsfraskrivelse, særlig i næringsforhold, TFR 1996, s. 421 ff. og samme, Obligasjonsrett, s. 644 ff. *Hagstrøms* analyser og konklusioner må antages i det væsentlige også at være gældende for dansk ret. Se endvidere *Bryde Andersen*, Praktisk aftaleret, s. 454 ff., *Iversen*, Obligationsret 2, s. 373 ff. og *Bryde Andersen & Lookofsky*, Lærebog i obligationsret, s. 410 ff. Det mest omfattende danske arbejde er *Günther Petersen*, Ansvarsfraskrivelse, som dog er fra 1957.

Indirekte tab

Gyldighed

Ved læsningen af denne litteratur og den ganske omfattende retspraksis skal man være opmærksom på, at spørgsmålet om ansvarsbegrænsningsbestemmelers gyldighed kan variere fra kontrakttype til kontrakttype, jf. også *Palle Bo Madsen*, U.2018B.131 ff. (s. 137): “Samtidig anlægges en forholdsvis pragmatisk tilgang, hvor vurderingen kan variere fra branche til branche, fra kontrakttype til kontrakttype og fra sag til sag” (om ansvarsfrihed ved grovere skyldgrader), *Iversen*, *Obligationsret 2*, s. 377 (om forskellen på ansvarsbegrænsninger for professionelle rådgivere og andre typer af professionelle) og *Hagstrøm*, *Obligationsrett*, s. 663 (sondring mellem resultatforpligtelser og indsatsforpligtelser).

– kriterier for vurdering af tilsidesættelse

Her skal blot fremhæves nogle af de mest centrale kriterier for vurderingen. Den misligholdende parts subjektive forhold vil spille en rolle. Klausulen vil ikke blive opretholdt ved en forsætlig misligholdelse, og ofte heller ikke hvis der er handlet groft uagtsomt, jf. *Palle Bo Madsen*, U.2018B.131 ff. (s. 147), *Iversen*, *Obligationsret 2*, s. 374 og *Hagstrøm*, *Obligationsrett*, s. 668 (se også straks nedenfor om leverandørens grove uagtsomhed). Konsekvensen af misligholdelsen kan også tillægges vægt. Det kan således virke stødende, om en fuldstændig ansvarsfraskrivelse placerer al (økonomisk) risiko for leverandørens misligholdelse på kunden, se *Hagstrøm*, a.st., s. 654. Det må endvidere tillægges vægt, om ansvarsbegrænsningsbestemmelsen er individuelt forhandlet mellem ligeværdige parter, der har været (eller burde have været) opmærksomme på den risikofordeling, som bestemmelsen er udtryk for. Dette vil ofte være tilfældet i større driftsaftaler og taler i sig selv for at opretholde bestemmelsen. I forlængelse heraf må det tillægges vægt, om bestemmelsen indgår som led i en større samlet risikofordeling mellem parterne. I så fald bør en domstol være tilbageholdende med at justere bestemmelsen. Markedsstandarder kan også have betydning for bedømmelsen. En ansvarsbegrænsningsbestemmelse, der er i overensstemmelse med anerkendte markedsstandarder, må kunne forventes opretholdt. Det må endvidere som udgangspunkt kunne lægges til grund, at en fraskrivelse af ansvaret for indirekte tab vil blive opretholdt. Dette er for det første i overensstemmelse med markedsstandard. For det andet har leverandøren et reelt behov for at kunne fraskrive sig ansvaret for sådanne fjernereliggende tab, som vanskeligt kan foruddiskonteres og dermed prissættes, jf. ovenfor.

Tilsvarende *Hagstrøm*, Obligasjonsrett, s. 667.

Mange ansvarsbegrænsningsbestemmelser angiver eksplicit, at bestemmelsen ikke gælder for tab forvoldt ved (forsæt og) grov uagtsomhed, se eksempelvis D17, pkt. 33.1.7. Det vil bero på en fortolkning af det enkelte vilkår og sagens konkrete omstændigheder, om der foreligger grov uagtsomhed. I kommercielt forhandlede it-aftaler, skal der formentlig ganske meget til, før en ansvarsbegrænsning tilsidesættes som følge af grov uagtsomhed, jf. nærmere om spørgsmålet kapitel 2.9.3.4.

Som nærmere omtalt ovenfor i afsnit 7.7.4, har det været et omdiskuteret spørgsmål, hvorvidt ansvarsbegrænsningen skal omfatte tab forårsaget af leverandørens persondatakrænkelser, herunder godtgørelseskrav fra de forurettede. Uden særskilt regulering må der være en formodning for, at en ansvarsbegrænsningsbestemmelse også omfatter denne type af tab. Såfremt kunden bliver mødt med godtgørelseskrav fra registrerede som følge af leverandørens ulovlige behandling af deres personoplysninger, kan kunden derfor kun videreføre kravene til leverandøren inden for rammerne af ansvarsbegrænsningsbestemmelsen.

Da kunden og leverandøren hæfter solidarisk over for de registrerede efter forordningens art. 82, kan de registrerede også rejse kravet mod leverandøren. I så fald opstår spørgsmålet, om leverandøren med henvisning til ansvarsbegrænsningsbestemmelsen kan rejse et krav mod kunden på den del af beløbet, som overstiger ansvarsbegrænsningsbestemmelsen. Spørgsmålet kan illustreres med et eksempel: Leverandørens ansvar er efter aftalen begrænset til 4 mio. kr. Leverandøren har betalt godtgørelse til en række registrerede på i alt 10 mio. kr. Kan leverandøren i denne situation kræve 6 mio. kr. af kunden? Hvis de registrerede havde rejst kravet mod kunden, kunne denne kun have krævet 4 mio. kr. af leverandøren (forudsat at leverandøren ikke havde handlet groft uagtsomt, eller ansvarsbegrænsningen af andre grunde ikke fandt anvendelse). Meget taler derfor for, at leverandøren bør kunne kræve differencen på 6 mio. kr. betalt af kunden. Det forekommer ikke hensigtsmæssigt, at den endelige fordeling af tabet skal afgøres af, hvem de registrerede vælger at indtale kravet over for, og de registrerede på denne måde skulle kunne afgøre, hvem af kunden og leverandøren som i sidste ende må bære tabet. Det kan

Leverandørens grove uagtsomhed

Ansvar for persondatakrænkelser

omvendt virke urimeligt, at kunden skal “have penge op af lommen” og kompensere leverandøren for krav, der er rejst mod leverandøren forårsaget af leverandørens egne persondatakrænkelser, men det er for så vidt en konsekvens af parternes aftale om at begrænse det erstatningsansvar, som leverandøren kan ifalde for at udføre den aftalte opgave for kunden.

Se mere generelt om problemstillingen *Ulfbeck*, Kontraktens relativitet, s. 208, hvor forfatteren antager, at det vil bero på en konkret vurdering, om der kan indrømmes omvendt regres.

I sidste ende vil det bero på en konkret fortolkning, om driftsaftalens ansvarsbegrænsningsbestemmelse også omfatter krav afledt af persondatakrænkelser, og om leverandøren i givet fald kan gøre den netop beskrevne form for “omvendt regres” gældende. Usikkerheden om disse spørgsmål kan gøre det nærliggende at overveje en eksplicit stillingtagen i ansvarsbegrænsningsbestemmelsen.

D17 indeholder følgende ansvarsbegrænsningsbestemmelse:

**33.1.1** En Parts samlede krav på forholdsmæssigt afslag, erstatning og bod er for en løbende 12 måneders periode begrænset til [XX] % af det beløb, Leverandøren har modtaget i de foregående 12 måneder. Såfremt en 12 måneders periode ikke er gået, beregnes ansvarsbegrænsningen som gennemsnittet af modtagne beløb i de måneder, som er gået, ganget med 12.

**33.1.2** En Parts ansvar omfatter ikke indirekte tab.

**33.1.3** En Parts ansvar omfatter ikke følgende typer af tab, uanset om de har karakter af direkte eller indirekte tab:

- Kundens mistede indtægter og besparelser
- Goodwilltab

**33.1.4** Nødvendige udgifter til tabsbegrænsning, herunder dækningskøb, betragtes som direkte tab. Den skadelidte Part skal om muligt indhente den anden Parts bemærkninger om sådanne udgifter, inden de afholdes.

**33.1.5** Kundens rimelige udgifter til retablering eller rekonstruktion af tabte eller forvanskede data betragtes som direkte tab, såfremt tab eller forvanskning af data er forårsaget af forhold, som Leverandøren har ansvaret for. Leverandøren er dog ikke ansvarlig for sådanne tab, såfremt Kunden har fravalgt backup, og Leverandøren i forbindelse hermed har gjort Kunden opmærksom på, at Kunden i så fald selv bærer risikoen for tab eller forvanskning af data.

**33.1.6** Tab opstået som følge af ulovlig behandling af personoplysninger, herunder udgifter til erstatning og godtgørelse til registrerede, er omfattet af pkt. 33.1.1.

**33.1.7** Ovenstående ansvarsbegrænsninger gælder ikke ved forsætligt eller groft uagtsomt forvoldt skade.

### 9.3.5. Force majeure

Mange aftaler lempet parternes ansvar for manglende opfyldelse, der skyldes force majeure. Force majeure-begrebet er ikke entydigt og anvendes på forskellig vis i forskellige typer af aftaler. Sædvanligvis forstås ved begrebet udefrakommende, ekstraordinære og for parterne upåregnelige begivenheder, der hindrer opfyldelse af aftalen, jf. *Hagstrøm*, Obligasjonsrett, s. 278.

Dansk ret indeholder ingen generel lovregulering af force majeure, og obligationsretten indeholder heller ingen almindelig grundsatning om force majeure, forstået som en regel, der generelt afskærer en part fra at gøre misligholdelsesbeføjelser gældende, når ikke-opfyldelse er forårsaget af ekstraordinære udefrakommende omstændigheder, som den misligholdende part ikke kunne eller burde have taget højde for. Kbl. §§ 24 og 43, stk. 3, fritager sælgeren for det strenge genusansvar i denne type situationer. Denne fritagelse gælder efter bestemmelsen kun erstatningsansvaret men må dog antages også at gælde kravet på naturalopfyldelse og afhjælpning, jf. *Iversen*, Obligasjonsret 2, s. 66. Derimod vil bestemmelsen ikke afskære køberen fra at hæve aftalen eller kræve forholdsmæssigt afslag.

Baggrundsret

Se generelt om force majeure *Bryde Andersen*, Praktisk aftaleret, s. 444 ff., *Hagstrøm*, Obligasjonsrett, s. 278 ff. og *Mestad*, Om force majeure og risikofordeling i kontrakt.

Selvom driftsleverandøren således ikke kan påberåbe sig en force majeure-regel som ansvarsfritagelse, hvis ikke dette følger af parternes aftale, vil leverandørens ansvar for manglende overholdelse af sine forpligtelser under aftalen alligevel begrænses, når dette skyldes begivenheder, der har karakter af force majeure. Som beskrevet ovenfor vil leverandøren være underlagt et (strengt) culpaansvar, og manglende opfyldelse af aftalen som følge af force majeure-forhold vil indebære, at leverandøren ikke har handlet culpøst og allerede af den grund ikke ifalder erstatningsansvar. Begrænsninger i adgangen til at kræve naturalopfyldelse og afhjælpning i force majeure-situationer kan følge af de offergrænsebetræktninger, der generelt er anerkendt i obligationsretten, jf. også afsnit 9.2.1 ovenfor. Uden en særskilt force majeure-regulering vil kunden derimod ikke være afskåret fra at gøre øvrige misligholdelsesbeføjelser gældende.

Dette resultat kan dog følge af forudsætningslæren; se om sammenhængen mellem forudsætningslæren og force majeure, *Hagstrøm*, Obligasjonsrett, s. 278 f.

Indebærer force majeure-begivenheden eksempelvis, at leverandøren kommer i væsentlig forsinkelse med overtagelsen af driften, kan kunden hæve aftalen men altså ikke kræve erstatning for sit tab.

Har leverandøren afgivet en garanti eller på andet grundlag påtaget sig et objektivt erstatningsansvar, vil force majeure-begivenheder som udgangspunkt ikke være ansvarsfritagende. Det må dog bero på en konkret vurdering om et aftalt strengere ansvar også omfatter ansvar i force majeure-situationer.

Driftsaftalen indeholder ofte en indskrænkning af misligholdelsesbeføjelserne i force majeure-situationer. Uagtet dette, kan der næppe siges at foreligge en branchesædvane om en videregående force majeure-fritagelse, og da sådanne fritagelser som beskrevet ikke følger af bag-

grundsretten, forudsætter de en udtrykkelig regulering i aftalen, hvad der som nævnt oftest også er tilfældet.

D17 (pkt. 34) indeholder en force majeure-bestemmelse, hvorefter parterne ikke er ansvarlige for manglende overholdelse af deres forpligtelser, når dette skyldes forhold, der ligger uden for partens kontrol, og som parten ikke ved aftalens indgåelse burde have taget i betragtning og heller ikke burde have undgået eller overvundet.

Force majeure-begrebet har ikke karakter af et systembegreb med et fast indhold, og reguleringen må derfor angive, hvilke situationer, bestemmelsen skal gælde for. Da reguleringen er en fravigelse af baggrundsretten, vil bestemmelsen kun gælde de situationer, som er angivet. Der må med andre ord opstilles en formodning for, at bestemmelsen udtømmende gør op med de situationer, der helt eller delvist fratager kunden adgangen til at gøre misligholdelsesbeføjelser gældende. Indeholder bestemmelsen en bredere henvisning til "force majeure" eller lignende, hvad der ofte er tilfældet, vil det bero på en konkret fortolkning, hvad hensigten med ordlyden har været. Udgangspunktet for fortolkningen må være den almindelige opfattelse af begrebet (udefrakommende ekstraordinære omstændigheder, som parten ikke kunne eller burde have taget højde for). *Hagstrøm* nævner krigsudbrud, oprør, blokade, beslaglæggelse, brand og (landsomfattende) strejke eller lockout som klassiske force majeure-begivenheder men angiver også, at forståelse af begrebet varierer fra kontrakttype til kontrakttype, *Obligasjonsrett*, s. 279. At begrebet kan variere er væsentligt for forståelsen og fortolkningen af force majeure-bestemmelser i it-driftsaftaler. At sikre uafbrudt adgang til systemerne er et helt centralt element i it-drift, og derfor er beskyttelsen mod begivenheder, som kan medføre nedbrud, en kerneaktivitet for driftsleverandører. Dette betyder, at visse forhold, som i andre situationer ville blive betragtet som force majeure-begivenheder, ikke nødvendigvis vil være det ved it-drift. Brand, oversvømmelser og strømafbrydelser er eksempler på forhold, som en professionel it-driftsleverandør bør have indrettet sig på, og som derfor normalt ikke vil have karakter af force majeure.

I de senere år har risikoen for nedbrud som følge af cyberangreb fået en stigende opmærksomhed. Ikke mindst de store og omfattende

– omfattede begivenheder

– cyberangreb

angreb som Wanna Cry og Petya i 2017 (det var det sidstnævnte, som ramte Mærsk med et tab på 2 mia. kr. til følge) har ledt til overvejelser om, hvem af parterne i et driftsforhold som skal bære risikoen for denne type nedbrud, og om cyberangreb vil være omfattet af en aftalt force majeure-fritagelse. Cyberangreb i forskellige former er desværre hverdagsbegivenheder for driftsleverandører. Det altovervejende udgangspunkt er derfor også, at et cyberangreb ikke har karakter af en force majeure-begivenhed. Det er tværtimod en begivenhed, som leverandøren skal være indstillet på og i stand til at håndtere. Dette udgangspunkt må formentlig opretholdes, også for cyberangreb af helt ekstraordinær karakter og omfang, som leverandøren ikke havde mulighed for at gardere sig mod, f.eks. fordi angriberen udnytter et hidtil ukendt sikkerhedshul i tredjepartsprogrammel (et såkaldt zero day-angreb), netop fordi beskyttelsen mod denne type begivenheder ligger i kernen af driftsydelsen. Det må dog erkendes, at de helt ekstraordinære cyberangreb i øvrigt kan have alle force majeure-begivenhedens karakteristika, og det kan derfor heller ikke udelukkes, at en konkret fortolkning fører til, at et ekstraordinært cyberangreb er omfattet af aftalens force majeure-bestemmelse. Det skal erindres, at selvom et cyberangreb ikke omfattes af force majeure-bestemmelsen, vil leverandøren normalt ikke blive erstatningsansvarlig, når angrebet ikke kunne afværges, og leverandøren dermed ikke har handlet uagtsomt.

Force majeure-bestemmelsen i D17 forholder sig ikke til cyberangreb.

– retsvirkning

Bestemmelsen må endvidere forholde sig til retsvirkningen af, at der foreligger en force majeure-situation. Det vil være sædvanligt, at kunden ikke kan gøre misligholdelsesbeføjelser gældende i tilfælde af force majeure. Kunden kan i så fald hverken hæve, kræve forholdsmæssigt afslag eller bod (som beskrevet ovenfor udelukkes erstatningskravet normalt allerede af, at der ikke er handlet culpøst), uanset at leverandøren ikke præsterer sine ydelser, når dette skyldes force majeure-forholdet. Bestemmelsen må forholde sig til parternes rettigheder, såfremt force majeure-situationen ikke ophører inden for en kortere periode. Ofte vil bestemmelsen i denne situation give den part, som ikke er ramt af force majeure, adgang til at bringe aftalen til



ophør efter en given periode men ikke i øvrigt give adgang til at kræve kompensation af modparten.

Således også D17, hvor den part, der ikke er ramt af force majeure-situationen, kan opsige (men ikke ophæve) aftalen uden varsel, såfremt force majeure-situationen varer mere end 30 arbejdsdage.

Et praktisk vigtigt spørgsmål er, hvilken pligt leverandøren har til efterfølgende at afhjælpe virkningen af et nedbrud og bringe driften tilbage til normalt niveau igen. Noget der ofte vil kræve betydelige ressourcer. I mange tilfælde vil leverandørens forpligtelse hertil være særskilt reguleret i aftalen, jf. straks nedenfor om disaster recovery. Såfremt aftalen ikke indeholder en sådan regulering, må leverandøren være forpligtet til at yde en betydelig indsats for at bringe driften tilbage til normalt niveau, uanset at nedbruddet er forårsaget af en force majeure-begivenhed og leverandøren dermed ansvarsfritaget. Dette følger allerede af, at leverandøren er underlagt en resultatforpligtelse, som ganske vist suspenderes i force majeure-perioden, men som ikke kan fritage leverandøren fra at bringe driften tilbage på normalniveau og dermed leve op til sin resultatforpligtelse. Resultatet vil også følge af leverandørens almindelige loyalitetspligt. Spørgsmålet er herefter, om leverandøren kan kræve særskilt betaling for dette arbejde. Tager force majeure-bestemmelsen ikke stilling til dette, hvad der sjældent vil være tilfældet, må udgangspunktet formentlig være, at leverandøren kan kræve betaling, da der er tale om afhjælpning af en begivenhed, som leverandøren ikke har ansvaret for.

Mange større driftsaftaler indeholder en særskilt forpligtelse til at levere et katastrofeberedskab, der gør det muligt at opretholde driften (eventuelt uden overholdelse af servicemål eller på anden måde i begrænset omfang) i situationer, der i øvrigt kan have karakter af force majeure-begivenheder (med en engelsk terminologi betegnet for “disaster recovery”). Det bør fremgå af force majeure-bestemmelsen, at den ikke omfatter disse situationer.

Se i samme retning *Dragsted*, IT-kontrakter I, s. 52 og *Lindberg m.fl.*, IT-avtal – særskilt om outsourcing, s. 154: “Därmed ligger det i kundens intresse att försäkra sig om att force majeure-klausulen inte innebär att leverantören befrias från åtaganden på grund av hinder

– leverandørens pligt til retablering

– force majeure og disaster recovery

som kunden faktiskt betalar för att leverantören ska kunna övervinna. För att åstadkomma tydlighet kan kunden därför uttryckligen undanta händelser av 'force majeure-karaktär' som leverantören ska klara av utan att kunden drabbas negativt."

D17 indeholder en sådan bestemmelse, se pkt. 34.1.6: "Såfremt Kontrakten pålægger Leverandøren forpligtelser til at afbøde konsekvenserne af et forhold, der har karakter af Force Majeure, gælder disse forpligtelser uafhængigt af nærværende pkt. 34 [om force majeure], og Leverandøren kan ikke påberåbe sig ansvarsfrihed efter pkt. 34.1.1, såfremt Leverandøren ikke efterlever disse forpligtelser."

Det er dog ikke usædvanligt, at aftalens regulering af disaster recovery og force majeure ikke er (tilstrækkeligt) afstemt. I så fald må en lex specialis-betragtning skabe formodning for, at disaster recovery-reguleringen går forud for force majeure-bestemmelsen. Leverandøren vil derfor være underlagt de forpligtelser, som følger af disaster recovery-reguleringen, uanset om den udløsende begivenhed har karakter af en force majeure-begivenhed efter force majeure-bestemmelsen.

Disaster recovery-reguleringen kan også have betydning for, om der i det hele taget foreligger en force majeure-begivenhed, hvis disaster recovery-reguleringen peger i retning af, at der er tale om forhold, som leverandøren burde have taget højde for (og som derfor ikke har karakter af force majeure). I så fald opstår spørgsmålet om det indbyrdes forhold mellem de to bestemmelser ikke.

### 9.3.6. Forhold som kunden har ansvaret for

En kontraktpart vil ikke blive ansvarlig for en manglende opfyldelse af sine forpligtelser, hvis dette skyldes forhold, som modparten har ansvaret for. Selv ikke, hvor der er afgivet en garanti for nærmere egen-skaber ved ydelsen, vil en sådan garanti omfatte tilfælde, hvor en manglende opfyldelse skyldes forhold, som modparten har ansvaret for.

Terminologisk har disse situationer ikke karakter af misligholdelse, og der er derfor heller ikke tale om bortfald af misligholdelsesbeføjelser.

Hvor ikke andet er aftalt, vil leverandøren have ansvaret for at gennemføre driftsafviklingen. I det omfang gennemførelsen forudsætter medvirken fra kunden, hvad der normalt er tilfældet, skal det derfor angives i parternes aftale.

Det er sædvanligt, at driftsaftalen angiver, hvordan kunden skal bidrage til leverandørens løbende driftsafvikling, se D17, pkt. 7.1.2.

Da det er almindelig anerkendt, at driftsafvikling i praksis forudsætter et samarbejde mellem parterne, må kunden dog være forpligtet til i begrænset omfang at bistå leverandøren, selv uden udtrykkelig hjemmel i aftalen. Dette vil i særlig grad gælde overflytningen af driften til leverandøren, som forudsætter et tæt samarbejde mellem parterne.

Opfylder kunden ikke sine forpligtelser, og indebærer dette, at leverandøren ikke kan opfylde sine forpligtelser, kan kunden ikke gøre misligholdelsesbeføjelser gældende. Tilsvarende kan komme på tale i situationer, hvor kunden ikke tilsidesætter egne kontraktuelle forpligtelser men ved sin adfærd bevirker, at leverandøren ikke kan leve op til sine forpligtelser.

Det kunne eksempelvis være tilfældet, hvis driftsleverandøren varetager it-driften for et teleselskab, og en medarbejder fra teleselskabet ved en fejl får gravet et kabel over hos driftsleverandøren, der bevirker, at teleselskabets it-systemer ikke er tilgængelige.

Dette vil også gælde, hvis handlingerne udføres af tredjeparter (herunder andre leverandører), som kunden har ansvaret for.

Et særligt spørgsmål er, hvem af parterne, der skal bære risikoen for eventuelle mangler i det hardware og software, som kunden stiller til rådighed for leverandøren.

Såfremt aktiverne overdrages til leverandørens ejendom, indgår aktiverne på lige fod med leverandørens øvrige aktiver, og udgangspunktet må være, at leverandøren bærer risikoen, medmindre kunden har fortiet kendskab til mangler ved aktiverne. En manglende overholdelse af servicemål eller andre forpligtelser, som følge af mangler ved de aktiver, leverandøren overtager fra kunden, bliver således leverandørens ansvar. I praksis sker der ofte en afprøvning af aktiverne forud

Kundens pligt til at medvirke

Retsvirkning af manglende medvirken

Mangler ved kundens hardware eller software

– aktiver overdrages til leverandørens ejendom

for leverandørens overtagelse af driften, hvilket giver leverandøren mulighed for at påberåbe sig eventuelle mangler før overtagelsen.

Hvis aktiverne forbliver kundens ejendom og blot stilles til rådighed for leverandøren, må udgangspunktet formentlig være det modsatte, således at leverandøren ikke bliver ansvarlig for mangler ved driften, der er forårsaget af mangler ved kundens aktiver.

Driftsaftalen vil i mange tilfælde indeholde en bestemmelse, der angiver ansvarsfordelingen ved mangler ved kundens aktiver. Ofte vil reguleringen være som beskrevet ovenfor, således at leverandøren påtager sig ansvaret for mangler, efter aktiverne er overdraget til leverandørens ejendom, mens kunden påtager sig ansvaret for mangler, der konstateres før overdragelsen og mangler ved aktiver, der kun stilles rådighed for leverandøren. I nogle tilfælde vil kunden søge at pålægge leverandøren ansvaret for mangler ved de aktiver, der stilles til rådighed af kunden, ved at lade leverandøren afprøve udstyret forud for idriftsættelsen. Såfremt leverandøren ikke påpeger mangler i forbindelse med denne afprøvning, kan leverandøren ikke efterfølgende påberåbe sig mangler som ansvarsfritagelsesgrund. Ofte vil leverandøren dog betinge sig, at dette kun gælder fejl, som leverandøren burde have opdaget ved afprøvningen.

Efter D17, pkt. 31.9.1, 2 pkt. er leverandøren ikke ansvarlig for forsinkelser og mangler, når disse skyldes mangler ved kundens eget programmel, herunder tredjepartsprogrammel, eller øvrige systemer stillet til rådighed af Kunden, medmindre Leverandøren kendte eller burde have kendt manglerne forud for idriftsættelsen.

I mange tilfælde skyldes leverandørens manglende opfyldelse en blanding af forhold, som leverandøren henholdsvis kunden har ansvaret for. I disse situationer må parternes respektive ansvar for den manglende opfyldelse vurderes. Man kan i udgangspunktet ikke foretage en forholdsmæssig vurdering af misligholdelsesspørgsmålet: Enten foreligger der en misligholdelse, eller også foreligger der ikke misligholdelse. Forholdsmæssigheden vil dog i nogen grad være bygget ind i misligholdelsesbeføjelserne. I erstatningsopgørelsen kan eksempelvis tildeles delvis erstatning, hvis kunden selv har medvirket til leverandørens misligholdelse. Tilsvarende kan dette spille ind ved vurderingen

– aktiver  
forbliver  
kundens  
ejendom

– aftaleregulering

Delvist ansvar for  
kunde og  
leverandør

af, om der foreligger væsentlig misligholdelse, og dermed om kunden er berettiget til at hæve aftalen.

### 9.3.7. Forældelse

Kundens adgang til at gøre misligholdelsesbeføjelser gældende vil kunne bortfalde efter de almindelige forældelsesregler.

Se generelt om forældelse og forældelseslovens regler *von Eyben*,  
Forældelse – efter forældelsesloven af 2007.

Efter forældelsesloven forældes krav som udgangspunkt tre år efter det tidspunkt, hvor fordringshaveren var bekendt med eller burde have været bekendt med sit krav, jf. § 3, stk. 1 og 2. Hvornår kunden burde kende til sit krav afhænger navnlig af, hvornår kunden burde vide, at der forelå misligholdelse fra leverandørens side. Om denne vurdering henvises til den tilsvarende drøftelse under reklamationsreglerne i afsnit 9.3.1 ovenfor.

Forældelsesfristen afbrydes ved skyldnerens anerkendelse af sin forpligtelse eller ved anlæggelse af retssag, jf. §§ 15 og 16. Såfremt leverandøren ikke anerkender, at der foreligger mangler eller andre former for misligholdelse, eller ikke anerkender de krav, som kunden rejser i anledningen af misligholdelsen, må kunden derfor anlægge sag inden for tre år. Der gælder en absolut forældelsesfrist på 10 år, jf. § 3, stk. 3, nr. 3, som dog næppe har praktisk betydning for it-driftsaftaler.

### 9.3.8. Annullation

I nogle tilfælde har en aftalepart ret til at annullere aftalen. En annullation indebærer, at modparten ikke kan kræve aftalen gennemført. Den annullerende part fritages med andre fra kravet om naturalopfyldelse. Det er imidlertid vigtigt at holde sig for øje, at annullation har karakter af en misligholdelse af aftalen. Modparten vil derfor kunne kræve erstatning for sit tab ved, at aftalen ikke gennemføres.

Se generelt om annullation, *Iversen*, Obligationsret 2, s. 81 ff. og *Hagstrøm*, Obligationsrett, s. 248 ff.

Nogle gange anvendes annullationsbegrebet om den situation, hvor en aftalepart kan frigøre sig fra aftalen, uden at det udløser

misligholdelsesvirkninger, se eksempelvis om denne brug af begrebet *Dragsted*, IT-kontrakter I, s. 30 og K02, pkt. 22.

Som anført nedenfor i afsnit 10.3.4, må det antages, at kunden har adgang til at annullere parternes aftale. Det kan imidlertid ikke antages, at leverandøren har en tilsvarende annullationsadgang. For leverandøren er en økonomisk gevinst det primære formål med aftalen, hvilket kan tilgodeses gennem en erstatning af den positive opfyldelsesinteresse. Omvendt vil kundens interesse være at få driftet sine it-systemer, og det vil have betydelige konsekvenser for kunden, hvis leverandøren kunne annullere driftsaftalen. Leverandørens annulation af aftalen vil derfor normalt være væsentlig mere byrdefuld for kunden, end kundens annulation vil være for leverandøren.

## 10. Kundens misligholdelse

### 10.1. Misligholdelsesformer

#### 10.1.1. Betalingsforsinkelse

Kundens primære ydelse består i at betale leverandøren for driftsydelsen til den aftalte tid. Undlader kunden dette foreligger misligholdelse i form af betalingsforsinkelse. Såfremt leverandøren er i forsinkelse med sine ydelser, vil kunden dog kunne tilbageholde betalingen uden at komme i misligholdelse. En sådan ret til at tilbageholde betalingen følger både af den obligationsretlige samtidighedsgrundsætning og vil normalt også fremgå af parternes aftale.

Se f.eks. D17, pkt. 21.1.3, hvorefter kunden har ret til at tilbageholde en hvilken som helst del af en faktura, når kunden har rimelig grund til at bestride fakturabeløbet.

#### 10.1.2. Misligholdelse af sekundære ydelser – fordringshavermora

I en kompleks driftsaftale vil kunden have en række andre forpligtelser under aftalen end selve betalingsforpligtelsen. Hovedparten af disse forpligtelser vil have til formål at sikre, at leverandøren kan præstere sine ydelser som forudsat. Man kan betegne disse ydelser som sekun-

dære, fordi det ikke er et selvstændigt formål for leverandøren at opnå ydelserne – disse er blot en forudsætning for, at leverandøren kan levere sine ydelser og dermed opnå den primære ydelse: betalingen. Denne type af ydelser omfatter bl.a. deltagelse i møder, tilrådgivningsstillelse af lokaler og udstyr for leverandøren, deltagelse i afprøvning ved overflytning af driften mv.

Da kundens manglende præstation af denne type forpligtelser vil hindre leverandørens præstation af sine ydelser, vil der være tale om fordringshavermora. Som beskrevet i kapitel 2.10.1.2, har det været omdiskuteret, hvorvidt fordringshavermora har karakter af misligholdelse, hvilket dog forekommer at være den herskende opfattelse i dag.

Se således *Bryde Andersen & Lookofsky*, Lærebog i obligationsret, s. 191 f. med yderligere henvisninger og *Hagstrøm*, Obligationsrett, s. 615 f.

Dette resultat blev tiltrådt for it-udviklingsaftaler og kan også tiltrædes for it-driftsaftaler med samme begrundelse: Det er velkendt, at en succesfuld gennemførelse af it-udviklingsprojekter forudsætter et tæt samarbejde mellem leverandøren og kunden, hvilket taler for at anse kundens bidrag som en aktiv kontraktforpligtelse, der kan misligholdes, snarere end en passiv forsømmelse af at tage imod leverandørens ydelse. Der forekommer heller ikke at være reale grunde til, at leverandøren skulle være afskåret fra at gøre almindelige misligholdelsesbeføjelser gældende, når kunden misligholder sine sekundære forpligtelser.

Som beskrevet ovenfor vil kundens manglende overholdelse af sine sekundære forpligtelser endvidere medføre, at der ikke foreligger misligholdelse fra leverandørens side, når kundens forhold bevirker, at leverandøren ikke kan præstere sine ydelser.

### 10.1.3. Ubertigtiget ophævelse

Såfremt kunden hæver en driftsaftale med henvisning til leverandørens væsentlige misligholdelse, og det efterfølgende viser sig, at leverandøren ikke havde misligholdt sine forpligtelser, eller i hvert fald ikke i et omfang, der berettigede kunden til at hæve aftalen, vil kundens ubertigtigede ophævelse være en væsentlig misligholdelse af aftalen. Typisk

Konsekvenser af ubertigtiget ophævelse

vil kunden i denne situation have afvist at betale for leverede ydelser, og kundens meddelelse om ophævelse vil være en afvisning af at opfylde fremtidige forpligtelser under aftalen og dermed have karakter af en anticiperet misligholdelse af efterfølgende betalingsforpligtelser og øvrige forpligtelser under aftalen. Den uberettigede ophævelse har således ikke karakter af en selvstændig misligholdelse men udgør en anticiperet misligholdelse af samtlige fremtidige forpligtelser, som kunden er pålagt efter aftalen.

Subsidiær  
opsigelsesadgang

Det kan være vanskeligt at bedømme, hvorvidt de konkrete omstændigheder giver kunden ret til at hæve aftalen, og konsekvenserne af en uberettiget ophævelse er vidtrækkende, fordi det som beskrevet har karakter af en selvstændig hævebegrundende misligholdelse fra kundens side. Det kan derfor være forbundet med en betydelig standpunktsrisiko for kunden at foretage en ophævelse. I nogle tilfælde søger kunden at begrænse denne standpunktsrisiko ved subsidiært at gøre en opsigelsesadgang gældende. Giver driftsaftalen eksempelvis kunden adgang til at opsiges aftalen med et vist varsel, angiver kunden, at aftalen hæves, og således at ophævelsesskrivelsen subsidiært skal forstås som en opsigelse, hvis det efterfølgende skulle vise sig, at kunden ikke har ret til at hæve aftalen. En sådan subsidiær opsigelse kan næppe tillægges virkning. Leverandøren har krav på at kende sin position og kunne agere i overensstemmelse hermed. Kunden bør ikke på denne vis kunne flytte sin standpunktsrisiko over på leverandøren. Konsekvensen heraf er, at en uberettiget ophævelse fra kundens side skal behandles som en væsentlig misligholdelse. Ønsker kunden ikke at påtage sig standpunktsrisikoen, må kunden i stedet nøjes med at opsiges aftalen i overensstemmelse med aftalens opsigelsesbestemmelser. Ønsker kunden en adgang til at kombinere ophævelse og opsigelse som beskrevet, må denne mulighed fremgå eksplicit af driftsaftalen.

Som nærmere beskrevet i kapitel 2.10.1.3, kan det derimod ikke udelukkes, at en opsigelsesadgang kan få betydning for udmålingen af erstatning til leverandøren for en uberettiget ophævelse, idet opgørelsen af leverandørens positive opfyldelsesinteresser formentlig kun skal beregnes frem til det tidspunkt, hvor aftalen kunne være opsagt.



## 10.2. Misligholdelsesbeføjelser

### 10.2.1. Naturalopfyldelse. Rentekrav

Leverandøren kan som udgangspunkt kræve aftalen gennemført og fastholde kundens pligt til at betale de aftalte beløb. Såfremt kunden afviser at betale, vil leverandøren, i perioden fra betalingen skulle være gennemført og indtil betaling sker, kunne kræve morarente efter rentelovens bestemmelser herom. Rentekravet forudsætter ikke, at leverandøren kan dokumentere et tab.

Renteloven er deklaratorisk i erhvervsforhold, og det vil derfor være muligt at aftale en anden rentesats end lovens.

Udgangspunktet om naturalopfyldelse rummer dog den væsentlige modifikation, at kunden har en vid adgang til at annullere aftalen med den konsekvens, at leverandøren må lade sig nøje med at kræve erstatning for den manglende opfyldelse af aftalen, jf. nærmere afsnit 10.3.4 nedenfor. I praksis vil leverandørens krav i tvister ofte have karakter af erstatningskrav. Det er således sjældent, at leverandøren kræver aftalen gennemført.

### 10.2.2. Ophævelse

Leverandøren vil være berettiget til at hæve aftalen, hvis kundens betalingsforsinkelse medfører en væsentlig misligholdelse af aftalen. Det følger af kbl. § 28, at enhver forsinkelse anses for væsentlig i handelsforhold. Denne regel vil ikke gælde uden for købelovens anvendelsesområde, og det vil bero på en konkret vurdering, om forsinkelsen er hævebegrundende. Det antages dog ofte, at betalingsforsinkelse hurtigere bliver væsentlig end forsinkelse med andre typer af ydelser, da forsinkelsen bør kunne undgås af den, der både har vilje og evne til at betale, jf. *Iversen*, *Obligationsret 2*, s. 145.

Ved væsentlighedsvurderingen skal der lægges vægt på forsinkelsesperiodens længde og på omfanget af den manglende betaling (størrelsen af det beløb, der mangler at blive betalt sat i forhold til det samlede beløb, som skal betales under kontrakten). Konsekvenserne af ophævelsen kan endvidere inddrages. Det vil typisk være byrdefuldt for kunden, hvis driftsaftalen hæves. Det må dog herved tages i be-

Væsentligheds-  
vurderingen

tragtning, at aftalen ofte forpligter leverandøren til at varetage driften, indtil en ny driftsleverandør kan overtage driften, selv i situationer hvor aftalen hæves af leverandøren. Konsekvensbetragtningerne må også inddrage de potentielle konsekvenser for leverandøren. Hvilken risiko påføres leverandøren ved at blive fastholdt i aftalen trods den manglende betaling fra kunden? Det er almindeligt antaget, at også betalerens subjektive forhold kan have betydning for væsentlighedsbedømmelsen. Skyldes den manglende betaling hverken manglende evne eller vilje til at betale men en forglemmelse eller i øvrigt en undskyldelig fejltagelse, kan dette inddrages i væsentlighedsvurderingen.

Ved væsentlighedsvurderingen må der endvidere tages højde for, at driftsydelsen er en løbende ydelse, som kunden betaler et løbende vederlag for. Afgørende for leverandørens hæveadgang er derfor, hvornår misligholdelse af en periodisk betaling udgør væsentlig misligholdelse af den samlede aftale.

Ved bedømmelsen heraf er det en væsentlig faktor, om den manglende betaling alene knytter sig til en enkelt betaling, eller om den skaber forventning om betalingsmisligholdelse for fremtidige betalinger og dermed indikerer anticiperet misligholdelse, sml. hermed princippet i kbl. § 29. Dette kan eksempelvis være tilfældet, hvis betalingsforsinkelsen er et udtryk for en manglende *betalingsevne* hos kunden, som ikke blot er rent midlertidig. Kunden kan eventuelt vælge at deponere det omstridte beløb for at dokumentere sin betalingsevne. Er udeblivelsen med betalingen udtryk for en manglende *vilje* hos kunden til at betale, f.eks. fordi kunden – uberettiget – anser driftsydelsen for mangelfuld, bliver det afgørende, om den manglende betalingsvilje alene knytter sig til én betaling eller også til fremtidige betalinger (f.eks. fordi kunden mener, at der er generelle mangler ved driften). Betaler kunden konsekvent for sent hver måned, vil en sådan systematisk forsinkelse også kunne udgøre en væsentlig misligholdelse af aftalen.

Se også om væsentlighedsvurderingen ved betalingsforsinkelse *Iversen*, Obligationsret 2, s. 145 og *Bryde Andersen & Lookofsky*, Lærebog i obligationsret, s. 364 ff.

Såfremt kundens misligholdelse har karakter af en væsentlig misligholdelse af den samlede aftale, kan leverandøren hæve hele aftalen.

Mere tvivlsomt er det, om leverandøren kan begrænse ophævelsen til en del af aftalen. Spørgsmålet kan både opstå, hvor der foreligger en væsentlig misligholdelse af den samlede aftale, og hvor der foreligger en væsentlig misligholdelse med en del af aftalen, der kan udsondres fra den øvrige aftale. Som beskrevet ovenfor er driften ofte opdelt i forskellige delsystemer eller "grupper" af programmel (ofte benævnt "clusters" eller "service towers"). Et eksempel på en væsentlig misligholdelse af en del af aftalen vil være kundens manglende betaling af driftsvederlaget for ét delsystem (fordi kunden uberettiget mener, at driften af dette delsystem ikke lever op til det aftalte), mens kunden betaler for driften af øvrige delsystemer. I begge situationer må udgangspunktet formentlig være, at leverandøren må hæve aftalen i sin helhed. Dette vil særligt gælde, når der er en sådan indbyrdes sammenhæng mellem ydelserne, at en delvis ophævelse væsentligt vil forringe værdien af de tilbageværende ydelser for kunden. Men også i øvrigt må udgangspunktet være, at leverandøren ikke kan foretage en delvis ophævelse. Normalt vil kunden i en driftsaftale ønske at have én leverandør. Uhensigtsmæssighederne ved at lade driften varetage af flere leverandører (herunder arbejdet med at koordinere mellem de to leverandører og risikoen for gensidig ansvarsforflygtigelse mellem leverandørerne) tilsiger, at kunden ikke skal påtvinges denne løsning. Dette kan også udtrykkes således, at der er en formodning for, at en delvis ophævelse vil påføre kunden gener, som ikke er rimelige, og at leverandøren må godtgøre, at sådanne gener ikke er til stede, før en delvis ophævelse kan gennemføres. Formodningen for, at en delvis ophævelse vil være urimelig byrdefuld for kunden, vil navnlig være afkræftet, hvis kunden selv foretager en (uberettiget) delvis ophævelse af aftalen. I så fald må leverandøren være berettiget til at lade sin kontraophævelse være begrænset til samme del af aftalen, hvis leverandøren ønsker det.

Leverandørens ophævelse vil som udgangspunkt have virkning *ex nunc*, da driftsydelsen har karakter af en løbende ydelse. Når leverandøren ikke at overtage driften, f.eks. fordi kunden foretager en uberettiget ophævelse af aftalen, inden overtagelsesprøven er godkendt, vil leverandørens virkning derimod have virkning *ex tunc*.

I mange tilfælde vil leverandørens mulighed for ophævelse være særskilt reguleret i aftalen. Reguleringen vil ofte indebære, at leveran-

Virknings-  
punktet for  
ophævelsen

Aftaleregulering

døren først kan hæve aftalen efter at have givet kunden et varsel om manglende betaling, og kunden fortsat ikke har betalt efter udløbet af en nærmere angivet periode.

Som anført nedenfor, vil dette formentlig også gælde uden særskilt regulering.

Nogle kontrakter giver kunden mulighed for at afværge en ophævelse ved at stille sikkerhed for en omtvistet betaling.

Se således D17, pkt. 32.4.2.

Kontrakten vil ofte forpligte leverandøren til at fortsætte driften selv efter en ophævelse, indtil driften kan flyttes til en anden driftsleverandør. Se således D17, pkt. 32.6 og nærmere om leverandørens (manglende) adgang til at tilbageholde sine ydelser, afsnit 10.2.4, nedenfor.

### 10.2.3. Erstatning

Såfremt kundens misligholdelse påfører leverandøren tab, kan disse kræves erstattet, når de almindelige erstatningsbetingelser er opfyldt, herunder at der består et ansvarsgrundlag, og at leverandøren er i stand til at dokumentere et kausalt og adækvat økonomisk tab.

#### 10.2.3.1. Ansvarsgrundlag

Kundens misligholdelse vil være undergivet et culpaansvar. Det er dog almindeligt antaget, at pengedebitor er undergivet et strengt culpaansvar, grænsende til et objektiveret ansvar. Der skal derfor særlige omstændigheder til, før kundens manglende betaling ikke er ansvarspådragende. Når en elektronisk betalingsoverførsel eksempelvis ikke frem som følge af fejl i den del af betalingssystemet, der ligger uden for kundens kontrol, vil kunden ikke være erstatningsansvarlig herfor, men kunden vil være forpligtet til at genfremsende betalingen, så snart kunden bliver opmærksom på den manglende fremkomst.

Såfremt kunden misligholder andre forpligtelser end betalingsforpligtelsen, vil en tilsvarende skærpelse af culpavurderingen ikke gælde.

Det vil være culpøst, hvis kunden foretager en uberettiget ophævelse af aftalen, uanset om der har bestået en reel fortolkningstvivl, eller sagens faktiske omstændigheder har gjort det tvivlsomt, om kun-

den var berettiget til at hæve. Kunden må selv påtage sig standpunktsrisikoen ved at hæve aftalen.

Tilsvarende *Nørager-Nielsen*, s. 142 f. og s. 249.

#### 10.2.3.2. Kausalitet og adækvans

Det grundlæggende krav om kausalitet indebærer, at leverandøren kun kan få dækket tab, såfremt der er årsagssammenhæng mellem kundens misligholdelse og leverandørens tab. Det vil bero på en konkret vurdering, om der foreligger den fornødne kausalitet. Navnlige når leverandøren hæver aftalen, vil der for en lang række tab ikke være tvivl om, at kausalitetskravet er opfyldt. Bevisbyrden kan være vanskeligere at løfte for leverandøren, når leverandøren vil kræve erstatning som følge af kundens manglende medvirken i en situation, hvor aftalen fastholdes.

Såfremt omstændigheder, der har påført leverandøren ekstra omkostninger, skyldes en kombination af leverandørens og kundens forhold, gælder samme princip, som når kombinerede forhold forårsager tab hos kunden, jf. ovenfor. Såfremt leverandøren egne forhold er den altovervejende årsag, foreligger således ingen misligholdelse fra kundens side. Såfremt kundens forhold spiller en sådan rolle, at der foreligger misligholdelse, men således at også leverandørens forhold har haft betydning, kan der ske en reduktion af erstatningen ud fra egen skylds-betragtninger.

Det vil oftere være tvivlsomt, om et tab kan betegnes som adækvat. Hvad der nærmere ligger i adækvanskravet har været genstand for betydelige drøftelser i den erstatningsretlige litteratur, jf. henvisningerne til speciallitteraturen afsnit 9.2.4.2 ovenfor. Som anført dér, må det formentlig (stadig) kunne lægges til grund, at adækvansvurderingen tager udgangspunkt i, hvorvidt tabet var påregneligt for skadevolderen, jf. nærmere *Iversen*, Erstatningsberegning i kontraktsforhold, s. 100. Vurderingen må tage udgangspunkt i de forskellige typer af tab, som leverandøren gør gældende. Hæver leverandøren aftalen, vil den mistede avance herved normalt være et adækvat tab. Det samme vil gælde de umiddelbare omkostninger, som leverandøren påføres ved

kundens misligholdelse, herunder eksempelvis leverandørens ekstra timeforbrug som følge af kundens misligholdelse. Derimod må leverandørens tabte avance på andre opgaver, som en forsinkelse eksempelvis hindrer leverandøren i at byde på, som udgangspunkt være inædakvate.

Se nærmere om adækvansvurderingen i kontraktsforhold, *Iversen*, Erstatningsberegning i kontraktsforhold, s. 107 ff.

Som beskrevet nedenfor i afsnit 10.3.3, vil driftsaftalen ofte indeholde en ansvarsfrigagelse for indirekte tab. I en række tilfælde, hvor adækvansvurderingen kan være vanskelig, vil erstatningskravet have karakter af et indirekte tab og derfor allerede kunne afvises med henvisning til ansvarsbegrænsningsbestemmelsen.

#### 10.2.3.3. Tabsopgørelse

Leverandøren vil sjældent kunne dokumentere et erstatningsberettiget tab ved kundens betalingsforsinkelse ud over det rentetab, der dækkes af de ovenfor beskrevne regler om morarente. Dette følger af det erstatningsretlige udgangspunkt om, at pengecreditor selv må bære risikoen for pengemangel.

Det gælder dog kun, når aftalen opretholdes. Fører betalingsforsinkelsen eller kundens misligholdelse i øvrigt til, at leverandøren hæver aftalen, vil leverandøren kunne kræve tab forbundet hermed dækket efter reglerne om negativ kontraktsinteresse eller positiv opfyldelsesinteresse.

Negativ kontraktsinteresse skal stille leverandøren, som om aftalen ikke var indgået. Leverandøren kan i denne situation kræve alle afholdte udgifter, der er omfattet af ophævelsen, dækket men kan til gengæld ikke kræve tabt avance. Leverandøren vil derfor normalt kræve negativ kontraktsinteresse, når leverandørens afholdte omkostninger overstiger avancen og omvendt positiv opfyldelsesinteresse, når avancen overstiger de afholdte omkostninger. Som anført ovenfor kan leverandøren ofte kun hæve aftalen med virkning for fremtiden (ex nunc). I så fald kan leverandøren kun kræve erstatning for de afholdte udgifter (ved negativ kontraktinteresse) eller den tabte avance (ved positiv opfyldelsesinteresse), der kan henføres til perioden fra ophæ-

velsen og indtil aftalen i øvrigt kunne være bragt til ophør. Når ophævelsen gælder for fremtiden, vil der være mange planlagte udgifter, som leverandøren kan undlade at afholde og derfor heller ikke kan kræve erstatning for, når tabet opgøres som negativ kontraktsinteresse. Der vil dog også være fremtidige udgifter, som må afholdes, f.eks. fordi leverandøren ikke kan nå at omallokere medarbejdere eller har påtaget sig forpligtelser over for tredjeparter (indkøb af software, hardware mv.). Leverandørens etableringsomkostninger må kunne kræves erstattet forholdsmæssigt fordelt over hele aftaleperioden, jf. om den tilsvarende problemstilling ved kundens tabsopgørelse afsnit 9.2.4.3 ovenfor.

Et særligt spørgsmål er, om leverandøren kan kræve erstatning for det ekstra timeforbrug, som kundens misligholdelse måtte have forårsaget. Som beskrevet ovenfor i kapitel 2.9.2.4.3, må det lægges til grund, at kundens interne timeforbrug har karakter af et erstatningsberettiget tab, og det vil tilsvarende gælde for leverandøren. Ved tabsopgørelsen vil leverandøren kunne anvende sine udfakturerede timepriser, hvis leverandøren er i stand til at dokumentere, at de tabte timer kunne være solgt til anden side.

Nogle kontrakter indeholder en eksplicit ansvarsfraskrivelse for tabt avance. I så fald vil leverandøren ikke kunne anvende en avancebaseret timepris, jf. nedenfor om kundens ansvarsbegrænsning.

I andre situationer må leverandøren opgøre tabet baseret på en intern (omkostningsbestemt) timepris. Såfremt aftalen ikke er en fast pris-aftale men leverandøren betales efter medgået tid, kan leverandøren dog opgøre sin tabte avance på baggrund af en avancebaseret timepris.

Se også om tabsopgørelsen for internt tidsforbrug *Udsen*, U.2015B.249 ff. (s. 256 f.).

#### 10.2.4. Leverandørens ret til at tilbageholde sine ydelser

Den obligationsretlige samtidighedsgrundsætning indebærer, at en part kan tilbageholde sine ydelser, hvis ikke den anden part præsterer sine ydelser.

Udgangspunktet

Se generelt om tilbageholdsret *Iversen*, *Obligationsret 2*, s. 107 ff.

Driftsydelsen har karakter af en løbende ydelse og som beskrevet ovenfor, vil betaling og driftsydelse derfor i praksis ikke kunne erlægges samtidigt. Tilbageholdelse af driftsydelsen må forudsætte, at kunden har forsømt betaling for den periode, som driftsydelsen vedrører. Er der aftalt forudbetaling, kan tilbageholdelse komme på tale for den periode, den manglende forudbetaling vedrører. Er der omvendt aftalt bagudbetaling, kan der principielt ikke statueres manglende betaling, før driftsydelsen er leveret. Anticiperet betalingsmisligholdelse må dog i denne sammenhæng sidestilles med aktuel betalingsmisligholdelse, og tilkendegiver kunden, at der ikke vil blive betalt ved forfaldstid, eller opstiller kunden uberettigede betingelser for den fremtidige betaling (f.eks. at leverandøren afhjælper mangler ved driften, som ikke eksisterer, eller som leverandøren ikke har ansvaret for), vil leverandøren kunne udøve tilbageholdsret i samme omfang, som hvis der forelå aktuel betalingsmisligholdelse.

Det vil normalt have betydelige konsekvenser, hvis leverandøren helt eller delvist tilbageholder sine driftsydelser, og det kan derfor overvejes, om leverandøren ud fra sådanne konsekvensbetragtninger i det hele taget bør have en ret til at tilbageholde sine ydelser.

Det vil være højst usædvanligt, at driftsleverandøren tager dette skridt, men alene muligheden har betydning for parternes forhandlingsposition, når der opstår mere grundlæggende uoverensstemmelser i samarbejdet. Se som et (særegent) eksempel den norske dom fra Borgarting lagmannsrett af 14. december 2017 (*Mysoft mod Norske Kiropraktorer Servicekontor*, LB-2016-136511-2)(\*), hvor leverandøren i et udviklingsprojekt afviste at afhjælpe mangler, under henvisning til at kunden manglede at betale fremsendte fakturaer. Undervejs i tvisten valgte leverandøren at fjerne kundens adgang til systemet, formentlig for at presse kunden til at betale de omtvistede beløb, hvilket kunden dog fik nedlagt forbud mod i en forbudskendelse.

Uanset at en midlertidig standsning af driftsydelserne kan være indgribende, må det antages, at leverandøren er berettiget til at udøve standsningsret, hvis kunden ikke betaler som aftalt.



Dette forudsætter dog, at leverandøren forinden har reklameret over den manglende betaling og således givet kunden mulighed for at betale. Herefter vil der ikke være vægtige hensyn at tage til kunden. Hvis kunden ikke *kan* betale, er der en oplagt risiko for, at leverandøren vil lide tab ved at fortsætte med at levere sine ydelser. Hvis kunden ikke *vil* betale, må kunden selv påtage sig standpunktsrisikoen herved. Denne standpunktsrisiko går dog begge veje. Viser det sig efterfølgende, at kundens tilbageholdelse af betalingen var berettiget, vil leverandørens tilbageholdelse af sine ydelser være uberettiget, og leverandøren vil blive ansvarlig for de tab, der er opstået herved. Uberettiget udøvelse af standsningsretten vil gøre leverandøren erstatningsansvarlig på objektivt grundlag, jf. *Iversen*, Obligationsret 2, s. 116 f.

Forudgående reklamation

Det kan dog ikke udelukkes, at leverandørens udøvelse af en standsningsret eller trussel herom i konkrete situationer vil have en chikanøs karakter, der begrunder et bortfald af standsningsretten, enten ud fra retsmisbrugsbetragtninger eller loyalitetsbetragtninger. Disse tilfælde må dog af de netop nævnte grunde anses for undtagelser til hovedreglen om standsningsret.

Chikane

Det kan overvejes, om kunden kan fratage leverandøren sin standsningsret ved at deponere det omtvistede beløb eller stille en bankgaranti for derved at dokumentere betalingsevne. Henset til at en efterfølgende retlig tvist mellem parterne erfaringsmæssigt kan trække ud i meget lang tid, kan leverandørens standsningsret næppe bortfalde i denne situation, medmindre parternes aftale indeholder en bestemmelse herom.

Sikkerhedsstillelse

*Iversen* antager, at der muligvis kan opstilles en regel om, at realdebitor er forpligtet til at udlevere kontraktgenstanden, hvis realkreditor stiller sikkerhed for betalingen, jf. Obligationsret 2, s. 112.

Henset til de betydelige konsekvenser, som en standsning af projektet kan have, bør leverandøren normalt ikke kunne udøve standsningsret som følge af kundens manglende overholdelse af sekundære pligter. I praksis kan kundens manglende medvirken indebære, at leverandøren ikke kan levere sine ydelser som aftalt, men leverandøren må bestræbe sig herpå og kræve erstatning for eventuelle ekstraomkostninger.

Sekundære forpligtelser

Det vil kunne opleves som utilfredsstillende for kunden, hvis en manglende betaling giver leverandøren mulighed for (at true med) at standse driften, uanset om det er evident, at leverandørens ydelse er mangelfuld. At kunden efterfølgende kan kræve erstatning for uberettiget standsning er en ringe trøst, hvis kunden ikke har haft adgang til sine it-systemer gennem en periode. For at undgå denne situation og den heraf følgende svage forhandlingsposition for kunden, angives ofte i driftsaftalen, at leverandøren ikke kan udøve standsningsret, alternativt at standsningsretten indskrænkes væsentligt.

Se eksempelvis D17, pkt. 32.6.1: "Leverandøren skal fortsat levere Services i henhold til Kontrakten, selvom Kunden er i misligholdelse. Dette gælder også, når Leverandøren hæver Kontrakten som følge af Kundens væsentlige misligholdelse indtil det tidligste af følgende tidspunkter: (i) Kunden anerkender ophævelsens berettigelse, (ii) Leverandøren får medhold i ophævelsens berettigelse ved endelig og bindende tvistløsning, (iii) Kunden giver besked om, at Services ikke længere skal leveres. Kontraktens bestemmelser vil fortsat være gældende for levering af Services efter Kontraktens ophævelse. Leverandørens forpligtelse til fortsat levering af Services er betinget af, at Kunden stiller sikkerhed for betaling i overensstemmelse med punkt 21.1.3."

I nogle tilfælde suppleres bestemmelsen om leverandørens manglende standsningsret med et krav om, at kunden deponerer betalingen eller stiller garanti for dens betaling, jf. *Horsfeldt*, IT outsourcing, s. 257 og den netop citerede bestemmelse i D17. En anden model er at lade kunden være forpligtet til at betale i tvistsituationer, men således at leverandøren er forpligtet til at stille garanti for beløbet. På denne måde bliver det kunden, der tvinges til at anlægge sag, hvilket er i overensstemmelse med, at det er kunden, som vil gøre misligholdelse gældende.

### 10.3. Bortfald af misligholdelsesbeføjelser

Leverandørens adgang til at gøre misligholdelsesbeføjelser gældende kan bortfalde af forskellige grunde, herunder manglende reklamation, efterfølgende betaling og aftalte begrænsninger i misligholdelsesbeføjelserne.

### 10.3.1. Manglende reklamation

Som anført i afsnit 9.3.1 ovenfor, gælder der en generel reklamlationspligt for den kontraktpart, der vil gøre misligholdelse gældende. Leverandøren må derfor reklamere inden for rimelig tid, hvis leverandøren mener, at kunden er i forsinkelse med sine betalinger. Også ved betalingsforsinkelse må der foretages en konkret vurdering af, hvorvidt der er reklameret inden for rimelig tid.

Et særligt spørgsmål er, om leverandøren kan afvente, at betalingsforsinkelsen bliver væsentlig og først derefter reklamere over for kunden med krav om ophævelse. Obligationsretten stiller som udgangspunkt ikke krav om, at sælgeren skal advare køberen om, at en fortsat manglende betaling kan medføre ophævelse af aftalen, jf. *Iversen*, *Obligationsret 2*, s. 150. Svævede køberen i en vildfarelse om betalingsforsinkelsen, og var sælgeren klar over dette, følger det dog formentlig af loyalitetshensyn, at sælgeren må bringe køberen ud af vildfarelsen.

I driftsaftaler vil der ofte være aftalt særlige regler om reklamation og påkrav mellem parterne.

Se således D17, pkt. 32.4.4, hvorefter ophævelse kun kan ske, hvis misligholdelsen ikke er afhjulpet med et skriftligt varsel på mindst 10 arbejdsdage.

Denne kontraktpraksis er så udbredt, at den formentlig har karakter af en branchesædvane, hvorefter leverandøren må give kunden en rimelig frist til at betale, inden en driftsaftale kan hæves. Værdispildsbetragtninger og de betydelige gener, der i øvrigt kan være forbundet med ophævelse af en driftsaftale, tilsiger også dette resultat, som derfor må gælde uden særskilt aftale.

Har kunden klart tilkendegivet ikke at ville betale, kan leverandøren formentlig hæve uden først at give kunden en afhjælpningsfrist. Dette vil navnlig være tilfældet, hvis kunden uberettiget hæver aftalen. En part har generelt ikke pligt til at gøre indsigelse mod en uberettiget ophævelse, jf. *Iversen*, *Obligationsret 2*, s. 132.

### 10.3.2. Kundens efterfølgende betaling

Det er efter den almindelige obligationsret tvivlsomt, om sælgeren kan hæve en aftale som følge af væsentlig betalingsforsinkelse, hvis køberen betaler, inden sælgeren afgiver meddelelse om ophævelse. Den overvejende opfattelse er nok, at sælgeren bevarer sin hæveadgang, i hvert fald når sælgeren afviser betalingen og straks efter modtagelsen hæver aftalen.

*Se Bryde Andersen & Lookofsky, Lærebog i obligationsret, s. 363 og Iversen, Obligationsret 2, s. 151.*

Som nævnt lige ovenfor vil det ofte fremgå af driftsaftalen, at leverandøren først kan hæve efter at have givet kunden en frist til at betale forfaldne beløb. Overskrider kunden herefter denne frist, må det obligationsretlige udgangspunkt gælde. Betaler kunden efter fristens udløb, men inden leverandøren gør ophævelse gældende, vil leverandøren derfor som udgangspunkt kunne afvise betalingen og hæve.

### 10.3.3. Ansvarsbegrænsnings- og ansvarsfraskrivelsesbestemmelser

Det er sædvanligt, at driftsaftalens ansvarsbegrænsningsbestemmelser gælder for både kunden og leverandøren. Som beskrevet ovenfor vil en parts erstatningsansvar i driftsaftaler typisk være begrænset, således at ingen af parterne i løbet af et år kan ifalde et samlet erstatningsansvar på mere end det årlige driftsvederlag eller en procentdel heraf.

Leverandørens avancetab vil have karakter af et direkte tab. Der er en umiddelbar og direkte sammenhæng mellem kundens misligholdelse og leverandørens mistede avance ved den manglende gennemførelse af projektet. Såfremt aftalens ansvarsbegrænsningsbestemmelser fraskriver ansvaret for indirekte tab, hvad der næsten altid er tilfældet, vil fraskrivelsen som udgangspunkt ikke omfatte leverandørens avancetab. Det er imidlertid ikke usædvanligt, at bestemmelsen udtrykkeligt fraskriver ansvaret for tabt avance. Dette kan i realiteten indebære, at leverandøren ikke kan gøre positiv opfyldelsesinteresse gældende, da tabt avance vil være leverandørens primære tab, når der kræves positiv opfyldelsesinteresse. Det er vidtgående på denne vis at afskære leverandøren fra at kræve positiv opfyldelsesinteresse, og det kan heller ikke udelukkes, at formålet med en sådan bestemmelse alene har

været at afskære kunden fra at gøre sit avancetab gældende over for leverandøren. Kundens avancetab ved ikke at kunne benytte de driftede systemer som forudsat i aftalen vil normalt være et indirekte tab, jf. herved *Iversen*, Erstatningsberegning i kontraktsforhold, s. 371. Såfremt bestemmelsen ikke sonderer mellem kundens og leverandørens avancetab, må udgangspunktet dog formentlig være, at fraskrivelsen gælder for både kunden og leverandøren, medmindre leverandøren er i stand til at sandsynliggøre, at formålet alene har været at fraskrive leverandørens ansvar for kundens avancetab. I lyset af de ovenstående bemærkninger, skal der næppe meget til, før domstolene anser det for sandsynliggjort, at formålet med bestemmelsen ikke har været at lade leverandørens tabte avance være omfattet af ansvarsfraskrivelsen.

I D17's ansvarsbegrænsningsbestemmelse er det eksplicit angivet, at fraskrivelsen for mistede besparelser og indtægter kun gælder for kunden, jf. pkt. 33.1.3.

Ansvarsbegrænsningsbestemmelsen forholder sig ofte udtrykkeligt til, om tab af data skal anses for et direkte tab (som er undergivet erstatningsansvar) eller for et indirekte tab (der er undtaget fra erstatningsansvar). I nogle tilfælde sondres mellem omkostningerne til at rekonstruere data og de videregående tab, kunden er blevet påført ved ikke at have adgang til data. Indeholder aftalen ingen præcisering heraf, er der nok en formodning for, at rekonstruktion af data er et direkte tab, mens videregående tab som følge af mistede data er et indirekte tab.

Tab af data

Erstatningsansvaret for tab af data er reguleret på følgende vis i D17 (pkt. 33.1.5): "Leverandøren skal erstatte Kundens rimelige udgifter til retablering eller rekonstruktion af tabte eller forvanskede data, såfremt tab eller forvanskning af data er forårsaget af forhold, som Leverandøren har ansvaret for. Dette gælder dog ikke, såfremt Kunden har fravalgt backup, og Leverandøren i forbindelse hermed har gjort Kunden opmærksom på, at Kunden i så fald selv bærer risikoen for tab eller forvanskning af data."

Som beskrevet i afsnit 9.3.4 ovenfor, tilsidesættes en ansvarsbegrænsningsbestemmelse ved forsætlig misligholdelse. Det rejser spørgsmålet, om kundens uberettigede ophævelse skal sidestilles med en forsætlig

Uberettiget ophævelse

misligholdelse, der indebærer, at leverandørens erstatningskrav ikke er underlagt aftalens ansvarsbegrænsningsbestemmelser. Som udgangspunkt må kunden påtage sig standpunktsrisikoen ved med fuldt overlæg og uberettiget at hæve aftalen. Dette taler for at betragte kundens misligholdelse som forsætlig og dermed undtaget fra ansvarsbegrænsningen. I mange tilfælde kan det dog være vanskeligt at vurdere, om ophævelsen er berettiget, og hvis denne usikkerhed helt eller delvist kan tilregnes leverandøren, f.eks. fordi denne ikke har oplyst alle forhold omkring leveranceproblemerne, kan den uberettigede ophævelse næppe sidestilles med forsætlig misligholdelse fra kundens side.

#### 10.3.4. Annullation

Som anført i afsnit 9.3.8 ovenfor, indebærer en annullation, at modparten ikke kan kræve aftalen gennemført men alene kan kræve erstatning for sit tab, ved at aftalen ikke gennemføres.

Se generelt om annullation *Iversen*, Obligationsret 2, s. 81 ff. og *Hagstrøm*, Obligationsrett, s. 248 ff.

Som anført i afsnit 9.3.8 ovenfor, anvendes annullationsbegrebet nogle gange om den situation, hvor en aftalepart kan frigøre sig fra aftalen, uden at det udløser misligholdelsesvirkninger.

Det er ikke afklaret, i hvilket omfang der gælder en annullationsret efter den almindelige obligationsret. Det er almindeligt antaget i entrepriseretten, at bygherren har en annullationsret og noget tilsvarende gælder formentlig andre former for værksleje, jf. *Iversen*, Obligationsret 2, s. 83.

Det er dog tvivlsomt, hvorvidt disse betragtninger kan overføres til driftsaftaler og dermed, om der kan opstilles en generel regel om kundens adgang til at annullere en driftsaftale. En række forhold taler for at udstyre kunden med en annullationsret. Leverandørens primære interesse i projektet er den forventede fortjeneste, og når leverandøren gennem erstatning økonomisk stilles, som om projektet var gennemført, vil hensynene til leverandøren i det væsentlige kunne tilgodeses, uanset om der sker en annullation. Yderligere kan det være rimeligt, at kunden ikke tvinges til at forblive i en langvarig driftsaftale mod sit ønske. Har kundens driftsbehov ændret sig så meget, at grundlaget for

aftalen er helt bortfaldet, ville det være uhensigtsmæssigt og i strid med værdispildsbetragtninger, om kunden skulle være forpligtet til fortsat at opfylde aftalen. Mere generelt vil det heller ikke være hensigtsmæssigt, at kunden var forpligtet til at opretholde et løbende samarbejde om en ofte vital del af kundens organisation. Der kan dog også anføres argumenter mod at tildele kunden en annullationsret. Leverandøren kan have andre interesser i gennemførelsen af projektet end de rent økonomiske, herunder den prestige og PR, som et vellykket projekt kan give, og som er vigtige for at kunne hverve fremtidige opgaver. Herudover vil et erstatningsopgør ofte føre til uenighed mellem parterne om tabsopgørelsen med risiko for langvarige og ressourcekrævende forhandlinger om betalingen for annullationen, som i yderste konsekvens kan indebære, at leverandøren nødsages til at anlægge retssag. Samlet set synes hensynene, der taler for at give kunden en annullationsadgang, at veje tungest, og kunden må derfor antages at kunne annullere driftsaftalen.

## 11. Ophør og ophørsassistance

### 11.1. Aftalens varighed

Indgåelsen af en driftsaftale og den efterfølgende flytning af driften til leverandøren er ofte en ressourcekrævende proces, der giver begge parter et behov for, at driftsaftalen har en vis varighed. Det er derfor almindeligt, at større og mere komplekse driftsaftaler gøres uopsigelige i en årrække (typisk 3-5 år), eventuelt med option for kunden på en forlængelse.

Dette gælder kun de større og individualiserede driftsaftaler. Aftaler om cloudbaseret standarddrift har kortere opsigelsesvarsler.

Ofte giver aftalen dog kunden mulighed for førtidig opsigelse mod betaling af et opsigelsesvederlag til leverandøren. Det modsatte er sjældent tilfældet, da kundens gener ved en førtidig opsigelse ikke umiddelbart kan gøres op i penge på samme måde, som leverandørens manglende fortjeneste ved en førtidig opsigelse kan det.

Såfremt det ikke er angivet, hvorvidt driftsaftalen er uopsigelig i den angivne driftsperiode, er der nok en formodning for, at aftalen ikke kan opsiges i denne periode. Se hertil også *Iversen*, Obligationsret 1, s. 42, om opsigelse af løbende aftaler med henvisning til domspraksis.

## Baggrundsret

Skulle aftalen ikke have forholdt sig til driftsperiodens længde, vil udgangspunktet efter dansk ret være, at en aftale om løbende ydelser kan opsiges af begge parter med et rimeligt varsel, jf. *Iversen*, Obligationsret 1, s. 40.

Ved vurderingen af hvad der vil være et rimeligt varsel, må det tillægges betydning, at det er forbundet med betydeligt besvær og ressourceforbrug for kunden at flytte driften. At driftsperioden skal have en vis længde vil muligvis også kunne indfortolkes forudsætningsvist i driftsaftalen. Disse spørgsmål har dog ikke stor betydning, da driftsperiodens varighed næsten altid vil være reguleret i aftalen.

At spørgsmålet kan opstå illustreres af den norske dom fra Borgarting lagmannsrett af 10. februar 2010, LB-2009-82035)(\*). En virksomhed (A) havde købt mere driftskapacitet hos en driftsleverandør, end den havde brug for, og videresolgte med leverandørens samtykke overskudskapaciteten til en anden virksomhed (B). Der blev indgået en driftsaftale direkte mellem A (der hermed blev driftsleverandør uden dog at have dette som sit egentlige virke) og B. Da B opsagde aftalen, gjorde A gældende, at dette var i strid med aftalens opsigelsesbestemmelser. B gjorde gældende, at aftalen på opsigelsestidspunkt allerede var ophørt efter sin egen ophørsregulering, og at parterne derfor havde videreført aftalen ud over den aftalte varighed med den konsekvens, at aftalen ikke regulerede opsigelsesadgangen. Retten tilsluttede sig B's fortolkning af aftalen og fastsatte ud fra rimelighedsbetragtninger et opsigelsesvarsel på 3 måneder. I den konkrete sag var det ikke kunden (B), der havde behov for et varsel, da driften allerede var flyttet til en anden leverandør, men leverandøren (A), der ønskede betaling længst muligt. Dommen kan derfor heller tillægges betydning for vurderingen af, hvor langt et varsel en kunde ville kunne kræve.



## 11.2. Leverandørens pligt til at yde ophørsassistance

Uanset om kunden ved driftsaftalens ophør vælger at hjemtage driften eller flytte den til en anden driftsleverandør, forudsætter en vellykket flytning en aktiv medvirken fra den nuværende driftsleverandør. Blandt leverandørens opgaver i ophørsfasen kan f.eks. være uddannelse og anden form for overdragelse af viden til de personer, der skal varetage den fremtidige drift, medvirken i afprøvning af det nye driftsmiljø, kommunikation med kundens aftaleparter, hvor driftsleverandøren hidtil har varetaget aftaleadministrationen, tilbagetagelse af driften i en periode ved problemer i flytningen og overdragelse af aktiver.

Se også om ophørsassistance *Horsfeldt*, IT outsourcing, s. 215 ff.

Driftsaftalen vil sædvanligvis indeholde en regulering af leverandørens ophørsassistance, der forpligter leverandøren til at bistå i nærmere angivet omfang. Da omfanget af ophørsassistancen typisk først kendes ved aftalens ophør, er leverandørens betaling for ophørsassistancen sjældent indregnet i det faste driftsvederlag men betales særskilt.

Aftaleregulering

Se eksempelvis om reguleringen af leverandørens pligt til at yde ophørsassistance, D17, pkt. 16, hvorefter leverandøren, uanset årsagen til aftalens ophør, mod særskilt betaling er forpligtet til "på god og forsvarlig vis" at medvirke til driftens overflytning til kunden eller en ny leverandør. Leverandørens forpligtelser skal nærmere specificeres i et særskilt bilag.

Selvom aftalen ikke indeholder en særskilt forpligtelse for leverandøren til at yde ophørsassistance, vil en sådan forpligtelse i et vist omfang formentlig gælde.

Baggrundsret

*Iversen* antager, at parterne i en opsigelsesperiode i passende omfang skal give hinanden mulighed for at forberede indgåelsen af en ny afløsende kontrakt med en anden part, *Obligationsret 1*, s. 44.

Det vil stille kunden i en meget vanskelig situation, hvis leverandøren helt afviser at medvirke til flytningen, og hvis ikke leverandøren har særlige grund til at afvise at medvirke, vil en pligt hertil formentlig følge af leverandørens kontraktuelle loyalitetspligt. Den udbredte kon-

traktpraksis, der formentlig har karakter af en branchesædvane, hvorefter leverandøren forpligtes til at yde ophørsassistance, støtter dette.

Betaling

At leverandøren kan forpligtes til at yde ophørsassistance selv uden særskilt regulering, indebærer ikke, at leverandøren skal gøre det uden betaling. Aftalens driftsvederlag vil være fastsat med udgangspunkt i aftalens ydelsesbeskrivelse. Kunden kan derfor ikke med rimelighed forvente at modtage gratis ophørsassistance, når denne assistance ikke indgår som en del af ydelsesbeskrivelsen. I samme retning taler, at en aftale om ophørsassistance normalt forudsætter særskilt betaling. Leverandørens vederlag må fastsættes efter det obligationsretlige udgangspunkt, hvorefter sælgeren kan forlange et rimeligt vederlag, når vederlaget ikke er aftalt. Udgangspunktet for vurderingen vil formentlig være den medgåede tid og dermed den krævede timepris. Det vil ofte i aftalen være angivet, at ydelser, der ikke er omfattet af det faste driftsvederlag, betales efter en aftalt timesats. I så fald skal leverandørens betaling udregnes i overensstemmelse hermed.

Udlevering af information

En vellykket overflytning af driften kan forudsætte, at kunden og den nye driftsleverandør får adgang til information, som den hidtidige driftsleverandør er i besiddelse af. Spørgsmålet bliver da, i hvilket omfang pligten til ophørsassistance rummer en pligt til udlevering af denne type informationer. Leverandøren vil være forpligtet til at udlevere al information, som kunden har rettighederne til, herunder de data, der er genereret af de driftede systemer, jf. også afsnit 11.3 nedenfor. Dette gælder uafhængigt af pligten til at yde ophørsassistance. Det må endvidere følge af pligten til at yde ophørsassistance, at leverandøren skal udlevere informationer, der specifikt er knyttet til driften af kundens systemer, f.eks. udestående fejlrapporter på kundens systemer og de dele af driftsdokumentationen/driftshåndbogen, der særskilt angår driften af kundens systemer. Derimod kan kunden ikke kræve udlevering af den generelle driftsdokumentation. Dette er at betragte som leverandørens forretningshemmelighed, der skal adskille leverandørens produkt fra konkurrenternes.

Illustrativ for problemstillingen er en dom fra Oslos byfogdembete af 6. september 2012 (Eniro Norge mod Norske Systemarkitekter, TOBYF-2012-127878)(\*) om ophør af en driftsaftale. Ved aftalens ophør opstod der uenighed mellem parterne om omfanget af leve-

randørens ophørsassistance, herunder hvilke informationer der skulle udleveres til kunden og dennes nye driftsleverandør. Aftalen pålagde leverandøren en pligt til aktivt at bidrage til, at en overflytning af driften kunne gennemføres med så få negative konsekvenser som muligt og til at overlevere kundespecifik driftsdokumentation, men indeholdt ikke herudover regulering af, hvilken information der skulle udleveres til kunden. Retten pålagde leverandøren at udlevere administratorpasswords til de systemer, der blev ejet eller licenseret af kunden, en komplet beskrivelse af alle parametre, der blev overvåget for hver server og alarmniveau for hver server (leverandøren anerkendte under domsforhandlingen en pligt til at udlevere de pågældende parameteroversigter) og opdaterede lister over udestående henvendelser, fejlmeldinger og bestillinger. Endvidere blev leverandøren i overensstemmelse med aftalen pålagt at udlevere den driftsdokumentation, der var særskilt udviklet til kunden, hvorimod den generelle driftsdokumentation ikke kunne kræves udleveret. Om den generelle driftsdokumentation udtalte retten, at det i almindelighed må "lægges til grunn at en kompetent driftsleverandør innehar nødvendig driftsdokumentasjon og kompetanse som ikke er spesifikk for [kunden] i forhold til driften av systemene. Dette vil naturlig utgjøre en leverandørs knowhow som med rimelighet er beskyttelsesverdig."

Efter D17, pkt. 17.1.1, skal parterne i et særskilt bilag opregne information og dokumenter, som skal udleveres til kunden ved aftalens ophør. Det følger imidlertid af pkt. 17.1.2, at leverandøren skal udlevere information og dokumentation, der er nødvendig for at kunden kan hjemtage driften eller flytte den til en ny driftsleverandør, uanset om den pågældende information eller dokumentation ikke er opregnet i det angivne bilag.

Et særligt spørgsmål er, om leverandøren også er forpligtet til at levere ophørsassistance i tilfælde, hvor driftsaftalen ophæves som følge af væsentlig misligholdelse. Ofte vil aftalen bestemme, at leverandøren skal assistere uanset årsagen til aftalens ophør, selv i situationer hvor leverandøren hæver som følge af kundens væsentlige misligholdelse.

Ophørsassistance ved ophævelse?

Efter D17 skal leverandøren som anført ovenfor levere ophørsassistance "uanset årsagen" til kontraktens ophør, jf. pkt. 16.1.1.

Indeholder aftalen ingen særskilt regulering af spørgsmålet, må der sondres mellem kundens og leverandørens ophævelse.

Hvis aftalen hæves af kunden som følge af leverandørens væsentlige misligholdelse, vil leverandøren være forpligtet til at levere ophørsassistance på tilsvarende vis, som hvis aftalen var ophørt som planlagt. I denne situation vil leverandøren næppe kunne kræve betaling for sin assistance, og en sådan betaling vil desuden udgøre et tab for kunden, som ville kunne kræves erstattet af leverandøren.

Hvis aftalen hæves af leverandøren som følge af kundens væsentlige misligholdelse, f.eks. fordi kunden uberettiget har tilbageholdt betalinger, vil leverandøren uden særskilt aftale ikke være forpligtet til at yde ophørsassistance. Når leverandøren hæver aftalen, indebærer det, at begge parter er frigjort fra deres forpligtelser efter aftalen. Det vil have formodningen mod sig, at aftalens bestemmelser om ophørsassistance skal overleve en ophævelse i denne situation, og heller ikke loyalitetsforpligtelser tilsiger, at leverandøren skal yde ophørsassistance i tilfælde af kundens væsentlige misligholdelse.

Hvis aftalen udtrykkeligt angiver, at leverandøren også skal levere ophørsassistance i tilfælde af ophævelse som følge af kundens væsentlige misligholdelse, vil leverandøren blive forpligtet i overensstemmelse hermed. Dette vil dog næppe gælde, hvis omstændighederne gør det overvejende sandsynligt, at kunden ikke vil være i stand til at betale for ophørsassistancen, f.eks. fordi væsentlig betalingsforsinkelse skyldes kundens betydelige økonomiske problemer.

### 11.3. Tilbagelevering af aktiver

I driftsperioden vil parterne ofte stille aktiver til rådighed for den anden part. Det kan eksempelvis være kundens eksisterende hardware, der stilles til rådighed for leverandøren, kundens software, der nu fysisk er placeret hos leverandøren, fordi driftsmiljøet er placeret i leverandørens lokaler, eller omvendt leverandørens hardware og software, der er placeret i kundens lokaler.

Ved aftalens ophør skal parterne tilbagelevere, hvad der tilhører den anden part. Dette gælder både fysiske aktiver, hvortil der er knyttet en ejendomsret, og information, hvortil der er knyttet immaterialrettigheder eller andre former for informationsrettigheder. Fysiske akti-

ver vil navnlig være hardware, mens informationsaktiver vil være software og data, hvortil den ene af parterne har rettighederne. Som beskrevet ovenfor i afsnit 8.2, har kunden rettighederne til de data, der genereres i kundens systemer. Leverandøren vil som udgangspunkt have rettighederne til driftshåndbogen og derfor kunne kræve denne tilbageleveret.

Tilbageleveringen af information skal dels sikre, at modtageren får rådighed over informationen, dels at afgiveren ikke længere har rådighed. I praksis kan tilbagegivelsen af information ske ved en tilbagegivelse af de fysiske medier, hvorpå informationen er lagret, eller ved, at informationen overføres uden samtidig overgivelse af fysisk medium. Overdragerens eventuelle kopier af informationen skal slettes. Såfremt begge parter allerede er i besiddelse af informationen, kan en overdragelse være unødvendig, og det skal da blot sikres, at overdrageren sletter sine egne kopier af informationen.

Et særligt spørgsmål er, om leverandøren kan udøve tilbageholdsret i kundens aktiver ved aftalens ophør, såfremt kunden afviser at betale driftsvederlaget som følge af misligholdelse fra leverandørens side. Udgangspunktet efter dansk ret er, at en part kan tilbageholde modpartens aktiver, som parten har i sin besiddelse, såfremt parten har et krav mod modparten, og der er en nær forbindelse – konneksitet – mellem besiddelsen og kravet. Eftersom leverandøren er kommet i besiddelse af kundens aktiver som led i den driftsaftale, der har givet anledning til leverandørens vederlagskrav, vil konneksitetskravet være opfyldt. I praksis aftales ofte, at leverandøren ikke må udøve tilbageholdsret, da en manglende tilbagegivelse af kundens aktiver kan gøre det vanskeligt at gennemføre en flytning af driften. Tilbageholdsretten giver dermed – set med kundens øjne – leverandøren et uforholdsmæssigt stærkt pressionsmiddel i tilfælde af uenighed.

Tilbagelevering af information

Tilbageholdelsesret



## Kapitel 4

# Vedligeholdelsesaftaler

## 1. Indledning

Anskaffelsen af edb-programmel markerer ikke nødvendigvis afslutningen på aftaleforholdet mellem kunden og leverandøren. Uanset om kunden har anskaffet standardprogrammel eller specialprogrammel, vil kunden have et behov for løbende at få opdateret og afhjulpet fejl i programmet. For at imødekomme dette behov forpligter leverandøren sig ofte til at vedligeholde programmet mod en nærmere fastsat betaling. Vedligeholdelsespligten kan enten følge af samme aftale, som regulerer selve anskaffelsen af programmet, eller af en selvstændig vedligeholdelsesaftale. I aftaler om licensering af standardprogrammel vil vedligeholdelsesvilkårene ofte følge af selve licensaftalen. For udviklingsaftaler vil den overordnede pligt til at yde vedligeholdelse normalt følge af selve udviklingsaftalen, mens de nærmere vilkår for vedligeholdelsen vil fremgå af en vedligeholdelsesaftale, der vedlægges som et bilag til udviklingsaftalen.

I det følgende beskrives regelgrundlaget for vedligeholdelsesydelser (afsnit 2), indholdet af vedligeholdelsesydelser (afsnit 3), betaling (afsnit 4), misligholdelse (afsnit 5) og ophør (afsnit 6).

## 2. Regelgrundlaget

Udgangspunktet for reguleringen af vedligeholdelsen vil være parternes egen aftale.

Der eksisterer ikke en egentlig selvstændig standardvedligeholdelsesaftale, som der med K-kontrakterne og D17 gør for udviklings- og driftsaftaler, men K01 rummer i modelbilag 7 en vedligeholdelsesaftale til brug for vedligeholdelse af programmel leveret efter en K01-

Standardaftaler

kontrakt. K02 og K03 rummer i modelbilag (henholdsvis bilag 5 og 10) en vejledning til, hvad en vedligeholdelsesaftale bør regulere og forslag til enkelte bestemmelser.

Det norske sæt af standardaftaler, SSA, omfatter en særskilt vedligeholdelsesaftale (SSA-V). Den svenske IT&Telekomföretagens sæt af standardaftaler indeholder også en særskilt vedligeholdelsesaftale.

Baggrundsret

Parternes aftale suppleres af baggrundsretten. Købeloven finder ikke anvendelse på vedligeholdelsesydelser, idet disse har karakter af tjenesteydelser. I stedet finder obligationsrettens almindelige regler anvendelse.

I det omfang vedligeholdelse af standardprogrammel består i udskiftning af programmet eller overdragelse af yderligere programmel, kan denne overdragelse dog blive omfattet af købeloven. Se nærmere om købelovens anvendelighed ved overdragelse af standardprogrammel kapitel 5.2.2.

### 3. Vedligeholdelsesydelser

Begreb

Begrebet "vedligeholdelse" har ikke et entydigt meningsindhold. Kerne i begrebet er den løbende fejlrettelse og eventuelle opdatering af programmet. I en bredere forstand anvendes begrebet også om bruger-support og andre former for vejledning i brug af systemet. For at signalere dette, betegnes nogle aftaler som aftaler om vedligeholdelse og support.

#### 3.1. Omfattet programmel

Ved beskrivelsen af vedligeholdelsesydelserne må parterne først forholde sig til, hvilket programmel der skal være omfattet af vedligeholdelsen. Dette vil normalt være angivet i aftalen. Når vedligeholdelsesaftalen er knyttet til levering af programmel, vil der være en formodning for, at vedligeholdelsen omfatter alle dele af programmet, og det bør udtrykkeligt angives i aftalen, hvis dele af programmet ikke skal være omfattet af vedligeholdelsen.



Se eksempelvis modelbilag 5 til K02, hvorefter de dele af systemet, der ikke er omfattet af vedligeholdelsen, skal angives.

## 3.2. De enkelte typer af vedligeholdelsesydelser

Kernen i vedligeholdelsesydelser er sikringen af, at programmet fungerer fejlfrit. Dette kan dels ske gennem forebyggende vedligeholdelse og udbedring af konstaterede mangler. Herudover vil vedligeholdelsesaftalen ofte give kunden adgang til nye versioner og releases af programmet. Nye versioner og releases kan indeholde rettelser af kendte fejl og dermed have karakter af mangelsafhjælpning. Nye versioner vil normalt også indeholde ny eller forbedret funktionalitet. I det følgende beskrives disse forskellige typer af vedligeholdelsesydelser.

### 3.2.1. Forebyggende vedligeholdelse

Forebyggende vedligeholdelse skal sætte leverandøren i stand til at opdage potentielle fejl, før de viser sig for brugerne. Aktiviteterne omfatter f.eks. overvågning af systemet og installering af diagnosticeringsprogrammer.

Det kan være omkostningsbesparende for leverandøren at få udbedret et forhold, inden det udmønter sig i fejl for brugerne, da leverandøren har pligten til at udbedre fejlen efter vedligeholdelsesaftalen. Ud over pligten til at afhjælpe fejlen efter vedligeholdelsesaftalen, kan leverandøren også være underlagt et kontraktuelt ansvar for sådanne fejl, der udløser misligholdelsesbeføjelser. Efter K-kontrakterne har leverandøren eksempelvis ansvaret for, at systemet overholder de aftalte servicemål, så længe vedligeholdelsesaftalen gælder. Leverandøren kan derfor have en selvstændig interesse i at foretage forebyggende vedligeholdelse. Af samme grund vil bestemmelsen om forebyggende vedligeholdelse nogle gange være formuleret som en ret og ikke en pligt for leverandøren, se eksempelvis K01, bilag 7, pkt. 2.2.1. Da det også er i kundens interesse, at potentielle fejl opdages, inden de viser sig for brugerne, kan bestemmelsen dog også have karakter af en pligt for leverandøren.

Uden særskilt regulering vil leverandøren ikke være forpligtet til at udføre forebyggende vedligeholdelse. Det er mere tvivlsomt, om leverandøren vil være berettiget til det. Kan det ske uden større gener

Baggrundsret

for kunden, må leverandøren formentlig kunne gennemføre forebyggende vedligeholdelse. Dette kan både støttes på loyalitetshensyn og tabsbegrænsningshensyn. Det vil være leverandøren, der har bevisbyrden for, at aktiviteten ikke medfører gener eller risici for kunden.

### 3.2.2. Individuel fejludbedring

Mange fejl i programmet afhjælpes gennem udsendelse af nye versioner og releases, hvor kendte fejl er udbedret, jf. nedenfor. Navnlig for større it-systemer med en høj grad af specialudvikling eller -tilpasning vil vedligeholdelsesaftalen forpligte leverandøren til at foretage individuel fejludbedring, hvis fejlene ikke har en så uvæsentlig karakter, at de med rimelighed kan afvente en ny version eller release.

Vedligeholdelsesaftalen vil normalt angive, hvor hurtigt leverandøren skal igangsætte udbedringen af en fejl (også benævnt reaktionstider). Er det en kritisk fejl, vil aftalen forpligte leverandøren til at starte udbedringen med det samme, mens udbedring af mindre væsentlige fejl kan påbegyndes næste hverdag eller eventuelt senere.

Det er ikke sædvanligt, at vedligeholdelsesaftalen pålægger leverandøren at have afsluttet fejludbedringen til et bestemt tidspunkt (også benævnt afhjælpningstider). Det kan ikke forudsiges, hvilke fejl der vil opstå, og hvor vanskelige disse vil være at identificere og udbedre. Det er derfor vanskeligt for leverandøren på forhånd at forpligte sig til at have udbedret fejl inden for en nærmere angivet tidsfrist. Uden aftalte tidsfrister for gennemført fejludbedring, vil leverandørens fejludbedringspligt bestå i at påbegynde fejludbedringen inden for den aftalte tidsfrist og fortsætte, indtil fejlen er udbedret under iagttagelse af de krav, der i øvrigt gælder for vedligeholdelsen (brug af kvalificeret personale, udført i overensstemmelse med god skik mv.). Aftales alene reaktionstider vil leverandøren således være underlagt en indsatsforpligtelse, mens en aftale om overholdelse af afhjælpningstider vil have karakter af en resultatforpligtelse.

Det kan forekomme utilfredsstillende for kunden at skulle tage den fulde risiko for, at udbedringen af en kritisk fejl tager lang tid, og det kan være vanskeligt for kunden at dokumentere, at leverandøren ikke yder en fuld indsats for at afhjælpe en fejl, hvis kunden har mistanke herom.

Det er dog værd at være opmærksom på, at manglende fejludbedring efter omstændighederne kan udløse bod for manglende overholdelse af servicemål, såfremt leverandøren har ansvaret for, at systemet overholder aftalte servicemål i hele vedligeholdelsesaftalens løbetid.

I nogle tilfælde har kunden held til at få forhandlet frister for gennemførelsen af fejludbedring ind i vedligeholdelsen. I så fald må aftalen forholde sig til konsekvenserne af en manglende overholdelse af fristen. Uden særskilt regulering af konsekvenserne, vil leverandørens manglende overholdelse af en aftalt frist for færdiggørelse af fejludbedringen være en misligholdelse af vedligeholdelsesaftalen, der udløser almindelige misligholdelsesbeføjelser.

Bilag 7 i K01 giver plads til indsættelse af tidsintervaller for både påbegyndelse og færdiggørelse af fejludbedring. Bilag 5, pkt. 2, K-7 i K02 forudsætter ligeledes "overholdelse af aftalte reaktions- og afhjælpningstider, jf. bilag 6". Bilag 6 (om servicemål) indeholder imidlertid kun krav om reaktionstider, ikke om afhjælpningstider. Det er derfor uklart, hvorvidt K02 lægger op til, at leverandøren skal forpligtes af afhjælpningstider eller ej.

Fastsættelsen af reaktionstider og eventuelle afhjælpningstider nødvendiggør en sondring mellem forskellige typer af fejl. Leverandøren må reagere hurtigere på kritiske fejl end på bagatelagtige forhold. Vedligeholdelsesaftalen vil derfor normalt definere forskellige fejlkategorier.

Forskellige typer af fejl

Se som et eksempel på definitionen af sådanne fejlkategorier K01, bilag 7, der opstiller fem fejlkategorier:

**Kategori A:**

En mangel, der er kritisk for løsning af kundens opgaver, og hvor rimelig omgåelse ikke er mulig.

**Kategori B:**

En mangel, der er kritisk for løsning af kundens opgaver, men hvor rimelig omgåelse efter leverandørens anvisninger er mulig.

**Kategori C:**

En mangel, der ikke er kritisk for løsning af kundens opgaver, og hvor rimelig omgåelse ikke er mulig.

**Kategori D:**

En mangel, der ikke er kritisk for løsning af kundens opgaver, og hvor rimelig omgåelse efter leverandørens anvisninger er mulig.

**Kategori E:**

En mangel, der ikke har nogen eller blot bagatelagtig betydning for løsning af kundens opgaver.

Grænseflader  
mellem  
afhjælpningspligt  
og ved-  
ligeholdelsespligt

Vedligeholdelsesaftalen er ofte indgået i forbindelse med aftale om udvikling/levering af det system, der skal vedligeholdes, således at vedligeholdelsesaftalen træder i kraft umiddelbart efter aflevering af systemet. Det vil følge af de almindelige obligationsretlige regler, at leverandøren under udviklingsaftalen vil have pligt til at udbedre mangler, jf. nærmere kapitel 2.9.2.1.2 om leverandørens afhjælpningspligt. Hermed kan der opstå grænsefladespørgsmål mellem afhjælpningspligten efter udviklingsaftalen og pligten til at foretage fejlrettelse efter vedligeholdelsesaftalen. Et af disse spørgsmål er, om leverandøren er forpligtet til at påbegynde fejlrettelsen efter reaktionstiderne i vedligeholdelsesaftalen eller efter reglerne om afhjælpningspligt, der ikke nødvendigvis giver leverandøren ret til at vente til næste release med at rette mindre fejl.

Det vil bero på aftalens indhold og de konkrete omstændigheder, hvorvidt aftalen udtømmende gør op med leverandørens reaktionstider. Uden særskilt regulering må udgangspunktet være, at den mere specifikke regulering af reaktionstiderne i vedligeholdelsesaftalen udtømmende bestemmer, hvornår leverandøren skal påbegynde mangelsafhjælpningen. I modsat fald skal leverandøren i realiteten etablere to typer af fejlrettelser: en for fejl omfattet af den almindelige mangelsafhjælpning og en anden for fejl, der ikke er omfattet heraf. Det må have formodningen mod sig, at der skal indføres to parallelle procedurer for fejlrettelse. Ønsker kunden dette, må det derfor angives i aftalen.

Det følger udtrykkeligt af både K01 (pkt. 16.2.1), K02 (pkt. 18.2.1) og K03 (pkt. 25.3.1), at mangler skal udbedres i overensstemmelse med vedligeholdelsesvilkårene og hermed også disses reaktionstider. Efter den tidligere standardkontrakt K18, pkt. 14.2, skulle leverandøren i garantiperioden afhjælpe mangler uden ugrundet ophold. I praksis medførte dette ofte en konflikt med vedligeholdelsesbilagets bestemmelser om fejlafhjælpning.

Det kan omvendt ikke antages, at vedligeholdelsesaftalen fratager kunden muligheden for at gøre andre misligholdelsesbeføjelser gældende. At en mangel er omfattet af den efterfølgende vedligeholdelse, fratager således ikke kunden muligheden for eksempelvis at kræve erstatning for de tab, som manglen har påført, hvis erstatningsbetingelserne i øvrigt er opfyldt.

Tilsvarende *Tórvund*, Kontraksregulering – IT-kontrakter, s. 208.

### 3.2.3. Ny versioner og releases

Producenten af standardprogrammel vil typisk med jævne mellemrum udsende nye versioner og releases af programmet. Versionskift (f.eks. fra version 5.2 til version 6.0) markerer de største ændringer, mens nye releases (fra version 5.2 til version 5.3) indeholder mindre ændringer. Både nye versioner og releases vil typisk indeholde rettelser af fejl og for nye versioner altid ny funktionalitet.

Vedligeholdelsesaftalen vil ofte give kunden ret til at få installeret nye versioner og releases af programmet. Dette giver normalt ikke kunden ret til at kræve nye versioner og releases med et bestemt interval, men når leverandøren udsender nye versioner og releases, skal disse tilbydes kunden. I hvilket omfang leverandøren kan kræve særskilt betaling for nye versioner og releases og for installationen heraf, beror på den enkelte aftale.

Kunden vil ikke altid være interesseret i at få installeret den nyeste version af programmet. Dels kan det være særskilt betalbart, dels kan der være andre omkostninger og gener forbundet hermed. Nye versioner kan nødvendiggøre opgradering af styresystem og kompatibilitetsproblemer med andre programmer, ligesom brugernes tilvænning til nye funktioner og ændringer i brugergrænsefladen kan være

Kundens ret til nye versioner og releases

Kundens pligt til at opgradere?

tidskrævende. Vedligeholdelsesaftalen vil normalt heller ikke forpligte kunden til at opgradere til nye versioner og releases, men ofte vil leverandørens forpligtelser til at yde vedligeholdelse og overholde servicemål forudsætte, at kunden maksimalt er et nærmere angivet antal versioner bagud. Baggrunden er, at det kræver et uforholdsmæssigt ressourceforbrug for leverandøren at opretholde et vedligeholdelsesberedskab på ældre versioner af programmet, som kun har ganske få brugere.

Se som eksempel herpå K01, bilag 7, pkt. 2.2.2, sidste afsnit: "Opfyldelse af krav og servicemål i henhold til dette bilag forudsætter, at kunden maksimalt er [...] udgaver bagud i forhold til senest frigivne version og [...] udgaver bagud i forhold til senest frigivne release af det programmel, som vedligeholdelsen omfatter. Uanset førnævnte skal krav og servicemål dog opfyldes, så længe den af kunden benyttede version eller release er modtaget af kunden indenfor de seneste [...] år." En tilsvarende bestemmelse følger af bilag 5, pkt. 2, K-6 i K02 og bilag 10, pkt. 3, K-21 i K03. Efter K02, pkt. 14.4.2, kan leverandøren kræve særskilt betaling for rettelse af fejl, der er udbedret i nye versioner/releases, som kunden ikke ønsker installeret. Dette gælder dog ikke i garantiperioden, såfremt opdateringen vil medføre ikke uvæsentlige ekstraordinære omkostninger eller ulemper for kunden.

Indeholder vedligeholdelsesaftalen ikke krav om kundens løbende versionsopdatering, kan leverandøren ikke betinge sin vedligeholdelse heraf.

### 3.2.4. Andre typer af ydelser

Vedligeholdelsesaftalen kan som allerede beskrevet indeholde en række andre typer af ydelser end den egentlige fejlrettelse.

Ofte vil leverandøren stille en supportfunktion til rådighed, der giver kundens medarbejdere adgang til at rette henvendelse om brugen af programmet. Supporten kan ydes via forskellige kommunikationskanaler, som telefon, e-mail, chat mv. Det kan være hensigtsmæssigt for begge parter at knytte en supportydelse til vedligeholdelsen, da mange problemer, der af brugeren kan opleves som fejl ved systemet, i realiteten skyldes manglende kendskab og dermed forkert

brug af systemet. En supportydelse kan således reducere antallet af egentlige fejlmeldinger. Ofte uddannes medarbejdere hos kunden til "superbrugere", som brugerne af systemet i første omgang skal rette henvendelse til (1. level support). Såfremt superbrugeren ikke kan løse problemet, retter denne henvendelse til leverandøren (2. level support). Hermed begrænses ressourcetrækket på leverandørens supportmedarbejdere (og dermed også kundens betaling). Aftalen må herudover forholde sig til det nærmere indhold af supportydelsen, herunder i hvilket tidsrum der kan rettes henvendelse, hvor hurtigt leverandøren skal besvare en henvendelse, hvilke dele af systemet, der er omfattet af support (eventuelt om tredjepartsprogrammel er omfattet) og betalingsmodellen for support (f.eks. omfattet af det samlede vedligeholdelsesvederlag eller betaling pr. henvendelse). Uden særskilt aftale har kunden ikke krav på løbende support i brug af systemet. Den almindelige pligt til at vejlede om brug af systemet, der nærmere er beskrevet i kapitel 2.4.1.3.5, kan ikke udstrækkes til den mere omfattende og løbende support, som mange vedligeholdelsesaftaler indeholder.

Vedligeholdelsesaftalen vil ofte forpligte leverandøren til løbende at opdatere system- og brugerdokumentation, i takt med at der foretages ændringer i systemet. Ved specialudviklet og specialtilpasset programmel kan forpligtelsen til løbende opdatering af dokumentationen også fremgå af selve udviklingsaftalen.

Se f.eks. K02, pkt. 3.4.

Uden særskilt aftale vil leverandøren ikke være forpligtet til at opdatere dokumentationen. Er der tale om specialudviklet programmel, der kun skal anvendes af kunden, vil udviklingsaftalen og den tilhørende vedligeholdelsesaftale normalt forpligte leverandøren til løbende opdatering af dokumentation. Er der tale om standardprogrammel, vil leverandøren normalt opdatere dokumentationen, uanset om den konkrete vedligeholdelsesaftale med kunden ikke forpligter leverandøren hertil. For det første for at kunne levere en opdateret dokumentation ved løbende salg af programmet og for det andet, fordi leverandøren kan have en pligt til løbende opdatering over for andre kunder. I denne situation bliver spørgsmålet ikke, om leverandøren er forpligtet til at opdatere dokumentationen, men om kunden kan kræve løbende

Opdatering af  
dokumentation

udlevering af den eksisterende opdaterede dokumentation. En pligt til udlevering af en allerede eksisterende dokumentation er langt mindre byrdefuld for leverandøren end en pligt til at opdatere dokumentationen. At det i sig selv ikke kræver det store af leverandøren at udlevere dokumentationen til kunden kan dog ikke i sig selv begrunde en pligt hertil. Tværtimod kan det være en del af leverandørens forretningsstrategi, at den løbende tilpasning af dokumentationen er en betalbar ydelse. Leverandøren vil derfor heller ikke være forpligtet til at udlevere opdaterede versioner af dokumentationen, medmindre dette følger af parternes aftale. Hvis kunden betaler for løbende opdateringer af programmet, skal der dog næppe meget til, før en domstol vil indfortolke en pligt for leverandøren til løbende at stille opdateret dokumentation til rådighed for kunden.

### 3.2.5. Generel kvalitetsmålestok

Ofte vil aftalen opstille en generel kvalitetsmålestok for vedligeholdelsesydelserne. I K02, pkt. 11.1, er eksempelvis anført, at vedligeholdelsen skal udføres i overensstemmelse med god it-skik og af kvalificeret personale, der har kendskab til systemet. Hvorvidt et krav om overholdelse af en generel kvalitetsmålestok skærper leverandørens forpligtelser i forhold til de kvalitetskrav, der i øvrigt ville gælde for ydelserne, afhænger af den valgte kvalitetsmålestok. Se nærmere herom kapitel 2.4.1.4.

## 3.3. Vedligeholdelse af tredjepartsprogrammel

Det leverede programmel vil ofte omfatte tredjepartsprogrammel, således at dele af det samlet system er udviklet af leverandøren og dele af tredjeparter. Kunden vil have samme behov for vedligeholdelse, uanset om programmet er udviklet af leverandøren eller af en tredjepart.

I nogle tilfælde forpligter leverandøren sig til at foretage vedligeholdelse, herunder fejlrrettelse, af tredjepartsprogrammel på samme måde som for egenudviklet programmel. Dette forudsætter enten, at leverandøren har indgået en back-to-back-aftale med tredjepartsproducenten, hvor denne forpligter sig til at vedligeholde sit programmel på samme vilkår som gælder i forholdet mellem leverandøren og kunden, eller – mere sjældent – at leverandøren får adgang til tredjepartsprogrammets kildekode og selv foretager fejlrrettelser.



Såfremt vedligeholdelsesaftalen ikke sonderer mellem vedligeholdelse af egenudviklet programmel og tredjepartsprogrammel, vil udgangspunktet være, at leverandørens vedligeholdelsesforpligtelser gælder for det samlede system, herunder også tredjepartsprogrammel. Omstændighederne kan dog føre til et andet fortolkningsresultat. Leveres eksempelvis proprietært database-standardprogrammel eller styresystemer fra de store udbydere som del af leverandørens leverance, vil det være velkendt, at leverandøren ikke har adgang til at foretage fejlerrettelser heri, hvilket kan tale for at indfortolke en begrænsning i vedligeholdelsesaftalen. Det vil være i overensstemmelse med branchesædvane, at leverandøren ikke har pligt til at rette fejl i proprietært tredjepartsprogrammel, mens det omvendte gælder for open source-programmel.

Ingen sondering mellem egenudviklet programmel og tredjepartsprogrammel i aftalen

I overensstemmelse hermed vil der ofte være en særskilt regulering af leverandørens pligt til at vedligeholde tredjepartsprogrammel, hvor der sondres mellem proprietært programmel og open source-programmel.

Aftaleregulering

Da leverandøren sjældent har adgang til kildekoden for proprietært tredjepartsprogrammel, vil leverandørens forpligtelser efter vedligeholdelsesaftalen ved fejl i dette programmel typisk ikke bestå i en udbedring af fejlen men alene i at iværksætte andre foranstaltninger, der ikke kræver adgang til kildekoden. Dette kan eksempelvis være etablering af en "work around", der sætter brugeren i stand til (midlertidigt) at omgå fejlen. Leverandøren kan endvidere være forpligtet til at informere tredjepartsproducenten om fejlen og opfordre denne til at udbedre den. Oftest vil leverandøren også være forpligtet til løbende at installere de service packs og releases med fejlrettelser, som leverandøren udsender, hvis ikke dette sker automatisk. Andre vedligeholdelsesødelser end fejlrettelsen kan ofte gælde på samme måde for tredjepartsprogrammel som for leverandørens egenudviklede programmel. Det gælder eksempelvis installation af nye versioner og releases med ny funktionalitet og hotlinesupport, hvor brugerne kan få hjælp til brug af programmet.

– proprietært tredjepartsprogrammel

I K01 er leverandøren som udgangspunkt forpligtet til også at udbedre fejl i tredjepartsprogrammel. Vedligeholdelsesbilaget rum-

mer dog følgende undtagelse, der i praksis ofte vil være hovedreglen (bilag 7, pkt. 2.4, næstsidste afsnit):

Ved sådanne mangler ved tredjepartsprogrammel, som det er umuligt – eksempelvis som følge af manglende adgang til kildekode eller manglende rettigheder – for leverandøren at afhjælpe, skal leverandøren inden for de ovenfor anførte tidsintervaller dog alene anvise relevant og rimelig omgåelse af manglen. Endvidere forestår leverandøren rapportering af manglen til den pågældende tredjemand med anmodning om udbedring.

K02 og K03 rummer ligeledes en begrænsning i leverandørens ansvar for fejlrettelse af tredjepartsprogrammel. Bestemmelsen er identisk i de to kontrakter (K02, pkt. 17.5, og K03, pkt. 23.8):

[...]

Såfremt der er tale om en Fejl i tredjepartsprodukter, som Leverandøren ikke burde have erkendt eller forudset på tidspunktet for Kontraktens indgåelse, og som har karakter af en Fejl i Programmet i forhold til underleverandørens specifikationer (programfejl) og ikke en Fejl i forhold til kravene til Leverancen i Kontrakten (systemfejl), gælder følgende begrænsninger i Leverandørens afhjælpningspligt:

- Leverandøren skal straks rapportere Fejlen til producenten af Standardprogrammet og indhente dennes bekræftelse på, at forholdet er accepteret som en Fejlrapportering. Leverandøren skal med passende mellemrum følge op på fejlrapporteringen og rapportere tilbage til Kunden.
- Leverandøren skal gøre sit yderste for at reducere problemets omfang, herunder anvise relevant omgåelse.
- Når tredjemand har leveret en rettelse af den pågældende eller eventuelt andre Fejl eller har anvist relevant omgåelse, skal Leverandøren straks sørge for orientering af samt installation hos Kunden, hvor dette i øvrigt er en del af den aftalte vedligeholdelse.

Ovenstående begrænsning i Leverandørens udførelse af fejlrettelser omfatter ikke det Programmel, der er særskilt undtaget i bilag 3 [...]

Leverandøren kan ikke afslå fejlrettelse af open source-programmel med henvisning til en manglende adgang til kildekoden, da denne jo netop er frit tilgængelig for open source-programmel. Den manglende adgang til kildekoden af proprietært programmel er normalt anvendt som den primære forklaring på, at der ikke kan tilbydes fejlrettelse. Det er derfor heller ikke overraskende, at kunder ofte kræver fejlrettelse af open source-programmel. Dette er således også udgangspunktet efter K02, jf. pkt. 17.5, sidste afsnit.

Open source-programmel

I K03 gælder begrænsningen for alle tredjepartsprogrammer, medmindre disse er særskilt angivet. Ønsker kunden, at leverandøren påtager sig det fulde fejlrettelsesansvar for open source-programmel, må det pågældende programmel derfor anføres i aftalen.

Adgangen til kildekoden er en forudsætning for at kunne foretage fejlrettelse, men adgangen til kildekoden sætter ikke nødvendigvis leverandøren i stand til at rette fejl. Dette forudsætter endvidere, at leverandøren har personale med det fornødne kendskab til programmet. Alternativt må leverandøren indgå aftaler med tredjeparter, der har tilstrækkelig indsigt i open source-programmet til at kunne foretage fejlrettelser. Leverandøren bør derfor afdække, om der er adgang til de fornødne ressourcer og indregne eventuelle omkostninger til tredjepartsbistand i sin prissætning, hvis leverandøren skal påtage sig ansvaret for fejlrettelse af open source-programmel fra tredjeparter.

Det er vigtigt at holde sig for øje, at der består en sondring mellem ansvaret for at rette fejl i tredjepartsprogrammel og ansvaret for manglende overholdelse af de aftalte krav som følge af fejl i tredjepartsprogrammel. Selvom leverandøren efter vedligeholdelsesaftalen ikke har ansvaret for at rette fejl i tredjepartsprogrammel, kan leverandøren stadig have ansvaret for, at systemet som følge af disse fejl ikke overholder servicemål og andre aftalte krav.

Ansvar for fejl i tredjepartsprogrammel

## 4. Betaling

Parterne vil normalt have aftalt en fast betaling for vedligeholdelsen, der f.eks. forfalder månedligt, kvartalsvis eller årligt. Da vedligeholdelsesaftalen typisk løber over flere år, vil beløbet som regel blive

indeksreguleret. Uden særskilt regulering kan leverandøren ikke kræve regulering af de aftalte priser.

Anmoder kunden leverandøren om at foretage vedligeholdelse, der ikke er omfattet af aftalen, vil dette være særskilt betalbart. Hvis ikke aftalen indeholder en særskilt regulering af prisen for yderligere vedligeholdelse, må dette aftales konkret mellem parterne. Præsteres den yderligere vedligeholdelse uden forudgående aftale om prisen, kan leverandøren kræve et rimeligt vederlag. Som udgangspunkt for denne rimelighedsvurdering kan anvendes tidsforbrug og en sædvanlig timepris.

Tror kunden uberettiget, at en efterspurgt vedligeholdelsesydelse er omfattet af aftalen og dermed ikke er særskilt betalbar, må leverandøren gøre opmærksom på, at ydelsen er særskilt betalbar, hvis leverandøren indser kundens vildfarelse. I modsat fald kan kunden med rimelighed tage leverandørens tavshed som udtryk for en accept af, at der ikke kan kræves særskilt betaling for ydelsen. Dette gælder dog kun, hvis leverandøren allerede ved påbegyndelsen af den pågældende vedligeholdelsesydelse var bekendt med, at ydelsen ikke var omfattet af aftalen. Ofte viser det sig først under vedligeholdelsens udførelse, at ydelsen ikke er omfattet af aftalen. Dette kan f.eks. være tilfældet, hvis fejludbedring under aftalen ikke omfatter fejl, som leverandøren ikke har ansvaret for. Påbegynder leverandøren eksempelvis en fejludbedring, som undervejs viser sig ikke at skyldes fejl i det leverede program men i kundens driftsmiljø, som ligger uden for leverandørens ansvarsområde, må kunden som udgangspunkt bære risikoen herfor og dermed betale særskilt for denne fejludbedring.

Se som et eksempel på regulering heraf bilag 5 til K02, pkt. 3, K-9: "Hvis det ved fejlfinding konstateres, at der er tale om driftsforstyrrelser, for hvis årsag Leverandøren ikke kan holdes ansvarlig, fortsætter Leverandøren arbejdet, såfremt Kunden kræver det. Arbejdet honoreres til timepriser som angivet i bilag 12."

## 5. Misligholdelse

Vedligeholdelsesydelsen har på samme måde som driftsydelsen karakter af en løbende ydelse. Mange af de bemærkninger, der ovenfor i kapitel 3 er knyttet til misligholdelse af driftsaftalen, vil derfor også

gøre sig gældende for vedligeholdelsesaftaler. Den følgende gennemgang henviser derfor i vid udstrækning til kapitel 3. Det er dog omvendt ikke ensbetydende med, at alle konklusioner uden videre kan overføres mellem de to områder, ligesom en række af de problemstillinger, der ovenfor er omtalt for driftsaftaler, ikke vil have relevans for vedligeholdelsesaftaler.

## 5.1. Leverandørens misligholdelse

### 5.1.1. Naturalopfyldelse

Kunden kan kræve, at leverandøren opfylder vedligeholdelsesaftalen, også selvom det eksempelvis påfører leverandøren større omkostninger end oprindeligt forudsat af leverandøren. Såfremt opfyldelsen påfører leverandøren ekstraordinært store omkostninger, kan leverandøren dog undtagelsesvist blive frigjort for pligten til naturalopfyldelse. I praksis kan naturalopfyldelse imidlertid ikke gennemføres, hvis leverandøren modsætter sig. Naturalopfyldelse har derfor begrænset betydning som misligholdelsesbeføjelse. Pligten til at præstere vedligeholdelsen indebærer dog, at leverandørens afvisning af at levere sine ydelser vil være en forsætlig misligholdelse af aftalen, der tilsidesætter aftalens ansvarsbegrænsningsbestemmelser.

Som nærmere beskrevet i kapitel 2, kan kunden under visse omstændigheder lade tredjemand udbedre mangler for leverandørens regning, når leverandøren ikke iagttager sin afhjælpningspligt. Ud fra samme argumentation vil kunden i nogle situationer også kunne lade en tredjepart foretage fejlrettelse under en vedligeholdelse for leverandørens regning, jf. nærmere kapitel 2.9.2.1.3.

Tredjemands  
udbedring

### 5.1.2. Ophævelse

#### 5.1.2.1. Generelt

Kunden vil kunne hæve vedligeholdelsesaftalen i tilfælde af leverandørens væsentlige misligholdelse. Såfremt aftalen alene forpligter leverandøren til at påbegynde fejlrettelse inden for angivne tidsfrister, vil det ikke være vanskeligt for leverandøren at leve op til aftalens krav, og der vil sjældent foreligge væsentlig misligholdelse. Forpligter vedligeholdelsesaftalen omvendt leverandøren til at have afhjulpet mangler

Væsentligheds-  
vurderingen

inden for angivne tidsfrister, er der en langt større risiko for, at leverandøren kommer i misligholdelse, der efter omstændighederne kan være væsentlig. Hvornår leverandørens manglende overholdelse af sine vedligeholdelsesforpligtelser har en sådan karakter, at det udgør væsentlig misligholdelse, vil bero på en konkret vurdering, men i praksis er det sjældent, at vedligeholdelsesaftaler hæves, bl.a. fordi aftalen ofte kun vil indeholde reaktionstider og ikke afhjælpningstider for fejlrettelse.

Virkning ex nunc

Vedligeholdelsen har karakter af en løbende ydelse, og en ophævelse vil derfor få virkning ex nunc. Heraf følger, at kunden ikke kan kræve tilbagebetaling af vederlag for allerede præsterede ydelser men i stedet må kræve et forholdsmæssigt afslag, hvis ydelserne har været mangelfulde. Situationen svarer til ophævelse af en løbende driftsaftale, hvorfor der henvises nærmere til kapitel 3.9.2.2.

5.1.2.2. Forholdet mellem vedligeholdelsesaftalen og udviklingsaftaler – cross default

Cross default?

Vedligeholdelsesaftalen vil ofte være indgået i tilknytning til en udviklingsaftale. Aftalernes indbyrdes relation rejser spørgsmålet, hvorvidt væsentlig misligholdelse af den ene aftale samtidig statuerer væsentlig misligholdelse af den anden aftale, ofte med en engelsksproget terminologi benævnt “cross default”. Konsekvensen af dette vil være, at en ophævelse af den ene aftale samtidig vil give kunden ret til at hæve den anden aftale.

En eller flere leverancer

Overordnet må svaret afhænge af, om ydelserne har en sådan indbyrdes sammenhæng, at de har karakter af en samlet leverance. Ved denne vurdering må der både lægges vægt på ydelsernes karakter og de tilhørende aftalevilkår. Skal der eksempelvis efter aftalen ske en samlet betaling for ydelserne (hvad der oftere vil være tilfældet for vedligehold og drift end for vedligehold og udvikling), kan det isoleret set tale for, at en ophævelse skal gælde begge ydelser.

Et eller flere aftaledokumenter

Et særligt spørgsmål er, hvilken betydning det har, at ydelserne reguleres i et samlet aftaledokument henholdsvis i separate aftaledokumenter. På den ene side kan det næppe være afgørende, om der foreligger et eller to aftaledokumenter. To aftaledokumenter, der indeholder mange indbyrdes relationer og krydshenvisninger, må således efter omstændighederne kunne opfattes som en samlet aftale. På den anden side må det indgå med en betydelig vægt i den samlede vurdering, om

der foreligger separate aftaler. Vælger parterne at lade udvikling og vedligehold være omfattet af samme aftale, peger det i retning af, at parterne betragter ydelserne som en samlet leverance, der også i relation til misligholdelse skal behandles som en integreret helhed. Og omvendt når parterne vælger at indgå to separate aftaler.

*Iversen* anfører, at reglen om misligholdelsesvirkninger mellem flere leverancer efter samme aftale almindeligvis ikke kan anvendes analogt på leverancer i henhold til flere selvstændige kontrakter, men at dette kan være tilfældet, når sammenhængen mellem kontraheringen er lige så nær som sammenhængen mellem flere leverancer efter en enkelt kontrakt, *Obligationsret 1*, s. 176. *Bryde Andersen* antager, at det er uden betydning, om der foreligger et eller flere aftaledokumenter, *Grundlæggende aftaleret*, s. 337 f. og *IT-retten*, s. 970 f. *Dragsted* antager, at leverandøren afhængigt af aftalens udformning og de konkrete omstændigheder kan blive pålagt et totalansvar for den samlede løsning, selvom ydelserne er reguleret i separate aftaler, *IT-kontrakter I*, s. 100.

Adgangen til at hæve såvel udviklingsydelsen som vedligeholdelsesydelser, når en af de to ydelser er væsentligt misligholdt, afhænger af, om det er udviklingsydelsen eller vedligeholdelsesydelser, der er misligholdt.

Såfremt udviklingsydelsen er misligholdt, og kunden hæver udviklingsaftalen, vil kunden ligeledes kunne hæve vedligeholdelsesaftalen, hvis denne udgør en integreret del af udviklingsaftalen, selvom vedligeholdelsesforpligtelserne isoleret set ikke er misligholdt (fordi vedligeholdelsen aldrig er trådt i kraft). Det obligationsretlige udgangspunkt er, at en delvis misligholdelse af en aftale berettiger til en ophævelse af hele aftalen, såfremt misligholdelsen har en sådan karakter, at den er væsentlig for den samlede aftale. Dette krav vil være opfyldt, når udviklingsydelsen er væsentlig misligholdt. En sådan situation foreligger eksempelvis, hvis vedligeholdelsesaftalen udgør et bilag til udviklingsaftalen (der så har karakter af hovedaftale), og udviklingsaftalen forpligter leverandøren til at vedligeholde systemet på de nærmere vilkår, der fremgår af vedligeholdelsesbilaget. Denne model er eksempelvis anvendt i K01 og K02.

Væsentlig misligholdelse af udviklingsaftalen

Fremstår udviklingsaftalen og vedligeholdelsesaftalen mellem kunden og leverandøren som to selvstændige aftaler, vil en væsentlig misligholdelse og heraf følgende ophævelse af udviklingsaftalen som udgangspunkt næppe give ret til en ophævelse af vedligeholdelsesaftalen. Det er dog ikke ensbetydende med, at kunden bliver bundet af vedligeholdelsesaftalen. Det vil være en åbenbar forudsætning for vedligeholdelsesaftalens indgåelse, at systemet udvikles og leveres efter udviklingsaftalen. Når udviklingsaftalen hæves, brister denne forudsætning, og som den misligholdende part, er leverandøren nærmest til at bære risikoen herfor. Kunden vil derfor efter forudsætningslæren kunne bringe vedligeholdelsesaftalen til ophør. Et eventuelt tab forbundet hermed vil kunne kræves erstattet som en del af tabet forbundet med misligholdelsen af udviklingsaftalen, forudsat at de almindelige erstatningsbetingelser er opfyldt.

Såfremt systemet skal leveres af en anden end vedligeholdelsesleverandøren, kan kunden som udgangspunkt ikke bringe vedligeholdelsesaftalen til ophør med hjemmel i forudsætningslæren. I denne situation vil kunden og ikke vedligeholdelsesleverandøren være nærmest til at bære risikoen for, at kundens udviklingsleverandør ikke lever op til sine forpligtelser (medmindre udviklingsleverandøren og vedligeholdelsesleverandøren eksempelvis er koncernforbundne enheder eller på anden vis har en nær relation). Kunden vil i den situation kunne annullere vedligeholdelsesaftalen, hvorefter vedligeholdelsesleverandøren må kræve erstatning under iagttagelse af sin tabsbegrænsningspligt.

Såfremt kundens ophævelse af udviklingsaftalen er uberettiget (hvad der som regel først vil blive konstateret ved en efterfølgende retsafgørelse), foreligger en form for fordringshavermora, hvor kunden ikke er i stand til at modtage vedligeholdelsesydelser. Leverandøren vil kunne kræve erstatning for tabet herved.

I den norske dom fra Borgarting lagmannsrett af 20. januar 2014 (Nxc mod Studieforbundet Folkeuniversitetet, LB-2012-95029)(\*) fastslog retten, at en vedligeholdelsesaftale bortfaldt, da udviklingsaftalen blev hævet. Kundens ophævelse ansås for uberettiget, men leverandøren havde under sagen frafaldet krav på erstatning under vedligeholdelsesaftalen, hvorfor retten ikke tog stilling hertil.



Er situationen omvendt den, at kunden hæver vedligeholdelsesaftalen som følge af leverandørens væsentlige misligholdelse af sine vedligeholdelsesforpligtelser, efter systemet er leveret, og er vedligeholdelses- og udviklingsydelse integreret i en samlet aftale, vil det bero på en konkret vurdering, om kunden også kan hæve den del af aftalen, der vedrører udviklingen af programmet. Afgørende herfor vil være, om vedligeholdelsesydelserne indebærer en samlet væsentlig misligholdelse. Ved vurderingen heraf må der lægges betydelig vægt på det værdispild, som vil være forbundet med, at et færdigudviklet system skal leveres tilbage. Disse værdispildsbetragtninger tilsiger, at kunden i denne situation må lade sig nøje med at finde en ny vedligeholdelsesleverandør og få sine omkostninger forbundet hermed erstattet af den oprindelige leverandør. Er det umuligt eller uforholdsmæssigt byrdefuldt for kunden at lade en anden leverandør overtage vedligeholdelsen, må kunden dog efter omstændighederne også kunne hæve udviklingsaftalen, da muligheden for løbende vedligeholdelse er af afgørende betydning for systemets nytteværdi. Der kan også lægges vægt på, hvornår vedligeholdelsesforpligtelserne misligholdes. Sker det umiddelbart efter systemet er taget i brug, taler mere for, at der foreligger væsentlig misligholdelse, end hvis det sker flere år inde i vedligeholdelsesperioden og kort tid før vedligeholdelsesaftalens ophør. Såfremt aftalen ikke indeholder en uopsigelsesperiode for vedligeholdelsen, kan ophævelse af vedligeholdelsen næppe berettige til ophævelse af udviklingsaftalen: Når leverandøren til ethvert tidspunkt kan opsig vedligeholdelsesaftalen, kan kunden vanskeligt hævde, at vedligeholdelsen er så væsentlig, at en misligholdelse heraf udgør en væsentlig misligholdelse af den samlede aftale.

Efter K01 kan kunden hæve hele aftalen, såfremt leverandøren væsentligt misligholder sine vedligeholdelsesforpligtelser i garanti-perioden (1 år regnet fra overtagelsesdagen). Efter udløbet af garanti-perioden, kan kunden kun hæve vedligeholdelsesaftalen, jf. K01, pkt. 16.2.4, sidste afsnit. Efter K03, pkt. 26.1, kan kunden hæve fremtidige delleverancer og de delleverancer, der er væsentligt berørt af leverandørens væsentlige misligholdelse af vedligeholdelsesforpligtelserne og som endnu er omfattet af garanti-perioden. Efter K02 gælder tilsvarende, at kunden kan hæve hele aftalen i tilfælde af leverandørens væsentlige misligholdelse af sine vedligeholdelses-

forpligtelser i garantiperioden. I modsætning til hvad der gælder for K01 og K03, har kunden også efter udløbet af garantiperioden i nogle situationer ret til at hæve hele aftalen. Dette gælder, når vedligeholdelsen er af afgørende betydning for kundens fortsatte nytte af systemet, og kunden ikke kan få udført vedligeholdelsen af tredjemand, jf. K02, pkt. 20.1. Denne regulering ligger formentlig tæt på reguleringen efter den almindelige obligationsret som beskrevet ovenfor.

Såfremt udviklingsaftalen og vedligeholdelsesaftalen er to separate aftaler, vil leverandørens væsentlige misligholdelse af vedligeholdelsesaftalen som altovervejende udgangspunkt ikke berettiger til en ophævelse af udviklingsaftalen. Er det ikke muligt at få systemet vedligeholdt af en anden leverandør, og vil nytteværdien af systemet derfor reduceres væsentligt for kunden, vil det tab, der er forbundet hermed, imidlertid kunne kræves erstattet af leverandøren, såfremt de almindelige erstatningsbetingelser i øvrigt er opfyldt.

#### 5.1.2.3. Forholdet mellem vedligeholdelsesaftalen og driftsaftaler – cross default

Cross default?

I nogle tilfælde vil leverandøren både forestå vedligeholdelse og drift af programmet. I disse situationer kan der opstå tilsvarende cross default-spørgsmål om adgangen til at hæve vedligeholdelsesaftalen ved væsentlig misligholdelse af driftsaftalen og vice versa.

Samlet aftale

Hvis vedligeholdelses- og driftsydelserne er reguleret i en samlet aftale, vil det bero på en konkret vurdering, om misligholdelse af eksempelvis vedligeholdelsen har en sådan karakter, at der foreligger en væsentlig misligholdelse af den samlede aftale, som dermed også berettiger til en ophævelse af den del af aftalen, der vedrører driftsydelserne. Ved denne vurdering, må der lægges vægt på, at der ikke er samme tætte relation mellem vedligeholdelse og drift, som der er mellem udvikling og vedligeholdelse. Hvor udvikleren typisk vil have de bedste forudsætninger for at forestå vedligeholdelsen, vil det normalt ikke være en forudsætning for at forestå driften af systemet, at leverandøren samtidig forestår vedligeholdelsen. Der er således heller ikke noget usædvanligt i, at driftsleverandøren ikke også har ansvaret for vedligeholdelsen af de driftede programmer.

Den manglende nære relation mellem vedligeholdelse og drift vil påvirke vurderingen af, om der foreligger en væsentlig misligholdelse af den samlede aftale. Der er dog også en række omstændigheder, der kan pege i den modsatte retning og således bevirke, at der antages at foreligge væsentlig misligholdelse. Det kan af flere grunde have værdi for kunden at have én samlet leverandør. Der kan være praktiske fordele forbundet med kun at skulle forholde sig til én leverandør ved projektstyring mv. Kunden undgår endvidere at skulle diskutere ansvarsfordeling ved performanceproblemer mv. med forskellige leverandører og dermed risikoen for, at leverandørerne vil pege på hinanden som årsagen til problemet. Derudover vil de værdispildsbetrægtninger, der taler mod ophævelse af udviklingsaftalen, ikke på tilsvarende måde være gældende, idet både vedligeholdelse og drift har karakter af løbende ydelser og derfor hæves ex nunc. De vedligeholdelses- og driftsydelser, der allerede er leveret, går ikke til spilde, og leverandøren vil ikke være forpligtet til at tilbagebetale vederlaget for disse ydelser.

Såfremt kunden ikke er berettiget til at hæve vedligeholdelsen, når driften er væsentlig misligholdt og vice versa, kan det være rimeligt, at kunden får ret til førtidig opsigelse af den ikke-misligholdte del. De ovennævnte grunde til, at kunden ønsker en samlet leverandør, kan således ud fra forudsætningssynspunkter og efter en konkret vurdering give kunden en opsigelsesadgang. I denne situation vil kunden dog næppe være berettiget til at kræve erstatning af eventuelle omkostninger forbundet med opsigelsen af den ikke-misligholdte del af aftalen. Når kunden har en reel mulighed for at fortsætte med den ikke-misligholdte ydelse – hvilket er forudsætningen for at afvise en samlet ophævelse – kan kunden ikke vælge en anden og dyrere løsning og kræve omkostningerne hertil betalt af leverandøren. Uanset at leverandørskiftet er forårsaget af en misligholdelse fra leverandørens side, er der næppe den fornødne årsagssammenhæng, da leverandørskiftet netop ikke var nødvendigt. Det vil endvidere være i strid med kundens tabsbegrænsningspligt at vælge den dyrere løsning.

De ovennævnte bemærkninger har knyttet an til den situation, hvor vedligeholdelses- og driftsydelserne er reguleret i samme aftale. Hvis ydelserne er reguleret i to selvstændige aftaler, en vedligeholdelsesaftale og en driftsaftale, vil en væsentlig misligholdelse af den

– førtidig  
opsigelse

Selvstændige  
aftaler

ene aftale ikke give ret til ophævelse af den anden aftale, medmindre en sådan ret udtrykkeligt fremgår af aftalerne. Om kunden ud fra forudsætningssynspunkter kan opsige den ikke-misligholdte aftale før tid, vil i mangel af særskilt regulering bero på en konkret vurdering. Henset til den manglende indbyrdes relation mellem ydelsernes karakter og til, at parterne har valgt at regulere ydelserne i to separate aftaler, kan det blive vanskeligt at dokumentere, at det var en afgørende forudsætning for kunden, at aftalerne bestod ved siden af hinanden. Formodningen må være for det modsatte.

### 5.1.3. Forholdsmæssigt afslag

Muligheden for at kræve forholdsmæssigt afslag kan få praktisk relevans, når løbende ydelser som eksempelvis vedligeholdelsesydelser er mangelfulde, idet leverandøren ikke vil have mulighed for at afhjælpe mangler ved de ydelser, der allerede er leveret. Om forholdsmæssigt afslag henvises i øvrigt til bemærkningerne herom i kapitel 3.9.2.3.

### 5.1.4. Erstatning

Som nærmere beskrevet i kapitel 2 og 3, gælder der ikke et objektivi ansvar for misligholdelse af udviklings- og driftsydelser. Det samme gælder for vedligeholdelsesydelser. Selv hvor leverandøren har forpligtet sig til at afhjælpe fejl inden for en angivet tidsfrist, kan leverandøren ikke pålægges et objektivi ansvar for manglende overholdelse af denne frist, medmindre leverandøren har påtaget sig et objektivi garantiansvar.

Om tabsopgørelsen henvises til bemærkningerne i kapitel 3.9.2.4.3.

### 5.1.5. Bod

Såfremt leverandøren både har leveret systemet og den efterfølgende vedligeholdelse og har forpligtet sig til, at systemet lever op til angivne servicemål, er det sædvanligt, at leverandøren er forpligtet af disse servicemål, så længe leverandøren varetager vedligeholdelsen af systemet.

Dette gælder eksempelvis efter K01 (bilag 7, pkt. 7), K02 (pkt. 17.6) og K03 (pkt. 23.9).

I så fald vil de bodsbestemmelser, der måtte være knyttet til manglende overholdelse af servicemål, normalt også gælde i vedligeholdelsesperioden. Har leverandøren omvendt ikke forpligtet sig til systemets overholdelse af servicemål i vedligeholdelsesperioden, vil det være mindre sædvanligt, at vedligeholdelsen er undergivet bodsbestemmelser, f.eks. ved manglende overholdelse af reaktionstider.

Uden særskilt aftale vil kunden ikke kunne kræve bod, da bod som tidligere beskrevet ikke udgør en misligholdelsesbeføjelse efter den almindelige obligationsret.

Om anvendelse og fortolkning af bodsbestemmelser henvises til kapitel 3.9.2.5.

### 5.1.6. Ansvarsfritagelses- og ansvarsbegrænsningsbestemmelser

Vedligeholdelsesaftalen vil normalt indeholde en begrænsning af parternes erstatningsansvar. Beløbsmæssigt vil ansvaret sædvanligvis være begrænset til det årlige vedligeholdelsesvederlag, således at det samlede erstatningsansvar i løbet af et år ikke kan overstige det årlige vedligeholdelsesvederlag. I nogle aftaler vil ansvaret være begrænset til en procentdel af det årlige vederlag.

Såfremt vedligeholdelsesaftalen indgår som en integreret del af en udviklingsaftale, vil ansvarsbegrænsningsbestemmelsen ikke nødvendigvis rumme en særskilt begrænsning af ansvaret for misligholdelse af vedligeholdelsesydelserne. Efter K-kontrakterne gælder eksempelvis kun en samlet ansvarsbegrænsning på det samlede leverancevederlag.

Ansvarsbegrænsningsbestemmelsen vil normalt fraskrive ansvaret for indirekte tab på samme måde som for udviklingsaftaler og driftsaftaler.

Se endvidere om ansvarsbegrænsningsbestemmelser kapitel 3.9.3.4.

## 5.2. Kundens misligholdelse

Om kundens misligholdelse, herunder særligt betalingsmisligholdelse, henvises i det hele til kapitel 3.10.

## 6. Ophør

Aftaleregulering

Vedligeholdelse har karakter af en løbende ydelse, og vedligeholdelsesaftalen må derfor forholde sig til, hvor længe leverandøren er forpligtet til at foretage vedligeholdelse af programmet, og hvor længe kunden er forpligtet til at modtage vedligeholdelsen.

Når programmet er udviklet af leverandøren, kan det være vanskeligt at finde tredjeparter, der har mulighed for at forestå vedligeholdelsen. Kunden vil derfor ofte have et ønske om, at leverandøren forpligter sig til at vedligeholde programmet i en længere periode. Typisk er aftalen derfor gjort uopsigelig for leverandøren i 3-5 år. Nogle gange er uopsigeligheden gensidig, således at kunden heller ikke kan opsigte aftalen i denne periode, men oftest kan kunden opsigte aftalen før leverandøren.

I K01 og K02 er vedligeholdelsesaftalen uopsigelig for leverandøren i fire år og for kunden i et år fra overtagelsesdagen (svarende til garantiperioden).

Baggrundsret

Skulle aftalen ikke have forholdt sig til aftalens løbetid, vil udgangspunktet efter dansk ret være, at en aftale om løbende ydelser kan opsiges af begge parter med et passende varsel, jf. *Iversen*, Obligationsret 1, s. 40. Ved denne vurdering må det tillægges vægt, at kunden kan have vanskeligt ved at finde en anden leverandør til at overtage vedligeholdelsen, og at vedligeholdelsen kan være af afgørende betydning for at opretholde nytteværdien af systemet. Det er imidlertid meget sjældent, at vedligeholdelsesaftalen ikke forholder sig til aftalens løbetid, og spørgsmålet har derfor begrænset praktisk betydning.

Forpligtelser under udviklingsaftalen ved vedligeholdelsesaftalens ophør

Indgå vedligeholdelsesaftalen i forbindelse med en udviklingsaftale, vil det ofte være et selvstændigt reguleringstema, hvorvidt vedligeholdelsesaftalens ophør har betydning for leverandørens forpligtelser under udviklingsaftalen. Efter nogle udviklingsaftaler er leverandøren ansvarlig for, at aftalens krav til servicemål (svartider, tilgængelighed mv.) overholdes i hele vedligeholdelsesperioden. Ved vedligeholdelsesaftalens ophør frigøres leverandøren for denne forpligtelse.

Se således K01 (bilag 7, pkt. 7), K02 (pkt. 17.6) og K03 (pkt. 23.9).

Selvom det kan være vanskeligt at lade en tredjepart overtage vedligeholdelsen af et program, der er udviklet af leverandøren, vil kunden i nogle situationer ønske at have denne mulighed. Dette vil normalt forudsætte adgang til programmets kildekode og systemdokumentation. Det beror på den konkrete forhandling, hvorvidt leverandøren vil acceptere at give kunden og en ny vedligeholdelsesleverandør adgang til sådant materiale. Er der tale om specialudvikling eller en høj grad af specialtilpasning, vil aftalen normalt give kunden adgang til kildekode mv. Er der tale om standardprogrammer vil udgangspunktet være det modsatte. Her må kunden enten acceptere, at det er leverandøren, der vedligeholder programmet, eller bruge et andet program. Udviklingsaftalen kan også foreskrive, at leverandøren ved sin udvikling skal tage højde for, at tredjeparter skal kunne overtage videreudvikling og vedligeholdelse.

I K02, bilag 5, pkt. 4, er der givet plads til, at leverandøren kan anføre eventuelle forudsætninger eller begrænsninger for kundens eller tredjemands overtagelse af vedligeholdelsen.





## Kapitel 5

# Softwarelicensaftaler

### 1. Indledning

Softwarelicensaftaler udstyrer brugeren med en ret til at anvende det licenserede program i et nærmere bestemt omfang og på de vilkår, der følger af aftalen. Det er som regel standardprogrammer, der licenseres under softwarelicensaftaler, hvorved aftalerne får karakter af masseaftaler uden individuel forhandling. I et vist omfang sker der individuel forhandling, når kunden erhverver store licensvolumener, eller når programmet, f.eks. en brancheløsning, henvender sig til en begrænset brugerskare, således at den enkelte bruger får større betydning og dermed også større forhandlingskraft, end brugerne af globalt udbredte standardprogrammer.

Tidligere blev kommercielle standardprogrammer næsten udelukkende licenseret efter en proprietær licensmodel. Efter denne model får licenstageren nogle nærmere afgrænsede brugsrettigheder til programmet, mens alle ophavsrettigheder i øvrigt forbliver hos licensgiveren.

Proprietær licens

I det følgende anvendes begrebet “licensgiver” og “producent” synonymt om den, der har udviklet programmet.

Typisk har licenstageren ingen rettigheder til selv at videreudvikle eller i øvrigt ændre programmet og får heller ikke adgang til programmets kildekode. Det er derfor licensgiveren, der kontrollerer den løbende udvikling af programmet.

Heraf betegnelsen “proprietær” der er afledt af det engelske “proprietary rights” (ejendomsret).

Open source-  
licens

Gennem de senere år er open source-licenser imidlertid 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 næsten uindskrænket 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 men har i dag også en betydelig kommerciel udbredelse.

I det følgende beskrives en række af de reguleringstemaer og juridiske spørgsmål, der knytter sig til henholdsvis den proprietære licens og open source-licensen. Indledningsvis beskrives de bagvedliggende lovgæfter, der regulerer overdragelsen af programlicenser.

## 2. Baggrundsretten

Overdragelse af en programlicens har både karakter af en overdragelse af rettigheder til et immaterielt gode omfattet af ophavsretsloven og af en overdragelse af et formuegode omfattet af obligationsrettens regler. Parternes rettigheder og pligter ved overdragelse af en programlicens hviler således på begge disse sæt af baggrundsregler.

### 2.1. Den ophavsretlige regulering

Eneretten

Både den proprietære licensmodel og open source-licensmodellen bygger på den ophavsretlige beskyttelse af edb-programmer: Ophavsmanden har som udgangspunkt eneret til at fremstille eksemplarer af programmet og gøre det tilgængeligt for almenheden. Uden denne eneret ville brugeren ikke have brug for en licensaftale med programproducenten, der giver brugeren ret til at foretage nogle af de handlinger, som ellers ville være omfattet af eneretten. Licensaftalen må derfor forstås i sammenhæng med de bagvedliggende ophavsretlige regler, herunder de rettigheder, som loven udstyrer brugeren med efter ohl. § 36.

Det følgende er en kortfattet introduktion til de ophavsretlige regler om beskyttelse af edb-programmer. For en mere indgående beskrivelse heraf henvises til speciallitteraturen. Se *Udsen*, *It-ret*, s. 135 ff., *Bryde Andersen*, *IT-retten*, s. 355 ff. og *Per Håkon Schmidt*, *Retsbeskyttelse af Edb-programmer*.

Programudviklerens eneret til at fremstille eksemplarer af programmet og gøre det tilgængeligt for almenheden følger af ohl. § 2. At edb-programmer er beskyttet efter ophavsretsloven følger af ohl. § 1, stk. 3.

Ohl. § 36

Eneretten til eksemplarfremstilling indskrænkes i ohl. § 36, der har følgende ordlyd:

**§ 36.** Den der har ret til at benytte et edb-program, må

- 1) fremstille sådanne eksemplarer af programmet og foretage sådanne ændringer i programmet, som er nødvendige for, at den pågældende kan benytte det efter dets formål, herunder foretage rettelse af fejl.
- 2) fremstille et sikkerhedseksemplar af programmet, for så vidt det er nødvendigt for benyttelsen af det
- 3) [...]

At § 36 indskrænker eneretten til at fremstille eksemplarer indebærer, at eksemplarfremstillinger omfattet af § 36 kan foretages uden tilladelse fra licensgiveren. Bestemmelsen er derfor også blevet betegnet som den "legale programlicens" som et modstykke til aftalelicensen. Som det fremgår af det følgende, er der dog væsentlige indskrænkninger i, hvilke eksemplarer der kan fremstilles med hjemmel i § 36.

Adgangen til at fremstille de eksemplarer af programmet, der er nødvendige for at kunne benytte programmet efter dets formål i § 36, stk. 1, nr. 1, giver hjemmel til den midlertidige eksemplarfremstilling i computerens RAM-lager, som foretages, når programmet køres. Bestemmelsen giver også hjemmel til at foretage ændringer i programmet, når det er nødvendigt for at kunne benytte programmet efter dets formål, herunder foretage fejlrettelser. Ophavsretligt betyder det, at brugeren må foretage de eksemplarfremstillinger, der er nødvendige for at gennemføre fejlrettelserne, herunder også permanente kopier, og efterfølgende må foretage RAM-kopiering af den ændrede udgave af programmet.

Eksemplarfremstilling for at kunne benytte programmet efter dets formål – ohl. § 36, stk. 1, nr. 1

En forudsætning for at kunne foretage eksemplar fremstilling med hjemmel i § 36, stk. 1, nr. 1, er, at eksemplar fremstillingen er nødvendig for at kunne benytte programmet efter dets “formål”. Det er derfor nødvendigt at afklare, hvilket anvendelsesformål programmet har. Denne vurdering skal ikke tage sigte på den enkelte brugers subjektive formål med at erhverve programmet men på, hvad der efter en objektiv vurdering er formålet med programmet. Vurderingen vil i praksis sjældent volde vanskeligheder. Er der f.eks. tale om et tekstbehandlingsprogram, vil formålet være at skabe og i øvrigt behandle tekstdokumenter.

Formålsvurderingen omfatter ikke kun den netop beskrevne vurdering af, *hvordan* programmet skal anvendes, men også i *hvilket omfang* det vil ligge inden for formålet at foretage eksemplar fremstilling. Dette indebærer bl.a. en vurdering af, om det vil ligge inden for programmets formål at bruge det på forskellige computere, at lade flere brugere anvende det samtidigt og at kopiere programmet over til computerens harddisk. Disse spørgsmål må besvares med udgangspunkt i licensaftalen, og hvor licensaftalen ikke forholder sig hertil, med udgangspunkt i den etablerede markedspraksis, og hvad der i øvrigt må betegnes som sædvanlig brug.

Det kan være vanskeligt at fastlægge den eksisterende markedspraksis, bl.a. fordi forskellige programmer bliver licenseret under forskellige licens- og betalingsmodeller. Generelt vil det dog gælde, at betalingen afhænger af, hvor mange brugere der anvender programmet. Jo flere brugere, der skal have adgang til programmet, jo højere er licensvederlaget. En flerbrugerlicens må forudsætte en udtrykkelig aftale med rettighedshaveren. Uden en sådan aftale, kan brugeren ikke forvente at kunne lade flere brugere anvende programmet samtidigt. Tilsvarende vil det næppe være lovligt at installere programmet på forskellige brugeres computere, selvom programmet kun bruges af én bruger ad gangen. Derimod vil det formentlig være lovligt, at en bruger installerer programmet på flere af sine computere, så længe der kun anvendes et eksemplar ad gangen. Heri ligger også, at det vil være lovligt at fremstille en kopi af programmet på computerens harddisk, når dette letter kørslen af programmet.

Ohl. § 36, stk. 1, nr. 2, giver under visse betingelser adgang til at fremstille sikkerhedseksemplarer af programmet. Kravet om, at sik-

kerhedseksemplaret skal være nødvendigt for benyttelsen af programmet, indebærer, at der kun må foretages eksemplar fremstilling, hvis der er en risiko for, at det originale eksemplar ophører med at fungere. Da der næsten altid vil være en risiko for, at mediet (disc mv.) beskædige, eller at en fejl indebærer, at programmet ikke kan køres, vil det praktiske udgangspunkt være, at der altid kan fremstilles et sikkerhedseksemplar. Det kan dog ikke udelukkes, at risikoen er så lille, f.eks. hvor et program er indbygget i en hardwarekomponent, at det ikke vil være lovligt at fremstille en sikkerhedskopi.

Generelt vil der ikke være behov for at fremstille sikkerhedseksemplarer, hvis programmet stilles til rådighed som en cloudløsning, hvor programmet er til rådighed for brugeren fra licensgiverens server.

Det er præciseret i lovens forarbejder, at bestemmelsen ikke giver hjemmel til at fremstille reserveeksemplarer af programmet, hvis disse eksemplarer ikke har et sikkerhedsformål. Brugeren kan eksempelvis ikke med hjemmel i bestemmelsen fremstille en kopi af programmet til brug for en computer i sit sommerhus, heller ikke selvom han måtte være berettiget til at have to samtidige eksemplarer af programmet liggende på to forskellige computere. Hjemlen til denne kopiering må findes i parternes aftale, eventuelt i kombination med ohl. § 36, stk. 1, nr. 1.

Det kan ikke af bestemmelsens ordlyd udledes, om det er lovligt at fremstille mere end én sikkerhedskopi. Det følger imidlertid af lovens forarbejder, at det er lovligt at fremstille flere sikkerhedskopier, hvis dette er nødvendigt for brugen af programmet. Umiddelbart kan man mene, at dette er en selvmodsigelse, da det altid vil være muligt at genskabe programmet, når blot man er i besiddelse af en enkelt sikkerhedskopi. Tanken er dog nok den, at hvis det er forbundet med praktiske vanskeligheder kun at være i besiddelse af en enkelt sikkerhedskopi, kan det være tilladt at fremstille flere kopier. Dette kunne eksempelvis være tilfældet, hvis programmet er omfattet af en flerbrugerlicens, der giver mange samtidige brugere placeret forskellige steder (måske i forskellige lande) ret til at bruge programmet. I denne situation vil det være hensigtsmæssigt, om i hvert fald hver af de fysiske lokationer kan ligge inde med deres egen sikkerhedskopi. Behovet vil dog falde i takt med udbredelsen af cloud computing og tilsvarende

– cloudløsninger

– reserve-  
eksemplar

– antallet af  
sikkerheds-  
eksemplarer

tjenester, hvor programmer tilgås gennem centrale servere, hvis fysiske placering er uden betydning for brugeren.

– sletning

Når brugeren videreoverdrager programmet, må han ikke anvende sikkerhedskopierne, da han ikke længere er lovlig bruger. Ophavsretsloven indeholder ingen eksplicit hjemmel til at kræve sletning af sikkerhedskopier eller andre lovlige kopier af det overtagne program. Ikke desto mindre har EU-Domstolen tilsyneladende i UsedSoft-sagen forudsat en sådan sletningspligt. Dommen er nærmere aftalt nedenfor i afsnit 3.4.

Lovlig bruger

Retten til at foretage eksemplarfrestillinger efter § 36, stk. 1, nr. 1 og 2, tilfalder kun den, der “har ret til at benytte” programmet. Dette omfatter generelt alle personer, der har erhvervet et lovligt eksemplar af programmet, herunder både den, der erhverver en ret til at bruge programmet gennem en særskilt aftale med leverandøren, f.eks. i forbindelse med et egentligt udviklingsprojekt (hvor rettiligheds-spørgsmålet dog som regel vil være reguleret i parternes aftale), og den, der erhverver en brugsret gennem en standardlicensaftale. Den, der erhverver programmet på uretmæssig vis (f.eks. stjæler et eksemplar i en butik) eller erhverver en ulovlig kopi af programmet, kan derimod ikke foretage kopiering efter bestemmelsen.

Aftaleregulering

Adgangen til at foretage nødvendige eksemplarfrestillinger og foretage fejlrettelse efter ohl. § 36, stk. 1, nr. 1, kan i et vist omfang fraviges ved aftale. Det følger således af § 36, stk. 3, at bestemmelserne i stk. 1, nr. 2 og 3, og adgangen til at fremstille sikkerhedskopier i stk. 2 ikke kan fraviges ved aftale, hvorimod eksemplarfrestillingsretten efter stk. 1, nr. 1, ikke er omfattet af bestemmelsen. Uagtet dette, kan licensgiveren ikke bringe licenstageren i en situation, hvor denne ikke kan bruge programmet eller ikke kan få rettet fejl i programmet. Det følger således af præambelbetragtning 13 til softwaredirektivet (dir. 2009/24), at “handlinger som indlæsning og kørsel, der er nødvendige for anvendelsen af en kopi af et program, som er lovligt erhvervet, herunder rettelse af fejl deri, ikke må forbydes ved aftale”. Der synes at være en vis modstrid mellem ordlyden af § 36 og den tilsvarende bestemmelse i softwaredirektivets art. 5, stk. 1, på den ene side og præambelbetragtning 13 på den anden side. Meningen er dog formentlig, at licensgiveren under ingen omstændigheder kan hindre licenstageren i at bruge programmet men kan opstille betingelserne for

denne brug, og at licensgiveren kan nægte licenstageren selv at foretage fejlrettelse, såfremt licensgiveren tilbyde dette, jf. således også *Czarnota & Hart*, Legal protection of Computer Programs in Europe, s. 65.

## 2.2. Købeloven og den almindelige obligationsret

Det har været genstand for betydelig diskussion, hvorvidt licensering af standardprogrammel er omfattet af købeloven. Dette har bl.a. betydning for, om de præceptive forbrugerbeskyttelsesregler i kbl. §§ 72 ff. og reklamationsreglen i kbl. § 54 finder anvendelse.

Den mest omfattende behandling af spørgsmålet er i dansk ret foretaget af *Frost*, Informationsydelsen, se navnlig s. 117 ff. Se også *Bryde Andersen*, IT-retten, s. 45 ff.

Købeloven gælder efter kbl. § 1 a for alle "køb" bortset fra køb af fast ejendom. Ved begrebet "køb", der ikke er defineret i købeloven, forstås sædvanligvis en aftale om overdragelse af et formuegode i form af løsøre mod vederlag i penge. Forudsætningen for købelovens anvendelse er derfor, om programmel kan betegnes som en "løsørengensstand" i købelovens forstand, og om licensering kan sidestilles med "køb".

"Køb"

Programmet består af information i form af instruktioner til computerens processor. Denne information, hvad enten den består i maskinkode (nuller og et-taller) eller menneskelæsbar kildekode, har en immateriel karakter, der adskiller sig fra de fysiske genstande, der er kerneområdet for købeloven. Købeloven omfatter dog også andet end fysisk rørlige genstande. Det følger således af kbl. §§ 19 og 20, at loven finder anvendelse på køb af aktier og skriftlige rentebærende fordringer. Det udelukker derfor ikke i sig selv anvendelsen af købeloven, at programmel ikke har karakter af en fysisk genstand.

En tommelfingerregel for besvarelsen af, om overdragelse af programmel er omfattet af købeloven, kan formentlig være, i hvor høj grad overdragelsen i praksis minder om et traditionelt løsøresalg. Når der er tale om standardprogrammel, som udbydes på massemarkedet, vil overdragelsen have markante lighedstræk med en sædvanlig løsøreoverdragelse. Tydeligst viser dette sig, når standardprogrammel købes i en fysisk butik. Køb af et PlayStation-spil i en fysisk butik vil eksem-

pelvis utvivlsomt være omfattet af købeloven. Det kan imidlertid ikke være afgørende, om programmet købes i en fysisk butik, og køb via en webshop vil være omfattet af købeloven på samme måde som køb i en fysisk butik.

Køb af standard-programmel omfattet af købeloven uanset medie

Køb af programmel minder mest om traditionelt løsøre-køb, når købet omfatter et fysisk medium, hvorpå programmet er lagret, som f.eks. en DVD. Det bør dog ikke være afgørende for købelovens anvendelighed, om der medfølger et fysisk medium. I så fald ville man opnå den uhensigtsmæssige retstilstand, at en forbruger eksempelvis ville være omfattet af købelovens præceptive forbrugerbeskyttelsesregler, hvis programmet erhverves på et fysisk medium, men ikke hvis programmet erhverves ved download. I lyset af, at det fysiske medium er uden selvstændig økonomisk betydning, bør retstilstanden ikke afhænge af, om programmet overdrages på et fysisk medium. Også køb af programmel via download må derfor antages at være omfattet af købeloven.

At edb-programmer (og anden information) har en løserer tilknytning til fysiske medier end traditionelle varer, kan imidlertid få betydning for fortolkningen af nogle af de køberetlige regler. Kravet i kbl. § 59 om tilbagegivelsen af ydelserne ved aftalens ophævelse kan eksempelvis være vanskelig at gennemføre for edb-programmer og anden form for information. Har køberen downloadet programmet, må kravet om tilbagegivelse i de fleste tilfælde kunne opfyldes ved, at køberen sletter programmet. Retten til at fremstille eksemplarer af programmet, herunder midlertidige eksemplarer, ved brug af programmet vil under alle omstændigheder være ophørt.

Tilpasninger af standard-programmel

I nogle tilfælde tilpasses standardprogrammets licenstagerens særlige behov. Er der kun tale om mindre tilpasninger, vil der være tale om et tilvirkningskøb efter kbl. § 2 med den konsekvens, at også tilpasningerne vil være omfattet af købeloven. Er tilpasningerne omvendt så omfattende, at de udgør den centrale del af den samlede ydelse, vil den samlede ydelse have karakter af en tjenesteydelse, der falder uden for købeloven.

Overdragelse uden betaling

Anvendelsen af købeloven forudsætter, at der betales et pengebeløb for genstanden. Gavedispositioner og bytteforhold er ikke omfattet



af loven. Kravet om betaling indebærer, at licensering af open source-programmel ofte ikke vil være omfattet af købeloven, da det meste open source-programmel stilles gratis til rådighed for brugeren (se om mulighederne for at kræve betaling for brug af open source-programmel afsnit 4.3.3 nedenfor).

Købeloven finder heller ikke anvendelse på lejeforhold. Sondringen mellem køb og leje kan være vanskelig at drage ved licensering af programmel. Det er indholdet af aftalen og ikke hvad den kaldes, der er afgørende. Det er således uden betydning, at begrebet "licensaftale" kan give indtryk af, at der er tale om leje snarere end køb. Det afgørende kriterium er, om licenstagere får en tidsubegrænset ret til programmet. Udstyres licenstagere med en tidsubegrænset brugsret mod betaling af et engangsbeløb, foreligger køb og ikke leje.

Sondring mellem  
køb og leje

Samme ræsonnement er anvendt af EU-Domstolen i UsedSoft-sagen. EU-Domstolen lagde til grund, at der forelå "salg" af et edb-program efter konsumptionsbestemmelsen i softwaredirektivets art. 4, stk. 2, når licenstagere fik en tidsubegrænset brugsret mod betaling af et engangsbeløb, jf. nærmere afsnit 3.4 nedenfor.

Dette vil også gælde, selvom licenstagere skal betale en løbende afgift for vedligeholdelse, hvis selve brugsretten alene er betinget af en engangsbetaling. Forudsætter licensaftalen omvendt, at licenstagere skal betale en løbende licensafgift for brugsretten, foreligger et lejeforhold, der ikke er omfattet af købeloven.

Såfremt licensaftalen ikke er omfattet af købeloven, vil det være obligationsrettens almindelige regler, der gælder som baggrundsret.

Direktiv 2019/770 af 20. maj 2019 indeholder en obligationsretlig regulering ved levering af digitalt indhold og digitale tjenester i forbrugerforhold. Direktivet skal være implementeret i national ret senest den 1. januar 2022. I skrivende stund vides ikke, hvordan direktivet vil blive implementeret i dansk ret. Det vil under alle omstændigheder ikke have betydning for softwarelicensering i erhvervsforhold.

### 3. Proprietære licenser

Forskellige typer af softwarelicensaftaler

Der findes mange forskellige typer af softwarelicenser. Der er eksempelvis forskel på licensaftaler, der retter sig mod brugeren af programmet (med et engelsk udtryk ofte kaldet “end user license agreement” eller blot EULA), og licensaftaler der indgås med forhandlere af programmet. Ved forhandleraftaler kan igen sondres mellem aftaler, der giver forhandleren ret til rent videresalg af programlicensen, og aftaler, der giver forhandleren ret til at integrere programmet i sit eget produkt, f.eks. en computer eller anden form for hardware, ofte kaldet en “original equipment manufacture agreement” eller blot OEM-aftale. Der kan også som allerede nævnt sondres mellem licensaftaler, der retter sig mod et massemarked, og licensaftaler, der retter sig mod en mere begrænset brugerskare. I det følgende fokuseres på licensaftalen mellem programproducenten og slutbrugeren for programmer, der retter sig mod massemarkedet. Meget af det følgende vil dog også have relevans for andre typer af softwarelicensaftaler.

Der eksisterer ingen udbredte standardaftaler for softwarelicensering. I stedet udarbejder de enkelte programproducenter deres egne licensvilkår. Der består imidlertid en række centrale reguleringstemaer, som de fleste licensaftaler forholder sig til. Hvilke rettigheder og pligter, de enkelte licensaftaler tildeler brugerne under de forskellige reguleringstemaer, varierer fra producent til producent og afhænger bl.a. af den valgte forretningsmodel.

I det følgende beskrives en række af de centrale reguleringstemaer og tilhørende juridiske spørgsmål: selve programlicensen, betaling, vedligeholdelse, opdatering og support, overdragelse af licensaftalen, ansvarsbegrænsninger, ophør, lovvalg og værneting.

For en mere omfattende gennemgang af softwarelicensaftaler se *Rustad, Software Licensing*.

#### 3.1. Programlicensen – realydelsen

##### 3.1.1. Brugsrettens omfang

Et af licensaftalens væsentligste formål er at fastlægge omfanget af den brugsret, som brugeren af programmet får.

Uden særskilt aftaleregulering er udgangspunktet, at brugeren får ret til at fremstille de eksemplarer og foretage de ændringer, der er nødvendige, for at brugeren kan benytte programmet efter dets formål, herunder foretage fejlrettelser, jf. ohl. § 36, stk. 1, nr. 1 og nærmere afsnit 2.1 ovenfor.

I praksis vil brugsrettens omfang blive reguleret i licensaftalen. Reguleringen af brugsretten må tage stilling til en række forskellige forhold.

Aftalen må forholde sig til, *hvem* der må bruge programmet. Dette indebærer en stillingtagen til, hvor mange personer, der har ret til at benytte programmet. Nogle licenstyper giver kun den enkelte bruger, der køber licensen, adgang til at bruge programmet (enkeltbrugerlicens), mens andre licenstyper giver et antal brugere adgang til at bruge programmet (flerbrugerlicens). Flerbrugerlicensen kan enten være knyttet til navngivne personer eller – hvad der er mere sædvanligt – til et antal uspecificerede brugere. Efter en anden licenstype, en såkaldt site licens, får alle brugere i licenstagerens organisation adgang til at bruge programmet, uden at det nærmere antal medarbejdere specificeres.

Hvem må bruge programmet?

Hvis ikke brugsretten er knyttet til navngivne personer, kan det være nødvendigt at præcisere, hvem der er omfattet af brugsretten, herunder om brugsretten gælder for medarbejdere, for eksterne samarbejdspartnere, outsourcingleverandører, ansatte i koncernforbundne selskaber mv. Uden særskilt angivelse må formodningen være for, at brugsretten omfatter medarbejdere i den juridiske enhed, der står som licenstager.

Aftalen må endvidere forholde sig til, om der skal sondres mellem antallet af brugere, der har adgang til programmet, og antallet af brugere, der må benytte det samtidigt. Det kan eksempelvis være, at licensaftalen giver 200 brugere adgang til at bruge programmet, men således, at der kun må være fem brugere, der anvender programmet på samme tid. Angiver licensaftalen ikke en sådan sondring, må det antages, at alle brugere lovligt kan anvende programmet samtidigt.

I tilknytning til reguleringen af antallet af brugere, må det angives, om der må fremstilles eksemplarer af programmet på alle brugeres computere, eller om der alene må fremstilles eksemplarer på et begrænset antal computere, f.eks. således at brugerne får adgang til

programmet fra en central server, hvor programmet er lagret. Uden nogen regulering i aftalen må der nok opstilles en formodning for, at der kan fremstilles et eksemplar af programmet på hver brugers computer.

Licensaftalen må dernæst normalt angive, *hvordan* programmet må bruges, eksempelvis således at programmet må bruges i licenstagernes egen organisation i overensstemmelse med programmets forudsatte formål. Når der er tale om en end user license agreement må dette også antages at være udgangspunktet uden særskilt regulering.

Licensaftalen bør også forholde sig til brugsrettens geografiske anvendelsesområde, dvs. *hvor* programmet må anvendes. Brugsretten kan være global og dermed uden geografiske grænser, regional eller national, således at programmet eksempelvis kun må bruges i Danmark. Er det geografiske anvendelsesområde uomtalt i aftalen, må licensgiveren formentlig have bevisbyrden for, at brugsretten er afgrænset geografisk. Er licensen eksempelvis solgt af en forhandler, som licenstageren vidste, kun kunne sælge licenser i Danmark, har det formodningen for sig, at brugsretten kun gælder i Danmark. Tilsvarende hvis licenstageren har købt separate licenser til forskellige lande og således er bekendt med, at programmet licenseres separat for hvert land.

Aftalen må endvidere regulere brugsrettens tidsmæssige udstrækning, eller med andre ord *hvornår* brugsretten gælder. Aftalen må derfor angive brugsrettens starttidspunkt og sluttidspunkt, hvis ikke brugsretten er tidsubegrænset. Mange licenser er tidsubegrænsede, mens andre løber for en periode, ofte et år, og forudsætter fornyet betaling ved periodens udløb, hvis brugsretten skal forblive gyldig. Angiver licensaftalen ingen tidsmæssige begrænsninger, må der være en formodning for, at brugsretten er tidsubegrænset. Er prisen så lav, at licenstageren burde have vidst, at der var tale om en årlig betaling, vil licenstageren dog ikke kunne gøre krav på en tidsubegrænset brugsret.

### 3.1.2. Programmets funktionalitet

Licensaftalen vil sjældent indeholde en nærmere beskrivelse af programmets funktionalitet. Programmet eksisterer allerede på det tidspunkt, hvor licensaftalen indgås, og programmets funktioner er

derfor kendte. Hermed adskiller licensaftalen sig grundlæggende fra udviklingsaftalen, hvor funktionaliteten ikke kan defineres ved at hen-vise til et eksisterende program, hvorfor beskrivelsen af kravene til funktionaliteten ofte er omfattende og detaljeret, jf. nærmere herom i kapitel 2. I licensaftalen angives ofte, at licenstageren erhverver en brugsret til programmet, “som det er og forefindes” (eller på engelsk: “as is”). Dette indebærer, at licenstageren ikke kan kræve anden funktionalitet end den, som programmet i den eksisterende version er udstyret med. “As is”-klausuler kan også have til formål i videre udstrækning at fratage brugeren adgangen til at gøre mangler gældende, jf. herom afsnit 3.6 nedenfor. Selv uden sådanne funktioner må udgangspunktet være, at licenstageren ikke kan kræve andre funktioner, end dem som programmet besidder i den af aftalen omfattede version. Dette kan dog ikke antages at gælde mere grundlæggende funktioner, som licenstageren med rimelighed kunne forvente, at programmet var i besiddelse af. Se også afsnit 3.5 nedenfor om mangelsindsigelser.

### 3.1.3. Kompatibilitet

Det af licensaftalen omfattede program vil normalt skulle fungere i samspil med andre programmer. Det er med andre ord en forudsætning, at programmet er kompatibelt med en række øvrige programmer.

Licensgiveren vil imidlertid ikke nødvendigvis være klar over, hvilke andre programmer licenstageren ønsker at bruge i samspil med det licenserede program. Som udgangspunkt må licenstageren derfor selv sikre sig, at der er kompatibilitet mellem programmet og andre af licenstagernes programmer. Selv uden udtrykkelig aftale vil licenstageren dog i mange situationer kunne forudsætte, at programmet eksempelvis er kompatibelt med de nyeste versioner af de meste udbredte styresystemer.

## 3.2. Support, vedligeholdelse, opdatering

Udover selve brugsretten til programmet vil licensaftalen ofte indeholde en forpligtelse for licensgiveren til at yde licenstageren support, foretage fejlrettelse og anden form for vedligeholdelse af programmet og løbende opdatere og videreudvikle programmet.

Supportydelsen vil typisk indebære, at brugerne kan rette henvendelse til licensgiveren med spørgsmål om brugen af programmet enten telefonisk eller via chat/e-mail-funktioner. I nogle tilfælde, navnlig ved telefonisk support, er adgangen begrænset til såkaldte “superbrugere”, der har særlig kompetence i at bruge programmet. De almindelige brugere skal rette henvendelse til superbrugerne, og kun hvis superbrugeren ikke kan besvare spørgsmålet, retter superbrugeren herefter henvendelse til licensgiveren. Med denne ordning, ofte kaldet 2. level support, begrænses antallet af henvendelser til licensgiveren.

Det følger både af markedsføringsretten og af almindelige obligationsretlige grundsætninger, at sælgeren har en vis vejledningspligt over for køberen. Sælgeren af edb-programmer vil således have en pligt til at udstyre licenstagere med de oplysninger, der er nødvendige for at kunne anvende programmet. Dette kan ske via en brugsvejledning, der kan foreligge i fysisk form eller være tilgængelig online. Vejledningspligten vil ikke omfatte den form for telefonsupport, der ofte følger af licensaftalen.

Opdatering og vedligeholdelse gennem nye releases og versioner

Mange licensgivere udsender med mellemrum nye releases og versioner af programmet. Releases, ofte kaldet service releases eller service packs, kan indeholde fejlrettelser, opdateringer og (mindre hyppigt) helt nye funktioner. Nye versioner af programmet indeholder større ændringer og nye funktioner. Licensaftalen kan angive, at licensgiveren har en pligt til med et vist interval at udsende nye releases/versioner, men kan også blot angive, at licenstagere har en ret til at modtage nye releases/versioner, hvis licensgiveren udsender dem. Nye releases/versioner kan enten være gratis, være omfattet af det faste løbende licensvederlag eller være særskilt betalbare. Nye versioner af betalingsprogrammer vil sjældent blive stillet gratis til rådighed af licensgiveren. Uden særskilt regulering vil licenstagere have krav på udbedring af mangler efter de almindelige mangelsregler, jf. afsnit 3.5 nedenfor, hvorimod licenstagere ikke kan kræve videreudvikling af eksisterende funktioner eller helt nye funktioner.

### 3.3. Betaling

Der eksisterer en omfattende række modeller for betaling af softwarelicenser. Det ligger uden for rammerne af dette afsnit at beskrive de mange forskellige modeller.

Se hertil *Rustad*, Software Licensing, s. 63 ff.

Den mest grundlæggende sondring består mellem engangsbetaling og løbende betaling. Engangsbetalingen indebærer, at licenstageren betaler et engangsbeløb og herefter får en tidsubegrænset ret til programmet. Alternativt kan licensen forudsætte, at licenstageren løbende, f.eks. en gang årligt, skal betale for at opretholde retten til at bruge programmet. Licensaftalen kan også rumme en kombination af engangsbetaling og løbende betaling, således at licenstageren betaler et engangsbeløb for retten til at bruge programmet men et løbende beløb for at modtage nye versioner og releases. I takt med at stadigt flere programmer licenseres som en service i cloudløsninger, bliver løbende betaling stadig mere udbredt.

Engangsbetaling  
og løbende  
betaling

Uanset om der betales et engangsbeløb eller et løbende beløb, vil betalingen hænge tæt sammen med den valgte licensmodel. Ved en flerbrugerlicens vil betalingen eksempelvis være knyttet til antallet af brugere, mens betalingen efter en CPU-licens vil være knyttet til, hvor mange computere, programmet er lagret på.

Sammenhæng  
med licensmodel

I denne overordnede beskrivelse af betalingsmodellerne kan det forekomme enkelt at udregne, hvor meget der skal betales i licens. I praksis vil det ofte være vanskeligt for virksomheder at overskue den nøjagtige betaling. Licensaftalens betalingsmodeller kan være komplekse og indeholde mange elementer, der kan gøre det vanskeligt at overskue, hvad der skal betales. Overskueligheden vanskeliggøres også af, at de parametre, betalingen udregnes efter, som f.eks. antal brugere, CPU-enheder mv., løbende ændrer sig. Da virksomheder typisk anvender mange forskellige programmer og dermed skal administrere mange forskellige licensaftaler, er det ikke overraskende, at der ofte ikke betales det korrekte licensbeløb. En for høj betaling medfører en unødvendig omkostning for licenstageren, mens en for lav betaling vil have karakter af misligholdelse og ofte give licensgiveren ret til at kræve et ekstra kompensationsbeløb, såfremt det opdages.

License management

Risikoen for at betale et forkert licensbeløb søges ofte imødegået gennem såkaldt license management, hvor licenstagere gennem ansatte eller eksterne konsulenter søger at sikre overensstemmelse mellem virksomhedens softwarebrug og licensaftalernes betalingskrav. Der er udviklet særlig license management-software, der kan hjælpe med dette.

License audit

Det er sædvanligt, at licensaftalen giver licensgiveren ret til at foretage et license audit hos licenstagere, der skal kontrollere, hvorvidt licenstagere har angivet korrekt antal brugere mv. og dermed betalt det rigtige beløb. Uden en license audit-bestemmelse vil licensgiverens mulighed for at kræve en audit gennemført være meget begrænset. Retsplejeloven indeholder særregler i kap. 57 a, hvorefter fogedretten i sager om krænkelse af immaterialrettigheder kan bestemme, at der hos den påståede krænker skal foretages en undersøgelse med henblik på at sikre bevis for krænkelsen. Dette kræver imidlertid, at rettighedshaveren sandsynliggør, at der er begået en krænkelse. Retsplejeloven indeholder endvidere i kap. 29 a (§§ 306 og 307) særregler om oplysningspligt ved sager om krænkelse af immaterialrettigheder. Dette forudsætter dog bl.a., at licensgiveren kan dokumentere, at der har fundet en krænkelse sted, jf. nærmere § 306, stk. 1.

### 3.4. Overdragelse

Forskellige former for overdragelse

Licenstagere vil i en række situationer ønske at videreoverdrage programmet til en tredjepart. Videreoverdragelse kan være båret af forskellige ønsker og antage mange former.

– videresalg

Licenstagere kan videresælge programmet enten ved en overdragelse af det fysiske medium, hvor programmet er lagret, ved en overdragelse af et digitalt eksemplar uden samtidig overdragelse af et fysisk medium eller ved overdragelse af selve licensen eventuelt med tilhørende licensnøgler, uden at der hverken overdrages et fysisk eller digitalt eksemplar af programmet.

– fusion og virksomheds-overdragelse

Overdragelsen kan også være knyttet til en fusion eller et virksomhedssalg, hvor den fortsættende eller overtagende virksomhed erhverver programmer som led i den overdragelse af aktiviteter, der sker med fusionen eller virksomhedssalget.

Outsourcing

Overdragelsen kan endvidere have karakter af en tilrådighedsstillelse af programmet for en driftsleverandør, der skal drifte programmet



på licenstagernes vegne. Driftsleverandørens drift kan både bestå i en rent teknisk drift, hvor driftsleverandøren alene skal stille driftskapacitet til rådighed for licenstageren og af en såkaldt business process outsourcing (BPO), hvor et helt funktionsområde, f.eks. økonomifunktion eller varelagerstyring, outsources til driftsleverandøren, der som led i denne outsourcing får kundens økonomi- eller varelagerstyringsprogrammet stillet til rådighed.

Mange licensaftaler forbyder licenstageren at videreoverdrage programmet. Forbudsklausuler i licensaftaler kan både forbyde alle former for overdragelser eller begrænse forbuddet til visse typer af overdragelser, så de f.eks. forbyder videresalg men ikke overdragelse i forbindelse med outsourcing. Licensgiveren kan have forskellige grunde til at indsætte forbudsklausuler. Generelt indebærer et gyldigt forbud, at overdragelsen kun kan ske, hvis der indgås fornyet aftale med licensgiveren, som hermed kan kræve fornyet licensbetaling. Det er ikke usædvanligt, at licensaftalen giver licenstageren ret til at overdrage programmet mod betaling af et nærmere angivet beløb (benævnt et "license transfer fee"). Et forbud mod et videresalg kan effektivt afskære muligheden for et brugtsalgsmarked. I nogle situationer kan forbuddet udtrykke licensgiverens ønske om at bevare kontakten til licenstageren og kontrollen over den fysiske placering af programmet, jf. herved U.2007.2507V.

Aftalt forbud  
mod videre-  
overdragelse

I U.2007.2507V var der indgået en licensaftale mellem en kunde og en softwareleverandør om kundens brug af et program til beregning og indberetning af told. Aftalen forbød kunden at overdrage programmet til tredjemand uden softwareleverandørens skriftlige samtykke. Efterfølgende outsourcede kunden sine fortoldningsopgaver til en tredjepart og overdrog samtidig toldprogrammet til denne tredjepart uden softwareleverandørens samtykke. Softwareleverandøren protesterede mod overdragelsen og gjorde gældende, at det var en overdragelse til tredjemand i strid med licensaftalens vilkår. Kunden bestred, at overdragelsen var omfattet af aftalens forbud mod overdragelse til tredjemand, da den pågældende tredjepart alene anvendte programmet på vegne af kunden. Ved sin fortolkning af bestemmelsen lagde landsretten vægt på, at softwareleverandøren havde en interesse i at bevare en nær kontakt til den virksomhed, der havde fået overladt brugsretten. Landsretten antog

herved, at der var en øget risiko for uberettiget brug og kopiering, såfremt programmet blev overdraget til tredjemand, og at formålet med bestemmelsen var at modvirke denne risiko. På denne baggrund gav landsretten softwareleverandøren medhold i, at forbuddet mod overdragelse måtte tolkes restriktivt og også måtte omfatte et forbud mod overdragelse til en outsourcingleverandør.

Gyldighed af  
forbudsklausuler

Det er et omdiskuteret spørgsmål, hvorvidt overdragelsesforbudsklausuler er gyldige. Kan licenstagere anfægte forbudsklausulen, er den praktiske konsekvens, at licensgiveren hverken kan forbyde eller kræve betaling for en overdragelse. Der er flere regelsæt, der må overvejes i vurderingen af forbudsklausulers gyldighed.

– ohl. § 19

Det må for det første overvejes, om konsumptionsreglen i ohl. § 19 gør en forbudsklausul ugyldig.

Kunden havde ikke i U.2007.2507V gjort konsumptionsbestemmelsen gældende, hvorfor dommen ikke forholder sig til dette spørgsmål.

Bestemmelsen giver erhververen af et eksemplar af et værk ret til at videreoverdrage eksemplaret. Det har tidligere været omdiskuteret i dansk ophavsret, om konsumptionsbestemmelsen i § 19 er præceptiv. Dette spørgsmål må imidlertid anses for afklaret i relation til overdragelse af edb-programmer med EU-Domstolens dom i UsedSoft-sagen (sag C-128/11), der fastslog, at en forbudsklausul i en softwarelicensaftale ikke vil have gyldighed, når overdragelsen er omfattet af konsumptionsretten, jf. dommens præmis 77.

Sagen vedrørte en tvist mellem softwareproducenten Oracle og UsedSoft, der formidlede salg af brugte Oracle-programmer. Oracle gjorde gældende, at videresalget krænkede Oracles rettigheder. Oracle gjorde herved gældende, at videresalget var i strid med et overdragelsesforbud i licensaftalen, at den oprindelige licenstagere videreoverdragelse var en krænkelse af Oracles spredningsret, og at den efterfølgende erhververs brug af programmet udgjorde en uretmæssig eksemplarfremstilling af programmet. EU-Domstolen fastslog imidlertid, at videresalget var omfattet af konsumptionsbestemmelsen efter softwaredirektivet og derfor var lovligt og heller ikke kunne forbydes i licensvilkårene.

Det har endvidere været drøftet, hvorvidt en forbudsklausul kan være i strid med konkurrenceretlige regler. Med EU-Domstolens dom i UsedSoft-sagen, får spørgsmålet kun betydning i overdragelsessituationer, der ikke er omfattet af den ophavsretlige konsumptionsret og har dermed fået begrænset praktisk betydning. Konkurrencestyrelsen har anført, at det som udgangspunkt vil være i strid med konkurrence-lovens § 6 om forbud mod konkurrencebegrænsende aftaler at forbyde licenstageren at lade en ekstern driftsleverandør varetage driften af programmet, jf. Konkurrencestyrelsens konkurrenceredegørelse fra 2000, s. 161. I den ovennævnte sag, U.2007.2507V, afviste landsretten imidlertid uden videre, at forbudsklausulen var i strid med konkurren-celovens § 6. På denne baggrund må udgangspunktet antages at være, at en klausul, der forbyder videreoverdragelse til en driftsleverandør, ikke er i strid med konkurrenceloven.

– konkurrence-  
retlige regler

Tilsvarende *Dragsted m.fl.*, K02 med kommentarer, s. 373.

Endelig kan det overvejes, om en forbudsklausul vil være i strid med aftl. § 36 om urimelige aftalevilkår. Det vil dog normalt næppe være tilfældet. Der må herved lægges vægt på, at der skal meget til, før et aftalevilkår i erhvervsforhold tilsidesættes efter § 36, at forbudsklausu-ler er ganske udbredte i licensaftaler, og at der kan være saglige grunde til klausulerne, jf. herved landsrettens bemærkninger i U.2007.2507V. Det kan dog ikke udelukkes, at den konkrete udform-ning af en forbudsklausul vil kunne være i strid med § 36, f.eks. hvor licensgiveren betinger en overdragelse af en uforholdsmæssig stor betaling eller forbyder en forbruger at videresælge et computerspil. Det kan heller ikke udelukkes, at en forbudsklausul vil blive anset for et byrdefuldt vilkår, der skal være særligt fremhævet for at have virk-ning mellem parterne.

– aftl. § 36

Hvis licensaftalen ikke regulerer spørgsmålet om licenstagernes adgang til at overdrage programmet til en tredjepart, må spørgsmålet afgøres af de bagvedliggende ophavsretlige regler.

Baggrundsret

Med EU-Domstolens afgørelse af, at konsumptionsbestemmelsen er præceptiv for så vidt angår edb-programmer, bliver det afgørende at fastslå, hvorvidt kundens overdragelse til driftsleverandøren er omfat-tet af konsumptionsretten. Dette gælder selvsagt for vurderingen af,

– konsumption

om en forbudsklausul skal tilsidesættes; men også i de situationer, hvor licensaftalen ikke regulerer overdragelsesadgangen, vil svaret afhænge af, om der indtræder konsumtion. Det skyldes, at kundens overdragelse af programmet til leverandøren udgør en spredning af programmet til almenheden (idet leverandøren ikke udgør en del af kundens privatsfære), der som udgangspunkt er omfattet af programproducentens eneret efter ohl. § 2. Denne spredning kan hjemles i konsumptionsbestemmelsen i ohl. § 19, når betingelserne herfor er opfyldt. Dette indebærer navnlig, at producentens overdragelse af programmet skal have karakter af et salg. Med UsedSoft-sagen er det fastslået, at licensering af edb-programmer har karakter af et salg, hvis licenstageren erhverver en tidsubegrænset brugsret mod betaling af et engangsbeløb, jf. dommens præmis 49. Det er endvidere fastslået i dommen, at kravet om, at der skal ske salg af et "eksemplar", også er opfyldt, når licenstageren downloader programmet fra licensgiverens hjemmeside. Eksemplarbegrebet forudsætter således ikke et fysisk eksemplar.

Såfremt betingelserne for konsumtion er indtrådt, vil programmet lovligt kunne overdrages.

Overdragelse til en driftsleverandør rejser særlige spørgsmål, idet konsumptionsbestemmelsen ikke giver ret til at udlåne eller udleje edb-programmer, jf. nærmere herom kapitel 3.8.1.3

Erhververens ret  
til eksemplar-  
fremstilling

Den efterfølgende erhververs brug af programmet forudsætter en eksemplar fremstilling, idet brugen indebærer, at der fremstilles midlertidige eksemplarer af programmet. Retten til at fremstille eksemplarer af programmet følger af ohl. § 36. Retten gælder kun for lovlige brugere, eller med bestemmelsens egen ordlyd "den, der har ret til at benytte programmet". Hvis programeksemplaret lovligt kan overdrages efter ohl. § 19, vil erhververen have karakter af lovlig bruger efter § 36. Dette er ligeledes fastslået af EU-Domstolen i UsedSoft-sagen, jf. dommens præmis 80. Leverandøren vil herefter kunne foretage de eksemplarfremstillinger, som er nødvendige for at kunne benytte programmet efter dets formål, jf. § 36, stk. 1, nr. 1.

Konsekvensen heraf er, at erhververen ofte må fremstille eksemplarer i samme omfang som den oprindelige licenstagere. Dette skyldes,

at formålsvurderingen efter § 36 skal foretages med udgangspunkt i licensaftalen. Giver licensaftalen eksempelvis ret til, at 30 samtidige brugere benytter programmet, er dette en del af formålet, og erhververen må derfor også fremstille de eksemplarer, der er nødvendige for, at 30 samtidige brugere kan benytte programmet, herunder fremstille midlertidige eksemplarer på hver af brugernes computere. Denne retstilstand følger også umiddelbart af UsedSoft-afgørelsen, hvor EU-Domstolen lagde til grund, at erhververen får ret til at lade det antal brugere benytte programmet, som følger af licensaftalen. Derimod må licenstageren ikke foretage en delvis overdragelse, således at der eksempelvis kun overdrages brugsret til 15 brugere i en 30-brugerlicens, jf. dommens præmis 69.

Der vil dog ikke i alle situationer være et fuldstændigt sammenfald mellem de eksemplarer, som den oprindelige licenstag kan fremstille med hjemmel i licensaftalen, og de eksemplarer, som erhververen kan fremstille med hjemmel i § 36. Giver licensaftalen eksempelvis licenstageren ret til at fremstille et ubegrænset antal eksemplarer af programmet, vil det give licenstageren mulighed for at fremstille flere eksemplarer, end hvad der er nødvendigt for at kunne bruge programmet efter dets formål og dermed en videregående ret, end hvad der vil følge af § 36. Tilsvarende hvis licensaftalen – undtagelsesvist – giver licenstageren ret til selv at videreudvikle programmet. En sådan ret følger ikke af § 36.

Licenstagernes mulighed for at overdrage de videregående rettigheder, der følger af licensaftalen, må afgøres af ohl. § 56, stk. 2, om videreoverdragelse af ophavsrettigheder. Det følger af bestemmelsen, at licenstageren kun kan overdrage de videregående rettigheder, der følger af licensaftalen, såfremt videreoverdragelsen er "sædvanlig eller åbenbart forudsat". Generelt kan overdragelsen af videregående rettigheder til standardprogrammer næppe siges at være åbenbart forudsat, når licensaftalen ikke omtaler spørgsmålet. Om overdragelsen er sædvanlig vil bero på en konkret vurdering, hvor der bl.a. må sondres mellem de forskellige overdragelsessituationer og karakteren af programmet. Det må anses for sædvanligt, at et brugt computerspil kan videre-sælges med de samme rettigheder, som følger af programlicensen. Omvendt kan videresalg af licenser til kommercielle programmer næppe siges at være sædvanligt henset til de mange licensaftaler, der

søger at forbyde eller begrænse videreoverdragelse. Udgangspunktet må således antages at være, at licenstagere i denne situation ikke kan overdrage sine videregående rettigheder efter licensaftalen. Det samme vil formentlig gælde en overdragelse til ekstern driftsleverandør.

At der ikke indgås en licensaftale mellem softwareproducenten og erhververen, rejser dernæst spørgsmålet, om erhververen skal iagttage de forpligtelser, der følger af licensaftalen. Ved besvarelsen må der sondres mellem vilkår i licensaftalen, der begrænser brugsrettens omfang og vilkår, der pålægger brugeren yderligere forpligtelser, eksempelvis license audit-bestemmelser, som pålægger brugeren at give producenten adgang til kontrolbesøg hos brugeren.

De vilkår, der begrænser brugsrettens omfang, må som udgangspunkt respekteres af erhververen. Dette skyldes, at erhververen i henhold til § 36 kun må fremstille de eksemplarer, der er nødvendige for at kunne benytte programmet efter dets formål; og dette formål må fastsættes med inddragelse af licensvilkårene. Følger det eksempelvis af licensvilkårene, at programmet kun må anvendes af studerende til studieformål, må denne begrænsning respekteres. Det vil derfor være en ophavsretskrænkelser, hvis en erhvervsdrivende køber en brugt studielicens og anvender den i sin erhvervsvirksomhed. Der må dog gælde den undtagelse, at begrænsninger i brugsretten, der primært har til formål at hindre en videreoverdragelse, kan tilsidesættes ud fra omgåelsesbetragtninger. Gælder brugsretten eksempelvis kun til en bestemt fysisk adresse, og er der ingen saglige grunde til denne begrænsning, må dette sidestilles med et overdragelsesforbud, der ikke har gyldighed.

Det er tvivlsomt, om erhververen underlægges de øvrige forpligtelser, der gælder efter licensaftalen. Det er nærliggende at besvare spørgsmålet benægtende, da erhververen jo ikke afleder sine rettigheder af licensaftalen men af den legale licens i ohl. § 36. Dette vil dog i mange situationer kunne medføre, at erhververen stilles bedre end licenstagere og eksempelvis gøre det muligt at undgå license audit-forpligtelser ved at købe programmer hos producenten gennem stråmænd, der umiddelbart videresælger til den egentlige bruger. Ud fra en betragtning om, at overdrageren ikke kan udstyre erhververen med en bedre ret, end overdrageren selv havde, kan det derfor ikke udelukkes, at sådanne forpligtelser vil blive opretholdt over for erhververen.

Spørgsmålet om erhververens adgang til at indtræde i licensaftalens rettigheder og licensgiverens adgang til at pålægge erhververen licensaftalens forpligtelser har været omdiskuteret på baggrund af UsedSoft-afgørelsen, der ikke forholder sig til spørgsmålet. Se her til også *Lindskoug*, U.2013B278 ff., der antager, at erhververen i det væsentlige underlægges licensaftalens indskrænkninger i brugsretten men ikke i øvrigt forpligtes af licensaftalen.

## 3.5. Misligholdelse

### 3.5.1. Licensgiverens misligholdelse

Som nævnt ovenfor, rummer softwarelicensaftaler normalt ikke detaljerede beskrivelser af programmets funktionalitet. På samme måde som det gælder for mange andre aftaler om ydelser, der eksisterer på aftaletidspunktet, består den primære ydelsesbeskrivelse af en henvisning til den allerede eksisterende ydelse, nemlig det licenserede program i den version, som udbydes på aftaletidspunktet.

Det indebærer på den ene side, at der relativt sjældent opstår tvister om mangler ved standardprogrammer, men det er på den anden side ikke ensbetydende med, at der ikke kan være mangler ved programmet. For det første kan licensgiveren i informationsmateriale mv. have skabt berettigede forventninger hos licenstagere til programmets egenskaber, også selvom sådant materiale ikke er inkorporeret i licensaftalen.

Mangler

Se generelt om betydningen af reklameoplysninger *Bryde Andersen & Lookofsky*, Lærebog i obligationsret, s. 58.

For det andet kan licensgiveren næppe ved blot at henvise til programmet i dets nuværende version fraskrive sig ansvaret for, at programmet mangler grundlæggende egenskaber, som en licenstagere med rimelighed kunne forvente af programmet. Det kan både være funktionelle mangler (eksempelvis at et tekstbehandlingsprogram ikke kan lagre de dokumenter, som brugeren skaber), lange svartider og manglende tilgængelighed.

I en dom fra Oslo tingrett af 1. september 2011 (G4s Aviation Security mod KDO Consulting, TOSLO-2010-185231)(\*), fandt retten, at der forelå mangler ved et standardprogram, men at disse ikke havde en karakter, der berettigede licenstagere til at kræve erstatning eller tilbagebetaling. Dette forudsatte efter licensaftalen, at manglerne var væsentlige.

Licenstagere  
undersøgel-  
pligt

Licenstagere mulighed for at påberåbe sig denne type af mangler kan være afgrænset af den undersøgelsespligt, der generelt gælder for køberen af en genstand, se herved kbl. § 47. Såfremt licensgiver har givet licenstagere mulighed for at besigtige og afprøve programmet inden licensaftalens indgåelse, kan licenstagere ikke efterfølgende påberåbe sig forhold, som licenstagere burde have opdaget ved afprøvningen. At et program eksempelvis i hjælpemenuer og lignende kun kommunikerer med brugerne på engelsk, bør konstateres ved den første afprøvning af programmet. Omvendt kan der være mange funktionaliteter, der først viser sig for licenstagere efter mange timers brug, og som man derfor ikke kan lægge til grund, at licenstagere burde have opdaget ved afprøvningen.

“As is”

Licensgiveren forsøger ofte at begrænse licenstagere adgang til at kræve andre egenskaber af programmet end dem, som programmet rent faktisk besidder ved brug af såkaldte “as is”-klausuler. Sådanne klausuler foreskriver, at programmet stilles til rådighed for licenstagere, som det er (“as is”). “As is”-klausuler kan bidrage til fastlæggelsen af, hvad licenstagere med rimelighed kunne forvente af programmet, men kan næppe fritage licensgiveren fra at levere et program, der besidder basale funktioner for programmer af denne type. “As is”-klausuler kan således indgå som et element i den samlede konkrete vurdering af, hvad licenstagere med rimelighed kunne forvente, men vil ikke i sig selv udelukke den konkrete vurdering.

Afhjælplings-  
pligt

Som beskrevet i kapitel 2, er det tvivlsomt, om der gælder en afhjælplingspligt efter den almindelige obligationsret, hvorimod en sådan pligt må antages at bestå i udviklingsprojekter. En tilsvarende afhjælplingspligt gælder næppe for mangler i standardprogrammel. For det første følger en sådan pligt ikke af branchesædvane. Licensaftalen vil typisk kun give licenstagere mulighed for at kræve fejlfhjælpling, når der er tegnet særskilt vedligeholdelsesaftale, og selv da vil



licenstagere normalt ikke kunne kræve individuel fejlretning, men må indrette sig på den fejlrettelsescyklus, der følger af vedligeholdelsesaftalen. For det andet betaler licenstagere relativt set et langt mindre beløb for programmet, der typisk kan erstattes af andet standardprogrammel. Der er derfor heller ikke samme hensyn at tage til licenstageren, som der er i udviklingsprojekter.

Licenstagere vil kunne kræve et forholdsmæssigt afslag, hvis programmet rummer mangler, der reducerer programmets nytteværdi. Ikke enhver mindre fejl i programmet vil berettige til et forholdsmæssigt afslag. Det er almindeligt kendt, at alle programmer rummer fejl, som løbende udbedres af producenten, og effekten af sådanne fejl skal formentlig være ganske mærkbar, før licenstagere kan kræve et forholdsmæssigt afslag.

Forholdsmæssigt afslag

Lider programmet af væsentlige mangler, vil licenstagere kunne hæve aftalen. Da standardprogrammet allerede er udviklet og i funktion på aftaletidspunktet, og da aftalen ofte begrænser kravene til programmets funktionalitet med "as is"-klausuler og lignende, jf. ovenfor, vil licenstagere i praksis sjældent være berettiget til at hæve aftalen. Virkningstidspunktet for en ophævelse vil afhænge af, hvordan programmet licenseres. Betaler licenstagere et engangsbeløb for en tidsubegrænset licens til programmet, minder transaktionen om et køb, og ophævelsen vil gælde ex tunc. Licenstagere vil i denne situation kunne kræve hele licensbeløbet tilbage, eventuelt med fradrag for nytteværdi. Stilles programmet omvendt til rådighed, f.eks. i en cloud-løsning, hvor licenstagere betaler et løbende licensvederlag, har transaktionen karakter af en tjenesteydelse, og ophævelsen vil have virkning ex nunc. Licenstagere vil i denne situation afhængigt af omstændighederne kunne kræve et forholdsmæssigt afslag i licensbetalingen for mangler ved programmet frem til ophævelsestidspunktet. I praksis er forskellen på ophævelse ex tunc og ex nunc derfor næppe stor.

Ophævelse

Licenstagere vil som udgangspunkt kunne kræve erstatning, hvis mangler ved programmet påfører licenstagere et tab og de øvrige erstatningsbetingelser er opfyldt. Standardprogrammel har i obligationsretlig henseende karakter af en genusydelse, og licensgiveren vil derfor være undergivet et næsten objektivt ansvar for mangler i programmet, jf. herved kbl. § 43, stk. 3.

Erstatning

Tilsvarende *Nørager-Nielsen*, Edb-kontrakter, s. 104 f.

Det vil ofte være vanskeligt at dokumentere et tab som følge af fejl i standardprogrammel, og erstatningsansvaret for sådanne tab vil normalt være fraskrevet i licensaftalen, jf. nedenfor. Erstatningskrav er derfor sjældne.

Afhjælpningsret

Som anført i kapitel 2, er det tvivlsomt, om der efter den almindelige obligationsret gælder en afhjælpningsret for sælgeren uden for købelovens område. Det må dog antages, at licensgiver har en afhjælpningsret, uanset om licensaftalen er omfattet af købeloven eller ej (se om købelovens anvendelighed på overdragelse af standardprogrammel afsnit 2.2 ovenfor). Fejl i standardprogrammel vil oftest være fejl, som omfatter mange licenstagere, og det vil derfor have vidtrækkende konsekvenser for licensgiveren, hvis der ikke skulle bestå en ret til at afhjælpe mangler i programmet inden for rimelig tid. En sådan ret vil normalt også følge af licensaftalen og kan dermed også siges at være udtryk for en branchesædvane.

Som allerede nævnt vil licenstagernes adgang til at gøre misligholdelsesbeføjelser gældende normalt være begrænset gennem (omfattende) ansvarsbegrænsningsklausuler i licensaftalen, se herom straks nedenfor.

### 3.5.2. Licenstagernes misligholdelse

Licenstagernes misligholdelse vil navnlig kunne bestå i en manglende betaling eller i en krænkelse af licensgiverens rettigheder til programmet.

#### 3.5.2.1. Betalingsmisligholdelse

Betalingsmisligholdelse kan opstå på flere måder. Det vil eksempelvis være tilfældet, hvis licenstageren skal betale et løbende licensvederlag og vedbliver at bruge programmet uden at have betalt på forfaldstidspunktet. Skal licenstageren betale efter antal brugere, vil der ligeledes foreligge betalingsmisligholdelse, hvis licenstageren opgør antallet af brugere for lavt og betaler i overensstemmelse med den ukorrekte opgørelse.

Sondringen mellem betalingsmisligholdelse og rettighedskrænkelser, der beskrives nedenfor, vil i praksis ikke altid være skarp, selvom den principielt er klar. Der foreligger en betalingsmisligholdelse, når licenstagere har haft ret til at fremstille eksemplarer som gjort men ikke betalt det rette licensvederlag herfor, mens der foreligger rettighedskrænkelser, når licenstagere fremstiller eksemplarer i strid med licensaftalen. Følger det eksempelvis af licensaftalen, at licenstagere skal betale et beløb pr. bruger, og at der maksimalt må oprettes 50 brugere, vil der foreligge betalingsmisligholdelse, hvis der oprettes 35 brugere men kun betales for 30, hvorimod der foreligger rettighedskrænkelser, hvis der oprettes 55 brugere og betales for 50. Ved betalingsmisligholdelse opgøres licensgiverens krav efter betalingsmodellen i licensaftalen, hvorimod det ved rettighedskrænkelser opgøres som et erstatningskrav, jf. herom nedenfor.

Betalingsforsinkelse vil give licensgiveren krav på morarente efter rentelovens regler.

Renter

Såfremt betalingsforsinkelsen anses for væsentlig, kan licensgiveren hæve licensaftalen. Er licensaftalen omfattet af købeloven, vil enhver forsinkelse med betaling i handelsforhold som udgangspunkt anses for væsentlig og dermed hævebegrundende, jf. kbl. § 28. Det er dog antaget, at § 28 ikke giver ret til at hæve i situationer, hvor det kun er en ringe del af købesummen, der mangler at blive betalt, jf. *Theilgaard m.fl.*, Købeloven, s. 563 med henvisninger. Nogle aftaler vil herudover give licenstagere en frist, før der kan ske ophævelse. Når der skal ske løbende betaling, vil købeloven ikke finde anvendelse, jf. nærmere ovenfor. Det kan ikke antages, at den meget rigoristiske regel i kbl. § 28 vil gælde uden for købeloven. I stedet må foretages en konkret væsentlighedsvurdering, hvor det på den ene side må tillægges vægt, at betalingsydelsen er central og rettidig betaling normalt er vigtig for sælgeren, men på den anden side også, at software ofte har vital betydning for licenstagere, og en ophævelse derfor kan have vidtrækkende konsekvenser. Sidstnævnte forhold vejer tungt, og licenstagere må normalt kunne forvente at få en afhjælpningsfrist, inden licensgiveren hæver aftalen. Licensgiveren vil normalt heller ikke have interesse i en ophævelse i tilfælde af betalingsforsinkelse, og spørgsmålet har derfor begrænset praktisk betydning.

Ophævelse

Erstatning

Kan licensgiveren dokumentere et tab som følge af betalingsforsinkelsen, der overstiger rentekravet – hvad der ofte vil være vanskeligt – kan dette tab kræves dækket, forudsat de almindelige erstatningsbetingelser er opfyldt, herunder at der består et ansvarsgrundlag. I de fleste tilfælde vil en købers manglende betaling kunne tilregnes den pågældende som culpøs. Mange softwarelicensaftaler rummer imidlertid betalingsmodeller, der er så komplicerede, at selv den mest pligtopfyldende licenstagere risikerer at betale et forkert beløb og dermed potentielt komme i betalingsmisligholdelse. Henset til, at det ensidigt er licensgiveren, der fastlægger disse meget komplicerede betalingsmodeller, er der formentlig en vis margin for ukorrekt betaling i disse situationer, før betalingsforsinkelsen tilregnes licenstagere som uagtsom.

Aftalte  
sanktioner

Licensaftalen kan indeholde særskilte sanktioner i tilfælde af betalingsmisligholdelse. Det er ikke usædvanligt, at det efter licensaftalen udløser økonomiske sanktioner, hvis et license audit viser, at licenstagere har betalt for lidt i henhold til aftalen. Ofte vil licenstagere skulle afholde omkostningerne forbundet med et license audit, hvis dette dokumenterer, at licenstagere har betalt for lidt. Licensgiveren vil næppe kunne kræve sådanne omkostninger afholdt af licenstagere uden særskilt aftale, da der ikke er årsagssammenhæng mellem betalingsmisligholdelsen og auditomkostningerne. Bodsbestemmelser og lignende typer af sanktionsbestemmelser i anledning af underbetaling vil som udgangspunkt være gyldige. Henset til, at betalingsmodellerne i licensaftaler ofte er særdeles komplekse, vil det formentlig ikke være fjernt for en domstol at fortolke en sådan bestemmelse indskrænkende og helt eller delvist tilsidesætte bestemmelsen, hvis det forekommer undskyldeligt, at licenstagere ikke har betalt det korrekte beløb. Størrelsen af den bod, der skal betales, vil også spille ind ved vurderingen af bestemmelsen.

### 3.5.2.2. Krænkelse af rettigheder

Licensaftalen vil nærmere angive, hvordan licenstagere må anvende programmet i relation til antal samtidige brugere, antal kopier, anvendelsesformer mv., jf. nærmere ovenfor. Anvender licenstagere programmet i strid med disse begrænsninger, vil der foreligge en krænkelse af licensgiverens ophavsret til programmet. Selvom krænkelsen skyldes, at licenstagere anvender programmet uden for aftalens ram-

mer, falder det mest naturligt at betragte krænkelsen som misligholdelse i kontrakt. Dels er programmet stillet til rådighed som led i aftalen, dels vil aftalen ofte indeholde et eksplicit forbud mod, at licenstageren anvender programmet på anden måde end angivet i aftalen.

Som allerede anført, er licensmodeller ofte meget komplekse og vanskeligt overskuelige for den almindelige licenstagere. Dette fritager ikke i sig selv licenstagere for at efterleve licensaftalen og dens krav til, hvordan programmet må anvendes, men kompleksiteten indebærer, at det kan være tvivlsomt, om licenstagere brug er i strid med licensaftalen eller ej, og om der er sket korrekt betaling. I den konkrete fortolkning af licensaftalen står to grundlæggende fortolkningsprincipper over for hinanden. På den ene side koncipistreglen, der vil lade usikkerheden falde tilbage på koncipisten, dvs. licensgiveren, og på den anden side specialitetsgrundsætningen i ohl. § 53, stk. 3, der foreskriver, at en overdragelse af en ret til at udnytte et værk på en bestemt måde eller ved bestemte midler ikke giver erhververen ret til at udnytte værket på andre måder eller ved andre midler. Heri ligger et generelt princip om restriktiv (dvs. indskrænkende) fortolkning af uklare aftaler om rettighedsoverdragelse, jf. bet. 1997/1990, s. 223 og *Schønning*, Ophavsretsloven, s. 555. Der kan næppe opstilles nogle klare regler for forholdet mellem disse to fortolkningsprincipper, men generelt må det gælde, at jo vanskeligere forståelig licensmodellen er for andre end licensgiveren, jo mere vægt må koncipistreglen tillægges.

Når der foreligger en krænkelse, kan licensgiveren selvsagt kræve, at krænkelsen bringes til ophør og i øvrigt fastholde aftalen. Dette vil normalt blive udfaldet, hvis krænkelsen skyldes en vildfarelse hos licenstagere, som f.eks. opdages under et license audit.

En undskyldelig krænkelse fra licenstagere side vil næppe berettiget licensgiveren til at hæve aftalen uden særskilt regulering. Navnlig i de situationer, hvor kompleksiteten af licensgiverens licensmodel gør det vanskeligt for licenstagere at gennemskue, om brugen af programmet overholder aftalens betingelser, må det forventes, at domstolene vil være tilbageholdende med at statuere væsentlig misligholdelse. Foretager licenstagere omvendt en bevidst krænkelse af licensgiverens rettigheder, vil det normalt udgøre en væsentlig og dermed hævebegrundende misligholdelse af licensaftalen. Den konkrete

Fortolkningstvivil

Ophævelse

vurdering må dog bero på karakteren af krænkelsen (omfanget af ulovlige kopier, den tidsmæssige udstrækning mv.).

Erstatning

Krænkelsen vil berettige licensgiveren til erstatning, når de almindelige erstatningsbetingelser er opfyldt. Det er ikke helt klart, om dette tab skal opgøres som et tab i kontrakt, som et tab for immaterialretskrænkelser uafhængigt af kontrakten, eller om licensgiveren kan vælge mellem disse to muligheder. Da kravet udspringer af licenstagernes (retsstridige) brug efter licensaftalen, taler mest for at opgøre tabet efter reglerne om erstatning i kontrakt. Uanset hvilken af de to modeller der anvendes, vil licensgiveren dog kunne beregne tabet med udgangspunkt i det licensbeløb, licenstagere skulle have betalt efter licensaftalens vederlagsmodel, jf. herved ohl. § 83 om rimeligt vederlag, der normalt beregnes efter den licensbetaling, som licensgiveren skulle have haft, hvis der var indgået en aftale.

At licensgiveren under alle omstændigheder har denne mulighed følger af EU-Domstolens afgørelse i sag C-666/18. I sagen, der omhandlede krænkelse af en softwarelicensaftale, fastslog EU-Domstolen, at en rettighedshaver kan drage fordel af garantiene efter direktiv 2004/48 om håndhævelse af intellektuelle rettigheder, uanset om rettighedshaverens tab beregnes som tab i eller uden for kontrakt. Direktivets art. 13 fastlægger (minimums)principperne for erstatningsberegningen ved immaterialretskrænkelser som er implementeret i ohl. § 83.

At tabet skal opgøres som erstatning i kontrakt betyder til gengæld, at licensaftalens særskilte bestemmelser om erstatningsopgørelsen skal iagttages. Et aftalevilkår, der eksempelvis udstyrer licensgiveren med mulighed for at kræve listepreiser for brug i strid med licensen, vil således kunne håndhæves af licensgiveren (med forbehold for den konkrete urimelighedsvurdering efter aftl. § 36).

Se som et eksempel herpå den engelske Technology and Construction Courts dom af 17. februar 2017 i sagen mellem SAP og Diageo(\*)).

Mødes licenstagere med et erstatningskrav eller efterbetalingskrav fra licensgiveren, kan dette i nogle situationer videreføres, når licenstagere

ren har benyttet en ekstern rådgiver til at varetage license management, eller når licensaftalen er indgået med en forhandler, der er nærmere til at bære risikoen for underlicensering end licenstageren. Det vil bero på den konkrete situation, om dette er tilfældet. Som udgangspunkt må forhandleren være nærmest til at bære risikoen, hvis licenstageren har angivet sine behov, og forhandleren på baggrund heraf har udvalgt licenspakkerne. Omvendt hvis licenstageren selv har specificeret, hvilke licenspakker der ønskes købt.

### 3.6. Ansvarsbegrænsninger

Standardsoftware er karakteriseret ved at opfylde behovene hos en bred kreds af brugere. Dette giver mulighed for at sælge et stort antal eksemplarer af det samme program og dermed sælge programmet til en lavere pris end specialprogrammel, da udviklingsomkostningerne vil blive fordelt på et større antal brugere. Et stort antal brugere vil bevirke, at producenten potentielt vil blive mødt med omfattende krav, hvis der er fejl i programmet, da sådanne fejl vil ramme mange brugere. Dette sammenholdt med den relativt set lave pris, den enkelte licenstag betaler, bevirker, at producenten ikke vil være villig til at påtage sig et væsentligt økonomisk ansvar for fejl i programmet over for den enkelte bruger. Licensaftalen indeholder derfor normalt også en omfattende ansvarsbegrænsning, ofte således at licenstageren ved væsentlige fejl i programmet alene kan kræve tilbagebetaling af licensbetalinger men ikke i øvrigt kan kræve erstatning. Producenten vil så godt som altid have fraskrevet sig ansvaret for indirekte tab.

I en dom fra Oslo tingrett af 1. september 2011 (G4s Aviation Security mod KDO Consulting, TOSLO-2010-185231)(\*), var producentens erstatningsansvar begrænset til tab for væsentlige mangler ved programmet. Retten nåede frem til, at der forelå mangler ved programmet, men da disse ikke var væsentlige, kunne licenstageren ikke kræve erstatning.

Som udgangspunkt vil denne type af ansvarsbegrænsninger være gyldige. En tilsidesættelse kan følge af aftl. § 36. Henset til at sådanne ansvarsbegrænsningsklausuler er markedsstandard, at det som følge heraf også er almindeligt kendt, at licensaftaler indeholder sådanne

Tilsidesættelse

klausuler, og at der kan være gode grunde til, at producenten ønsker at begrænse sit ansvar, vil der næppe ske tilsidesættelse efter § 36. Nogle licenser indeholder “as is”-klausuler, der kan have til formål helt at afskære brugeren fra at gøre mangler gældende. Det er ikke usandsynligt, at en sådan bestemmelse vil blive tilsidesat.

Se også *Iversen*, *Obligationsret 1*, s. 239: “Generelle klausuler om ansvarsfraskrivelse, der synes at udelukke, at egentlige fejl anses for mangler, som f.eks. når en fast ejendom sælges ‘som beset’ bliver ofte enten bortfortolket som indholdsløse eller tilsidesat som ugyldige [...]”

Indskrænkende  
fortolkning

Derimod kan det ikke udelukkes, at bestemmelsen vil blive fortolket indskrænkende, således som det ofte er tilfældet for ansvarsfraskrivelser i ensidigt fastsatte vilkår. Dette kan både få betydning ved fortolkning af bestemmelsens omfang og ved vurderingen af producentens subjektive forhold, f.eks. således at bestemmelsen ikke omfatter licensgiverens grove uagtsomhed.

Endelig kan det overvejes, om bestemmelsen skal være særligt fremhævet for at være vedtaget mellem parterne. Af de grunde, der er nævnt lige ovenfor om ugyldighed efter aftl. § 36, kan det næppe føre til en ansvarsfraskrivelses tilsidesættelse, at den ikke er særligt fremhævet i licensaftalen.

### 3.7. Lovvalg og værneting

Meget standardprogrammel har en global udbredelse, hvilket gør det relevant for licensgiveren at overveje, om eventuelle tvister med licenstagere skal undergives lovgivning og værneting i licensgiverens eget land eller i licenstagernes land. For licensgiveren vil det være en fordel at vælge lovgivning og værneting i eget land. For det første vil det gøre retstilstanden mere overskuelig for licensgiveren, hvis alle tvister skal afgøres efter samme lovregler og ikke efter reglerne i en lang række forskellige lande. Licensgiveren skal eksempelvis “kun” sikre sig, at licensaftalen er gyldig efter lovreglerne i sit eget land i stedet for at skulle indrette licensaftalerne efter reglerne i de respektive licenstagernes hjemlande (dog med den vigtige modifikation at præceptive lovregler i de forskellige lande må iagttages). For det andet undgår licensgi-



veren risikoen for sagsanlæg i mange forskellige lande. Virksomheder foretrækker ofte at føre sager i hjemlandet frem for på “udebane” i modpartens hjemland.

Af disse grunde fastslår mange licensaftaler, at sager skal afgøres af domstolene i licensgiverens hjemland og efter lovgivningen i dette land. Da mange softwareproducenter har hjemsted i USA, indeholder licensaftaler hyppigt henvisning til amerikansk lovgivning og værneting. I erhvervsforhold vil sådanne bestemmelser normalt være gyldige. Da bestemmelserne er helt sædvanlige i softwarelicensaftaler, forudsætter gyldighed næppe nogen særlig fremhævelse af vilkårene i aftalen. I forbrugerforhold vil en forudgående aftale om værneting derimod ikke være bindende for forbrugeren, jf. rpl. § 245, og forbrugeren vil derfor kunne anlægge sag i Danmark. Om værnetingsaftalen vil blive tillagt gyldighed af en udenlandsk domstol afgøres af de processuelle regler i det pågældende land.

Licensgivers  
hjemland

## 4. Open source-licenser

### 4.1. Grundlæggende introduktion til open source-filosofien og open source-licensering

Begrebet “open source” kan føres tilbage til slutningen af 1990’erne, mens filosofien bag kan føres længere tilbage. Efter open source-filosofien skal alle have mulighed for at videreudvikle og rette i edb-programmer, hvilket forudsætter en adgang til programmets kildekode. Open source-begrebet refererer således til, at et edb-programs kildekode (engelsk: source code) gøres tilgængelig for brugerne. En “open source-licens” er en licens, der giver brugeren adgang til kildekoden og til selv at videreudvikle programmet, jf. nærmere om indholdet af open source-licenser nedenfor. “Open source-software” er software, der licenseres under en open source-licens. Open source-software forkortes ofte, og også i det følgende, “OSS”.

Begreb

OSS rummer nogle potentielle fordele sammenlignet med proprietære licenser. Hvis alle får mulighed for at videreudvikle programmet, vil programmet kunne blive udviklet og forbedret i et højere tempo, end hvis kun en enkelt virksomhed (programproducenten) forestår den løbende udvikling. Yderligere vil det være muligt at udvikle nye

Fordele ved og  
filosofien bag  
open source

programmer, der tager udgangspunkt i det eksisterende program (knopskydning). Fejlretning vil også kunne foregå hurtigere, fordi alle, der opdager en fejl, vil kunne rette fejlen og udsende en ny version i stedet for at skulle indrapportere fejlen til programproducenten og afvente en ny release fra denne. Grundlæggende er tanken således, at alle, der har en interesse i et program, vil kunne bidrage til videreudviklingen af programmet og stille sine videreudviklinger til rådighed for andre. Denne tanke om et globalt udviklersamfund, der udvikler til gavn for fællesskabet, var båret af idealistiske principper som en slags modpol til kommercielle programproducenters proprietære licensmodel.

Trods dette har OSS fået en stadig større kommerciel betydning og mange kommercielle programmer licenseres i dag under OSS-licenser. Dette kan synes paradoksalt, da eneretten til at kopiere, videreudvikle og sprede programmet ofte anses for afgørende for, at producenten kan tjene penge på programudviklingen. Af samme grund bevarer producenten ofte kildekoden som en forretningshemmelighed, så brugerne hverken juridisk eller praktisk har mulighed for selv at ændre og videreudvikle programmet. Nye forretningsmodeller har imidlertid vist, at det er muligt at tjene penge på at stille programmer til rådighed under OSS-licenser.

Selvom brugeren selv har adgang til kildekoden og ret til at videreudvikle og fejlrette programmet, er det langt fra alle brugere, der selv ønsker at stå for dette, og der kan derfor være indtægtsmuligheder i at tilbyde vedligeholdelse og support af OSS-programmel. OSS-licenser vil normalt indeholde en fuldstændig ansvarsfraskrivelse, og det kan derfor yderligere være en selvstændigt betalbar ydelse at påtage sig ansvaret for programmets overholdelse af servicemål. En anden forretningsmodel består i at licensere samme program under en OSS-licens og en proprietær licens, men sådan at OSS-udgaven har begrænset funktionalitet i forhold til den proprietære udgave.

Der er stadig mange OSS-programmer, der ikke udvikles kommercielt, og i dag består OSS-programmel af en variation af kommercielle programmer udviklet af globale virksomheder, hobbyprogrammer udviklet af privatpersoner og alt derimellem.

Eksempler på OSS-programmer er Linux (styresystem), Firefox (browser) og Android (styresystem til mobilplatforme).

## 4.2. Generelt om OSS-licenser

### 4.2.1. OSS-licensens karakteristika

Begrebet “open source” er ikke en beskyttet betegnelse, og alle kan derfor betegne deres licens en OSS-licens. Der er dog nogle grundlæggende karakteristika, der kendetegner OSS-licensen, herunder navnlig at kildekoden stilles til rådighed for licenstagere, og at licenstagere får ret til at kopiere, ændre, videreudvikle og distribuere programmet og sine egne videreudviklinger.

The Free Software Foundation (FSF), der på non-profit-basis arbejder for udbredelsen af OSS, har opstillet følgende karakteristik af OSS-programmer (i FSF-terminologi benævnt “free software”):

“Free software” is a matter of liberty, not price. To understand the concept, you should think of “free” as in “free speech,” not as in “free beer”.

Free software is a matter of the users’ freedom to run, copy, distribute, study, change and improve the software. More precisely, it means that the program’s users have the four essential freedoms:

1. The freedom to run the program, for any purpose (freedom 0).
2. The freedom to study how the program works, and change it so it does your computing as you wish (freedom 1). Access to the source code is a precondition for this.
3. The freedom to redistribute copies so you can help your neighbor (freedom 2).
4. The freedom to distribute copies of your modified versions to others (freedom 3). By doing this you can give the whole community a chance to benefit from your changes. Access to the source code is a precondition for this.

A program is free software if users have all of these freedoms. Thus, you should be free to redistribute copies, either with or without modifications, either gratis or charging a fee for distribution, to

anyone anywhere. Being free to do these things means (among other things) that you do not have to ask or pay for permission to do so.

FSF har på sin hjemmeside (<[www.fsf.org](http://www.fsf.org)>) oplyst en lang række OSS-licenser, der lever op til de ovenstående krav. Licenserne er alle tilgængelige fra hjemmesiden. Listen omfatter mange af de toneangivende og mest anvendte OSS-licenser.

En anden non-profit organisation, The Open Source Initiative, har ligeledes på sin hjemmeside (<[www.opensource.org](http://www.opensource.org)>) angivet en lang række licenser, der lever op til organisationens OSS-definition.

#### 4.2.2. OSS-licenserne

En proprietær licens skrives normalt til brug for et bestemt program. I modsætning hertil, vil en OSS-licens være et åbent dokument, som alle programproducenter kan vælge at bruge. En programproducent kan således vælge at lade sit program licensere under en allerede eksisterende OSS-licens, og producenten kan vælge at skrive en OSS-licens, som andre kan licensere deres programmer under.

Firefox-browseren er bl.a. licenseret under GPL-licensen og Android-styresystemet er licenseret under Apache-licensen. IBM og Microsoft har udarbejdet egne OSS-licenser, som andre producenter kan licensere under.

#### GPL-licensen

Størst udbredelse blandt OSS-licenserne har GPL-licensen, der skønnes at regulere mere end halvdelen af alt OSS-programmel. Den oprindelige version af GPL-licensen blev frigivet i 1989. I 1991 blev version 2 frigivet, mens den nyeste udgave, version 3, blev frigivet i 2007. GPL-licensen er skrevet i et vanskeligt tilgængeligt sprog, der giver anledning til en del fortolkningstvivil. Fortolkningstvilsighederne bliver ikke mindre af, at licensen anvender begreber fra amerikansk ophavsret, der ikke alle genfindes i europæisk ret. Ikke desto mindre vil aftalen skulle fortolkes efter dansk ret, såfremt der opstår en tvist undergivet dansk ret. Fortolkningstvilen er søgt imødegået ved at skrive en FAQ, der giver svar på en række af de ofte stillede spørgsmål.

Denne FAQ kan give et indblik i, hvad koncipisterne har villet udtrykke og vil som sådan kunne have en betydning også i danske sager, men da licensen som nævnt vil være undergivet dansk ret og dermed også skulle fortolkes i lyset af dansk ret, vil en dansk domstol ikke være bundet af FAQ'en.

GPL-licensen indeholder det meget kontroversielle copyleft-vilkår, der omtales nedenfor.

En anden udbredt OSS-licens er Apache-licensen, der giver licenstagere større frihedsgrader end GPL-licensen, bl.a. ved ikke at indeholde et copyleft-vilkår. Store dele af Android-styresystemet er stillet til rådighed under Apache-licensen.

Apache-licensen

EU-Kommissionen har udarbejdet en europæisk OSS-licens, benævnt EU Public License (EUPL). Fra et europæisk perspektiv har EUPL-licensen den fordel, at den er tilpasset europæisk ret og anvender de ophavsretlige begreber, der kendes fra europæisk ophavsret. EUPL-licensen har i højere grad karakter af en egentlig aftale, der pålægger parterne gensidige pligter og rettigheder, end GPL'en og de fleste andre OSS-licenser, der udstyrer licenstagere med de angivne rettigheder men ikke i øvrigt forpligter licensgiveren, jf. nærmere herom nedenfor. EUPL har ikke opnået stor udbredelse.

EUPL

#### 4.2.3. OSS-licensens samspil med de ophavsretlige regler

Den proprietære licensmodel er baseret på de rettigheder, som ophavsretsloven udstyrer ophavsmanden med. Disse enerettigheder gør det muligt for producenten at begrænse licenstagerebrugsret og forbyde kopiering, bearbejdning og videredistribution af programmet i videre omfang, end hvad der følger af licensen (med de begrænsede undtagelser til eneretten der gælder efter ophavsretsloven, herunder særligt §§ 19, 36 og 37). Den oprindelige filosofi bag OSS anså det for u hensigtsmæssigt, at ophavsretten blev anvendt til at skabe stærke magtpositioner for få producenter af programmer, der bruges af en meget stor del af befolkningen. I en OSS-licens overdrager licensgiveren således en meget større del af sine ophavsrettigheder til fællesskabet end under en proprietær licens. Af denne grund opfattes OSS-filosofien af nogle som en fuldstændig forkastelse af ophavsretten. Dette er imidlertid ikke rigtigt. Tværtimod hviler også OSS-licensmo-

dellen på den bagvedliggende ophavsret, som ophavsmanden har til programmet. OSS-licensen giver ganske vist licenstagere og alle efterfølgende brugere en omfattende ret til at kopiere, bearbejde og videresprede programmet. Men det er vigtigt at holde sig for øje, at selvom denne overdragelse af rettigheder er vidtgående, er den ikke ubetinget. OSS-licensen opstiller således forskellige krav, som licenstageren må overholde, herunder informationskrav og eventuelt krav til licensering af bearbejdelser (copyleft-vilkår), jf. nedenfor. Såfremt licenstagere ikke overholder disse krav, bortfalder forudsætningerne for OSS-licensen, og licenstageren vil derfor ikke kunne kopiere og videredistribuere programmet uden at krænke licensgiverens ophavsrettigheder, idet licenstagere rettigheder hertil er bortfaldet. Det er således licensgiverens bagvedliggende ophavsrettigheder til OSS-programmet, der gør det muligt for licensgiveren at opstille betingelser for licenstagere kopiering og videredistribution af programmet.

At licensgiveren bevarer alle ophavsrettigheder til programmet med undtagelse af de rettigheder, der udtrykkeligt er tildelt licenstagere efter OSS-licensen, følger eksempelvis af den indledende bestemmelse til EUPL: "Denne open source-licens fra Den Europæiske Union ('EUPL') gælder for det værk eller den software (som defineret nedenfor), der stilles til rådighed i henhold til vilkårene i denne licens. Enhver anden brug af værket end den, der gives tilladelse til i denne licens, er forbudt (for så vidt som denne brug er omfattet af de rettigheder, der tilkommer indehaveren af ophavsretten til værket)."

### 4.3. Reguleringstemaer i OSS-licenser

#### 4.3.1. Licenstagere rettigheder

OSS-licensen vil normalt give licenstagere en ubegrænset ret til at kopiere og bearbejde OSS-programmet. Heri ligger, at licenstagere kan foretage et ubegrænset antal eksemplarfremstillinger til ethvert ønskeligt formål. Den proprietære licens' kvantitative og kvalitative begrænsninger i kopieringsadgangen genfindes således ikke i OSS-licensen.

OSS-licensen vil også give licenstageren ret til at bearbejde programmet med henblik på videreudvikling, fejlrettelser, integration med andre programmer mv. En sådan ret vil licenstageren normalt ikke erhverve efter en proprietær licens. For at kunne udnytte denne ret gives licenstageren som beskrevet adgang til programmets kildekode.

EUPL-licensen angiver eksempelvis i pkt. 2, at licenstageren får en “verdensomspændende, vederlagsfri, ikke-eksklusiv licens” til bl.a. at (1) anvende programmet “under enhver omstændighed og til en hvilken som helst brug”, (2) fremstille eksemplarer af programmet og (3) ændre i det oprindelige program og frembringe bearbejdede programmer på grundlag af programmet.

OSS-licensen giver således licenstageren en langt mere vidtgående ret til eksemplar fremstilling, end hvad der følger af proprietære licenser og af ohl. §§ 36 og 37.

OSS-licensen vil også give licenstageren adgang til at videreoverdrage programmet og sine egne bearbejdede versioner af programmet.

Videre-  
overdragelse  
(spredning)

I EUPL-licensens pkt. 2 angives eksempelvis, at licenstageren får ret til at overføre, tilgængeliggøre, vise, fremføre, sprede, udlåne og udleje programmet og bearbejdede udgaver af programmet.

Adgangen til videreoverdragelse omfatter både programmet og de rettigheder til programmet, der følger af OSS-licensen. Modtageren af programmet får således en tilsvarende ret til at kopiere, bearbejde og videreoverdrage programmet, som overdrageren fik ved sin erhvervelse af programmet.

Licenstagernes adgang til at videreoverdrage programmet og rettighederne efter OSS-licensen går langt videre end den ret til videreoverdragelse, der følger af ophavsretsloven. En overdragelse af de underliggende ophavsrettigheder efter ophavsretsloven vil kun kunne finde sted, hvis den er “sædvanlig eller åbenbart forudsat”, jf. ohl. § 56, stk. 2, hvor OSS-licensen giver licenstageren ret til at overdrage samtlige de rettigheder, der følger af licensen.

4.3.2. Licenstagernes forpligtelser ved videreoverdragelse af programmet  
Den overdragelse af rettigheder, der sker med OSS-licensen, forudsætter som nævnt, at licenstageren respekterer de betingelser, der følger af licensen. Alle OSS-licenser forudsætter, at overdrageren informerer efterfølgende licenstagere om OSS-licensens indhold, og nogle licenser forudsætter endvidere, at licenstagernes egne bearbejdningsprogrammer underlægges OSS-licensen (copyleft-vilkåret).

#### 4.3.2.1. Informationspligt

OSS-filosofien indebærer som nævnt, at alle brugere skal have mulighed for at videreudvikle programmet og rette fejl i det. Dette forudsætter, at brugerne af programmet er bekendt med at have disse rettigheder, der som beskrevet ovenfor udgør en indskrænkning i de enerettigheder, programproducenten ellers ville have efter ophavsretsloven. For at sikre dette, forpligter OSS-licensen overdrageren til at gøre modtageren bekendt med, at programmet er underlagt den pågældende OSS-licens. Pligten til at videreformidle indholdet af licensen sikrer endvidere, at licensens ansvarsfraskrivelsesbestemmelser også gøres bekendt for efterfølgende licenstagere.

OSS-licensen kan også forpligte overdrageren til at bibeholde information om, hvem der har udviklet programmet, rettighedsnotitser, og hvorvidt overdrageren selv har ændret programmet.

EURL-licensen indeholder i pkt. 5 følgende bestemmelse om informationspligt: "Licenstageren skal bibeholde alle notitser vedrørende ophavsret, patenter og varemærker samt alle meddelelser, der henviser til licensen og til ansvarsfraskrivelsen. Licenstageren skal vedlægge hvert eksemplar af værket, som spredes og/eller formidles, et eksemplar af disse notitser og af licensen. Licenstageren skal sikre, at ethvert bearbejdet værk forsynes med en tydelig meddelelse om, at værket er blevet ændret samt datoen for ændringen."

#### 4.3.2.2. Tilrådighedsstillelse af kildekoden

Det er som nævnt en grundlæggende præmis i OSS-filosofien, at kildekoden gøres tilgængelig for alle brugere af programmet. OSS-licensen vil derfor forpligte overdrageren af et OSS-program til at gøre kildekoden tilgængelig for licenstageren. Det er ikke nødvendigvis et krav, at



licenstageren modtager kildekoden sammen med programmet i objekt-kode, men licenstageren skal kunne få adgang til kildekoden på anmodning.

Forpligtelsen er i EUPL-licensen, pkt. 5, formuleret på følgende måde: “Når licenstageren spreder og/eller formidler eksemplarer af værket, skal de ledsages af et maskinlæsbart eksemplar af kilde-koden eller en henvisning til et arkiv, hvor kildekoden er let og gratis tilgængelig, så længe licenstageren spreder og/eller formidler værket.”

#### 4.3.2.3. Copyleft

Nogle OSS-licenser, herunder GPL-licensen og EUPL-licensen, indeholder en bestemmelse, hvorefter videreudviklede versioner af OSS-programmet skal stilles til rådighed under samme OSS-licens som det oprindelige program, det såkaldte copyleft-vilkår. Licenstagerens egne bearbejdelser af OSS-programmet kan altså ikke stilles til rådighed under en proprietær licens.

EUPL-licensens copyleft-bestemmelse har følgende ordlyd (pkt. 5): “Hvis licenstageren spreder og/eller formidler eksemplarer af de oprindelige værker eller bearbejdede værker, der er baseret på det oprindelige værk, skal det ske på de vilkår, der er fastsat i denne licens eller i en senere version af denne licens, medmindre det udtrykkeligt er fastsat, at det oprindelige værk spredes på kun de vilkår, der er fastsat i denne version af licensen. Licenstageren (der bliver licensgiver) kan ikke tilbyde eller knytte yderligere vilkår eller betingelser, der ændrer eller begrænser vilkårene i licensen, til værket eller det bearbejdede værk.”

Copyleft-vilkåret er en del af det ideologiske opgør med closed source og proprietær licensering: Når licenstageren får kildekoden til en tredjemand's program stillet til rådighed og dermed nyder godt af open source-modellen, må han også understøtte modellen ved at give andre adgang til de videreudviklinger, han foretager.

*Copyleft*-begrebet er et ordspil, der skal markere det ideologiske modsætningsforhold til den stærke *copyright*-udnyttelse, som proprietære licenser er baseret på.

*Copyleft*-vilkåret er kontroversielt og er formentlig den enkeltstående faktor, der har givet anledning til størst modstand mod OSS. Årsagen er, at *copyleft*-vilkåret også kan dække situationer, hvor et OSS-program integreres med et proprietært program, fordi det samlede program anses for en bearbejdning af OSS-programmet. Konsekvensen vil være, at hele programmet omfattes af OSS-licensen. Licensens krav om, at kildekoden skal gøres tilgængelig, og at licensgiveren skal respektere, at alle licenstagere har ret til at kopiere, bearbejde og videredistribuere programmet, vil derfor også gælde det proprietære program.

**Eksempel:** En softwareproducent har udviklet et økonomistyringsprogram, der sælges globalt under en proprietær licens. I programmet indgår et søgemodul, der gør det muligt for brugerne at søge på indtægter og omkostninger efter forskellige kategoriseringer. Søgemodulet er ikke udviklet af producenten selv men af en tredjepart og undergivet en OSS-licens, der indeholder et *copyleft*-vilkår. Vilkåret er formuleret således, at en integration af søgemodulet med et andet program anses for en bearbejdning af søgemodulet. *Copyleft*-vilkåret foreskriver, at OSS-licensen også vil gælde bearbejdede versioner af søgemodulet. Da økonomistyringsprogrammet i sin helhed anses for en bearbejdet version af søgemodulet, gælder OSS-licensen for hele programmet. Enhver licenstag har herefter ret til frit at bearbejde og videreoverdrage økonomistyringsprogrammet og kan endvidere kræve kildekoden udleveret.

Mange producenter af proprietær software har set dette som en betydelig risiko, fordi programudviklere ofte bruger mange tredjepartskomponenter, herunder OSS-komponenter, i programudviklingen uden at forholde sig til *copyleft*-problematikken. Hermed risikerer producenten, at programmet bliver “fanget” af en OSS-licens.

#### 4.3.3. Betaling

OSS-licensfilosofien tilsiger, at licenstageren uden restriktioner, herunder betalingskrav, skal kunne bruge, kopiere, bearbejde og videre-

distribuere OSS-programmet. De fleste OSS-licenser forbyder derfor også, at overdrageren kræver licensbetaling eller betaling for adgang til kildekoden eller udnyttelse af de rettigheder, der følger af licensen.

I FSF's karakteristik af OSS som citeret ovenfor er dette udtrykt således: "A program is free software if users have all of these freedoms [retten til at bruge, kopiere, bearbejde og videredistribuere programmet] [...] Being free to do these things means (among other things) that you do not have to ask or pay for permission to do so."

Derimod er det ikke nødvendigvis i strid med OSS-filosofien at kræve betaling for selve tilrådighedsstillelsen af programmet. Det beror på den enkelte OSS-licens, om overdrageren af et OSS-program kan kræve betaling for at stille programmet til rådighed for efterfølgende licenstagere.

Tilrådigheds-  
stillelse af  
programmet

At det ikke nødvendigvis er en del af OSS-filosofien at stille OSS-programmet gratis til rådighed, er af FSF udtrykt således: "Free software' is a matter of liberty, not price. To understand the concept, you should think of 'free' as in 'free speech' not as in 'free beer'."

Sondringen mellem adgangen til at kræve betaling for at stille programmet til rådighed på den ene side og forbuddet mod at kræve betaling for at udnytte de rettigheder, licenstagere tildeles efter OSS-licensen, og adgang til kildekoden på den anden side, kan illustreres med et eksempel: A overdrager et OSS-program til salg på sin hjemmeside. Det koster 1.000 kr. at downloade programmet og 500 kr. i årlig licens at bruge programmet. Såfremt licenstagere ønsker adgang til kildekoden, kan denne købes for 2.000 kr. Hvis OSS-licensen tillader betaling for tilrådighedsstillelse af programmet men ikke tillader betaling for brug og øvrig udnyttelse af programmet eller for adgang til kildekoden, vil A's krav om betaling af 1.000 kr. for download af programmet være retmæssig, mens kravet om en årlig betaling på 500 kr. og på betaling af 2.000 kr. for adgang til kildekoden vil være i strid med OSS-licensen.

Indeholder OSS-licensen ingen regulering af betalingsspørgsmålet, vil overdrageren kunne kræve betaling af efterfølgende licenstagere. Såfremt dette ikke skal være muligt, kræver det derfor et udtrykkeligt forbud i OSS-licensen. En forbudsbestemmelse vil normalt ikke hindre, at der tages betaling for andre ydelser end at stille programmet til rådighed for licenstageren, f.eks. at påtage sig et videregående ansvar for programmets funktionalitet eller at forestå vedligeholdelse og drift af programmet.

OSS-licensens eventuelle regulering af betalingsspørgsmålet vil alene forholde sig til, om overdrageren må kræve betaling af efterfølgende licenstagere. Licensen vil ikke indeholde en bestemmelse om betalingspligt. En eventuel betaling skal derfor aftales i en særskilt aftale eller i et tillæg til OSS-licensen.

Det følger af EUPL-licensens pkt. 2, at licensen er vederlagsfri og af pkt. 3 og 5, at overdrageren er forpligtet til at stille kildekoden til rådighed for licenstageren uden betaling. Efter EUPL-licensens pkt. 9 kan overdrageren af OSS-programmet indgå tillægsaftaler med efterfølgende licenstagere om betaling, når overdrageren yder bistand (f.eks. vedligeholdelse eller undervisning), garantier eller på anden måde påtager sig ansvar for OSS-programmet. EUPL-licensen forholder sig ikke til, om overdrageren kan kræve betaling for selve tilrådighedsstillelsen af programmet, hvilket derfor vil være muligt.

Det følger af GPL-licensen (version 3), pkt. 10, at overdrageren ikke må kræve licensbetaling af efterfølgende licenstagere og af pkt. 6, at overdrageren ikke må kræve betaling for at stille kildekoden til rådighed for licenstageren. Derimod kan overdrageren kræve betaling for at stille programmet i objektkode til rådighed for licenstageren, jf. licensens pkt. 4 og 6, litra d.

#### 4.3.4. Ansvarsfraskrivelse

Alle OSS-licenser indeholder en omfattende ansvarsfraskrivelse for fejl i programmet, typisk således at brugerne slet ikke kan gøre ansvar gældende, hverken over for udvikleren og eventuelle videreudviklere eller over for senere omsætningsled. Baggrunden for den totale ansvarsfraskrivelse er, at programmet stilles gratis til rådighed for licenstageren, som derfor selv må tage risikoen for eventuelle fejl i programmet.

Om gyldigheden af sådanne ansvarsfraskrivelser gælder som udgangspunkt samme overvejelser som angivet ovenfor for proprietære licenser. Det må således overvejes, om ansvarsfraskrivelsen kan udgøre et urimeligt vilkår efter aflt. § 36, om vilkåret kan anses for vedtaget og om vilkåret skal fortolkes indskrænkende. Det vil dog utvivlsomt have betydning for disse vurderinger, at licensen normalt stilles gratis til rådighed af licensgiveren, og det må forventes, at ansvarsfraskrivelsesbestemmelser i OSS-licenser som altovervejende udgangspunkt vil blive opretholdt. Når programmet stilles gratis til rådighed, må licenstagere være indstillet på at "tage programmet som det er" og selv påtage sig risikoen for eventuelle fejl i programmet.

Som et eksempel på en ansvarsfraskrivelse se EUPL-licensens pkt. 8: "Bortset fra tilfælde af forsætlig skadevoldende adfærd og direkte personskade er licensgiveren under ingen omstændigheder erstatningsansvarlig for nogen form for direkte eller indirekte økonomisk eller ikke-økonomisk skade, der forvoldes på grund af licensen eller brugen af værket, herunder, men ikke begrænset til, tab af goodwill, tab som følge af arbejdsafbrydelse, computersvigt eller -fejl, tab af data og andet erhvervsmæssigt tab, heller ikke hvis licensgiveren er blevet gjort opmærksom på muligheden af sådanne skader. Licensgiveren er dog ansvarlig i henhold til lovgivningen om produktansvar, for så vidt som denne finder anvendelse på værket."

I overensstemmelse hermed antages der kun sjældent at foreligge misligholdelse, når en gave lider af mangler, jf. *Iversen*, *Obligationsret 2*, s. 246.

#### 4.3.5. Ophør

OSS-licensen vil være tidsubegrænset og et ophør af licensen bliver derfor kun relevant, hvis licenstagere misligholder licensvilkårene. Mange OSS-licenser indeholder en bestemmelse, der udtrykkeligt angiver, at licensen ophører, hvis ikke licenstagere lever op til licensens krav, herunder særligt informationsforpligtelserne og et eventuelt copyleft-krav.

Se f.eks. EUPL-licensen, pkt. 12 og GPL-licensen, pkt. 8.

Selv uden en sådan bestemmelse vil det følge forudsætningsvist af licensen, at licenstagere ikke erhverver de angivne rettigheder til programmet, hvis ikke licenstagere respekterer kravene for at anvende licensen: En betinget rettighedsoverdragelse falder bort, hvis ikke erhververen af rettighederne efterlever betingelserne.

Når licenstagere rettigheder bortfalder, opstår spørgsmålet om, hvorvidt dette også får virkning for de efterfølgende licenstagere, som licenstagere måtte have overdraget programmet til. Licenstagere ret til at videreoverdrage programmet følger af licensen, og når denne bortfalder, vil licenstagere derfor heller ikke have ret til en videreoverdragelse. Det vil dog være u hensigtsmæssigt, hvis efterfølgende licenstagere rettigheder hermed også bortfalder. Det ville give en domino-effekt, der kunne gøre et meget stort antal efterfølgende licenstagere brug ulovlig. Det ville i så fald være vanskeligt at fæstne lid til gyldigheden af en OSS-licens og i praksis være umuligt at afklare, hvilke licenser der var gyldige, og hvilke der ikke var. OSS-licensen vil derfor ofte angive, at efterfølgende licenstagere rettigheder forbliver i kraft, selvom overdragere ikke har en gyldig licens. Dette resultat vil formentlig gælde selv uden udtrykkelig regulering i aftalen.

Se f.eks. EUPL-licensen, pkt. 12: “Licensen og rettighederne i henhold til den ophører automatisk ved licenstagere misligholdelse af licensvilkårene. Dette ophør medfører ikke, at de personer, som har modtaget værket fra licenstagere i henhold til den pågældende licens, mister deres egen licens, medmindre disse personer ikke længere fuldt ud overholder licensvilkårene.”

**Ophøret af en OSS-licens kan have store konsekvenser.** Har en producent af proprietær software eksempelvis inkorporeret et OSS-program i det samlede program, vil et ophør af OSS-licensen indebære, at OSS-programmet skal fjernes og det samlede program delvis omkodes. Nogle OSS-licenser indeholder derfor en nachfrist-regel, der giver licenstagere en begrænset periode til at bringe krænkelser til ophør med det resultat, at licenstagere fortsat kan bruge OSS-programmet.

Se f.eks. GPL-licensen, pkt. 8: “[...] Moreover, your license from a particular copyright holder is reinstated permanently if the copyright holder notifies you of the violation by some reasonable

means, this is the first time you have received notice of violation of this License (for any work) from that copyright holder, and you cure the violation prior to 30 days after your receipt of the notice.”

#### 4.4. OSS-licensens juridiske status og aftalerelationen mellem licensgiver og licenstagere

Det har været hyppigt diskuteret, hvorvidt OSS-licensen har karakter af en aftale mellem licensgiver og licenstagere.

På den ene side søger OSS-licensen at pålægge licensgiver og licenstagere juridisk bindende rettigheder og pligter: Licensgiveren udstyrer licenstageren med rettigheder, der ellers ville være omfattet af licensgiverens ophavsret. Licenstageren påtager sig omvendt at viderebringe forskellige typer af information ved viderespredning af programmet og begrænses endvidere i sine muligheder for at kræve erstatning af licensgiveren. Indeholder OSS-licensen et copyleft-vilkår, forpligter licensen også licenstageren til at videresprede eventuelle bearbejdnings af programmet under samme licens.

Aftale?

På den anden side pålægger OSS-licensen kun licenstageren forpligtelser, hvis licenstageren tager programmet i brug, bearbejder det og/eller videredistribuerer det. OSS-licensen kan derfor også betragtes som en ensidig tilkendegivelse fra udvikleren om, at licenstageren er berettiget til at bruge, kopiere, bearbejde og videresprede programmet, og således at licenstagernes forpligtelser alene er forudsætninger for, at licenstageren må udnytte programmet som angivet i licensen.

Spørgsmålet vanskeliggøres af, at OSS-licensering ofte omfatter en kæde af parter, da licensen giver licenstageren ret til selv at videresprede programmet med tilhørende licens. I mange tilfælde vil licenstageren derfor ikke have nogen umiddelbar aftalerelation til den oprindelige licensgiver (udvikleren af programmet) og vil ikke vide, hvem den oprindelige licensgiver er. Har flere licenstagere bidraget til udviklingen af programmet ved egne bearbejdnings, vil det i praksis ofte være umuligt at identificere dem alle.

Spørgsmålet om OSS-licensens retlige status har betydning for, hvilke forpligtelser parterne underlægges. Der er som nævnt ikke tvivl om, at licenstageren begår en ophavsretskrænkelser ved at bruge et OSS-program uden at respektere licensens betingelser. Anses OSS-

Konsekvenser

licensen for en aftale, vil parternes manglende overholdelse af deres forpligtelser under OSS-licensen kunne anses for et kontraktbrud, der udløser kontraktuelle misligholdelsesbeføjelser.

Det er imidlertid ikke sikkert, at man ved at hæfte prædikatet “aftale” eller “ikke-aftale” på OSS-licensen kan fastlægge misligholdelsesbeføjelserne for hvert enkelt af licensens vilkår. Vurderingen af, om OSS-licensens vilkår udløser et kontraktuelt ansvar, bør derfor foretages for det enkelte vilkår. I stedet for at se på, om OSS-licensen har karakter af en “aftale”, kan man derfor med fordel se på, i hvilket omfang OSS-licensens enkelte vilkår pålægger parterne forpligtelser. Denne vurdering vil bero på indholdet af den enkelte licens, men da de samme typer af vilkår genfindes i mange OSS-licenser, vil det være muligt at opstille nogle mere generelle konklusioner om parternes forpligtelser.

Licensgiverens tilladelse til, at licenstageren kopierer, bearbejder og viderespreder programmet og bearbejdede versioner heraf, indebærer en retlig forpligtelse for licensgiveren til at acceptere disse handlinger. Licensgiveren kan derfor ikke forbyde licenstageren at udføre handlingerne.

Licenstagernes forpligtelser under OSS-licensen er i hovedsagen knyttet til viderespredningen af programmet eller bearbejdede versioner heraf. Dette gælder navnlig pligten til at viderebringe information om programmet, herunder licensens indhold, og pligten til at stille egne bearbejdelser til rådighed under samme licens, såfremt OSS-licensen indeholder et sådant copyleft-vilkår.

Der kan ikke være tvivl om, at licenstageren forpligtes af disse krav. Det vanskelige spørgsmål er, hvilke retsvirkninger der udløses, hvis ikke licenstageren overholder kravene.

Da OSS-licensens krav til licenstageren udgør betingelser for licenstagernes ret til at udnytte programmet på en måde, der ellers ville være omfattet af licensgiverens ophavsret, vil licenstageren ikke kunne udnytte programmet, såfremt betingelserne i OSS-licensen ikke overholdes. Forudsætningen for tilladelsen falder bort, og licenstageren vil derfor handle i strid med licensgiverens ophavsrettigheder som også beskrevet ovenfor. Licensgiveren kan herefter forbyde licenstagernes fortsatte udnyttelse af programmet og gøre brug af det ophavsretlige sanktionssystem.

Vurdering af de enkelte vilkår

1. licenstagernes rettigheder

2. licenstagernes forpligtelser

– forbud mod udnyttelse



Det kan overvejes, om licensgiveren i stedet kan vælge at kræve naturalopfyldelse, dvs. gennemtvungelse af licenstagernes forpligtelser. Dette har navnlig betydning, når licenstageren bearbejder et program underlagt en OSS-licens med et copyleft-vilkår. Integreres OSS-programmet med licenstagernes proprietære program, vil OSS-licensen i mange situationer føre til, at hele programmet underlægges OSS-licensen, hvilket bl.a. indebærer, at bearbejderen er forpligtet til at frigive kildekoden til hele programmet ved viderespredning, dvs. også kildekoden til den proprietære del af programmet. Det vil bero på indholdet af den enkelte licens, om licensgiveren kan kræve naturalopfyldelse, men som altovervejende udgangspunkt vil det have formodningen mod sig, at et copyleft-vilkår har til formål at gennemtvunge en udlevering af proprietær kildekode. I stedet må copyleft-vilkåret forstås således, at licenstageren "kun" mister sin ret til at udnytte OSS-programmet, når kildekoden ikke udleveres og dermed begår en ophavsretskrænkelser som beskrevet ovenfor. Selv hvor copyleft-vilkåret måtte forstås som en eksekverbar forpligtelse til at udlevere kildekoden, ville forpligtelsen være så vidtgående, at udvikleren af det proprietære program formentlig ville have gode muligheder for at få vilkåret tilsidesat efter aftl. § 36.

Som nævnt, indeholder OSS-licensen altid en ansvarsfraskrivelse for licensgiveren. Som udgangspunkt må ansvarsfraskrivelsesbestemmelsen tillægges virkning mellem parterne. Bestemmelsen udtrykker en af betingelserne for licenstagernes udnyttelse af programmet: Licenstageren må acceptere ikke at kunne holde licensgiveren ansvarlig for tab forårsaget af udnyttelse af programmet. I licenstagernes udnyttelse af programmet ligger en accept af dette vilkår. Gyldigheden af ansvarsfraskrivelsen forudsætter, som for andre tilsvarende ansvarsfraskrivelsesbestemmelser, at det kan anses for vedtaget og ikke tilsidesættes efter aftl. § 36. Når programmet stilles gratis til rådighed for licenstageren, er det rimeligt, at licenstageren selv må påtage sig risikoen for fejl i programmet, og det vil i denne situation have formodningen mod sig, at en ansvarsfraskrivelse strider mod § 36, jf. ovenfor.

Det vil dog fortsat gælde, at tab forårsaget af licensgiverens forsætlige og formentlig også groft uagtsomme adfærd ikke vil være omfattet af ansvarsfraskrivelsen. Frigiver licensgiveren et OSS-program

– natural-  
opfyldelse

3. Ansvars-  
fraskrivelse

med viden om, at det krænker tredjemands rettigheder, vil ansvarsfraskrivelsen ikke være gældende.

Tabsopgørelse

Hermed opstår spørgsmålet om, hvordan licenstagere kan opgøre sit tab, herunder om tabet kan opgøres som erstatning i kontrakt. I så fald vil licenstagere kunne kræve positiv opfyldelsesinteresse, der bl.a. omfatter dækningskøb, dvs. differencen mellem prisen på OSS-programmet og på et alternativt program (hvilket dog kun bliver aktuelt, hvis ikke der findes alternative gratisprogrammer på markedet). Stilles OSS-programmet gratis til rådighed for licenstagere, kan det ikke antages at have været hensigten, at licenstagere skulle kunne kræve et dækningskøb erstattet af licensgiveren. Kræver licensgiveren omvendt betaling for at stille programmet til rådighed for licenstagere, må parterne i økonomisk henseende opfattes som kontraktparter med den konsekvens, at licenstagere tab kan opgøres som erstatning i kontrakt.

## Kapitel 6

# Tvistløsning og tvistforebyggelse

## 1. Indledning

Hvor it-kontrakten tidligere blev betragtet og behandlet som et værktøj, der skulle lægges i skuffen, når den var underskrevet, og først tages op, når tvisten var opstået, er det i dag en udbredt erkendelse, at kontrakten bør anvendes som et styringsværktøj i dagligdagen, der skal hjælpe parterne med en succesfuld gennemførelse af projektet med så få og små uoverensstemmelser som muligt.

Som et udtryk for denne udvikling er der gennem de senere år kommet en større fokus på forskellige former for tvistløsnings- og tvistforebyggelsesmekanismer i it-kontrakter.

Det følgende knytter særligt an til kontrakter, der regulerer omfattende og komplekse it-leverancer, primært systemudvikling og drift.

Hvor den ældre kontraktpraksis, herunder standardkontrakterne K18 og K33, var begrænset til bestemmelser om brug af voldgift eller civile domstole og eventuel brug af skønsmand, indbygger moderne kontrakter en række mekanismer, der både skal bidrage til en mere effektiv og smidig tvistløsning, forebygge konflikter og forebygge, at de udvikler sig, når de er opstået.

I det følgende beskrives forskellige typer af tvistløsnings- og tvistforebyggelsesmekanismer, blandt andet som de er anvendt i standardkontrakterne (afsnit 3-5). Indledningsvis knyttes nogle kommentarer til begreberne “tvistløsningsbestemmelser” og “tvistforebyggelsesbestemmelser” (afsnit 2).

## 2. Begreberne “tvistløsning” og “tvistforebyggelse”

Tvistløsning

Begrebet “tvistløsningsbestemmelse” er ofte brugt i it-kontraktretten og betegner sædvanligvis bestemmelser, der fastlægger nærmere regler for, hvordan parterne skal løse eksisterende tvister om (påståede) manglende overholdelse af parternes forpligtelser under kontrakten.

Tvistforebyggelse

Begrebet “tvistforebyggelsesbestemmelse” er ikke på samme måde udbredt i it-kontraktretten, og der eksisterer derfor heller ikke nogen fast opfattelse af, hvad det dækker. I det hele taget har der ikke været samme systematiske tilgang til regulering af tvistforebyggelse i it-kontrakter, som der har til tvistløsning.

I bred forstand vil alle bestemmelser i kontrakten, der beskriver parternes indbyrdes forpligtelser, kunne karakteriseres som tvistforebyggende. Bestemmelserne vil skabe gennemsigtighed i parternes indbyrdes forpligtelser og dermed begrænse risikoen for efterfølgende tvister om, hvad hver af parterne er forpligtet til at levere i samarbejdet. Det er et velkendt fænomen i kontraktforhandlinger, at en tilsyneladende enighed om indholdet af en ydelse eller anden form for forpligtelse transformerer sig til en uenighed, når det nærmere indhold af forpligtelsen skal beskrives i kontrakttekst (“the devil is in the detail”). Dette vil ofte opleves som frustrerende men vil omvendt bevirke, at den potentielle senere uoverensstemmelse løses, inden projektet igangsættes.

Man vil derfor med rette kunne betegne kontrakten som et tvistforebyggelsesinstrument i sig selv. Skal begrebet “tvistforebyggelse” have selvstændig mening, må det dog reserveres til de mekanismer, der mere specifikt søger at forebygge potentielle tvister mellem parterne. Det er i denne betydning, begrebet anvendes i det følgende.

Overlap mellem tvistløsning og -forebyggelse

Der er ikke altid et skarpt skel mellem tvistløsningsmekanismer og tvistforebyggelsesmekanismer. En tvist kan antage mange former. Den kan have et mindre omfang og løses uden store sværds slag, eller den kan være omfattende og true hele projektet. Den kan være af teknisk karakter (er tilgængeligheden beregnet korrekt), kommerciel karakter (kan prisen reguleres undervejs) eller juridisk karakter (berettiger manglerne ved systemet til en ophævelse af kontrakten) eller – og ofte – en blanding heraf. Afhængig af tvistens omfang og karakter vil den blive ført mellem forskellige typer af involverede par-

ter hos kunden og leverandøren: de daglige projektansvarlige, ledelsesrepræsentanter uden direkte involvering i projektet, jurister m.fl. En mindre tvist på projektlederniveau kan eskalere til en større tvist på ledelsesniveau, der i sidste ende kan føre til en voldgiftssag om ophævelse af hele kontrakten med involvering af eksterne advokater, sagkyndige vidner m.fl. Kan tvisten løses på et tidligt niveau, hindrer det en større og mere omfattende tvist. På denne vis vil bestemmelser, der søger at løse tvister i et tidligt stadium, også kunne betegnes som tvistforebyggelsesbestemmelser, fordi de medvirker til at forebygge en senere og mere omfattende tvist. I det følgende bruges betegnelsen tvistløsningsbestemmelser dog om alle bestemmelser, der tager sigte på at løse en aktuel tvist mellem parterne, uanset om bestemmelsen også hermed vil forebygge en større tvist.

Med denne begrebsfastlæggelse beskrives i det følgende nogle af de anvendte tvistløsnings- og tvistforebyggelsesmekanismer i it-kontrakter.

### 3. Klassisk tvistløsning – voldgift og afgørelse ved de almindelige domstole

Tvister kan løses på forskellig vis, og de fleste it-kontrakter indeholder forskellige typer af tvistløsningsmekanismer. Nogle af disse forpligter ikke parterne til at nå en bindende løsning. Til gengæld vil denne form for tvistløsning ofte være hurtigere og billigere end den bindende tvistløsning. Derudover kan der i forhold til parternes samarbejdsrelation være en psykologisk gevinst ved, at tvisten er blevet bilagt i en gensidig forståelse mellem parterne og ligeledes ved, at dette sker hurtigt, så der slides mindst muligt på parternes samarbejdsrelation. Det er dog ikke alle tvister, der kan løses ad frivillighedens vej, og it-kontrakten vil derfor også indeholde tvistløsningsbestemmelser, der fører til et bindende resultat for parterne.

I det følgende beskrives "klassisk" tvistløsning i form af retssag for de almindelige domstole eller voldgift. I afsnit 4 gives tre eksempler på andre typer af tvistløsningsmekanismer: forenklet bindende tvistløsning, forhandling og mægling.

Som beskrevet nedenfor, kan der være fordele ved en forenklet tvistløsningsprocedure, som kan gennemføres hurtigt og billigt. Det er

imidlertid ikke alle typer af tvister, der er velegnede til at blive løst ved en forenklet tvistløsningsprocedure. I de tilfælde, hvor tvistens udfald typisk har væsentlig betydning for parterne, vil en fuld prøvelse til endelig afgørelse kunne være nødvendig, og sikkerheden for en materielt rigtig afgørelse vil veje tungere end ønsket om en hurtig og billig tvistløsning. Dette vil navnlig være tilfældet, når aftalen er hævet, og hensynet til et fortsat frugtbart samarbejds-klima derfor typisk ikke består.

Stort set alle it-kontrakter indeholder derfor også en værnetingsbestemmelse, der fastslår, at tvister, der ikke kan løses på anden måde, skal løses ved almindelige domstole eller voldgift. Hyppigst vil der være aftalt voldgift og ofte ved Det Danske Voldgiftsinstitut, se f.eks. K02, pkt. 27.3.3 og 27.3.4, K03, pkt. 37.3.4, og D17, pkt. 44.5.

Bevæggrundene for at vælge voldgift er bl.a., at tvisten kan holdes hemmelig, at det er muligt selv at udpege dommerne og dermed sikre, at disse har den fornødne faglige indsigt, og at tvisten kan afgøres hurtigere og mere fleksibelt. Omkostningerne til en voldgiftsret vil ofte være højere end den tilsvarende retssagsafgift for civile domstole. I enkelte kontrakter ses derfor, at mindre tvister skal afgøres ved de almindelige domstole, mens større tvister skal afgøres ved voldgift. Alternativt kan en voldgiftsbestemmelse fastslå en simplere procedure for små sager og en mere kompleks for større, f.eks. således at små sager kun behandles af én voldgiftsdommer. En sådan sondring er anvendt i K02, K03 og D17, hvor mindre tvister behandles efter Det Danske Voldgiftsinstituts forenklede procedure, mens større tvister behandles efter Voldgiftsinstituttets almindelige regler.

Efter Voldgiftsinstituttets gældende regler af 1. maj 2013 vil voldgiftsretten som udgangspunkt kun bestå af én voldgiftsdommer. Efter de tidligere gældende regler var udgangspunktet tre voldgiftsdommere. Der findes en ganske omfattende dansk litteratur om voldgift. Se generelt *Juul & Thommesen, Voldgiftsret, Lundblad m.fl.*, Praktisk voldgiftsret og *Schiersing, Voldgiftsloven med kommentarer*.

Såfremt aftalen ikke regulerer, hvordan tvister løses med bindende virkning for parterne, falder man tilbage på de almindelige regler i retsplejeloven og dermed på tvistløsning for de almindelige domstole.

Før domstolsreformen fra 2006 kunne parterne begære sager med krav på over 1 mio. kr. henvist til landsretterne – en grænse som mange it-tvister overstiger. Efter domstolsreformen er udgangspunktet, at alle sager uanset sagsgenstandens størrelse skal anlægges ved byretterne, jf. rpl. § 224. Sager af principiel karakter kan henvises til landsretterne eller Sø- og Handelsretten, jf. rpl. §§ 226 og 227. Spørgsmål om bevis og aftalefortolkning – der ofte vil være centrale spørgsmål i it-tvister – har ikke principiel karakter uanset værdien af tvisten, og sådanne sager kan derfor ikke henvises fra byretterne. Dette betyder, at de fleste tvister om it-leverancer, der skal afgøres af de almindelige domstole, vil skulle afgøres af byretterne. Flytningen af sager af høj faglig kompleksitet til byretterne bevirkede, at man som led i domstolsreformen, styrkede den sagkyndige medvirken i byretterne. Bestemmelsen i rpl. § 20 giver nu mulighed for, at byretten tiltrædes af to sagkyndige dommere, hvis fagkundskab skønnes at være af betydning for sagen. Afgørelse herom træffes af byretten, efter parterne er blevet hørt.

Der foreligger en række trykte afgørelser fra landsretterne om adgangen til at kræve medvirken af sagkyndige dommere.

En enkelt af disse, U.2008.16V, vedrører tvister om en it-leverance. Tvisten vedrørte et betalingskrav i anledning af udvikling og implementering af et styreprogram på et slagterianlæg. Både byret og landsret afviste mod den ene parts protest at lade byretten tiltræde af to sagkyndige dommere. Begrundelsen herfor var, at de sagkyndige dommere ikke skulle træde i stedet for bevisførelse, og at der var en særlig risiko for dette, da der hverken skulle føres sagkyndige vidner eller var indhentet sagkyndige erklæringer. I U.2008.566Ø og U.2010.377V blev en anmodning om tiltrædelse af sagkyndige dommere imødekommet i entrepriseretlige tvister. I førstnævnte sag anførte landsretten følgende: "Som anført af byretten er der under sagen spørgsmål om, hvorvidt kærende har været berettiget til forlængelse af afleveringsfristen, og om forståelsen af dagbodsbestemmelsen for så vidt angår beregningen af en fristoverskridelse og dagbodens størrelse. Under en sådan sag skønnes entrepriseretlig fagkundskab at være af betydning for sagen." Den foreliggende praksis giver ikke noget entydigt svar på, hvornår en anmodning om tiltrædelse af sagkyndige dommere imødekommes.

Trods afgørelsen i U.2008.16V, må det antages, at brug af sagkyndige dommere ofte vil være af betydning for sagen i tvister om it-leverancer og derfor bør tillades af domstolene.

I en af de nyere større byretssager om en it-leverance, Glostrups Rets dom af 14. maj 2019 (Datacon mod Flügger group)(\*), var byretten tiltrådt af to sagkyndige dommere, hhv. en jurist og en it-kyndig.

## 4. Andre former for tvistløsning

### 4.1. Forenklede former for tvistløsning gennem brug af sagkyndige

Mellem den fuldstændige og endelige juridiske tvistløsning i form af en bindende domstols- eller voldgiftsavgørelse og de nedenfor beskrevne former for tvistløsning gennem forhandling og mægling, rummer mange it-kontrakter bestemmelser om afgrænsede former for tvistløsning, hvor sagkyndige parter forholder sig til de spørgsmål, parterne er uenige om.

Denne type bestemmelser placerer sig hermed mellem de former for tvistløsning, hvor parterne – eventuelt med involvering af en mægler – selv løser tvisten og den klassiske voldgiftsbestemmelse som beskrevet ovenfor. Fordelen er, at der kan opnås en hurtigere og billigere tvistløsning end ved en voldgiftssag, samtidig med at parterne kan få afgjort tvister, de ikke selv er i stand til at løse. Denne type bestemmelse vil blandt andet være nyttig i de mange tvister, der ikke er store nok til at kunne bære en voldgiftssag, men omvendt tilstrækkeligt store eller principielle til, at parterne ikke kan finde en mindelig løsning.

Det har længe været almindeligt at indsætte bestemmelser om udpegning af sagkyndige, der kan afgøre tvister af teknisk karakter. Mange mindre uoverensstemmelser om leverancen og andre tekniske spørgsmål har ikke et omfang, der kan bære en voldgiftssag med det deraf følgende tids- og pengeforbrug. Desuden vil voldgiftsretten i disse tilfælde ofte bero sin afgørelse på udsagn fra syn- og skønsmænd. Hvis det således alligevel er den sagkyndige, der reelt afgør tvisten,

Tvister af teknisk karakter



kan det i nogle situationer være mere hensigtsmæssigt at gå direkte til den sagkyndige og dermed spare både den tid og de penge, der er forbundet med en voldgiftssag.

Allerede K18 og K 33 indeholdt sådanne bestemmelser i relation til tvister om svartider og driftseffektivitet. K02 og K03 (med derimod ikke K01) indeholder en tilsvarende bestemmelse, der giver mulighed for sagkyndig afgørelse af tvister om kategorisering af fejl og overholdelse af servicemål, se K02, pkt. 27.2:

Hvis enighed fortsat ikke opnås [efter forhandling], kan hver af Parterne anmode Det Danske Voldgiftsinstitut om at udmelde en uvildig sagkyndig, der afgør spørgsmålet endeligt og bindende for begge Parter. Tvister om fortolkning af Kontrakten og andre juridiske spørgsmål kan ikke afgøres af den sagkyndige. Den sagkyndige træffer afgørelse om fordelingen af sit honorar på Parterne under hensyntagen til afgørelsens udfald.

Mens der således gennem mange år har været tradition for at anvende bestemmelser om hurtig løsning af tekniske tvister i en mindre formaliseret form end voldgift, har der ikke i danske it-kontrakter været en tradition for at anvende tilsvarende bestemmelser om hurtigere og smidigere løsning af juridiske tvister. Dette kan undre, da behovene er de samme som ved de tekniske tvister. Langstrakte uoverensstemmelser mellem parterne ødelægger samarbejdsforholdet, uanset om tvisten har rod i tekniske eller juridiske uenigheder. Og ligesom for de tekniske tvister har mange juridiske tvister ikke et omfang, der kan bære en voldgiftssag. I erkendelse heraf indeholder stadig flere nye it-kontrakter bestemmelser om en hurtig og mere uformel behandling af juridiske tvister for en juridisk opmand.

Bestemmelser om tvistløsning ved udtalelser fra tekniske og/eller juridiske sagkyndige må forholde sig til, om udtalelsen skal være bindende for parterne. Gøres udtalelsen bindende, sikres at en part ikke tvinges til at anlægge voldgiftssag eller sag ved domstolene, fordi den anden part nægter at efterleve udtalelsen. Dette er et væsentligt formål med i det hele taget at anvende denne type bestemmelser, hvilket selvsagt taler for at gøre udtalelsen bindende. Omvendt vil den hurtige og mere smidige tvistløsningsprocedure ofte indebære, at sagen ikke bliver oplyst lige så godt, som hvis tvisten blev behandlet ved voldgift,

Tvister af juridisk karakter

Bindende?

bl.a. fordi parterne ikke bruger samme tid på forberedelse, dokumentation mv., ligesom der ofte ikke eller kun i begrænset omfang vil blive gennemført vidneafhøringer. Risikoen for et materielt forkert resultat vil derfor i nogle situationer være større ved den begrænsede tvistløsning. Dette taler i sig selv for ikke at gøre denne type mekanismer bindende. Hertil kommer, at den ikke-bindende udtalelse i mange situationer vil være tilstrækkelig til at bringe parterne videre, enten fordi resultatet accepteres, eller fordi det kan danne udgangspunkt for en forligsmæssig løsning. Omvendt gør bestemmelsen ikke gavn i de situationer, hvor parterne står for langt fra hinanden til at kunne finde en forhandlingsløsning, selv med inddragelse af en uafhængig tredjepart, men tvisten omvendt ikke egner sig til voldgift eller retssag. Den potentielle risiko for og skadevirkningerne ved et materielt forkert bindende resultat kan begrænses ved kun at lade den forenkledede tvistløsning omfatte visse typer af tvister afgrænset efter tvistens beløb og/eller andre kriterier, der sikrer, at tvister, hvis udfald vil have væsentlig betydning for parterne, ikke behandles efter den forenkledede procedure.

Endelig?

Konsekvenserne af et materielt forkert resultat kan endvidere begrænses ved ikke at lade afgørelserne ved forenklet tvistløsning være endelig, således at begge parter har mulighed for at bringe tvisten videre til voldgift. Dette vil dog omvendt indebære, at den forenkledede tvistløsning ikke giver sikkerhed for en hurtig afgørelse, selvom det i praksis dog nok vil være sjældent, at mindre tvister afgjort ved forenklet tvistløsning bringes videre til voldgift, selvom en part måtte være (meget) uenig i resultatet. Der kan således både være fordele og ulemper ved at lade afgørelserne være endelige hhv. ikke-endelige. En bestemmelse om forenklet bindende tvistløsning bør under alle omstændigheder altid angive, om afgørelsen er endelig.

Det er værd at bemærke, at tvistløsning ved sagkyndig efter K02, pkt. 27.2, og K03, pkt. 37.2, er endelig og bindende for parterne og ikke er afgrænset til tvister inden for en beløbsramme. Det spørgsmål, som den sagkyndige besvarer, skal derfor lægges til grund af parterne uden mulighed for efterfølgende prøvelse, uanset hvilke kontraktuelle konsekvenser den sagkyndige vurdering måtte føre til. Når den sagkyndige til, at servicemål ikke er overholdt i en

given periode, kan dette i yderste konsekvens føre til, at kunden kan hæve kontrakten.

Der findes ikke noget entydigt svar på, hvorvidt en bindende og endelig, bindende og ikke-endelig eller ikke-bindende model er mest hensigtsmæssig, og alle modeller anvendes i den eksisterende kontraktpraksis. Efter D17, pkt. 44.3, kan hver af parterne begære tvistløsning efter den ordning, der er etableret i regi af Det Danske Voldgiftsinstitut, om indhentelse af en sagkyndig eller juridisk udtalelse i it-tvister. Ordningen indebærer, at der udpeges en uafhængig teknisk eller juridisk ekspert afhængig af tvistens karakter, som fremkommer med en udtalelse inden for 20 arbejdsdage på baggrund af det materiale, parterne har fremlagt. Udtalelsen er ikke bindende for parterne og kan ikke fremlægges i en eventuel senere rets- eller voldgiftssag.

Kontraktpraksis

Reglerne herom, der er udarbejdet af Danske IT-advokater, Det Danske Voldgiftsinstitut, Dansk IT og IT-Branchen, kan findes på Voldgiftsinstitutets hjemmeside.

K03 indeholder ligeledes en bestemmelse om vejledende udtalelse fra en uafhængig tredjepart, der dog ikke henviser til ordningen under Voldgiftsinstitutet, se pkt. 37.3.2: "Hvis enighed ikke kan opnås i konfliktløsningsorganet, og der er uenighed om fortolkningen af Kontraktens bestemmelser, kan hver Part anmode en uafhængig tredjepart om at afgive en vejledende udtalelse om spørgsmålet."

Hverken K01 eller K02 indeholder bestemmelser om (bindende eller ikke-bindende) forenklet tvistløsning af juridiske tvister, og der kan derfor være grund til at overveje indsættelsen af en sådan bestemmelse, når man anvender en af disse kontrakter. Muligheden for en hurtig og mere smidig løsning er i begge parter interesse og forrykker ikke den balance mellem kundens og leverandørens interesser, som K-kontrakterne er udtryk for.

ICC har udarbejdet bestemmelser om "Dispute Boards". Bestemmelserne sonderer mellem "Dispute Review Boards", der fremkommer med anbefalinger til løsning af en tvist, og "Dispute Adjudication Boards", der træffer afgørelser. Både anbefalinger og afgørelser kan indbringes for voldgift, men parterne er forpligtet til at følge

ICC Dispute Boards

afgørelser, mens spørgsmålet behandles for voldgift, hvilket ikke er tilfældet for anbefalinger. Bestemmelser og yderligere materiale kan findes på ICC's hjemmeside, <[www.iccwbo.org](http://www.iccwbo.org)>.

## 4.2. Forhandling

I en del it-kontrakter er anført, at parterne skal forsøge at bilægge tvister gennem forhandling. Det er på den ene side klart, at parterne altid har denne mulighed og i praksis også altid vil forsøge at løse en tvist gennem forhandling, inden andre tvistløsningsmekanismer tages i brug. Der er heller ikke tvivl om, at langt hovedparten af de tvister, der opstår i it-projekter, løses ved forhandling og kommercielle kompromisser. På den anden side er det også klart, at en forpligtelse til at søge tvistløsning gennem forhandling kun har begrænset juridisk værdi og under alle omstændigheder ikke vil have effekt, hvis ikke der er en reel vilje til at opnå en forhandlingsløsning.

Den selvstændige værdi i forhandlingsklausuler vil navnlig bestå, når bestemmelsen beskriver en nærmere formaliseret procedure for forhandlingen, herunder hvornår tvisten skal eskaleres til forhandling på højere niveau i parternes organisationer. Dette kan sikre, at tvisten flyttes fra de involverede projektmedarbejdere, inden den når at skade det daglige samarbejde, og i stedet flyttes til højerestående personer, der ikke har et dagligt samarbejde, og som heller ikke har den samme direkte (følelsesmæssige) involvering i projektet og de opståede problemer som projektmedarbejderne. Risikoen ved en sådan eskalering er dog omvendt, at tvisten løses af personer, der ikke har den fornødne indsigt i projektet til at finde løsninger, som kan virke i praksis efterfølgende.

Alle standardkontrakterne indeholder en bestemmelse, der forpligter parterne til at søge en forhandlingsløsning.

Se K01, pkt. 28, K02, pkt. 27.2 og 27.3.1, K03, pkt. 37.3.1, og D17, pkt. 44.2.

Bestemmelser om forhandlingsløsning vil som regel omfatte alle typer tvister og sjældent indeholde forskellig regulering for forskellige typer af tvister. I K02 sondres dog mellem uenighed om kategorisering af fejl og opfyldelse af servicemål på den ene side og uenighed om øvrige

forhold på den anden side. Forskellen er dog begrænset til, at forhandlinger om førstnævnte skal henlægges til parternes projektledere, mens forhandlinger i de øvrige tilfælde skal føres mellem "parterne", dvs. ikke nødvendigvis af projektlederne.

Bestemmelsen vil normalt forholde sig til, hvem der skal forsøge at finde en løsning, og som led heri indeholde en eskalationsprocedure, hvis enighed ikke opnås på et lavere niveau i organisationen. D17 forpligter eksempelvis parterne til at søge en forhandlingsløsning med eskalation fra dagligt ansvarlige til styregruppe og videre til et højere plan i parternes organisationer. K03 forudsætter, at parterne nedsætter et stående konfliktløsningsorgan, der skal søge at finde forhandlingsløsninger på opståede tvister, som ikke kan løses af parternes projektledere.

– eskalations-  
procedure

Udover at forpligte parterne til at sætte sig sammen og afdække forhandlingsmulighederne, vil en bestemmelse om forhandlingspligt ofte have den selvstændige retsvirkning, at andre tvistløsningsmekanismer ikke kan bringes i spil, før parterne i en nærmere angivet periode (f.eks. 5-10 arbejdsdage) har søgt en forhandlingsløsning. En sådan retsvirkning følger eksempelvis for D17, hvorefter ingen andre tvistløsningsmekanismer kan anvendes, før der er søgt en forhandlingsløsning.

– retsvirkning

Det kan virke formalistisk, at parterne tvinges ind i et nærmere angivet forhandlingsforløb, inden der kan skrives til andre tvistløsningsmekanismer, hvis der ingen vilje er til at nå en løsning, men det kan netop være i de situationer, hvor tingene er gået i hårdknude, at en pligt til at alligevel at sætte sig sammen, herunder på et højere plan i organisationen, kan vise sig nyttig. Herudover står det selvfølgelig parterne frit for at fravælge forhandlingsproceduren, hvis de er enige om, at den vil være nytteløs.

### 4.3. Mægling

Løsning af tvister gennem mægling (ofte også kaldet "mediation") har vundet udbredelse gennem de senere år, og bestemmelser om mægling har også fundet vej til it-kontrakterne. Alle K-kontrakterne og D17 indeholder således også bestemmelser om mægling.

Pligt til at forsøge  
mægling

Mæglingsbestemmelsen vil ofte pålægge parterne en pligt til at forsøge at løse tvisten gennem mægling, og ofte formuleret således, at en part har ret til at begære mægling. En egentlig pligt til at forsøge mægling følger af K02, K03 og D17 (hvorimod K01 kun forpligter parterne til at forsøge at nå til enighed om at udpege en mægler).

Se K01, pkt. 28, K02, pkt. 27.3.2, K03, pkt. 37.3.3, og D17, pkt. 44.4.

Mæglings-  
proceduren,  
herunder  
udpegning af  
mægler

Mæglingsbestemmelsen bør endvidere angive den nærmere procedure for mæglingens gennemførelse, herunder hvordan mægleren udpeges, hvis parterne ikke kan opnå enighed om mægleren. Danske IT-advokater har fastsat en procedure for udpegning af mægler og gennemførelse af mæglingens proceduren i it-tvister. Både K03 og D17 henviser til denne procedure. Se eksempelvis K03, pkt. 37.3.3 (der i det væsentlige er enslydende med bestemmelsen i D17):

Hvis enighed ikke kan opnås i konfliktløsningsorganet, skal tvisten på begæring fra en Part søges løst ved mediation ledet af en af Parterne i fællesskab udpeget mediator. Hvis Parterne ikke inden [5] Arbejdsdage, efter at en af Parterne har begæret tvisten løst ved mediation, har opnået enighed om valg af mediator, kan enhver af Parterne anmode Danske IT-advokater (DITA) om at udpege en mediator. Mediation gennemføres i givet fald i overensstemmelse med Danske IT-advokaters mediationsprocedure.

Retsvirkning

På samme måde som gjaldt for reguleringen af forhandlingspligten, bør mæglingsbestemmelsen angive, om andre tvistløsningsmekanismer, herunder særligt anlæggelse af voldgiftssag, er betinget af, at der forinden er forsøgt mægling. Både K02 og D17 forudsætter, at der først kan anlægges voldgiftssag, efter mægling er forsøgt. Dette gælder ikke efter tvistløsningsmekanismen i K03, hvilket ikke umiddelbart fremgår af bestemmelseernes ordlyd men følger af vejledningen til K03, s. 107. Derimod forudsætter K03, at tvisten er søgt bilagt gennem konfliktløsningsorganet, før der iværksættes mægling eller voldgift.

Som netop beskrevet har Danske IT-advokater en formaliseret mediationsprocedure, se mere herom på foreningens hjemmeside,

<[www.it-advokater.dk](http://www.it-advokater.dk)>. Voldgiftsinstituttet har tilsvarende et regelsæt og en procedure for mediation, se mere på <[www.voldgiftsinstitutet.dk](http://www.voldgiftsinstitutet.dk)>.

## 5. Tvistforebyggelse

Som beskrevet ovenfor i afsnit 2, har tvistforebyggelse ikke samme fast afgrænsede karakter som tvistløsning. I det følgende beskrives fire typer af tvistforebyggelse. De to første er velkendte og har længe været anvendt i it-kontrakter. De sidste to er først i de senere år begyndt at finde vej til danske it-kontrakter og afspejler dermed den øgede fokus på tvistforebyggelse, som præger den moderne it-kontraktret.

De nedenstående eksempler på tvistforebyggelsesmekanismer er selvsagt ikke udtømmende. Også den stigende brug af faseopdeling i udviklingsaftaler kan ses som et eksempel på en tvistforebyggelsesmekanisme. Fasemodellen har således bl.a. til formål at reducere den potentielle tvist, når parterne er uenige om ydelsens indhold. Viser der sig grundlæggende uenighed om kravene til systemet, indebærer dette ikke nødvendigvis en tvist om ophævelse eller betaling af et betydeligt merbeløb for ændringer. Fasemodellen giver mulighed for at reducere tvisten til et spørgsmål om, hvorvidt der skal betales udtrædelsesvederlag ved førtidig opsigelse. Både K01 og K02 giver kunden adgang til at træde ud af projektet i dets indledende fase mod betaling af et udtrædelsesvederlag. K03 og andre agile kontrakter kan ses som en mere vidtgående variant af faseopdelingen. Se om en anden variant af udviklingsaftalen, der tilsigter at skabe færre konflikter, *Dragsted*, "IT-projekt kontrakter baseret på gevinstrealisering" – del 1 og 2, "Lov&Data", 2012, nr. 109, s. 13 ff. og nr. 110, s. 32 ff.

### 5.1. Regulering af samarbejde og personlige relationer

En af de afgørende forudsætninger for en succesfuld gennemførelse af komplekse it-projekter er et godt samarbejde mellem kunde og leverandør. Mistillid og dårlig kemi mellem nøglepersoner er gift for ethvert (it-)projekt. Gensidigt tillid, effektivt samarbejde og god kemi kan ikke hindre, at der opstår tvister, men det kan medvirke til at begrænse antallet og til, at de opståede tvister løses på et tidligt stadie.

Procedure for samarbejde

Kontrakten kan selvsagt ikke tvinge parterne til et godt samarbejde eller en god kemi, men den kan skabe rammerne ved at formalisere procedurer, der understøtter samarbejdet. Det er således sædvanligt, at it-kontrakter indeholder en bestemmelse, der fastlægger procedurer for parternes samarbejde, herunder etablering af en formel samarbejdsorganisation, hvor det nærmere reguleres, hvor tit parterne mødes, i hvilke fora forskellige typer af spørgsmål drøftes, eskalering af uoverensstemmelser mv. Alle standardkontrakterne indeholder sådanne samarbejdsbestemmelser, se f.eks. K02, pkt. 5.2:

Med henblik på at sikre en hensigtsmæssig opfyldelse af Kontrakten etableres der en projektorganisation som beskrevet i bilag 10, som særligt udgøres af en styregruppe og en projektledelse. Parterne skal herunder drage omsorg for, at projektet har den fornødne forankring i Parternes respektive ledelser, således at det til stadighed er muligt at træffe de nødvendige beslutninger undervejs i projektet med den hastighed, omstændighederne kræver.

En anden type bestemmelse giver en part, ofte kun kunden, mulighed for at bede om udskiftning af den anden parts personale, hvilket kan være en fornuftig foranstaltning, hvis den personlige kemi mellem de involverede personer hindrer et effektivt samarbejde. Behovet består navnlig i forhold til de medarbejdere hos leverandøren, der har den primære kontakt med kundens medarbejdere, og bestemmelsen vil typisk være afgrænset til disse medarbejdere. Kundens krav om udskiftning af leverandørens projektansvarlige kan være problematisk for leverandøren, hvis ikke leverandøren har andre kvalificerede medarbejdere at sætte i stedet.

I K02, pkt. 5.2, sidste afsnit, anføres ganske kortfattet, at en part efter anmodning skal udskifte en medarbejder, hvis anmodningen er rimeligt begrundet. Det er lidt usædvanligt, at leverandøren også kan kræve kundens medarbejdere udskiftet, og at bestemmelsen i princippet omfatter alle typer af medarbejdere. Dette afgrænses dog af, at anmodningen skal være rimeligt begrundet. K03, pkt. 8.4.3, indeholder en tilsvarende bestemmelse, der angiver væsentlige samarbejdsvanskeligheder eller manglende kvalifikationer og kompetencer som eksempler på en rimelig og saglig begrundelse. D17 indeholder i pkt. 23.3.2, en tilsvarende regulering, der giver kunden mulighed for at kræve



udskiftning af leverandørens medarbejdere, når det er rimeligt og sagligt begrundet. Heller ikke D17 giver leverandøren en tilsvarende ret.

## 5.2. Dokumentation af efterfølgende aftaler

I langvarige og komplekse projekter vil der blive indgået mange aftaler undervejs, der supplerer eller ændrer den oprindelige aftale. Hvor forhandling og koncipering af hovedkontrakten ofte tildeles stor opmærksomhed med inddragelse af parternes interne og eksterne juridiske rådgivere, indgås efterfølgende aftaler mange gange under mindre bevågenhed af de projektansvarlige og uden inddragelse af jurister. Dette resulterer ofte i, at der ikke indgås en skriftlig aftale, der tydeligt beskriver parternes pligter. Konsekvensen af dette kan være, at parterne ikke selv har tilstrækkelig klarhed over indholdet af aftalen og sidder tilbage med hver sin opfattelse af dens indhold. Hertil kommer risikoen for, at de personer, der indgik aftalen, ikke længere arbejder på projektet, når tvisten opstår. Hyppige personudskiftninger er et velkendt fænomen i længerevarende projekter. Begge disse forhold kan lede til tvister, der kunne være undgået, hvis den aftalte ændring eller tilføjelse til den oprindelige aftale var affattet skriftligt.

For at sikre dette, indeholder mange it-kontrakter bestemmelser om skriftlighed ved indgåelse af tillægsaftaler og ændringsaftaler. Dette gælder alle K-kontrakterne. For K02 omfatter reguleringen både aftaler om ændringer i ydelserne og aftaler om ændringer af kontrakten i øvrigt. Krav om dokumentation vedrørende ændring af ydelserne fremgår af pkt. 6.6:

Leverandøren skal opretholde en fælles ændringslog, der indeholder al relevant Dokumentation vedrørende ændringer, herunder dateret ændringsanmodning og løsningsforslag, samt indarbejde ændringerne i Kontrakten i overensstemmelse med bestemmelserne i punkt 29.3.

Den generelle regel om dokumentation af kontraktændringer fremgår af pkt. 29.3:

Parterne foretager i fællesskab kontraktstyring baseret på følgende hovedprincipper:

Krav om skriftlig aftale ved ændringer

1. Alle ændringer og tilføjelser til Kontrakten skal foreligge i skriftlig form ved opdatering af selve Kontrakten, der underskrives af begge Parter.
2. Alle ændringer og tilføjelser til bilagene skal foreligge i skriftlig form ved opdatering af selve bilagene og skal herefter underskrives af begge Parter.
3. Alle ændringer og tilføjelser af Kontrakt og bilag skal kunne dokumenteres med fuld sporbarhed, f.eks. ved ændringsmarkering, versionshistorik og lignende.
4. Alle væsentlige ændringer og tilføjelser og baggrunden herfor omtales kort i punkt 2.

K03 indeholder en tilsvarende type bestemmelse i pkt. 36.3. D17 forudsætter, at leverandøren fører en ændringslog over alle ændringer til kontrakten, jf. pkt. 27.3:

**27.3.1** Leverandøren skal løbende føre en log over alle ændringer til Kontrakten, herunder til Services. Leverandøren skal gøre loggen tilgængelig for Kunden.

**27.3.2** Én gang årligt, første gang 12 måneder efter Overtagelsesdagen, skal Leverandøren levere en opdateret Kontrakt, hvor alle de seneste 12 måneders aftalte ændringer er indskrevet. Kunden skal meddele eventuelle indsigelser mod opdateringen senest 1 måned efter modtagelsen.

Skriftlige  
mødereferater

I tilknytning til bestemmelser om skriftlig aftaleindgåelse indeholder mange kontrakter bestemmelser, der forudsætter et skriftligt referat fra parternes møder. Ganske ofte indgås aftaler mellem parterne på styregruppemøder eller andre former for projektmøder, og det kan derfor være hensigtsmæssigt, at der udfærdiges skriftligt referat fra disse møder, så der etableres en vis dokumentation for, hvad der er aftalt. En sådan bestemmelse suppleres ofte af en bestemmelse om, at referatet anses for godkendt, hvis ikke der er rejst indsigelser inden for en nærmere angivet tidsfrist. En sådan bestemmelse kan som udgangspunkt ikke antages at afskære parterne fra at bestride indholdet af et mødereferat under en senere sag, jf. også *Gomard & Kistrup*, Civilprocessen, s. 542. Bestemmelsen vil imidlertid give den part, der vil bestride ind-

holdet af et godkendt referat, en vanskelig bevisbyrde at løfte. Alle K-kontrakterne indeholder i deres samarbejdsbilag en sådan bestemmelse, se K01, bilag 11, pkt. 2.1.2, K02, bilag 10, pkt. 3, litra K-18 og K03, bilag 7, pkt. 3.2.1, litra K-23.

### 5.3. Parternes modenhed

I en del projekter, hvor der er opstået vanskeligheder, har leverandøren peget på, at kundens organisation ikke har haft tilstrækkelige kompetencer og erfaring til at styre og gennemføre et større it-projekt og i det hele taget ikke været tilstrækkelig opmærksom på, at en vellykket gennemførelse af komplekse it-projekter også forudsætter betydelige kompetencer og ressourcer hos kunden. Omvendt har nogle kunder oplevet, at leverandøren måske nok var dygtig til at levere det produkt, der blev efterspurgt, men mindre dygtig til den tilhørende projektstyring og måske har oversolgt deres kompetencer og erfaring på dette punkt i bestræbelserne på at vinde kontrakten.

For at sikre fokus på de krav, som projektstyringen stiller, og give parterne et grundlag for at vurdere egne og den anden parts evner i denne henseende, har den tidligere IT- og Telestyrelse i samarbejde med en række brancheorganisationer, interesseforeninger, KL og Danske Regioner udviklet en model for måling af parternes modenhed i it-projekter, der overordnet indebærer, at parterne angiver deres eget modenhedsniveau på forskellige områder (evne til at styre it-projekter, evne til at samarbejde med kunde/leverandør mv.).

Modenhedsmodellen er implementeret i K02, jf. pkt. 5.3, der har følgende ordlyd:

Kunden og Leverandøren har forud for indgåelse af Kontrakten besvaret de modenhedsspørgsmål, der i bilag 11 er stillet til Kunden og i bilag 8 er stillet til Leverandøren.

På baggrund af disse besvarelser er henholdsvis Kundens og Leverandørens modenhedsniveau opgjort efter de retningslinjer, der er angivet i bilag 8 og bilag 11, og modenhedsniveauet er anført i de respektive bilag.

– Model for måling af modenhed

Leverandøren og Kunden skal ved opfyldelse af deres respektive forpligtelser under Kontrakten opfylde den pågældende Parts modenhedsniveau, jf. bilag 8 og bilag 11.

Kundens og Leverandørens manglende opfyldelse af det oplyste modenhedsniveau vil være en misligholdelse af den pågældende Parts forpligtelser på lige fod med andre forpligtelser, den pågældende Part er underlagt under Kontrakten. Ingen af parterne kan dog bringe misligholdelsesbeføjelser i anvendelse alene som følge af manglende opfyldelse af modenhedskrav, der ikke kan have betydning for partens leveringsforpligtelse/medvirkensforpligtelse i henhold til Kontrakten.

Uanset det af Kunden eller Leverandøren angivne modenhedsniveau i henholdsvis bilag 8 og bilag 11 er Kunden og Leverandøren forpligtede til at opfylde deres respektive forpligtelser under denne Kontrakt. Hverken det af Kunden eller Leverandøren angivne modenhedsniveau kan medføre, at den pågældende Part efterfølgende kan påberåbe sig en besvarelse i bilag 8 eller bilag 11 som en begrundelse for manglende opfyldelse.

Bestemmelsen er en nyskabelse i dansk it-kontraktpraksis. Det er værd at bemærke, at bestemmelsen ikke forpligter parterne til at leve op til forud fastlagte modenhedsniveauer, men forpligter parterne til at leve op til det modenhedsniveau, som parten selv har angivet. Tanken er, at parterne ikke nødvendigvis har en høj grad af modenhed på alle de målte parametre, men at der skabes synlighed om parternes modenhedsniveau, så parterne kan indrette sig herefter (ligesom kunden kan lade det indgå i sin vurdering af de modtagne tilbud). Lever en part ikke op til det angivne modenhedsniveau, kan det udgøre misligholdelse af kontrakten.

Trods implementeringen af modenhedsmodellen i K02, har modellen ikke fået den store udbredelse, og det er nok også tvivlsomt, om den får det. De praktiske erfaringer med modellen er derfor også begrænsede.

#### 5.4. Proaktive beføjelser (proactive remedies)

De fleste it-kontrakter gør brug af en klassisk misligholdelsesmodel, hvorefter en part kan gøre misligholdelsesbeføjelser gældende, når der

foreligger mangler eller forsinkelse. Misligholdelsesbeføjelserne er de velkendte: erstatning, bod, forholdsmæssigt afslag, afhjælpning og ophævelse. Den part, der vil gøre misligholdelse gældende, typisk kunden, må afvente at misligholdelsen aktualiseres og vil herefter primært kunne søge en økonomisk kompensation.

I en del kontrakter ses denne for komplekse it-projekter noget rigoristiske misligholdelsesmodel suppleret af såkaldte proaktive beføjelser, der udløses af begivenheder, der ikke udgør egentlig misligholdelse, men som dog indikerer risikoen for en senere misligholdelse (på engelsk benævnt "proactive remedies"). Det kan eksempelvis være en forværrelse af leverandørens økonomi (ændret kreditrisiko), service-mål, der i gentagne tilfælde kun lige overholder de garanterede service-mål, udskiftning af nøglemedarbejdere hos leverandøren, måling af høj grad af brugerutilfredshed mv. Beføjelserne afspejler, at der ikke er tale om egentlig misligholdelse, og søger generelt at forebygge problemer på et tidligt stadie (de er med andre proaktive frem for klassiske misligholdelsesbeføjelser, der er reaktive). Blandt beføjelserne kan være krav om øget fokus på den pågældende problemstilling fra leverandøren, udarbejdelse af rapport med beskrivelse af problemhåndtering, en indsigtret for kunden, adgang til at indsætte en tredjepart til at assistere eller overtage dele af opgaverne mv. Nogle af beføjelserne kan i sig selv være byrdefulde for leverandøren og nærmer sig egentlige misligholdelsesbeføjelser. Det er dog kendetegnende for alle proaktive beføjelser, at de søger at understøtte opfyldelse af kontrakten frem for økonomisk kompensation for den manglende opfyldelse.

Proaktive beføjelser kan være et hensigtsmæssigt supplement til de klassiske misligholdelsesbeføjelser og vil kunne bidrage til forebyggelse af tvister. Bestemmelser om proaktive beføjelser er gennem de senere år i stigende omfang indført i større it-kontrakter uden at det dog har udmøntet sig i en omfattende brug af beføjelserne i praksis.

D17 forudsætter i pkt. 28, at leverandøren skal foretage proaktive handlinger, der nærmere skal specificeres i et bilag. Hovedkontrakten regulerer ikke i øvrigt proaktive beføjelser og forudsætter dermed, at hele reguleringen fastsættes i bilaget. K-kontrakterne indeholder ikke bestemmelser om proaktive beføjelser.

## 6. Perspektivering

Den ovenstående gennemgang illustrerer en markant udvikling i it-kontrakternes regulering af tvistløsning og tvistforebyggelse.

It-kontrakter rummer i dag flere forskellige typer af tvistløsningsbestemmelser end tidligere. Mæglingsbestemmelser er et eksempel på det. Bestemmelser om en forenklet løsning af juridiske tvister er et andet eksempel på en nyere form for tvistløsningsmekanisme.

Størst udvikling har der dog været i it-kontrakternes tvistforebyggelsesbestemmelser, illustreret ved K02's regulering af parternes modenhed, faseopdelte og agile kontrakter som K03 og brugen af proaktive beføjelser. En tendens, der præger flere af denne type bestemmelser, er ønsket om øget transparens. Modenhedsmodellen skal ikke i sig selv sikre parternes modenhed, men skal sikre, at det bliver gennemsigtigt, om parterne har den fornødne modenhed, og hvor dette i givet fald ikke er tilfældet. Tilsvarende kan de iterative kontrakter ses som et forsøg på at skabe mere klarhed over indholdet af leverancen (både fordi leverancen defineres undervejs, og fordi kunden er i en tæt løbende dialog med leverandøren om udviklingen). Også visse proaktive beføjelser søger at skabe større gennemsigtighed bl.a. ved at give kunden øget indblik i leverandørens organisation mv.

Som en mere overordnet tendens kan de moderne tvistløsnings- og (i særlig grad) tvistforebyggelsesbestemmelser ses som et paradigmeskift, hvor kontraktens traditionelle reaktive natur suppleres af proaktive bestemmelser, der søger at forebygge og minimere tvister. De klassiske retlige bestemmelser (hvad skal leveres, til hvilken tid og hvilke beføjelser udløser en misligholdelse) suppleres af bestemmelser, der i højere grad tager udgangspunkt i, hvad der erfaringsmæssigt leder til vanskeligheder og tvister i projekterne (manglende modenhed i projektstyringen, manglende mulighed for indgriben og indsigt for en egentlig misligholdelse, personlige relationer mv.), og som søger at styre uden om disse forhold.

Der er næppe tvivl om, at denne udvikling vil fortsætte, og at yderligere modeller for tvistløsning og tvistforebyggelse vil blive bygget ind i kontrakterne. Denne udvikling understreger behovet for et samarbejde mellem de konciperende jurister på den ene side og projekt- og leverancefolk på den anden side og illustrerer, at it-kontrakt-

juristen ikke kun må kende til juraen, og heller ikke kun til teknologien men også – og i stigende omgang – må kende til de projektstyringsmekanismer, der bidrager til, om et komplekst it-projekt bliver en succes eller ej.





# BIBLIOGRAFI OG STIKORDSREGISTER



# Bibliografi

- Andersen, Lars Svenning, Bjarke Vejby & Jeppe Høyer Jørgensen, *Lov om lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse med kommentarer* (5. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2009).
- Andersen, Lennart Lyngé & Palle Bo Madsen, *Aftaler og mellemænd* (7. udgave, Karnov Group 2017).
- Andersen, Mads Bryde, “Edb-leverandørens ansvar for ophavsretligt begrundede retsmangler”, *Ugeskrift for retsvæsen* 1987B, s. 121 ff.
- Andersen, Mads Bryde, *Grundlæggende aftaleret – Aftaleretten I* (4. udgave, Gjellerup 2013).
- Andersen, Mads Bryde, *Praktisk aftaleret – Aftaleretten II* (5. udgave, Gjellerup 2019).
- Andersen, Mads Bryde, *Enkelte transaktioner – Aftaleretten III* (3. udgave, Gjellerup 2016).
- Andersen, Mads Bryde, *IT-retten* (2. udgave, Gjellerup 2005).
- Andersen, Mads Bryde & Joseph Lookofsky, *Lærebog i obligationsret I – Ydelsen, Beføjelser* (4. udgave, Thomson Reuters 2015).
- Baker, Steven, Lawrence Akka & Rachel Glass, *IT Contracts and Dispute Management* (Edward Elgar Publishing 2018).
- Beck, Strange & Ole Bruun Nielsen, *EDB-retlige afgørelser 1* (Edb-rådet 1984).
- Beck, Strange & Ole Bruun Nielsen, *EDB-retlige afgørelser 2* (Databehandlerforeningens forlag 1986).
- Beck, Strange, Ole Bruun Nielsen & Hanne Bender, *EDB-retlige afgørelser 3* (Databehandlerforeningens forlag 1988).

- Bengtsson, Bertil, *Hävningensrett och uppsägningsrett vid kontraktbrott* (Nordstedts 1967).
- Borcher, Erling & Frank Bøggild, *Markedsføringsloven* (3. udgave, Forlaget Thomson 2013).
- Bostrup, Poul, "Kontraktgrundlaget ved mindre edb-anskaffelser – Behov for enklere standardkontrakter kan imødekommes med svenske og norske modeller", *Revision og Regnskabsvæsen* 1994, s. 39 ff.
- Bull, Jørgen, *EDB-kontrakter* (Oslo: Universitetsforlaget 1981).
- Christner, Anders & Tobias Edvardsson, *Cloud Computing – En håndledning og kommentar til IT&Telekomföretagens standardavtal Cloud Computing version 2010* (2011).
- Christophersen, Odd-Einiar & Arve Føyen, *EDB-anskaffelser – fremgangsmåte og avtalutforming* (Oslo: Universitetsforlaget 1981).
- Czarnota, Bridget & Robert J. Hart, *Legal protection of Computer Programs in Europe* (Butterworths 1991).
- Dragsted, Nicolai, *IT-kontrakter I og II* (Forlaget Thomson 2000).
- Dragsted, Nicolai, "God it-skik", *Lov&Data* 2011, nr. 107.
- Dragsted, Nicolai, "IT-projekt-kontrakter baseret på gevinstrealisering", del 1 og 2, *Lov&Data*, 2012, nr. 109, s. 13 ff. og nr. 110, s. 32 ff.
- Dragsted, Nicolai, Ole Horsfeldt, Jesper Langemark & Claus Sørensen, *K01 med kommentarer* (Forlaget Thomson 2004).
- Dragsted, Nicolai, Ole Horsfeldt, Jesper Langemark & Claus Sørensen, *K02 med kommentarer* (2008).
- Ehlers, Andreas, *Grundlæggende erstatningsret* (Karnov Group 2019).
- Ehlers, Andreas, *Om adækvanslæren i erstatningsretten* (Karnov Group 2011).
- von Eyben, Bo, *Forældelse – efter forældelsesloven af 2007* (2. udgave, Karnov Group 2019).
- von Eyben, Bo & Heller Isager, *Lærebog i erstatningsret* (9. udgave, Djøf Forlag 2019).
- Frost, Kim, *Informationsydelsen* (Thomson – GadJura 2002).
- Frost, Kim, "Nogle betragtninger om bevisbyrde, undersøgelsespligt og reklamation", *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2019, s. 491 ff.

- Frost, Kim, "Anvendelsen af bodsbestemmelser ved misligholdelse i erhvervsforhold", *Erhvervsjuridisk Tidsskrift* 2014, s. 207 ff.
- Frost, Kim, "Om retten og pligten til naturalopfyldelse", *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2013, s. 94 ff.
- Føyen, Arve, Kristine M. Madsen, Christine Klüwer & Elisabeth Wille (red.), *Kontrakter for utvikling av programvare* (Cappelen Akademisk Forlag 2006).
- Gomard, Bernhard & Michael Kistrup, *Civilprocessen* (7. udgave, Karnov Group 2020).
- Hagel-Sørensen, Karsten (red.), *Aktuel udbudsret* (Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2011).
- Hagstrøm, Viggo, *Obligasjonsrett* (2. udgave, Oslo: Universitetsforlaget 2011).
- Hagstrøm, Viggo, "Om grensene for ansvarsfraskrivelse, særlig i næringsforhold", *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 1996, s. 421 ff.
- Hamer, Carina Risvig, *Grundlæggende udbudsret* (Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2016).
- Hansen, Ole (red.), *Ændringsregler i længerevarende kontrakter* (Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2014).
- Hansen, Ole, *Entrepriseserlige mellemformer* (Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2013).
- Hansen, Ole, "Formkrav og frister i entreprisekontrakter", *Tidsskrift for Bolig- og Byggeret* 2012, s. 238 ff.
- Hansen, Ole, "Om de længerevarende kontraktforholds forankring i den almindelige kontraktret", *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2011, s. 468 ff.
- Hjortskov, Jens, "Voldgiftspraksis om dagbøder for overskridelse af mellemfrister", *Tidsskrift for Bolig- og Byggeret* 2011, s. 227 ff.
- Hoeren, Thomas, *IT-Vetragtsrecht* (Verlag Dr. Otto Schmidt 2012).
- Horsfeldt, Ole, *IT outsourcing* (Forlaget Thomson 2005).
- Horsfeldt, Ole, "Anmeldelse af Mads Bryde Andersen, IT-retten", *Ugeskrift for Retsvæsen* 2002B, s. 257 ff.
- Hørlyck, Erik, *Entreprise – AB 18* (8. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2019)

- Hørlyck, Erik, *Tilvirkningskøbet* (Jurist- og Økonomforbundets Forlag 1996).
- Iversen, Torsten, *Obligationsret, 1. del* (på grundlag af Bernhard Gomards Obligationsret, 6. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2019).
- Iversen, Torsten, *Obligationsret, 2. del* (på grundlag af Bernhard Gomards Obligationsret, 5. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2019).
- Iversen, Torsten (red.), *Formueretlige emner* (9. udgave, Djøf Forlag 2019).
- Iversen, Torsten, *Entrepriseretten* (Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2016).
- Iversen, Torsten, *Erstatningsberegning i kontraktsforhold* (Thomson – GadJura 2000).
- Iversen, Torsten, “Udfyldende entrepriseret. Hvad gælder, når AB 92 ikke er vedtaget?”, *Tidsskrift for Bolig- og Byggeret* 2003, s. 480 ff.
- Johansen, Christian, *Bygherrens ændringsret* (GadJura 1999).
- Juul, Jakob & Peter Faurholdt Thommesen, *Voldgiftsret* (2. udgave, Forlaget Thomson 2011).
- Jørgensen, Stig, *Kontraksret, bind 2* (Juridisk Bogformidling 1972).
- Karstoft, Susanne, “It-kontrakter” i Iversen (red.), *Formueretlige emner* (9. udgave, Djøf Forlag 2019).
- Klinger Paul & Rachel Burnett, *Drafting and Negotiating IT Contracts* (3. udgave, Bloomsbury 2013).
- Klingsten, Mette, *Ansættelsesretlige aspekter ved virksomhedsoverdragelse* (2. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2016).
- Koktvedgaard, Mogens, “Bidrag til elektronrettens almindelige del”, *Juristen* 1968, s. 157 ff.
- Korfits Nielsen, Kristian & Anders Lotterup, *Databeskyttelsesforordningen og databeskyttelsesloven* (Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2020).
- Krarpup, Thomas, “Ansvar og risiko for overholdelse af offentligretlige krav i længerevarende kontraktforhold”, *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2013, s. 3 ff.

- Kristensen, Lars Hedegaard, Anne-Dorte Bruun Nielsen & Torsten Iversen, *Lærebog i dansk og international køberet* (5. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2017).
- Kuner, Christopher, Lee A. Bygrave & Christopher Docksey, *The EU General Data Protection Regulation (GDPR)* (Oxford University Press 2020).
- Lehmann Nielsen, Søren, “Bygherrens ret til naturalopfyldelse”, *Ugeskrift for Retsvæsen* 1996B, s. 176 ff.
- Lindberg, Agne & Daniel Westman, *Praktisk IT-rätt* (3. udgave, Norstedts Juridik 2001).
- Lindberg, Agne, Johan Kahn & Björn Krouthén, *IT-avtal – särskilt om outsourcing* (Norstedts Juridik 2009).
- Lindskoug, Mette, “Retstilstanden for sælgere og købere af brugte licenser”, *Ugeskrift for Retsvæsen* 2013B, s. 278 ff.
- Lundblad, Christian, Steffen Pihlblad, Håkon Djurhuus & Claus Søgaard-Christensen, *Praktisk voldgiftsret* (Jurist- og Økonomforlagets Forbund 2011).
- Løffler Nielsen, Jesper & Anne Larsen, “Persondatarettens legaldefinitioner – ‘Dataansvarlig’, ‘databehandler’, ‘personoplysninger’, ‘behandling’ og ‘register’”, *Ugeskrift for Retsvæsen* 2019B, s. 69 ff.
- Madsen, Lasse Lund, *Strafbar medvirken i erhvervsforhold* (Thomson Reuters 2009).
- Madsen, Palle Bo, “Aftalte ansvarsfritagelser i erhvervsforhold”, *Ugeskrift for retsvæsen* 2018B, s. 131 ff.
- Mestad, Ola, *Om force majeure og risikofordeling i kontrakt* (Oslo: Universitetsforlaget 1991).
- Moalem, David, “Fortielser ved kontraktindgåelse – om obligationsrettens loyale oplysningspligt”, *Ugeskrift for retsvæsen* 2004B, s. 133 ff.
- Motzfeldt, Hanne Marie & Azad Taheri Abkenar, *Digital forvaltning – udvikling af sagsbehandlende løsninger* (Djøf Forlag 2019).
- Nielsen, Søren Lehmann, “Bygherrens ret til naturalopfyldelse”, *Ugeskrift for Retsvæsen* 1996B, s. 176 ff.
- Nørager-Nielsen, Jacob, *Edb-kontrakter* (G.E.C. Gads Forlag 1987).

- Nørgaard, Jørgen, "Om køberens afvisningsret ved tilvirkningskøb", *Ugeskrifts for retsvæsen* 1997B, s. 523 ff.
- Offersen, Rene & Morten Frank, "Konkurrencepræget dialog ved indgåelse af særligt komplekse it-kontrakter", *Erhvervsjuridisk Tidsskrift* 2009, s. 325 ff.
- Olsen, Lena, *Ersættingsklausuler: vite och andra avtalade ersättningar vid kontraktsbrott* (Norstedt 1993).
- Perméus, Anders & Daniel Lindberg, *IT-avtal* (Jure 2013).
- Petersen, Günther J., *Ansvarsfraskrivelse* (Ejnar Munksgaards forlag 1957).
- Poulsen, Sune Troels, *EU Udbudsretten – Udbudsloven, Forsyningsvirksomhedsdirektivet, Koncessionsdirektivet* (3. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2016).
- Rustad, Michael L., *Software Licensing – Principles and Practical Strategies* (Oxford University Press 2010).
- Schiersing, Niels, *Voldgiftsloven med kommentarer* (Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2016).
- Søgaard, Marianne, "Gen-udbud af it-systemer" i Hagel-Sørensen (red.), *Aktuel udbudsret* (Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2011) s. 163 ff.
- Schmidt, Per Håkon, *Retsbeskyttelse af Edb-programmer* (GadJura 1998).
- Schønning, Peter, *Ophavsretsloven med kommentarer* (6. udgave, Karnov Group 2016).
- Theilgaard, Søren, Aqbal Amiri & Theis Jacobsen, *Købeloven med kommentarer* (4. udgave, Karnov Group 2017).
- Torvund, Olav, *Kontraksregulering – IT-kontrakter* (Tano Aschehoug 1997).
- Treumer, Sten (red.), *Udbudsloven* (Ex Tuto 2016).
- Treumer, Sten (red.), *Udbudsretten* (Ex Tuto 2019).
- Udsen, Henrik, *It-ret* (4. udgave, Ex Tuto 2019).
- Udsen, Henrik, "Ændringsrisikoen i it-udviklingsaftaler" i Ole Hansen (red.), *Ændringsregler i længerevarende kontrakter* (Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2014).



- Udsen, Henrik, "Erstatning for internt tidsforbrug", *Ugeskrift for Retsvæsen* 2015B, s. 249 ff.
- Udsen, Henrik, "Uagtsomhed som aftalestiftende retsfaktum – et bidrag til den aftaleretlige forpligtelseslære", *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2006, s.104 ff.
- Ulfbeck, Vibe, *Kontrakters relativitet – det direkte ansvar i formueretten* (Thomson GadJura 2000).
- Ussing, Henry, *Obligationsretten – almindelige del* (ved A. Vinding Kruse, 4. udgave, Juristforbundets Forlag 1967).
- Vagner, Hans-Henrik, *Entrepriseret* (ved Torsten Iversen, 4. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2005).
- von Eyben, Bo & Helle Isager, *Lærebog i erstatningsret* (9. udgave, Djøf Forlag 2019).



# Stikordsregister

## A

Adækvans 194, 259, 381, 413  
 Afbestillingsret 267  
 Afhjælpningspligt 160, 368, 436  
 Afhjælpningsret 222, 391, 482  
 Afhjælpningstider 434  
 Aflevering 121  
 Afprøvning 121, 213, 224, 294 ff.  
 Aftalesædvaner 49  
 Aftalt kvalitetsmålestok 90, 312  
 Agil udvikling 20, 53  
 Annullation 247, 266, 405, 422  
 Anonymisering 277  
 Ansvar for underleverandør 330  
 Ansvarsbegrænsningsbestemmelser  
 227 ff., 264 ff., 392, 420  
 Ansvarsgrundlag 189 ff., 258, 380,  
 412  
 Apache-licensen 492 f.  
 As is 469, 480  
 Atern 20

## B

Back-to-back 34  
 Benchmarking 323  
 Beslaglæggelse 241, 399  
 Best practice 90

Betaling 57, 114 ff., 313 ff., 443, 471,  
 498

Betalingsforsinkelse 248 ff., 406

Betalingsstidspunkt 117, 314

Betalingsstilbageholdelse 210

Blokade 241, 399

Bod 201 ff., 385 ff., 452

Bonnerup-rapport 53, 60

Bortfald af misligholdelsesbeføjelser  
 211 ff., 262 ff., 388 ff., 418 ff.

Brand 241, 399

Brugerdokumentation 83

## C

Cloudaftaler 26 ff.

Clusters 378, 411

Contract management 41

Copyleft 497

Cross default 446, 450

CSR-bestemmelser 177

Culpa in contrahendo 384

Cyberangreb 399

## D

D17 10, 287

Dansk Deponerings Institut 32, 87

Databeskyttelse 268 ff., 326 ff.  
 – Drift af it-systemer 326 ff.  
 – Gennem design 270 ff.  
 – Sikkerhed 333 ff.  
 – Udvikling af it-systemer 268 ff.  
 Delegation af myndighedsudøvelse  
 97  
 Delmilepæle 171, 183, 203, 207 ff., 373  
 Delvis ophævelse 182 ff., 254, 378  
 Dispute Boards 515  
 Dokumentation 83 ff., 305  
 – Brugerdokumentation 83  
 – Driftsdokumentation 363 f.  
 – Driftshåndbog 305, 363  
 Dommere, sagkyndige 511  
 DPIA 272 ff.  
 Driftsaftaler 24, 285 ff.  
 Driftsdokumentation 363 f.  
 Driftseffektivitet 80, 303  
 Driftshåndbog 305, 363  
 Driftskapacitet 301  
 Driftsmiljø 302  
 Driftsprøve 295 ff.  
 Driftsstatistik 305  
 Driftsydelsen 301 ff.  
 Due diligence 289 ff.

## E

EFI 93  
 Ejendomsforbehold 257  
 End user license agreement 466  
 Erstatning 188 ff., 258 ff., 345 ff.,  
 380 ff., 412 ff., 452  
 Estimat 115 ff.  
 EULA 466  
 EUPL 493  
 Ex nunc 177 ff., 377  
 Ex tunc 177 ff., 377

## F

Faktiske mangler 157, 366  
 Faseopdeling 58  
 Force majeure 239 ff., 397 ff.  
 Fordringshaverмора 248, 406  
 Forholdsmæssigt afslag 113, 160, 186,  
 379, 452  
 Formkrav 144, 218, 389  
 Forsinkelse 153 ff., 169 ff., 366, 372  
 Forudgående oplysninger 72  
 Forældelse 245, 405  
 Funktionelle krav 78  
 Funktionsdygtighedskriteriet 127

## G

Gap-analyse 78  
 Garantiansvar 191, 381  
 Garantibestemmelser 177, 376  
 Gevinstrealisering 98 ff.  
 God it-skik 90  
 God skik 312  
 Godkendelse af prøver 123, 296  
 Godkendelseskriterier 124, 296  
 GPL-licensen 492  
 Grov uagtsomhed 232, 395

## H

Hemmeligholdelsesaftaler 36

## I

Illoyalitet 232  
 Indirekte tab 195 f., 200, 227, 420  
 Indsatsforpligtelse 55, 301  
 Infrastructure as a Service 28

Infrastrukturydelser 286  
 Installationsprøve 122  
 Interne forskrifter 311  
 Internt tidsforbrug 198 ff., 261, 384  
 Interoperabilitet 81  
 IaaS 28

## J

Juristens rolle 37

## K

K01 10, 60  
 K02 10, 60  
 K03 10, 61  
 K04 10  
 K17 10  
 K18 10  
 K33 10  
 Katastrofeberedskab 304, 311, 401  
 Kausalitet 194, 259, 381, 413  
 Kildekode 86 ff., 151 f., 162, 166, 181,  
 440 f., 443, 455, 489, 496  
 – Rettigheder 151  
 Kildekodedeponering 31 f.  
 – Kildekodedeponeringsaftaler  
 31  
 Kompatibilitet 81  
 Konsekvensanalyse 272 ff.  
 Konsulentaftaler 35  
 Kontraktadministration 305  
 Kontraktstyring 41  
 Kontraudskyldelse 141  
 Kravspecifikation 74 ff.  
 Krigsreglen 339 ff.  
 Krigsudbrud 241, 399  
 Kundens medvirken 243

Kundens misligholdelse 248 ff.,  
 406 ff., 453  
 Kundens øvrige leverandører 243  
 Kvalitetsmålestok, aftalt 90, 312

## L

Legal programlicens 459  
 Leverancesædvaner 49  
 Leverandørens misligholdelse 153 ff.,  
 366 ff., 445 ff.  
 Levering 119  
 License audit 472  
 License management 472  
 Liquidated damages clauses 202, 386  
 Litteratur 43  
 Lockout 241, 399  
 Lov om virksomhedsoverdragelse 15  
 Lovkrav 93 ff., 158, 306 ff.  
 Lovvalg 488  
 Loyalitetspligt 69, 92, 106, 135, 143,  
 245, 336, 401, 425  
 LPAR 361  
 Løsningsbeskrivelse 74 ff.

## M

Medarbejdere, overtagelse af 298  
 Mediation 517  
 MIPS 302, 313  
 Misligholdelse 153 ff., 366 ff., 444 ff.,  
 479 ff.  
 – Kundens 248 ff., 406 ff., 453  
 – Leverandørens 153 ff., 366 ff.,  
 445 ff.  
 – Misligholdelsesformer 153 ff.,  
 248 ff., 366 ff., 406 ff.

Misligholdelsesbeføjelser 159 ff.,  
252 ff., 367 ff., 409 ff.  
– Bortfald af 211 ff., 262 ff.,  
388 ff., 418 ff.

Modenhed 523

Modregning 210

Most favoured customer 324

Myndighedsudøvelse, delegation af  
97

Mægling 517

## N

Naturalopfyldelse 159 ff., 252, 367 ff.,  
409, 445

NDA 36

Negativ kontraktsinteresse 196, 252,  
260, 383, 414

Non-disclosure agreement 36

## O

OEM-aftale 466

Offergrænse 161, 165, 369

Offshoring 337

Open source-licenser 489 ff.

Ophævelse 168 ff., 253 ff., 372 ff.,  
409 ff., 445

– Delvis 182 ff., 254, 378

– Uberettiget 250, 407

Ophævelses tidspunktet 177, 179

Ophør 423 ff.

Ophørsassistance 423 ff.

Oplysninger, forudgående 72

Oplysningspligt 96, 300, 335

Oppetid 80, 303

Oprør 241, 399

Original equipment manufacture  
agreement 466

Outsourcing 285

Overtagelse af medarbejdere 298

Overtagelsesprøve 122, 295 ff.

## P

Penalty clause 386

Persondatakrænkelser 395

Persondataret (se *databeskyttelse*)

Personlige relationer 519

Petya 400

Platform as a Service 28

Positiv opfyldelsesinteresse 196, 251,  
260, 265, 383, 414

Praksis i strid med aftalen 145

Prisdifferencetab 197

Prisoverslag 115

Prisændringer 315

Proactive remedies 524

Proaktive beføjelser 524

Produktionsdata 276

Projektstyring 101

Præklausionsregel 145

Prøver, godkendelse af 123, 296

Pseudonymisering 278

PaaS 28

## R

RAM-kopiering 459

Reaktionstider 434

Refleksforsinkelser 208

Reklamation 211 ff., 262, 388, 419

Relationer, personlige 519

Releases 437, 470

Remedies, proactive 524

Rentekrav 252, 409

Reserveeksemplarer 461

Resultatforpligtelse 55, 301

Resultatkrav 300  
 Retskilder 3 ff., 48, 526  
 Retsmangler 157, 367  
 Rettigheder 150, 352 ff.  
 Rådgivningspligt 106 ff.  
 Rådighedsmangler 158, 367

## S

Sagkyndige dommere 511  
 Sammensatte aftaler 33 ff.  
 Samtidighedsgrundsætningen 117, 210  
 Sekundære ydelser 248, 406  
 Selvfahjælpning 165  
 Selvfahjælpsret 166, 371  
 Service towers 378, 411  
 Servicemål 302  
 Sikkerhedsbrud 335  
 Sikkerhedseksemplarer 460  
 Sikkerhedskrav 15  
 Sikkerhedsstillelse 417  
 Software as a Service 28  
 Softwarelicensaftaler 21, 457 ff.  
 Spørgsmålet 178  
 SSA-D 287, 325, 351, 369  
 Standarder 310  
 Standardkontrakter 9 ff., 59 ff., 287  
 Standsningsret 261, 416  
 Strejke 241, 399  
 Svartider 80, 303, 373  
 Syntetiske data 276  
 Systemdata 361  
 Systemkrav 300  
 Sædvaner 12  
 – Aftalesædvaner 49  
 – Leverancesædvaner 49  
 SaaS 28

## T

T&M 57  
 Tab af data 421  
 Tab, indirekte 195 f., 200, 227, 420  
 Tabsopgørelsen 195 ff., 260, 382 ff.  
 Testdata 276  
 Tidsforbrug, internt 198 ff., 261, 384  
 Tilbageholdsret 261, 416, 429  
 Tilbagelevering af aktiver 428  
 Tilgængelighed 80, 303  
 Tilvirkningskøb 6, 464  
 Time and material 57  
 Transition 289 ff.  
 – Transitionsplanen 294  
 Tredjepartsprogrammel, Vedligeholdelse af 440 ff.  
 Tvistforebyggelse 508, 519 ff.  
 Tvistløsning 508 ff.

## U

Uberettiget ophævelse 250, 407  
 Udbudsregler 16  
 Udbygningsmuligheder 82  
 Udskydelsesadgang 140  
 Udviklingsaftaler 18, 51 ff.  
 Underdatabehandler 329  
 Underleverandør, ansvar for 330  
 Underleverandøraftaler 33  
 Undersøgelsespligt 212, 388, 480

## V

Vandfaldsmodel 20, 52  
 Vedligeholdelse af tredjepartsprogrammel 440 ff.  
 Vedligeholdelsesaftaler 23, 431 ff.

Vedligeholdelsesydelsen 432  
Vejledende udtalelse 515  
Versioner 437, 470  
Virksomhedsculpa 193  
Virksomhedsoverdragelse, lov om 15  
Voldgift 509  
Værdispildsbetragtninger 134, 170,  
172, 263, 372, 391, 449  
Værneting 488

## W

Wanna Cry 400  
Work around 162

## Z

Zero day-angreb 400

## Æ

Ændringer 133  
Ændringshåndtering 132 ff., 315 ff.