



Undersøgelses- og oplysningspligten i IT-driftsaftaler

The duty to investigate and inform in IT operations agreements

Syddansk Universitet, Jura

Antal tegn: 139.787

Vejleder: Torsten Bjørn Larsen

Cecilie Katrine Salling
03-10-1998

1. Abstract

This thesis examines how the allocation of risk for factual circumstances in IT operations contracts is shaped by the duties to inform and to investigate under Danish law and under the standard contract D17. The analysis focuses on how these duties operate in a contractual setting where the parties do not have equal access to the technical environment underlying the service, and where incomplete or inaccurate information may have significant operational consequences.

Under the Danish law, the duty to inform rests with the seller, who must disclose conditions he knows or ought to know, while the buyer may be subject to a duty to investigate when circumstances are accessible to him. In IT operations contracts, this structure shifts because the customer has no realistic ability to examine the technical environment. The customer's role is therefore limited to providing correct and complete information about its own conditions, whereas the supplier's technical insight and access make him the party closest to identifying unrealistic assumptions or operational risks. The supplier's advisory duty extends this responsibility, requiring him to react when the customer's material is insufficient or when the factual conditions differ from what has been assumed.

The thesis further analyses how D17 structures these duties, as it introduces a formalized process for due diligence, verification and transitional testing, which places the responsibility for clarifying the operational environment primarily on the supplier, while assigning the customer an explicit duty to provide and assist with information. Once the operational phase begins, the supplier carries the ongoing responsibility for delivering the agreed services within the established environment, except where inaccuracies originate from the customer in ways the supplier could not reasonably detect.

The thesis also considers situations involving third-party and cloud-based services, where neither party has full access to the underlying systems. In such settings, the practical role of the duty to investigate is reduced, and the duty to inform becomes the principal mechanism for managing uncertainty, even though the supplier often remains the party closest to reacting to risks.

Across these elements, the thesis shows that IT operations contracts alter the balance between the duties to inform and investigate. The customer establishes the factual starting point, but the supplier is generally the party best positioned to assess, verify and respond to conditions affecting the service. The interaction between background law and D17 therefore forms the foundation for how risk is allocated in contemporary IT operations agreements.

Indholdsfortegnelse

1. Abstract	1
2. Indledning	4
3. Problemformulering	5
4. Afgrænsningsafsnit	5
5. Metodeafsnit.....	6
6. Generelt om IT-aftaler	8
6.1 IT-retten i et obligationsretligt perspektiv	9
6.2 Parternes forhold.....	10
6.3 Faserne ved indgåelse af en IT-driftsaftale	13
6.4 IT-rettens retskilder.....	17
7. Baggrundsretten	21
7.1 Gælder der en undersøgelsespligt i IT-retten?	21
7.2 Gælder der en oplysningspligt i IT-retten?	37
8. Regulering af undersøgelses- og oplysningspligt i D17	47
8.1 Faserne ved indgåelsen af en IT-kontrakt	47
8.2 Tredjepartsydelser og D17	53
9. Diskussion.....	55
9.1. Rollefordelingen mellem parterne	55
9.2. Oplysningspligt eller undersøgelsespligt?	57
9.3 Særlige hensyn ved IT-driftsaftaler?.....	61
9.4 Særlige hensyn ved tredjepartsløsninger.....	62
10. Konklusion.....	63
11. Litteraturliste.....	65

2. Indledning

Denne afhandling undersøger, hvordan risikoen for faktiske forhold fordeles i IT-driftsaftaler gennem reglerne om oplysnings- og undersøgelsespligt. Emnet er relevant, fordi driftsaftaler adskiller sig markant fra almindelige kontraktforhold, idet parterne ikke alene skal regulere ydelser og ansvar, men også håndtere et driftsmiljø, som typisk er komplekst, dynamisk og ofte delvist uden for deres egen kontrol. Spørgsmålet om, hvem der bærer risikoen for ufuldstændige eller urigtige oplysninger om dette miljø, får derfor særlig vægt i driftsaftaler, hvor en funktionssvigtende drift hurtigt kan få vidtrækkende konsekvenser.

I dansk IT-kontraktret har udviklingen af standardkontrakter bidraget til at systematisere dette område. Den mest brugte standardkontrakt til driftsaftaler er D17, og den regulerer både undersøgelses- og oplysningspligt, herunder due diligence, verifikation, transitionsprøver og løbende informationsudveksling. Disse bestemmelser afspejler et behov for at håndtere den informationsasymmetri, der kendetegner driftsaftaler, hvor leverandøren typisk har adgang til det tekniske grundlag, mens kunden alene kan bidrage med sin forretningsmæssige indsigt.

Området er præget af et samspil mellem baggrundsretten og kontraktretlige standarder. Baggrundsretten opstiller almindelige obligationsretlige principper om, hvem der er nærmest til at afklare et forhold, og hvornår en part kan støtte ret på sin egen uvidenhed. D17 fraviger på nogle punkter disse udgangspunkter ved at give leverandøren en mere aktiv rolle i afdækningen af faktiske forhold og samtidig udtrykkeligt placere en informationsbyrde hos kunden. Det skaber en dobbelt regulering, hvor det ikke altid er klart, hvornår baggrundsretten supplerer kontrakten, og hvornår kontrakten udtømmende regulerer området.

Samtidig udfordrer cloudbaserede løsninger de traditionelle hensyn bag oplysnings- og undersøgelsespligten. Når hverken kunden eller leverandøren har fuld adgang til tredjepartsydelsers tekniske forudsætninger, kan de klassiske mekanismer for risikoallokation blive utilstrækkelige. Spørgsmålet er derfor, i hvilket omfang disse pligter fortsat kan fungere som redskaber til at fordele risikoen for faktiske forhold, og hvordan D17 søger at håndtere de begrænsninger, der følger af moderne driftsmiljøer.

Formålet med afhandlingen er at analysere, hvordan baggrundsretten og D17 regulerer oplysnings- og undersøgelsespligten, og hvordan dette påvirker parternes risikoplacering i driftsaftaler.

Afhandlingen belyser, hvor reglerne overlapper, hvor de divergerer, og hvordan samspillet mellem dem danner grundlaget for den retsstilling, som kunder og leverandører navigerer efter.

3. Problemformulering

Hvordan påvirker oplysnings- og undersøgelsesforpligtelserne parternes risikofordeling for faktiske forhold i IT-driftsaftaler efter baggrundsretten og D17?

4. Afgrænsningsafsnit

Afhandlingen afgrænser sig til at undersøge, hvordan oplysnings- og undersøgelsespligten fordeler risikoen for faktiske forhold i IT-driftsaftaler efter baggrundsretten og D17. Fokus ligger udelukkende på disse to pligter som mekanismer til risikoallokation, og analysen omfatter derfor ikke en bredere behandling af misligholdelsesregler, erstatningsretlige grundsætninger eller ansvarsbegrænsninger i D17.

Afhandlingen behandler alene de elementer af samarbejdsforpligtelsen, der har direkte berøring med oplysnings- og undersøgelsespligten, særligt rådgivningspligten, som funktionelt knytter sig til disse. Øvrige samarbejdspligter behandles ikke. Analysen vedrører endvidere alene kommercielle driftsaftaler mellem professionelle parter, hvorfor der afgrænses fra reglerne om forbruger køb, herunder problemstillinger efter købelovens § 77. Forbrugerforhold inddrages alene som sammenlignende hensyn i diskussionsdelen, hvor asymmetrien mellem parterne kan illustrere, hvorfor visse beskyttelseshensyn genopstår i driftsaftaler, men uden at forbrugerretten i øvrigt danner retsgrundlag.

Retsområder, der kun indirekte relaterer sig til pligterne, inddrages ikke. Det gælder persondataret, cybersikkerhed og NIS-direktiver, udbudsret, krav ved sikkerhedsbrud, samt tekniske spørgsmål om drift, arkitektur, hardware eller software. Afhandlingen analyserer heller ikke afhjælpningspligt, leveringstidspunkter eller misligholdelsesbeføjelser. Culpa in contrahendo behandles ikke særskilt, da fokus i denne afhandling er på de kontraktuelle og obligationsretlige pligter, der fordeler risikoen for faktiske forhold, og ikke på ansvarsbedømmelsen ved vildfarelse eller fortielse. Reglen om

culpa in contrahendo har et andet sigte og ville udvide analysen til ansvarsspørgsmål snarere end til de mekanismer, som parterne normalt anvender til at afklare forholdene inden kontrakten indgås.

UAT-tests og overtagelsesprøver omtales alene i det omfang, de belyser kundens begrænsede mulighed for undersøgelse og den deraf følgende reaktionspligt, men uden teknisk eller kontraktretlig behandling. D17's bilag analyseres ikke særskilt, da disse udformes individuelt af parterne og ikke foreligger som standardiseret materiale. Bilagenes funktion inddrages kun i det omfang, det er nødvendigt for at forstå reguleringen af de to pligter i kontrakten. Afhandlingen beskæftiger sig ikke med transitionsaftaler, udviklingsaftaler eller andre standardkontrakter end D17.

Endelig anvendes forskellige begreber afhængigt af det retlige udgangspunkt. I obligationsretten anvendes realdebitor og realkreditor, i køberetten anvendes sælger og køber, og i IT-retten anvendes leverandør og kunde. Disse begreber bruges konsekvent inden for hver retskilde og uden at ændre deres indhold på tværs af områderne. Afgrænsningen sikrer dermed, at afhandlingens fokus fastholdes på den centrale problemstilling, netop hvordan oplysnings- og undersøgelsespligten fordeler risikoen for faktiske forhold i IT-driftsaftaler.

5. Metodeafsnit

I nærværende afhandling er den retsdogmatiske metode blevet anvendt for at besvare problemformulering og afklare, hvad gældende ret på området er. Den retsdogmatiske metode er blevet anvendt, da denne metode anvendes til at udlede de lege lata, som er gældende ret, er i den juridiske videnskab.

Den retsdogmatiske analyse i opgaven udgør en analyse af såvel baggrundsretten som D17, hvor opgavens formål har været at undersøge gældende ret ift., hvordan oplysnings- og undersøgelsesforpligtelserne påvirker parternes risikofordeling for faktiske forhold i IT-driftsaftaler efter baggrundsretten og D17.

Gældende ret er defineret som at udgøre summen af et sæt retsregler, der finder anvendelse inden for et retligt reguleret område. Efter den almindelige juridiske metode eksisterer der som hovedregel ikke et retskildehieraki, hvorfor alle retskilder som udgangspunkt er ligestillede. Dog tager dette speciale afsæt i et IT-retligt, og dermed obligationsretligt, spørgsmål. Selv om der inden for den

juridiske metode som udgangspunkt gælder et retskildehieraki¹ gør dette sig ikke gældende inden for den almindelige obligationsret, som IT-retten også udspringer af.

Den almindelige obligationsret er udtryk for en almindelig hensyns- og interesseafvejning, og det ”bygger obligationsrettens almindelige del på begreber, principper og hensyn, der danner udgangspunkt for den argumentation og hensynsafvejning, som leder frem imod de praktiske retlige konklusion”.²

Den centrale retskilde inden for obligationsretten er parternes aftale og almindelige obligationsretlige principper. I den forbindelse kan D17 og standardkontrakter også nævnes. Både D17 og standardkontrakter generelt udgør i sig selv ikke retskilder, medmindre de er vedtaget mellem parterne, i hvilket tilfælde de så vil udgøre selve aftalegrundlaget og dermed få væsentlig retskildemæssig betydning. Visse bestemmelser er dog i standardkontrakterne, herunder D17, bestemmelser, udtryk for branchesædvane eller almindelige obligationsretlige principper, herunder loyalitetspligten, og disse gælder naturligvis uagtet om D17 er vedtaget eller ej.

Retspraksis spiller ligeledes en væsentlig rolle og er en væsentlig retskilde, når gældende ret skal fastlægges inden for obligationsretten.³ Det er inden for retspraksis, hvor almindelige obligationsretlige principper bliver udviklet og fastsat.

Det udgør dog en betydelig metodisk udfordring i denne afhandling, at tvister i driftsaftaler primært bliver afgjort ved anvendelse af voldgift og dermed heller ikke offentliggøres. For at afhjælpe denne metodiske udfordring er der bl.a. søgt inspiration i norsk retspraksis. Det skal påpeges, at afhandlingen ikke har til sigte at foretage en komparativ analyse eller fastslå, hvad gældende ret er i Norge. Afgørelsen fra Norge er blot medtaget som et fortolkningsbidrag til at fastlægge, hvad gældende ret er på området efter dansk ret. Blandt landene i Norden har der eksisteret et betydeligt

¹ Blume, Retssystemet og juridisk metode, s. 194

² Andersen, Lærebog i obligationsret 1, s. 56

³ Blume, Juridisk Metodelære, side 66.

samarbejde, som har medvirket til, at mange af problemstillingerne inden for obligationsretten er blevet behandlet på samme måde,⁴ dette defineres blandt andet som et tæt 'slægtskab'.⁵

At tvister i driftsaftaler primært løses ved voldgift gør også, at der inddrages retspraksis fra køberetten og entrepriseretten. Der foretages en analyse af, hvorvidt de hensyn der gør sig gældende efter den almindelige obligationsret, samt køberetten og entrepriseretten, også gør sig gældende inden for driftsaftaler.

Udover almindelige obligationsretlige principper, retspraksis fra øvrige dele af obligationsretten, fremmed ret og standardkontrakter inddrages også juridisk litteratur. Der er ikke enighed, om juridisk litteratur udgør en egentlig retskilde, eller om det blot udgør en gengivelse af gældende ret. Henset til at den mangler demokratisk legitimitet kan det derfor siges, at den juridiske litteratur ikke udgør en egentlig retskilde, da den ikke er retlig bindende, men udgør et supplement og kan anvendes, idet den som nævnt beskriver og gengiver gældende ret.

6. Generelt om IT-aftaler

En grundlæggende sondring inden for IT-kontrakter går mellem udviklingsaftaler og driftsaftaler. I udviklingsaftaler er hovedformålet, at leverandøren udvikler og leverer et nyt system eller en ny løsning, der først skal bygges, testes og idriftsættes, før kunden kan anvende den.⁶ Der er typisk tale om en enkeltstående leverance, som afsluttes med en overtagelse, og det er særligt kendetegnende, at ydelsen ikke eksisterer ved aftalens indgåelse.

Driftsaftaler adskiller sig herfra ved, at leverandøren varetager kundens IT-relaterede funktioner såsom drift, teknisk support eller administration. Hvor udviklingsaftaler orienterer sig mod et fremtidigt resultat, er driftsaftaler karakteriseret ved vedvarende forpligtelser, hvor leverandøren skal opretholde en stabil og sikker drift.⁷ Denne løbende karakter skaber et vedvarende informations- og afhængighedsforhold mellem parterne, hvor det bliver centralt at afklare, hvilke

⁴ Andersen, Lærebog i obligationsret, s. 86

⁵ Udsen, IT-kontraktret, s. 48

⁶ Udsen, IT-kontraktret, s. 68

⁷ Udsen, IT-kontraktret, s. 285

oplysninger der skal udveksles, og hvilke faktiske forhold der skal undersøges forud for og under aftalens løbetid. Det er i denne kontekst, oplysnings- og undersøgelsesforpligtelserne får betydning for risikoplaceringen mellem parterne.

6.1 IT-retten i et obligationsretligt perspektiv

Den almindelige obligationsret udgør det primære retsgrundlag for fastlæggelsen af parternes forpligtelser i en IT-leverance, når spørgsmålet ikke er udtrykkeligt reguleret i aftalen.

Grundsætningerne fortolkes i lyset af de særlige forhold, der kendetegner IT-ydelser, og suppleres af branchesædvaner og standardkontrakter, når de almindelige regler ikke giver tilstrækkelig vejledning.⁸

I et kontraktforhold skelnes mellem den part, der skal præstere ydelsen, og den part, der har krav på den. Den præsterende part betegnes som realdebitor og pengekreditor, mens modparten, som skal have ydelsen erlagt, er realkreditor og pengedebitor.⁹ I driftsaftaler indtager leverandøren rollen som realdebitor, idet denne har ansvaret for at levere og opretholde driften af kundens systemer. Kunden er derimod realkreditor og har ret til, at driften gennemføres i overensstemmelse med aftalen.

Realydelsen udgør kernen i skyldforholdet og betegner den præstation, som realdebitor er forpligtet til at levere efter aftalen.¹⁰ I driftsaftaler består realydelsen i en løbende drifts- og vedligeholdelsesydelse, der sikrer, at kundens systemer fungerer som forudsat, og driftsaftaler betegnes som en tjenesteydelse.¹¹

Efter obligationsretten sondres der mellem hovedforpligtelser og biforpligtelser. Hovedforpligtelsen er den præstation, som aftalen i sit væsentlige formål angår, mens biforpligtelser er accessoriske ydelser, der understøtter hovedforpligtelsen.¹² I driftsaftaler består hovedforpligtelsen i at

⁸ Udsen, IT-kontraktret, s. 7-8

⁹ Andersen, Lærebog i obligationsret 1, s. 21

¹⁰ Andersen, Lærebog i obligationsret 1, s. 67

¹¹ Udsen, IT-kontraktretten s. 288-289

¹² Andersen, Lærebog i obligationsret 1, s. 72

opretholde en stabil og funktionsdygtig drift i overensstemmelse med aftalte serviceniveauer. Biforpligtelserne kan derimod bestå i pligter, som understøtter samarbejdet mellem parterne, såsom oplysningspligt, loyalitetspligt og samarbejdspligt.¹³

6.2 Parternes forhold

Mange virksomheder råder ikke selv over de nødvendige tekniske ressourcer til at håndtere en stabil og sikker drift, og derfor vælger de i stedet at overlade denne opgave til eksterne specialister.¹⁴

Leverandører, der beskæftiger sig professionelt med drift, kan ofte samle flere virksomheders behov i én samlet løsning og dermed realisere stordriftsfordele. Dette muliggør, at ydelserne leveres både billigere og med højere kvalitet, end kunden selv ville kunne opnå ved at løse opgaven internt.¹⁵

Denne effektivisering medfører dog også, at driftsaftalen samtidig etablerer et udtalt afhængighedsforhold. Kunden mangler ofte den tekniske indsigt og fagkundskab, der er nødvendig for at gennemskue driftsforholdene, hvilket skaber en informationsmæssig ubalance mellem parterne.¹⁶

Når driften outsources, etableres der et kontraktforhold, hvor kunden i vid udstrækning bliver afhængig af leverandørens opfyldelse.¹⁷ Afhængigheden angår dog ikke blot selve leverancen, men også kundens mulighed for at vurdere, om ydelsen leveres i overensstemmelse med aftalen. Derfor pålægges leverandøren typisk en udvidet pligt til at informere, dokumentere og afhjælpe. Sådanne reguleringer afspejler, at risikoen for faktiske forhold, som kunden ikke med rimelighed kan gennemskue, i praksis ofte håndteres gennem kontraktuelle mekanismer, og at disse sommetider afviger fra de almindelige deklaratoriske regler.

Parternes forskellige forudsætninger og den typisk skæve fordeling af indsigt og kontrol gør det nødvendigt, at kontrakten ikke blot regulerer selve ydelsen og leveringen heraf, men også håndterer

¹³ Andersen, Lærebog i obligationsret 1, s. 74 og Horsfeldt Ole, IT-outsourcing s. 82

¹⁴ Udsen, IT-kontraktret, s. 24

¹⁵ Desai, Service Level Agreements, s. 15

¹⁶ Bryde Andersen, IT-retten, s. 886f og 894

¹⁷ Udsen, IT-kontraktret, s. 24

ansvaret for information, samarbejde og kontrol. Disse forhold danner grundlaget for den nærmere regulering af parternes oplysnings- og undersøgelsesforpligtelser.

6.2.1 Leverandørens forpligtelser

Driftsaftaler har karakter af en tjenesteydelse, og er derfor ikke omfattet af købeloven, men af de almindelige obligationsretlige principper.¹⁸ I praksis beskrives leverandørens ydelse ofte gennem resultatkrav, som konkretiseres i service level agreements (SLA'er) med målbare krav som eksempelvis svartid og opetid.¹⁹ Disse krav kan i visse tilfælde suppleres af systemkrav, der vedrører driftsmiljøet, herunder teknisk infrastruktur og personalets kvalifikationer. I praksis fokuseres kravene dog typisk på driftsresultatet frem for processerne, idet kunden sjældent har mulighed for eller interesse i at vurdere de tekniske detaljer, så længe ydelsen fungerer som aftalt.

Sondringen mellem resultat- og systemkrav svarer ikke nødvendigvis til sondringen mellem resultat- og indsatsforpligtelser i obligationsretten. Både resultatkrav og systemkrav stiller konkrete og målbare kriterier til leverandørens ydelser, hvorfor en driftsydelse som udgangspunkt er en resultatforpligtelse, og leverandørens manglende opfyldelse vil derfor som udgangspunkt udgøre misligholdelse, medmindre der foreligger forhold, som kunden må bære risikoen for.²⁰

Udover hovedforpligtelsen, som nævnt konkretiseres i SLA'er med målbare krav som eksempelvis svartid og opetid, har leverandøren også en række biforpligtelser som ophørsassistance og rådgivningsforpligtelser, der kan have karakter af at være en indsatsforpligtelse. Det gælder blandt andet i D17, hvor leverandøren forpligtes til at medvirke ”*på god og forsvarlig vis*” ved ophør af kontrakten. Bestemmelsen indebærer, at leverandøren skal yde en aktiv indsats for at sikre, at kunden kan overtage driften eller overføre den til en ny leverandør uden tab af data eller funktionalitet.

¹⁸ Udsen, IT-kontraktret, s. 288

¹⁹ Horsfeldt, IT outsourcing, s. 88

²⁰ Udsen, IT-kontraktret, s. 300 - 301

I tilfælde, hvor beskrivelsen af driftsydelsen ikke er tydelig, kan der efter omstændighederne fortolkes en pligt på baggrund af hvad kunden med rimelighed kan forvente.²¹ Denne vurdering kan blandt andet foretages på baggrund af en almindelig hensyns- og interesseafvejning, herunder hvem der har konciperet aftalen, om den loyale oplysningspligt er overholdt, og de generelle markedsstandarder.²²

Det er afgørende, hvordan leverandørens ydelse er beskrevet i kontrakten ved indgåelsen af aftalen, da dette ikke blot fastlægger, hvad der kan kræves opfyldt, men også danner grundlaget for at vurdere eventuel misligholdelse. Ved at opstille præcise krav og klare målepunkter kan kunden overvåge leverancen og fastholde leverandøren på det aftalte. Samtidig fungerer sådanne krav som et værn mod uklarheder om ansvarsfordelingen for faktiske forhold. Dermed bliver kontraktens regulering af parternes forpligtelser et centralt redskab til at balancere parternes informationsniveau og tydeliggøre risikoens placering.

6.2.2 Kundens forpligtelser

I driftsaftaler påhviler der kunden en række forpligtelser ud over selve betalingen, som udgør kundens hovedforpligtelse, for at understøtte leverandørens mulighed for at levere ydelsen som aftalt. Det kan eksempelvis omfatte deltagelse i møder eller medvirken i afprøvning i transitionsfasen.²³ Kundens pligt til at samarbejde på en loyal måde forudsætter, at nødvendige oplysninger ikke tilbageholdes, og at relevante beslutninger træffes rettidigt. Denne pligt er væsentlig, idet leverandørens mulighed for at levere den aftalte ydelse afhænger af, at kunden videregiver korrekte og fyldestgørende oplysninger om driftsmiljøet og egne systemer.²⁴

Kundens oplysningsforpligtelse udspringer af det almindelige obligationsretlige loyalitetsprincip og har til formål at sikre, at leverandøren får et retvisende grundlag at disponere ud fra. Hvis kunden undlader at videregive oplysninger, som denne vidste eller burde vide var væsentlige for leverandørens ydelse, kan det få betydning for, hvordan risikoen for mangelfuld opfyldelse

²¹ Nørager-Nielsen, Edb-kontrakter, s. 176

²² Udsen, IT-kontraktret, s. 300

²³ Udsen, IT-kontraktret, s. 315

²⁴ Horsfelt, IT outsourcing, s. 108

placeres. Kunden skal medvirke ved at afprøve og teste implementeringen af systemer, hvilket både kan være ved at stille testdata og personale til rådighed, og det må forventes, at der løbende kan foretages kvalitetskontrol af leverandørens ydelser.²⁵

I driftsaftaler har kunden derfor en mere aktiv medvirken end i mange andre aftaleforhold. Denne udvidede rolle afspejler, at kunden typisk besidder den faktiske viden om virksomhedens interne systemer og processer, som leverandøren er nødt til at kende for at kunne levere driftsydelser korrekt.

6.3 Faserne ved indgåelse af en IT-driftsaftale

Driftsaftaler opdeles typisk i flere faser, der afspejler det praktiske og kontraktuelle forløb af samarbejdet mellem kunde og leverandør. Selvom denne faseopdeling ikke har selvstændige retsvirkninger, har den væsentlig betydning for forståelsen af parternes rettigheder og forpligtelser i aftalens livscyklus.

De indledende faser, særligt due diligence og transition, er afgørende, fordi det er her grundlaget for risikofordelingen etableres gennem parternes oplysnings- og undersøgelsesforpligtelser. I drifts- og ophørsfasen fortsætter disse forpligtelser i form af løbende samarbejde, loyalitet og bistand, som skal sikre, at driften opretholdes og senere kan overdrages uden tab af viden eller funktionalitet. Fremstillingen i det følgende redegør for de centrale kendetegn ved hver fase og danner grundlag for den efterfølgende analyse af, hvordan D17 regulerer og fordeler forpligtelserne mellem parterne.

6.3.1 Due diligence-fasen

Før aftaleindgåelsen gennemføres ofte en due diligence, hvor leverandøren undersøger de forhold, der har betydning for overtagelsen af driften. Leverandøren skal blandt andet have adgang til oplysninger om kundens medarbejdere, systemer, hardware/software, licensaftaler og driftsmiljø.²⁶ Formålet er at skabe et retvisende grundlag for aftalen og dermed sikre, at leverandøren kan vurdere, hvordan ydelserne skal leveres, og afgive et realistisk tilbud. Dette forudsætter, at

²⁵ Horsfelt, IT outsourcing, s. 109<

²⁶ Udsen, IT-kontraktret, s. 289

leverandøren får mulighed for at kontrollere den tekniske arkitektur, dokumentation og serviceniveauer, således at tilbuddet baseres på verificerede forhold i kundens organisation.²⁷

Efter gennemgangen foretager kunden typisk en verifikation af de oplysninger, som leverandøren har indsamlet under due diligence, for at sikre, at grundlaget for leverandørens tilbud stemmer overens med de faktiske forhold.²⁸ Formålet med en verifikation er netop at undgå efterfølgende regulering fra leverandøren.²⁹ Hvis kunden sikrer, at leverandøren får et retvisende billede af opgaven under due diligence og den efterfølgende fase, kan grundlaget for sådanne krav elimineres. Transitionsfasen udgør i den forbindelse et centralt skæringspunkt, hvor parternes forudsætninger konkret mødes, og hvor grundlaget for det videre kontraktforløb bliver lagt.

6.3.2 Transitionsfase

Når aftalen er indgået, begynder transitionsfasen, som er den periode, hvor driften flyttes fra kunden, eller den tidligere leverandør, til den nye leverandør. Det er en kritisk fase, fordi det kræver, at leverandøren får etableret et stabilt driftsmiljø, samtidig med at kundens forretning skal kunne fortsætte uden væsentlige afbrydelser.³⁰

Under transitionsfasen skal der foretages overtagelses- og driftsprøver. I overtagelsesprøven testes det tekniske set-up og leverandørens evne til at løfte opgaven i en realistisk simuleret driftssituation. Når den prøve er bestået, flyttes kundens systemer, og dette er et af de mest kritiske punkter i hele forløbet. Når flytningen er gennemført, følger en driftsprøve i kundens system, hvor leverandøren skal vise, at den faktiske ydelse lever op til det, der er aftalt i kontrakten, herunder servicemålene.³¹

Det er vigtigt, at der i kontrakten er fastsat klare godkendelseskriterier for prøverne. Kunden kan ikke afvise prøven på baggrund af enhver fejl, og derfor bør kriterierne være konkrete og afstemt med, hvad man realistisk kan kræve på det pågældende tidspunkt i forløbet, hvorfor de heller ikke

²⁷ Horsfelt, IT outsourcing, s. 50

²⁸ Horsfelt, IT outsourcing, s. 52

²⁹ Udsen, IT-kontraktret, s. 293

³⁰ Udsen, IT-kontraktret, s. 294

³¹ Udsen, IT-kontraktret, s. 295

bør svare til de endelige servicemål for den ordinære drift.³² Derudover har leverandøren også en afhjælpningsret ved driftsaftaler, hvilket er modsat til, hvad der ellers gør sig gældende i den almindelige obligationsret.³³

Hvis prøverne ikke består eller gennemføres rettidigt, kan det udløse retsvirkninger, som afhænger af situationens yderligere omstændigheder. Hvis leverandøren ikke leverer som aftalt, vil det kunne udgøre forsinkelse, og hvis det er kunden der ikke medvirker som aftalt, kan der opstå fordringshavemora.³⁴ Omvendt vil beståede prøver som udgangspunkt markere overgangen til driftsfasen.³⁵

6.3.3 Driftsfasen

Når både overtagelses- og driftsprøven er bestået, starter den periode, hvori det er aftalt at driftsaftalen er gældende. I denne fase etableres den endelige ansvarsfordeling og løbende samarbejde mellem parterne. Servicemålene kan i begyndelsen være lavere end de endelige mål, og gradvist optrappes til det aftalte niveau, jf. blandt andet K04 pkt. 12.1, 5. afsnit.

Leverandøren har i denne fase ansvaret for at levere de aftalte services og for at varetage de handlinger og ydelser, der er et naturligt eller nødvendigt led i leveringen. Forpligtelsen omfatter således typisk også opgaver, der ikke udtrykkeligt fremgår af kontrakten, men som er nødvendige for at opretholde stabil drift.

Kundens medvirken er typisk reguleret i kontrakten, hvor det præciseres, hvilke ansvarsområder kunden har i forbindelse med leveringen af de aftalte services. Kunden skal herudover medvirke loyalt i nødvendigt omfang og opfylde de forpligtelser, der i øvrigt fremgår af kontrakten.

³² Udsen, IT-kontraktret, s. 295

³³ Udsen, IT-kontraktret, s. 391

³⁴ Udsen, IT-kontraktret, s. 297

³⁵ Udsen, IT-kontraktret, s. 296

6.3.4 Ophørsfasen

Når en driftsaftale nærmer sig afslutningen, opstår der et behov for at sikre en smidig og sikker overgang til kundens egen drift eller en ny leverandør. Dette forudsætter, at leverandøren yder ophørsassistance.³⁶ Baggrunden herfor er, at det som oftest kun er leverandøren, der har fuldt overblik over den eksisterende driftsydelse og driftsmiljøets tekniske sammensætning. Uden denne viden kan det være vanskeligt for kunden at udarbejde et dækkende udbudsmateriale eller at gennemføre en effektiv overdragelse. Manglende ophørsassistance kan derfor føre til driftsafbrydelser og tab af forretningskritiske funktioner.³⁷

Ophørsassistancen kan bestå i udarbejdelse af en exit-plan, overdragelse af kundens data i aftalte formater, udlevering af programmer og teknisk dokumentation, overdragelse af kontrakter samt bistand ved etablering af ny drift.³⁸ Denne pligt er også anerkendt i baggrundsretten, hvor det må antages, at leverandøren, selv uden udtrykkelig regulering, i et vist omfang er forpligtet til at medvirke i overgangsfasen som følge af loyalitetspligten og en udbredt branchesædvane.³⁹

Kunden er forpligtet til at medvirke i overgangsprocessen. Dette omfatter blandt andet at bidrage til planlægning og koordinering, stille personale til rådighed og sikre, at relevante oplysninger og adgangsforhold er tilgængelige for både den afgangende og den kommende leverandør.⁴⁰ I tilfælde af parallel drift eller teknisk overlevering vil kundens rolle være afgørende for, at overgangen kan ske uden afbrydelser. Kunden må derfor påtage sig en aktiv rolle, både praktisk og økonomisk, i forbindelse med afslutningen af samarbejdet.

³⁶ Udsen, IT-kontraktret s. 365

³⁷ Horsfelt, IT outsourcing, s. 218

³⁸ Udsen, IT-kontraktret, s. 426, Horsfelt, IT outsourcing, s. 218 - 219

³⁹ Udsen, IT-kontraktret, s. 425

⁴⁰ Udsen, IT-kontraktret, s. 425, Horsfelt, IT outsourcing, s. 219

6.4 IT-rettens retskilder

6.4.1 Obligationsretten

Ved indgåelsen af et kontraktforhold vil parternes hovedforpligtelser som regel være udtrykkeligt fastlagt i aftalen, mens de mere accessoriske biforpligtelser kan være reguleret, men ofte ikke er det direkte. Alligevel har disse forpligtelser stor betydning for parternes retsstilling, især i komplekse og længerevarende kontrakter som driftsaftaler, hvor samarbejdet bygger på et tæt gensidigt afhængighedsforhold.

Driftsaftaler betegnes som nævnt ovenfor som tjenesteydelser, og de falder derfor uden for købelovens direkte anvendelsesområde, jf. KBL § 1 a. I sådanne kontrakter bliver de ulovbestemte obligationsretlige principper et nødvendigt supplement til aftalen, fordi de udfylder de mellemrum, som kontrakten efterlader, og medvirker til at bestemme, hvem der bærer risikoen, når faktiske forhold viser sig anderledes end forudsat.⁴¹

Selvom købeloven ikke finder direkte anvendelse, kan dens bestemmelser i visse tilfælde anvendes analogt, når de udtrykker almindelige obligationsretlige grundsætninger, herunder bl.a. princippet om den loyale oplysningspligt, der er kodificeret i KBL § 76, stk. 1.⁴² Da obligationsretten i høj grad er udviklet med udgangspunkt i køberetten, giver den ikke altid et dækkende grundlag for at regulere længerevarende og samarbejdsorienterede kontrakter som driftsaftaler. De almindelige obligationsretlige regler må derfor fortolkes og anvendes med hensyntagen til de særlige faktiske og tekniske forhold, der gør sig gældende i denne type aftaler. Derudover kan vurderingen suppleres med branchesædvaner, standardkontrakter, og beslægtede kontraktområder som eksempelvis entrepriseretten, der på flere punkter minder om IT-aftaler.⁴³

Ringerike-sagen illustrerer, hvorfor disse hensyn får betydning ved vurderingen af misligholdelse i aftaler. Retten fremhævede, at IT-ydelser ofte er teknisk komplekse, af stor samfundsmæssig betydning og forbundet med et tæt afhængighedsforhold mellem kunde og leverandør. Kunden er i høj grad afhængig af leverandørens løbende indsats og kan sjældent vurdere ydelsen fuldt ud før

⁴¹ Udsen, IT-kontraktret, s. 5 og s. 288-289

⁴² Udsen, IT-kontraktret, s. 5

⁴³ Udsen, IT-kontraktretten, s. 8

systemet tages i brug, mens fejl uundgåeligt vil forekomme. Retten udtalte udtrykkeligt: *“Etter rettens oppfatning må disse momentene få betydning både for hva som defineres som mislighold og for mulige konsekvenser av mislighold”* Dommen viser altså, at misligholde og retsfølger i driftsaftaler må vurderes ud fra kontraktens særlige karakter og de hensyn, der adskiller den fra traditionelle køberetlige forhold.

6.4.2 Standardkontrakter

Standardkontrakter anvendes som fælles skabeloner for reguleringen af IT-retlige kontraktforhold. De er udarbejdet af fagkyndige aktører og dækker typisk de mest centrale problemstillinger i en IT-kontrakt, såsom leverance, ansvar, drift og ophør. Formålet er at skabe gennemsigtighed, reducere forhandlingstid og sikre et balanceret udgangspunkt mellem kunde og leverandør.

Standardkontrakterne kan tilpasses den konkrete aftale, men fungerer som et anerkendt og afprøvet udgangspunkt for kontraktens opbygning og indhold. Når de opnår bred anvendelse, skaber de et fælles forventningsgrundlag og kan bidrage til at standardisere retspraksis på området.⁴⁴

Standardkontrakterne får som udgangspunkt kun retsvirkning mellem parterne, hvis de konkret er vedtaget som en del af aftalegrundlaget. De kan derfor ikke påberåbes som retskilde af en part, medmindre de er vedtaget ved aftale.⁴⁵ I praksis kan de dog være udtryk for almindelig obligationsret såvel som branchesædvaner, særligt når der er tale om såkaldte *agreed documents*, og dermed få betydning ved fortolkningen af uklare eller uregulerede forhold i den individuelle aftale.⁴⁶ Det udtrykkes blandt andet således: *“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.”*⁴⁷ Dette understreger det retspragmatiske hensyn, at velafprøvede standardvilkår kan være mere retssikkerhedsskabende end en fri og usikker vurdering foretaget uden teknisk indsigt i området.

⁴⁴ [Standardkontrakt: En grundig forklaring og vejledning – SBKK Erhvervs artikler](#)

⁴⁵ Udsen, IT-kontraktret, s. 10

⁴⁶ Hørlyck, Tilvirkningskøbet, s. 21f

⁴⁷ Hagstrøm, Obligasjonsrett, s. 60

Desuden kan standardkontrakter kodificere almindelige obligationsretlige principper for at præcisere deres betydning i en IT-kontrakt. Dette ses blandt andet i D17, hvor klausul 7.2 udtrykker, at "*Kunden skal endvidere medvirke loyalt*". Hensynet bag en sådan kodificering er at præcisere og konkret anvise principper, der i sig selv kan være upræcise, men samtidig grundlæggende for samarbejdet. Herved styrkes retssikkerheden og forudsigeligheden for parterne, idet det tydeliggøres, hvordan de obligationsretlige principper finder anvendelse i praksis.

6.4.2.1 *Standardkontrakten D17*

I Danmark er D17 den mest anvendte standardkontrakt for drift. Den er udarbejdet som et agreed document af Dansk IT, IT-Branchen og Danske IT-advokater med henblik på at skabe en markedsstandard for drift af mindre og mellemstore IT-miljøer i private virksomheder.⁴⁸ D17 blev oprindeligt udarbejdet i 2017 og er senest revideret i 2024, hvor version 5 blev tilpasset den stigende anvendelse af cloudbaserede løsninger. Ændringerne afspejler blandt andet et behov for at tydeliggøre risikofordelingen mellem kunde og leverandør, særligt ved anvendelsen af tredjepartsydelser, som kan leveres på "as-is" vilkår,⁴⁹ hvor leverandøren ikke påtager sig ansvar for funktionalitet eller egnethed ud over det, der konkret er aftalt.⁵⁰

Standardkontrakten stiller nu krav om, at leverandøren udarbejder et bilag over anvendte tredjepartsleverandører og angiver, hvilke ydelser der leveres på "as-is" vilkår, hvilket giver leverandørerne større mulighed for at inddrage cloudservices uden at påtage sig ansvar for forhold uden for deres direkte kontrol.⁵¹ Denne regulering skærper dog også både leverandørens oplysningspligt og kundens undersøgelsespligt, så kunden får et bedre grundlag for at vurdere de faktiske risici forbundet med driften. Dermed får D17 direkte betydning for, hvordan risikoen for faktiske forhold fordeles mellem parterne.

Som fremhævet i afsnit 6.4.2, kan man forestille sig, at sådanne standardvilkår i praksis kan danne et grundlag for retsanvendelsen, idet det er mindre betænkeligt, at domstole lægger vægt på regler,

⁴⁸ <https://d17.dk/#om-d17>

⁴⁹ <https://itb.dk/raadgivning/ny-d17-kontrakt-bliver-mere-fleksibel-for-it-leverandoerer/>

⁵⁰ <https://www.cobrief.app/resources/legal-glossary/as-is-overview-definition-and-example/>

⁵¹ <https://itb.dk/raadgivning/ny-d17-kontrakt-bliver-mere-fleksibel-for-it-leverandoerer/>

der har vist sig at fungere i praksis, frem for at udlede nye regler uden teknisk indsigt. D17 kan således ikke blot anvendes som aftalegrundlag, men også som et praktisk fortolkningsbidrag i udviklingen af IT-rettens baggrundsret. Det skal dog bemærkes, at langt de fleste tvister på IT-retsområdet afgøres ved voldgiftsretten, og at der endnu ikke foreligger offentliggjorte afgørelser, hvor D17 direkte har fungeret som fortolkningsbidrag.

6.4.3 Sædvaner og retspraksis

Sædvaner og retspraksis udgør supplerende retskilder ved fastlæggelsen af parternes forpligtelser i driftsaftaler. Sædvaner kan tillægges betydning som fortolknings- og udfyldningsmoment, når baggrundsretten og en eventuel kontrakt ikke giver et klart svar.⁵² De kan udspringe af den praksis, som almindeligvis følges inden for branchen, eller af standardvilkår, der gennem længere anvendelse har opnået karakter af branchesædvaner. Især agreed documents som K01, K02 og D17 kan i den forbindelse tjene som indikatorer for, hvad der må anses for sædvanligt på området. En standardbestemmelse er dog ikke i sig selv udtryk for sædvaner, men der gælder en formodning imod, at et vilkår repræsenterer sædvaner, hvis det afviger fra sådanne dokumenter.⁵³

Retspraksis har derimod kun haft begrænset betydning som retskilde på IT-området, da de fleste kontrakter indeholder voldgiftsklausuler, og afgørelserne derfor sjældent offentliggøres. De få trykte domme og ældre afgørelser fra 1980'erne har primært historisk interesse. I mangel af omfattende praksis inddrages derfor ofte domme fra beslægtede kontraktstyper, hvor IT-ydelsens særlige karakter ikke har selvstændig betydning for den juridiske vurdering.⁵⁴

⁵² Andersen, Grundlæggende aftaleret, s. 62

⁵³ Udsen, IT-kontraktret s. 12

⁵⁴ Udsen, IT-kontraktret s. 13

7. Baggrundsretten

Foroven er der blevet redegjort for driftsaftaler, herunder retsgrundlaget der regulerer sådanne aftaler, aftalens karakter, dens særlige træk i forhold til den almindelige obligationsret samt de typiske faser i aftalens tilblivelse og gennemførelse. I det følgende rettes fokus mod de forpligtelser, der udspringer af parternes gensidige loyalitetspligt, navnlig oplysnings- og undersøgelsesforpligtelserne, og hvordan disse har betydning for risikofordelingen i driftsaftaler.

Den gensidige loyalitetspligt udgør et grundlæggende udtryk for disse principper og indebærer, at parterne skal handle med behørig hensyntagen til hinandens interesser. Pligten kan begrunde et ansvar, når en part undlader at give oplysninger, der er nødvendige for, at modparten kan disponere på et oplyst grundlag.⁵⁵ I den sammenhæng bliver oplysnings- og undersøgelsesforpligtelserne centrale, idet de afbalancerer ansvaret mellem parterne. Hvor den ene part har pligt til at videregive væsentlige oplysninger, har den anden pligt til at foretage de undersøgelser, som med rimelighed kan forventes i lyset af aftalens karakter og parternes indsigt.

I driftsaftaler er dette udgangspunkt imidlertid vendt om i forhold til den almindelige obligationsret. Hvor undersøgelsespligten traditionelt påhviler realkreditor, er det i driftsaftaler typisk leverandøren, og dermed realdebitor, der skal undersøge kundens behov, systemforhold og driftsmiljø. Omvendt har kunden en oplysningsforpligtelse, der skal sikre, at leverandøren kan levere en ydelse, som svarer til de behov kunden har. Denne asymmetri gør det nødvendigt at behandle de to pligter i sammenhæng og analysere, hvordan deres klassiske obligationsretlige indhold må tilpasses IT-rettens særlige kontekst.

7.1 Gælder der en undersøgelsespligt i IT-retten?

Undersøgelsespligten spiller en fremtrædende rolle i flere kontraktstyper, men det er omdiskuteret, om der også gælder en almindelig obligationsretlig pligt for realdebitor til at undersøge de faktiske forhold, som ydelsen skal leveres under. Princippet hviler på hensynet til en rimelig risikofordeling mellem aftaleparterne og kommer klarest til udtryk i køberetten, hvor køberen som udgangspunkt

⁵⁵ Ussing, *Obligationsretten*, s. 23

ikke kan påberåbe sig forhold, der burde være opdaget ved en undersøgelse af det købte. Dette udtrykkes gennem KBL §§ 47 og 51, som kodificerer det klassiske *caveat emptor*-princip.⁵⁶

Efter KBL § 47 kan køberen ikke påberåbe sig mangler, som han burde have opdaget, hvis han har undersøgt genstanden eller uden grund undladt at følge sælgerens opfordring til undersøgelse. Bestemmelsen udtrykker princippet om *caveat emptor*, men indebærer ikke en almindelig pligt til af egen drift at undersøge genstanden.⁵⁷ Undersøgelsespligten er her tæt forbundet med sælgerens loyale oplysningspligt, idet en opfordring til undersøgelse ikke fritager sælgeren fra at videregive oplysninger, som han måtte indse, er væsentlige.⁵⁸

Efter levering suppleres dette af KBL § 51, hvorefter køberen i handelskøb skal foretage en undersøgelse i overensstemmelse med ordentlig forretningsbrug. Bestemmelsen har først og fremmest betydning for, hvornår reklamationspligten efter § 52 indtræder.⁵⁹ Højesteret har dog understreget, at køberen ikke kan pålægges at foretage særlige tekniske analyser, jf. U 1989.713 H hvor køberen kunne hæve købet af dåsetomater, selv om hans repræsentant havde besigtiget partiet, fordi manglen kun kunne konstateres ved en særlig kemisk analyse, som ikke kunne kræves iværksat.

Det følger heraf, at undersøgelsespligten i køberetten hviler på specifik lovhjemmel og udmåles konkret efter varens art og køberens forudsætninger. Sammenholdt viser bestemmelserne, at KBL §§ 47 og 51 hviler på samme grundlæggende hensyn til risikofordeling, men anvendes på forskellige tidspunkter i købsforløbet. KBL § 47 angår derfor en mere passiv form for ansvar, hvor køberen hæfter for manglende agtpågivenhed, mens KBL § 51 udtrykker en aktiv undersøgelsespligt. I begge tilfælde beror vurderingen på, hvad køberen med rimelighed burde have opdaget, og på hans faglige forudsætninger.

Selvom reglerne i købeloven kun finder direkte anvendelse på køb, afspejler de et generelt obligationsretligt udgangspunkt, som også kan tillægges vægt ved vurderingen af andre

⁵⁶ Andersen, Lærebog i Obligationsret 1, s. 113-114

⁵⁷ Karnovs note 285 til KBL § 47

⁵⁸ Ibid.

⁵⁹ Karnovs note 311 til KBL § 51

kontraktstyper. Spørgsmålet er, om tilsvarende principper kan udstrækkes til IT-kontrakter, hvor det typisk er leverandøren der er nødt til at foretage undersøgelser, og hvor kunden ofte ikke har mulighed for at forstå de tekniske undersøgelser der kan foretages.

7.1.1 Det baggrundsretlige udgangspunkt

Undersøgelsespligten udgør et grundlæggende princip i obligationsretten, som bygger på hensynet til en rimelig risikofordeling mellem parterne. Grundtanken er, at den part, der har mulighed for at undersøge de faktiske forhold, skal bære risikoen for de mangler, som kunne være opdaget ved en sådan undersøgelse.⁶⁰ Dette princip kommer tydeligt til udtryk i U 1961.624V, hvor køberen blev afskåret fra at påberåbe sig mangler, fordi *“de påklagede mangler let kunne være konstateret ved en undersøgelse på stedet”*. Køberen ”*måtte bære risikoen for, at den af hans repræsentant foretagne undersøgelse ikke har været af fornøden grundighed*”, hvilket viser, at det ikke alene er fraværet af en undersøgelse, men også utilstrækkelig undersøgelse, der kan påvirke risikoplaceringen.

Et centralt spørgsmål i tilknytning til undersøgelsespligten er, hvor tydelig en mangel skal være, før køberen må anses, for at burde have opdaget den. Det centrale er ikke, om manglen faktisk var synlig, men om køberen, ud fra sin viden, situationens omstændigheder og de tilgængelige oplysninger, med rimelighed burde have opdaget den. Vurderingen afhænger af en samlet bedømmelse af undersøgelsens omfang, manglens karakter og køberens forudsætninger, herunder hans erfaring og adgang til relevant information.⁶¹

I U 2014.3683 H bar køberen risikoen, fordi hans kendskab til rettighedsforholdene gjorde manglen synlig uden fysisk fremtræden. Tilsvarende blev en ejendomsmægler i U 2002.1096 V afskåret fra at påberåbe sig en mangel, fordi hans faglige indsigt burde have foranlediget en nærmere undersøgelse af en tvivlsom indretning. Afgørelserne fastslår at synlighed rækker ud over det fysisk konstaterbare.

⁶⁰ Andersen, Lærebog i obligationsret 1, s. 113-114

⁶¹ Ibid.

7.1.1.1 Skærpet undersøgelsespligt for en professionel part?

Et væsentligt aspekt af undersøgelsespligten angår køberens erfaringsniveau og indsigt. I vurderingen af, hvad en køber med rimelighed burde opdage, spiller det en rolle, om han optræder som fagperson eller lægmand. Den, der har særlig erfaring inden for området, forventes at kunne identificere forhold, som en almindelig køber ikke nødvendigvis ville opdage.⁶² Denne forskel danner grundlag for at bedømme, hvor langt pligten til at undersøge strækker sig, og hvordan risikoen skal fordeles mellem parterne.

Vestre Landsrets dom af 9. maj 2019 behandler et køb hvor en virksomhed med professionel tilknytning til ridesporten, købte en pony, som senere viste sig at være for høj til pony-mål, og det var dermed en hest, hvilket medførte en væsentlig prisforringelse. Landsretten anerkendte, at der allerede på tidspunktet for handlens indgåelse forelå en væsentlig mangel, idet dyret ikke svarede til den betegnelse, det var solgt under.

Hverken sælger eller køber havde grund til at tro, at dyret ikke var en pony, da det var købt, målt ind og anvendt som sådan gennem længere tid i nationale og internationale stævner uden påtale. Alligevel fandt landsretten, at køberen som ”*professionel aktør inden for branchen*” burde have udvist større agtpågivenhed. Virksomheden havde som erklæret formål at købe og forædle ponyer og heste til videresalg og måtte derfor forventes at være bekendt med de vanskeligheder, der er forbundet med grænsen mellem pony og hest, herunder at få centimeter kan have afgørende økonomisk betydning. En sådan brancheerfaring forpligter til at sikre sig, at den centrale forudsætning for handlen var opfyldt.

Landsretten betonedede, at det påhvilede køberen at foretage de fornødne kontrolmålinger, og at undladelsen heraf indebar, at køberen ikke havde udvist den fornødne undersøgelsespligt efter § 47.

Resultatet blev derfor, at køberen blev afskåret fra at påberåbe sig manglen, selv om den var væsentlig, og selvom flere momenter objektivt kunne have talt til køberens fordel, idet ponyen officielt var målt ind af Dansk Rideforbund, og fordi den i en længere periode havde deltaget ved internationale konkurrencer med strenge krav for kontrolmålinger. Det kunne derfor umiddelbart synes urimeligt at kræve, at køberen burde have gentaget en undersøgelse som allerede forelå.

Dommen viser, at bestemmelsen i § 47 ikke alene beskytter mod uagtsomhed hos lægmænd, men tillægger den professionelle status en selvstændig betydning som risikofaktor. Hvor en part må forventes at kende til typiske usikkerhedsmomenter i sin branche, forudsættes en aktiv indsats for at udelukke dem. Det kan forklares med, at retten tillagde den professionelle status en selvstændig

⁶² Andersen, Lærebog i obligationsret 1, s. 113-114

betydning som risikofaktor, og Vestre Landsret placerede dermed risikoen dér, hvor den faktiske faglige indsigt var størst, til trods for, at begge parter handlede i god tro. På baggrund af landsrettens vægt på den professionelle status i præmisserne, fremstår det sandsynligt, at udfaldet kunne have været anderledes, hvis køberen ikke havde haft status som professionel.

Et tilsvarende synspunkt ses i FED 2019.17 V, hvor en skoventreprenør købte en brugt skovtraktor, der senere viste sig at være mangelfuld. Vestre Landsret fandt, at handlen var indgået mellem to professionelle parter, og at køberen havde haft mulighed for at undersøge og afprøve maskinen. Retten lagde vægt på, at traktoren fremstod i en efter alder og brug forventelig stand, og at ” ... i betragtning af aftaleforholdets karakter ikke er grundlag for at fastslå, at H Maskiner A/S har tilsidesat sin oplysningspligt i forbindelse med salget af skovtraktoren”. Resultatet beroede på en samlet vurdering, hvor køberens erfaring og branchekendskab tillagdes afgørende vægt. Dommen viser, at retten i erhvervsmæssige forhold tillægger professionalisme en selvstændig risikobærende funktion, og når begge parter handler inden for deres fagområde, forventes de at kunne gennemskue og håndtere almindelige risici, der knytter sig til handlens genstand.

Retspraksis viser dog, at en professionel part ikke hæfter for ethvert ikke-opdaget forhold. I U 1996.1666 H, hvor en kommune som bygherre købte en byggegrund og senere fandt byggeaffald i undergrunden, fandt Højesteret, at kommunen, som var sagsøger, ikke havde tilsidesat sin undersøgelsespligt. Retten bemærkede, at der “på baggrund af den geotekniske rapport [...] ikke var anledning til mistanke om betydelige affaldsforekomster på den opfyldte del af grunden.”. Undersøgelsespligten blev anset for opfyldt, fordi køberen aktivt havde søgt at afklare forholdene, og fordi den manglende opdagelse skyldtes omstændigheder, der lå uden for, hvad en sædvanlig undersøgelse med rimelighed kunne afdække.

Sammenholdt med Vestre Landsrets dom af 9. maj 2019 fremstår forskellen tydelig. I begge tilfælde forelå ingen konkret mistanke baseret på forskellige undersøgelser, men hvor kommunen havde taget initiativ til undersøgelse, forholdt køberen i Vestre Landsrets dom af 9. maj 2019 sig passiv, selv om hans brancheerfaring burde have foranlediget kontrolmålinger pga. den velkendte risiko. Dommene illustrerer tilsammen, at § 47 ikke opstiller et objektivt krav om fejlfinding, men vurderer parternes adfærd ud fra, om de har udnyttet deres faktiske muligheder for at sikre sig mod fejl. Hvor kommunen demonstrerede en rimelig grad af agtpågivenhed, sanktionerede retten i Vestre Landsrets dom af 9. maj 2019 en tilsvarende passivitet.

Denne forskel understreger bestemmelsens funktion som et dynamisk redskab til risikoplacering. Når ingen af parterne har handlet culpøst, og der ikke foreligger svig, placeres risikoen dér, hvor handleevnen og den saglige indsigt har været størst. Den professionelle stilling indebærer derfor en skærpet forventning om opmærksomhed, men ikke et ubetinget ansvar.

Afvejningen mellem sælgers gode tro og købers professionsansvar viser, at § 47 fungerer som et redskab til risikoplacering. Når sælger har handlet loyalt og uden svig, placeres risikoen hos den part, der i en eller anden grad burde have. Dette afspejler den obligationsretlige grundsætning ”nærmest til at bære risikoen”.

7.1.1.2 Identifikationstilfælde

Et særligt aspekt af undersøgelsespligten er hvorvidt køberen må identificeres med sin professionelle rådgiver. Udgangspunktet er, at den sagkyndige, der bistår køberen, handler på dennes vegne, og at køberen derfor må bære risikoen for rådgiverens fejl. Køberen må da i stedet rette sit krav mod rådgiveren for ansvarspådragende rådgivning.⁶³

I U 1986.644 H blev køberen af en lystbåd afskåret fra at påberåbe sig mangler, da rådskaderne *“manglerne ville være konstateret ved en sædvanlig besigtigelse, udført af en bådebygger som rådgiver for en køber”*, men at undersøgelsen i det konkrete tilfælde havde været *“uhyre overfladisk”*. Da sælgeren ikke havde viden eller formodning om manglerne og måtte gå ud fra, at *”beslutning om købet byggede på en omhyggelig sagkyndig undersøgelse”*, fandt retten, at køberen var afskåret efter § 47. Resultatet hvilede på, at køberen blev identificeret med sin rådgivers forsømmelse, og at risikoen derfor måtte blive hos den, der havde valgt og rekvireret den utilstrækkelige undersøgelse.

Synspunktet er også videreført i nyere praksis i TBB 2020.4 V, hvor køberen af en hest blev afskåret fra at gøre mangelsbeføjelser gældende som følge af dyrlægens fejlvurdering. Landsretten lagde til grund, at undersøgelsen var foretaget på køberens initiativ, og at rådgiverens fejl derfor måtte komme denne til skade.

⁶³ Andersen, Lærebog i obligationsret 1, s. 115

7.1.1.3 Due diligence og efterfølgende undersøgelse

Undersøgelsespligten får i nyere praksis en mere struktureret karakter i form af den såkaldte *due diligence*-undersøgelse, som i stigende grad anvendes ved erhvervsmæssige transaktioner. Begrebet dækker en planlagt og systematisk gennemgang af den overdragne virksomheds forhold med henblik på at afdække risici og mangler. Grundtanken svarer til princippet i KBL § 47, idet køberen må bære risikoen for forhold, som burde være opdaget ved en sådan undersøgelse.⁶⁴

I U 1994.698 H købte tre investorer en trykkerivirksomhed, som allerede befandt sig i alvorlige økonomiske vanskeligheder. Beslutningen blev truffet på baggrund af et målsætningsbudget uden forklaringer på de bagvedliggende forudsætninger. Højesteret lagde vægt på, at materialet rummede tydelige advarselssignaler, og at investorerne på trods heraf undlod at søge yderligere oplysninger eller gennemføre en nærmere undersøgelse. Den omstændighed, at de havde betydelig erfaring med større investeringer, førte til en skærpet forventning om, at de burde have indset risikoen. Resultatet blev, at de blev afskåret fra at gøre misligholdelsesbeføjelser gældende, fordi deres passivitet brød med den agtpågivenhed, som forholdene krævede.

Dommen illustrerer, at en køber, som råder over sagkundskab og adgang til oplysninger, ikke kan støtte ret på ufuldstændigt eller misvisende materiale uden at have undersøgt det nærmere. Due diligence fremstår derfor ikke blot som et praktisk redskab, men som et retligt mål for, hvad der kan kræves af køberen i komplekse aftaler. Når en undersøgelse undlades, selv hvor den ligger inden for køberens rækkevidde, bærer denne risikoen for de forhold, der burde være afdækket.

Som tidligere beskrevet, kan undersøgelsespligten fortsætte efter levering, hvilket afspejles i KBL § 51. Bestemmelsen pålægger køberen at kontrollere salgsgenstanden, så snart det er muligt, men kun i det omfang forholdene giver anledning dertil. I U 2010.3134 H blev en køber ikke anset for at have tilsidesat sin undersøgelsespligt, da de leverede låger først et halvt år efter viste sig defekte. Højesteret lagde vægt på, at køberen ikke havde haft nogen konkret anledning til at foretage yderligere kontrol.

⁶⁴ Andersen, Lærebog i obligationsret 1, s. 115

Både due diligence og § 51-undersøgelsen kan siges at tjene som mekanismer til rimelig risikoplacering, da de afspejler den grundlæggende obligationsretlige idé om, at risikoen bør bæres af den part, der med størst sagkundskab og indsigt kunne have forebygget fejlen.

7.1.2 Det entrepriseretlige perspektiv

I forhold hvor der bestilles tjenesteydelser eller entreprisarbejde, udvikles undersøgelses- og oplysningspligten i en mere gensidig retning, fordi køberen oftest først kan se resultatet og vurdere eventuelle mangler efter aftalen er indgået.⁶⁵ Hvor KBL § 47 tager udgangspunkt i en afsluttet levering, forudsætter entrepriseretten, at arbejdet udføres over tid og under løbende samarbejde mellem parterne. Den, der bestiller en tjenesteydelse eller et entreprisarbejde, kan ikke uden videre støtte sig på *caveat emptor*-princippet, netop fordi ydelsen først kan vurderes efterhånden som den præsteres. I sådanne tilfælde må kreditor i stedet føre kontrol under arbejdet og reagere på afvigelser, der kan få betydning for resultatet.⁶⁶

Dette krav kommer til udtryk i AB 18, hvor bygherren forventes at føre tilsyn under arbejdets udførelse, jf. § 19, stk. 5, og hvor entreprenøren har pligt til at underrette bygherren om forhold, som kan få betydning for projektet. Samarbejdet indebærer dermed et gensidigt informationsansvar, som skal sikre, at fejl og mangler opdages og håndteres, inden arbejdet afsluttes.

Hensynet bag denne ordning ligger tæt op ad princippet i KBL § 47, men med en mere dynamisk karakter. I stedet for at undersøge salgsgenstanden før aftalens indgåelse skal parterne her løbende udveksle oplysninger under opfyldelsen. Denne udvikling viser, hvordan undersøgelses- og oplysningspligterne i mere komplekse kontraktforhold glider over i et samarbejdende system, hvor kommunikation og reaktion erstatter den statiske undersøgelsespligt. Netop dette hensyn genfindes i driftsaftaler, hvor ydelserne ligeledes forudsætter kontinuerlig kontrol, rapportering og dialog mellem parterne.

⁶⁵ Andersen, Lærebog i obligationsret 1, s. 116

⁶⁶ Ibid.

7.1.3 Det IT-retlige perspektiv

IT-aftaler adskiller sig fra købsaftaler ved, at ydelsen ikke består i levering af en fysisk genstand, men i en kompleks og ofte individuelt tilpasset ydelse. Caveat emptor-princippet, som danner grundlag for den traditionelle køberundersøgelsespligt, er udviklet til handel med løsøre og kan vanskeligt overføres til immaterielle og individuelle ydelser.⁶⁷

IT-aftaler er desuden præget af en markant informationsasymmetri mellem parterne. Leverandøren besidder den tekniske indsigt og har adgang til oplysninger om systemets opbygning, drift og funktion, mens kundens kendskab til disse forhold typisk er begrænset. Den tekniske kompleksitet gør det i praksis umuligt for kunden at gennemføre en tilsvarende undersøgelse af ydelsen, og de hensyn, der ligger bag princippet, må derfor vurderes i en anden sammenhæng.

7.1.3.1 Kundens undersøgelsespligt

Købelovens bestemmelser kan ofte anvendes analogt, når de er udtryk for almindelige obligationsretlige principper.⁶⁸ For at vurdere om en given bestemmelse kan anvendes analogt bør der ses på ydelsens karakter, kontraktens formål og ikke mindst foretages en almindelig hensyns- og interesseafvejning.

Købeloven er udformet med henblik på enkeltstående udvekslingsforhold af løsøre, hvor den solgte genstand kan undersøges og vurderes både før og efter købet. Dette adskiller sig grundlæggende fra de mere komplekse og løbende kontrakter, som driftsaftaler er. Her leveres ydelser, som ofte er immaterielle, teknisk indviklede og tæt forbundet med leverandørens interne systemer og løbende driftsansvar, og ydelsen løber over en længere periode, som kan vare i årevis. Kundens adgang til kontrol af ydelsen er derfor begrænset, og det vil som udgangspunkt ikke være rimeligt at pålægge ham en undersøgelsespligt, der forudsætter teknisk indsigt eller adgang til forhold, som ligger uden for hans faktiske rådighed.⁶⁹

⁶⁷ Andersen, Lærebog i obligationsret 1, s. 115

⁶⁸ Lookofsky m.fl., Køb - Dansk indenlandsk købsret, s.16

⁶⁹ Udsen, IT-kontraktret s. 212 og s. 388

Kunden kan som udgangspunkt ikke forventes at gennemføre en overtagelsesprøve eller anden form for undersøgelse. Det er ganske vist almindelig praksis, at parterne aftaler en sådan prøve, men dette skaber ikke i sig selv en pligt for kunden. En egentlig undersøgelsespligt forudsætter, at det udtrykkeligt er aftalt mellem parterne.⁷⁰

Der kan dog argumenteres for, at kundens deltagelse i overtagelsesprøven medfører en vis reaktionspligt. Hvis kunden under prøven bliver opmærksom på fejl, og kunden ved, at det er en fejl, må det forventes, at kunden reagerer. Denne pligt udspringer ikke af en egentlig undersøgelsesforpligtelse, men af de almindelige loyalitets- og samarbejdsforpligtelser, som gælder i længerevarende kontraktforhold. Det vil stride mod disse principper, hvis kunden passivt undlader at påtale en mangel, som han har opdaget under testforløbet.

Omfanget af denne reaktionspligt må antages at afhænge af kundens forudsætninger og faglige indsigt. Hvis kunden er professionel eller bistås af sagkyndige, kan der stilles højere krav til, hvad han med rimelighed kan forventes at opdage. Tilsvarende må der udvises tilbageholdenhed, hvor kunden ikke besidder teknisk ekspertise, eller hvor manglen vedrører dele af systemet, som ikke er testet. Overtagelsesprøven har i praksis karakter af en stikprøvekontrol, og det vil være urimeligt at forvente, at kunden opdager skjulte eller komplekse fejl, som først viser sig ved faktisk brug.⁷¹

Tilsvarende gør sig gældende i driftsfasen, hvor kundens kontrol typisk består i at følge resultaterne af løbende servicemålinger og rapportering.⁷² Det er derfor først, når sådanne afvigelser dokumenteres eller burde være bemærket, at en reaktionspligt kan anses for indtrådt. Denne form for kontrol viser, at kundens undersøgelsesmuligheder i praksis er tæt knyttet til det data, leverandøren stiller til rådighed.

7.1.3.1.1 ”Hvad kunden burde have opdaget”

Ved vurderingen af, hvad kunden burde have opdaget, må der tages udgangspunkt i hans egne forudsætninger og faglige indsigt. Hvis der er tale om et system, som kunden allerede har erfaring

⁷⁰ Udsen, IT-kontraktret s. 212

⁷¹ Udsen, IT-kontraktret s. 213

⁷² Udsen, IT-kontraktret s. 389

med, eksempelvis et skift af økonomisystem, kan der forventes større opmærksomhed end i tilfælde, hvor kunden møder en helt ny løsning. Desuden viser retspraksis, at der ikke er strenge krav til hvornår en mangel opdages.

I Vestre Landsrets dom af 7. april 1986 blev der først konstateret fejl ved et bogføringssystem et år efter, at det var taget i brug, idet manglen først viste sig under udarbejdelsen af årsregnskabet. Retten fandt, at kunden havde reklameret rettidigt, da fejlen ikke kunne forventes opdaget tidligere. Afgørelsen understreger, at en kunde ikke kan pålægges at identificere mangler, som først viser sig ved den praktiske anvendelse, og at vurderingen af kundens pligter derfor må bero på, hvad der med rimelighed kan opdages under de givne omstændigheder. Sammenholdt med Højesterets dom U 2010.3134 H, hvor køberen heller ikke havde anledning til nærmere undersøgelse, bekræfter afgørelsen, at IT-retten i vidt omfang hviler på de samme rimelighedsbetragtninger som de almindelige køberetlige principper.

Mangler som kun en sagkyndig burde kunne identificere, kan som udgangspunkt ikke pålægges kunden at opdage, medmindre denne har benyttet sagkyndig bistand under afprøvningen.⁷³

Efter obligationsretlige principper kan køberen i visse tilfælde hæfte for sin rådgivers forsømmelser, hvilket også kan få betydning ved vurderingen af kundens undersøgelsespligt i IT-aftaler, hvor det må antages, at der gælder en tilsvarende vurdering, når kunden benytter sagkyndig bistand ved afprøvningen. I sådanne tilfælde kan kundens undersøgelsespligt udstrækkes til, hvad den sagkyndige med rimelighed burde have opdaget inden for prøvens ramme. Dette synspunkt støttes af retspraksis, hvor domstolene har anerkendt, at køberen identificeres med rådgiverens forsømmelser, herunder i U 1986.644 H og TBB 2020.4 V, hvor køberen måtte bære risikoen for manglende omhu hos henholdsvis en fagkyndig bådebygger og en dyrlæge.

Det taler for, at hvis kunden i en overtagelsesprøve vælger at lade en teknisk rådgiver bistå, kan leverandøren med en vis styrke hævde, at kunden burde have opdaget de fejl, som en sagkyndig efter almindelig faglig standard ville have bemærket. Derimod kan identifikationen ikke udstrækkes til forhold, der ligger uden for prøvens formål eller kræver særlig adgang til leverandørens interne systemer.

⁷³ Iversen, Obligationsret 1, s. 297

Hvor langt kundens pligt rækker til at opdage fejl uden sagkyndig bistand, kan yderligere belyses gennem praksis, hvor domstolene har taget stilling til tilsvarende situationer. Et eksempel er U 1989.713 H, hvor spørgsmålet var, om køberen burde have opdaget skjulte tekniske fejl, som kun kunne konstateres ved en kemisk analyse. Dommen er relevant i denne sammenhæng, fordi den behandler grænsen for, hvornår der kan stilles krav om teknisk kendskab, som netop er et spørgsmål, der har betydning for vurderingen af, hvad en kunde i en IT-aftale med rimelighed kan forventes at opdage under en overtagelsesprøve.

I U 1989.713 H havde en professionel køber af et stort parti dåsetomater besigtiget varen inden køkets indgåelse, men uden at undersøge selve indholdet. Efterfølgende blev der konstateret et forhøjet indhold af bly og tin, og handlen blev ophævet. Spørgsmålet var, om køberen havde tilsidesat sin undersøgelsespligt efter KBL § 47 ved ikke at foretage en nærmere teknisk undersøgelse. Højesteret udtalte, at der ikke var grundlag for at antage, at køberen burde have opdaget manglen ved en sædvanlig undersøgelse, og lagde vægt på, at *»partiets fremtræden og den lave pris [...] ikke gav køberen særlig opfordring til at iværksætte en kemisk analyse«*. Det blev samtidig bemærket, at *»en undersøgelse af dåsernes indhold ville have afsløret det for høje indhold af metaller»*, men at en sådan undersøgelse ikke kunne kræves, da det forudsatte en særlig teknisk indsigt.

Dommen illustrerer, at selv en professionel køber kun er forpligtet til at foretage undersøgelser, som naturligt følger af varens art og handelsforholdene. Kravet til undersøgelsen afhænger dermed af, om en mangel med rimelighed burde have været opdaget ved almindelig faglig agtpågivenhed, ikke ved særlige tekniske foranstaltninger. Dette synspunkt viser, at undersøgelsespligten er praktisk og situationsbestemt, og at køberen ikke kan bebrejdes for at undlade avancerede analyser uden konkret anledning. Denne afgørelse står i kontrast til Vestre Landsrets dom af 9. maj 2019, hvor en professionel køber burde have foretaget yderligere undersøgelser af hesten han købte. Forskellen mellem de to afgørelser understreger, at vurderingen af, hvad der burde være opdaget, kan afhænge af køberens faglige indsigt og mulighed for at forstå og reagere på potentielle fejl.

Henset til, at dommen angik et køb under købeloven, hvor undersøgelsespligten er udtrykkeligt reguleret, markerer afgørelsen grænsen for, hvor langt en sådan pligt rækker, selv når den har klar hjemmel. I obligationsretten gælder tilsvarende en almindelig undersøgelsespligt som et udtryk for loyalitet og rimelig risikofordeling mellem parterne, men dens indhold må tilpasses ydelsens karakter. I driftsaftaler, hvor ydelsen er kompleks, immateriel og tæt forbundet med leverandørens

tekniske miljø, må kundens pligt derfor anses for mere begrænset. Det kan ikke kræves, at kunden foretager undersøgelser, som forudsætter særlig teknisk viden, eller adgang til leverandørens systemer, og på denne baggrund bør kundens rolle i en overtagelsesprøve forstås som led i den loyale medvirken snarere end som en egentlig selvstændig undersøgelsespligt.

7.1.3.2 Leverandørens undersøgelsespligt

I IT-aftaler er rollefordelingen som udgangspunkt omvendt af den, der kendes fra de klassiske obligationsretlige og køberetlige forhold. Hvor det normalt er realkreditor der efter købeloven i et vist omfang må bære risikoen for forhold, som kunne være konstateret ved en undersøgelse af salgsgenstanden, er det i driftsaftaler typisk leverandøren som realdebitor, der har de bedste forudsætninger for at skabe klarhed over de faktiske forhold. Leverandøren besidder den tekniske indsigt og får adgang til oplysninger om systemlandskab, driftsmiljø, hardware, software og medarbejdere, som er nødvendige for at kunne planlægge og gennemføre overtagelsen af driften.⁷⁴

I praksis sker leverandørens undersøgelser som en organiseret gennemgang af kundens forhold, der i litteraturen betegnes som due diligence. Due diligence udgør den ramme, inden for hvilken leverandøren kan skabe sig et retvisende billede af den driftsopgave, som skal løftes, og danne grundlag for både teknisk tilrettelæggelse og prisfastsættelse.⁷⁵ Fokus forskydes derfor fra at spørge, hvad kunden burde have undersøgt, til at afklare, hvilken risiko leverandøren påtager sig ved sine forudgående undersøgelser, og hvilken risiko der består, når disse viser sig utilstrækkelige.

7.1.3.2.1 Retsvirkningerne ved leverandørens due diligence undersøgelse

Retsvirkningen af leverandørens due diligence er beslægtet med realkreditors undersøgelse af salgsgenstanden efter princippet i KBL § 47, men omvendt, fordi det netop i driftsaftaler er realdebitor, leverandøren, der undersøger realkreditors forhold for at vurdere, om realydelsen kan præsteres som kunden forventer. Den almindelige lære om caveat emptor kan derfor ikke uden videre overføres til disse aftaleforhold.⁷⁶

⁷⁴ Udsen, IT-kontraktret s. 289-290

⁷⁵ Ibid.

⁷⁶ Udsen, IT-kontraktret s. 290

Det afhænger i første række af parternes aftale, hvilke retlige konsekvenser en due diligence får, fordi reglerne på området er deklaratoriske.⁷⁷ Formålet er at give leverandøren mulighed for at sætte sig ind i de forhold, der er relevante for tilbud og prisfastsættelse, og netop derfor vil aftalen som udgangspunkt forudsætte, at leverandøren ikke senere kan fralægge sig sine forpligtelser med henvisning til forhold, som burde være konstateret under gennemgangen.⁷⁸ Due diligence fungerer dermed som et praktisk udtryk for det generelle princip om, at den part, der har undersøgelsesadgangen, også må bære risikoen for egen utilstrækkelige undersøgelse, og de forhold, der lå inden for denne adgang, må anses for indregnet i den påtagne resultatforpligtelse.

Resultatforpligtelsen betyder, at due diligence ikke kun er et planlægningsværktøj, men et led i leverandørens egen risikostyring. Når leverandøren har adgang til at undersøge driftsmiljøet, må han også bære risikoen for de forhold, han enten overså eller valgte ikke at få afklaret. Det er netop derfor, uafdækkede forhold ikke kan flyttes over på kunden ved efterfølgende henvisning til manglende viden.

Selv hvis aftalen ikke regulerer retsvirkningerne udtrykkeligt, peger de samme hensyn i retning af, at leverandøren som udgangspunkt er afskåret fra at påberåbe sig forhold, der med rimelighed kunne og burde være afdækket under due diligence. Dette udgangspunkt hænger sammen med, at risikoen for forhold, der ikke med rimelighed kunne afdækkes under due diligence, må afgøres efter de almindelige obligationsretlige regler om hindringer for korrekt opfyldelse, i mangel af særskilt regulering.

Når begge parter har handlet loyalt og uden svig, placeres risikoen efter de almindelige obligationsretlige principper hos den part, der havde de bedste muligheder for at forebygge problemet, og risikoen bæres med andre ord af den part, der er nærmest til at bære den. I driftsaftaler vil dette som hovedregel være leverandøren på baggrund af den informationsasymmetri der foreligger.

Der kan her trækkes tråde til hvordan domstolene i køberetlige sager lægger vægt på, om den ene part er professionel, hvilket blandt andet kommer til udtryk i Veste Landsrets dom af 9. maj 2019,

⁷⁷ Lookofsky m.fl., Køb - Dansk indenlandsk købsret, s. 26

⁷⁸ Udsen, IT-kontraktret s. 290

som netop viser, at en professionel aktør pålægges en skærpet grad af agtpågivenhed, fordi hans branchekendskab giver en særlig forudsætning for at opdage fejl. Det samme hensyn må forventes at gøre sig gældende i driftsaftaler.

Driftsaftaler typisk er udformet som resultatforpligtelser, hvor leverandøren må bære risikoen for forhold, der hindrer opfyldelsen, også selvom hindringen eksempelvis skyldes, at systemet ikke kan fungere på et af kundens andre systemer. Rationalet herfor er, at det er leverandøren der har de tekniske forudsætninger for at undersøge denne slags.⁷⁹ Når leverandøren er den teknisk sagkyndige part, og er den der har mulighed for at skabe klarhed gennem sine forudgående undersøgelser, kan risikoen ikke flyttes til kunden, blot fordi forholdet ikke blev afdækket. Fraværet af en due diligence undersøgelse ændrer ikke dette udgangspunkt, det understreger blot, at leverandøren da må bære risikoen for ikke at have udnyttet den adgang til indsigt, som skulle danne grundlag for en korrekt opfyldelse af opgaven.⁸⁰

Et klassisk eksempel på en leverandør, der ikke foretog en tilstrækkelig grundig due diligence undersøgelse, findes i Novicell mod EA Værktøj. Sagen viser, hvordan leverandøren bærer risikoen, når han ikke får undersøgt de forhold, der er nødvendige for at forstå opgavens omfang, selvom han er den part med både indsigt, teknisk viden og adgang til de relevante data.

Retten lagde til grund, at leverandøren *"ikke har været i stand til at udføre det aftalte arbejde inden for de forudsatte økonomiske rammer"*, og at overskridelsen *"i det langt væsentligste omfang må tilskrives sagsøgtes manglende projektplanlægning og projektstyring"*. De problemer, der opstod, skyldtes derfor ikke kundens forhold, men leverandørens manglende due diligence. Der blev blandt andet lagt vægt på, at timerforbruget lå i en størrelsesorden fra cirka 5-800 timer ud over det aftalte, og at dette stod i klar misforhold til den pris og det omfang, leverandøren selv havde lagt til grund ved kontraktens indgåelse.

Retten fremhævede, at leverandøren havde haft adgang til de nødvendige oplysninger og ekspertise til at vurdere systemets krav, blandt andet fordi han selv deltog i de indledende workshops og kendte kundens datagrundlag.

⁷⁹ Udsen, IT-kontraktret s. 291

⁸⁰ Udsen, IT-kontraktret s. 292

Da leverandøren ikke havde foretaget den nødvendige due diligence eller foretaget forbehold i kontrakten, fandt retten, at aftalen var væsentligt misligholdt, og kunden var berettiget til at ophæve handlen. Det allerede leverede arbejde havde ingen reel værdi, da kunden ikke havde fået udleveret kildekoden, og det visuelle indtryk af løsningen blev betegnet som værende ”*af en meget begrænset værdi*”. Leverandøren måtte derfor tilbagebetale det modtagne.

Dommen afviger hermed fra de købe- og obligationsretlige domme der er gennemgået, men ved at benytte de samme hensyn og overvejelser om hvem der er nærmest til at bære risikoen, og det tyder på, at leverandøren af et IT-system vurderes efter nogle af de samme kriterier som i almindelige KBL § 47 undersøgelser. Dommen peger dermed i retning af, at leverandøren i IT-aftaler underlægges en forventning om sagkyndig omhu og ansvar for de forhold, han med rimelighed burde have afdækket.

Sammenhængen mellem dommen og informationsasymmetrien bliver tydelig her. Når leverandøren har adgang til de tekniske oplysninger og samtidig besidder den nødvendige faglige indsigt, må han også bære risikoen for de forhold, han med rimelighed burde have opdaget. Det er netop denne adgang og sagkundskab, der gør, at risikoen sædvanligvis placeres hos leverandøren.

7.1.3.2.2 Risikoplacering ved kunden

Selvom udgangspunktet er, at leverandøren bærer risikoen i driftsaftaler, så kan det fraviges ved, at leverandøren i aftalen anfører eksplicitte forudsætninger for resultatforpligtelsen i og for priserne i aftalen. Leverandøren kan eksempelvis anføre, at driftsmiljøet forudsætter bestemte versioner af et styresystem, eller at kundens programmel skal opfylde nærmere angivne tekniske krav. Dette gælder dog kun i det omfang leverandøren ikke gennem sin egen undersøgelse har opnået viden, der gør forudsætningen urigtig.⁸¹

Disse overvejelser blev fremført i Novicell mod EA Værktøj, hvor retten bemærkede, at leverandøren ikke ”uden forbehold i kontraktgrundlaget har kunnet forudsætte, at Navision data lå i et specielt format”, og at han havde haft adgang til de oplysninger der var nødvendige for at afklare dette. Begrundelsen fra retten tyder på, at hvis leverandøren havde angivet som forudsætning, at data skulle foreligge i et bestemt format for at kunne udvikle løsningen inden for

⁸¹ Udsen, IT-kontraktret s. 291

den aftalte økonomiske ramme, ville en del af risikoen for uoverensstemmelsen kunnet været flyttet til kunden.

7.1.4 Delkonklusion

Undersøgelsespligten udspringer i obligationsretten af hensynet til, at realdebitoren skal sikre grundlaget for en korrekt opfyldelse og derfor må afklare de forhold, som er nødvendige for at levere den aftalte ydelse. Her må især professionelle pålægges en skærpet agtpågivenhed, og fejl hos sagkyndige rådgivere identificeres med realdebitoren. Retspraksis viser samtidig, at kravene til undersøgelsen afhænger af den konkrete genstand og af, hvad realdebitoren med rimelighed kunne opdage uden særlig teknisk indsigt.

I driftsaftaler ændres udgangspunktet, idet kunden typisk hverken har adgang til de tekniske forhold eller viden om dem, og derfor kan der ikke foretages en egentlig undersøgelse. Kundens forpligtelse begrænser sig til at reagere på forhold, der faktisk opdages, og til at handle loyalt under eventuelle prøver. Leverandøren har derimod den faglige indsigt og adgang til kundens systemer og må derfor foretage de undersøgelser, der er nødvendige for at forstå opgaven i form af en due diligence. Risikoen placeres som hovedregel hos leverandøren for de forhold, der kunne være afdækket gennem en sagligt udført due diligence.

Det er væsentligt at være opmærksom på, at det almindelige obligationsretlige princip om caveat emptor ikke direkte kan overføres til leverandørens due diligence ved driftsaftaler. Det almindelige obligationsretlige princip om caveat emptor er kendetegnet ved, at forholdet er vendt om, således at realkreditor undersøger realdebitors ydelse.

7.2 Gælder der en oplysningspligt i IT-retten?

Oplysningspligten fungerer som et værktøj til at udligne informationsasymmetri i kontraktforhold. Når den ene part besidder viden, som må antages at være afgørende for den anden parts stillingtagen, men som denne ikke med rimelighed kan forventes selv at indhente, kan fortielse føre til, at ydelsen bedømmes som mangelfuld. Det afgørende er, om de manglende oplysninger er af en

sådan karakter, at ydelsen ikke ville kunne anvendes efter sit formål, hvis de ikke meddeles.⁸² Pligten er dermed tæt knyttet til hensynet om en rimelig risikoallokering.

7.2.1 Det obligationsretlige udgangspunkt

Realdebitors oplysningspligt kan ses som en konkretisering af den loyale samarbejdspligt mellem parterne, hvor realdebitor skal afgive sande og relevante oplysninger om forhold, der har betydning for realkreditors nytte af ydelsen. Det gælder først og fremmest objektive forhold ved ydelsen, for eksempel fejl, begrænsninger eller særlige risici, som realdebitor kender eller burde kende. Grænsen for hvad der skal oplyses, baseres på, hvad realdebitor med rimelighed kan forudse, er afgørende for realkreditors beslutning og samtidig har bedre adgang til oplysningerne end kreditor.⁸³

Et centralt hensyn bag oplysningspligten er effektivitet. Det er mere hensigtsmæssigt, at den part der allerede ligger inde med oplysningerne, videregiver dem, end at den anden part skal bruge ressourcer på selv at fremskaffe dem. Hvor realdebitor uden nævneværdige omkostninger kan give oplysninger, som det ville være byrdefuldt eller urealistisk for realkreditor at indhente, taler det for en oplysningspligt. Omvendt er der mindre grund til at pålægge en sådan pligt, når oplysningerne er let tilgængelige for realkreditor eller må anses for almindelig brancheviden, da de så vil kunne indgå i realkreditors undersøgelsespligt. Vurderingen knytter sig derfor til parternes faktiske adgang til information og deres rolle i det konkrete forhold.⁸⁴

Denne afgrænsning blev blandt andet håndteret i U 2001.1293, hvor køber gjorde gældende, at sælger burde have oplyst om en rapport med en negativ vurdering af bådudlejningsbranchens fremtidsudsigter. Højesteret lagde vægt på, at rapporten angik generelle rammevilkår som skatteregler, rentabilitet og tilgang af både, altså forhold *“som alle må antages at have været kendte af personer med tilknytning til branchen”*. Oplysningen vedrørte ikke skjulte egenskaber ved den konkrete virksomhed, men et markedsbillede som enhver professionel aktør måtte orientere sig om, derfor vurderede retten ikke at sælgeren havde *“tilsidesat sin oplysningspligt ved i forbindelse med salget af virksomheden at undlade at omtale de oplysninger og vurderinger, som rapporten*

⁸² Andersen, Lærebog i obligationsret 1, s. 118

⁸³ Ibid.

⁸⁴ Andersen, Lærebog i obligationsret 1, s. 118-119

indeholdt.”, og at køberne ” ikke på forhånd havde tilknytning til branchen, ændrer ikke denne bedømmelse.”

Dommen illustrerer derfor den begrænsende side af oplysningspligten, hvor risikoen i stedet placeres gennem realkreditors egen undersøgelses- og orienteringspligt, endda også når der er en tydelig informationsasymmetri mellem parterne. Modsat sås det i U 2011.47 V, hvor realdebitor havde fremlagt et udkast til regnskab, hvorefter omsætningen så tilfredsstillende ud, uden oplysning om, at omsætningen det seneste år var faldet 30 %. Her lagde Landsretten vægt på, at realdebitor allerede under forhandlingerne vidste, at det fremlagte ikke længere var et retvisende billede, og det blev derfor vurderet, at oplysningspligten ikke var overholdt. Set i lyset af effektivitetshensynet var det oplagt, at netop realdebitor uden større omkostninger kunne korrigere oplysningerne da disse blev kendt, mens realkreditor ikke havde mulighed for at undersøge disse forhold, og dermed ville disponere på et forældet grundlag.

I U 2008.1727 V belyses den loyale oplysningspligt i en kædehandel. A sælger en hest til B og oplyser udtrykkeligt, at den kun kan bruges til *”hygge og skovtur”* fordi den har en fejl på højre forben. B sælger hesten videre til C 3 måneder efter, og gentager den samme oplysning. Kort efter overtagelsen lader C hesten undersøge og får konstateret et gammelt brud og kroniske smerter, som gør den uegnet selv til *”hygge og skovtur”*. C kan derfor hæve over for B, men B får derimod ikke medhold i regres mod A. Landsretten fremhæver, at B *”i sin ejertid må eller burde B have opdaget, at hesten haltede, når man red på den, også under rideture i skoven”* og *”det var B's risiko, hvis hesten ikke var blevet prøvet af i B's ejertid. Set fra A's synspunkt måtte B derfor anses for at have accepteret hesten, og B var afskåret fra at hæve handlen i forhold til A”*.

Landsretten lagde vægt på, at B i sin ejertid måtte eller burde have opdaget manglen, og at *”risikoen for, at hesten ikke blev prøvet af, vil i givet fald ikke kunne påhvile A”*. På den baggrund anså retten B for at have accepteret hestens tilstand, og hun var derfor efter KBL § 52, stk. 1 afskåret fra at hæve handlen over for A, og dermed også fra at gøre regres gældende. A og B havde videregivet den samme oplysning, men B mistede sin mulighed for at gøre mangelsbeføjelser gældende grundet passivitet. C opfyldte derimod sin undersøgelsespligt, hvorfor C kunne hæve over for B, mens B ikke kunne føre kravet videre mod A.

7.2.1.1 Skærpet oplysningspligt

En særlig variant af realdebitors oplysningspligt viser sig, når ydelsen er teknisk eller økonomisk kompliceret, og realdebitor har en markant sagkundskab.⁸⁵ I sådanne tilfælde må realdebitor ikke alene give de oplysninger, han ligger inde med, men også vejlede og i givet fald fraråde, hvis han indser, at realkreditors disposition vil blive tabsgivende eller ufornuftig. Dette fremgår tydeligt ved finansielle produkter, hvor reglerne om god skik og investorbeskyttelse forudsætter, at den professionelle skal klarlægge kundens forhold, vurdere om produktet er egnet og fremhæve de risici, som kunden ikke selv kan gennemskue.⁸⁶ Hensynet til effektivitet og loyalitet taler her for at placere risikoen hos den part, der med få ressourcer kan gennemskue, om ydelsen faktisk tjener realkreditors interesser.

I tjenesteydelser og entrepriseforhold får oplysnings- og undersøgelsespligten et mere gensidigt præg, fordi realkreditor ofte først kan vurdere resultatet, når arbejdet er udført. Entreprenøren må som realkreditor derfor reagere, når projektmaterialet indeholder fejl eller usikkerheder, der gør det tvivlsomt, om arbejdet kan gennemføres fagligt forsvarligt eller føre til det tilsigtede resultat. Pligten skærpes, når projektfejlen er central for arbejdet og samtidig tydelig for den sagkyndige part, mens realkreditor ikke har samme mulighed for at opdage den.⁸⁷

U 1995.484 H illustrerer dette, hvor en rådgivende ingeniør havde vurderet et omfattende svampeangreb, men fejlvurderede både omfanget og de nødvendige foranstaltninger. Højesteret beskrev dette som en "*klar, professionel fejl*" og pålagde ingeniøren et direkte ansvar. Afgørelsen viser, at den sagkyndige part må sige fra, når han indser, at projektet hviler på forkerte forudsætninger, eller at realkreditor vil disponere på et uholdbart grundlag.

7.2.2 Det IT-retlige udgangspunkt

Oplysningspligten får en særlig betydning i driftsaftaler, hvor ydelsen leveres løbende, og kunden har begrænset mulighed for selv at undersøge de tekniske forhold, som driften bygger på.

⁸⁵ Andersen, Lærebog i obligationsret 1, s. 121

⁸⁶ Ibid.

⁸⁷ Andersen, Lærebog i obligationsret 1, s. 122

Leverandøren ligger derfor ofte inde med den væsentlige systemviden og må oplyse om de tekniske forudsætninger, begrænsninger og risici, som kunden ikke med rimelighed kan gennemskue.⁸⁸

Samtidig har kunden en selvstændig pligt til at oplyse om egne behov, systemer og forhold, der er nødvendige for, at leverandøren kan overtage og udføre driften korrekt. Undlader kunden dette, kan det få betydning for risikoplaceringen, da leverandøren ikke kan anses for at have misligholdt, hvis en mangel kan føres tilbage til utilstrækkelige eller forkerte oplysninger fra kunden. På denne måde kommer begge parter oplysningspligt til at udgøre et grundlag for, at driftsaftalen kan opfyldes fagligt forsvarligt og i overensstemmelse med parternes forventninger.

7.2.2.1 Kundens oplysningspligt

Kundens oplysningspligt i en driftsaftale udspringer af den almindelige loyalitetspligt og har til formål at sikre, at leverandøren kan tilrettelægge og udføre driften på et retvisende grundlag. Kunden skal derfor give fyldestgørende oplysninger om egne systemer, behov og driftsmæssige forhold, som indgår i leverandørens ydelser.⁸⁹ Leverandøren må derfor støtte sig til de oplysninger kunden giver, og kunden må omvendt være opmærksom på, at utilstrækkelig information kan forskyde risikoen.

Denne risikoplacering understøttes af de forudsætninger, leverandøren normalt indarbejder i sit tilbud.⁹⁰ Prisforudsætninger og tekniske forudsætninger udtrykker typisk, hvilke oplysninger leverandøren har lagt til grund, og dermed hvilke forhold kunden bærer risikoen for, hvis de viser sig at være anderledes end oplyst. Når sådanne forudsætninger indgår i aftalen, placeres risikoen for disse forhold som udgangspunkt hos kunden, idet det først og fremmest fremgår af aftalen.⁹¹

Leverandøren er dog fortsat forpligtet til loyalt at gøre opmærksom på uoverensstemmelser mellem de angivne forudsætninger og de faktiske forhold, når dette opdages, særligt hvis tilpasningen kan få betydning for driftens omfang eller stabilitet.

⁸⁹ Udsen, IT-kontraktret s. 315

⁹⁰ Udsen, IT-kontraktret s. 317

⁹¹ Udsen, IT-kontraktret s. 293

7.2.2.2 Leverandørens oplysningspligt

Leverandørens oplysningspligt i driftsaftaler udspringer af samme loyalitetsgrundlag som i den almindelige obligationsret. Leverandøren skal foretage en due diligence, som udspringer af undersøgelsespligten, og får i denne forbindelse oplysninger fra kunden i form af kravspecifikation, indsigt i systemer og andet relevant data, men disse oplysninger giver ikke altid det fuldstændige billede af de forhold, som driften skal baseres på. Aftalen forudsætter, at kunden beskriver sit behov, mens leverandøren omsætter dette til en konkret driftsløsning. Når der i dette grundlag forekommer fejl, uklarheder eller urealistiske forudsætninger, som leverandøren indser eller i kraft af sin faglige indsigt burde indse, må han reagere og gøre kunden opmærksom på, at grundlaget ikke kan bære den ønskede ydelse.⁹²

Dette vil typisk blive aktuelt i forbindelse med, at leverandøren foretager en due diligence, hvor det eksempelvis kunne opdages, at en ønsket opetid er urealistisk, eller at to systemer ikke kan arbejde sammen som oplyst, og kunden ikke selv har realistisk mulighed for at opdage dette. Her vil risikoen forskydes til leverandøren, hvis han forholder sig tavs, også selv om forudsætningerne efter aftalen formelt er placeret hos kunden.⁹³

Denne form for skærpede oplysningspligt bliver nærmere en reaktionspligt, og den ses blandt andet også i entrepriseretten, hvor den rådgivende ingeniører i U 1995.484 H pådrog sig ansvar for en klar professionel fejl ved ikke at afskære et projekt, der byggede på et uholdbart grundlag, som han burde have opdaget.

Selv om reaktionspligten i entrepriseretten traditionelt er blevet opfattet som en undtagelse, der kun omfatter åbenlyse fejl, viser nyere praksis, at ansvaret skærpes, når entreprenøren besidder særlig sagkundskab eller reelt medvirker til projektets udformning.⁹⁴ Denne udvikling bringer entrepriseretten tættere på den oplysnings- og rådgivningsforpligtelse, der gælder i driftsaftaler, hvor leverandøren netop forventes at reagere, når han i kraft af sin faglige indsigt kan identificere et uholdbart grundlag. Dermed understøttes den betragtning, at leverandørens pligt i driften ikke blot

⁹² Udsen, IT-kontraktret s. 73

⁹³ Udsen, IT-kontraktret s. 293

⁹⁴ Hansen, Entrepriseretlige mellemformer, s. 127

er en passiv oplysning, men en egentlig reaktionspligt, når manglen ved grundlaget er fagligt iøjnefaldende for ham.

7.2.2.2.1 Oplysningspligt om systemets anvendelse

Leverandørens oplysningspligt omfatter ikke alene den tekniske funktionalitet, men også de oplysninger der gør kunden i stand til at anvende systemet efter hensigten. I driftsaftaler er dette særligt centralt, fordi kunden typisk skal kunne interagere med systemet der drives af leverandøren, hvorfor kunden skal kunne forstå systemets basale logik for at udnytte ydelsen.

Denne forpligtelse blev tydeliggjort i U 1952.932 Ø, hvor køberen af en teknisk kompliceret maskine ikke kunne få den til at virke og bad om hjælp. Landsretten udtalte, at *”det ved levering af en landbrugsmaskine af en så kompliceret og usædvanlig beskaffenhed som den i sagen omhandlede maskine påhviler 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.”* Manglen bestod altså ikke i maskinens funktion, men i sælgerens undladelse af at give den støtte, der gjorde produktet anvendeligt. Det belyser, at oplysningspligten også omfatter en vis indsats fra leverandøren, når han indser at kunden uden hjælp ikke kan udnytte ydelsen som forudsat, hvilket er meget sandsynligt i IT-aftaler, og særligt når der er tale om en vedvarende ydelse som i driftsaftaler.

Vestre Landsrets dom af 7. april 1986 viser samme princip, da kunden først modtog en brugervejledning et år efter levering, og den var utilstrækkelig, hvilket forringede systemets værdi væsentligt. I denne sag udtrykte aftalen udtrykkeligt, at der skulle leveres en brugervejledning, men sammenholdt med U 1952.932 må det antages, at en brugervejledning må tjene som en integreret del af selve ydelsen, når systemet ellers ikke kan anvendes hensigtsmæssigt.

7.2.2.2.2 Leverandørens rådgivningspligt

Rådgivningspligten er et udslag af den almindelige loyalitetspligt, og den kan anses som en vidtgående oplysningspligt, som indebærer, at en fagligt stærkere part må sikre, at modparten kan disponere på et retvisende grundlag.⁹⁵ Rådgivningspligten er en proaktiv initiativpligt der vedrører

⁹⁵ Andersen, Lærebog i obligationsret 1, s. 122

alle forhold der angår integrationen af ydelserne med kundens IT-systemer. Bestemmelsen er sædvanligvis indskrevet i IT-kontrakter, men bruges ikke direkte til at forklare hvilken rådgivning leverandøren skal give kunden, i stedet er det en bred bestemmelse der kan understøtte, at leverandøren hæfter for et driftsnedbrud, som denne burde have rådgivet om i forvejen.⁹⁶

Pligten skærpes når ydelsen er kompleks, og der består en klar informationsasymmetri, som gør det urimeligt at overlade risikoen til kunden uden nærmere vejledning.⁹⁷ Som tidligere nævnt, er leverandørens rådgivningspligt altså en form for udvidet oplysningspligt, idet der skal oplyses om forhold der ikke nødvendigvis udspringer fra leverandøren, særligt fordi leverandøren er den professionelle og handler inden for sin profession. Retspraksis viser, hvordan denne pligt påvirker risikofordelingen.

Informationsasymmetrien mellem parterne mindskes, hvis kunden bruger en sagkyndig rådgiver, men kunden har ingen pligt hertil, og fraværet af rådgiver kan ikke begrunde en indskrænkning af leverandørens rådgivningspligt. Anderledes forholder det sig, når kunden faktisk anvender en rådgiver. I så fald bærer kunden risikoen for rådgiverens fejl, jf. U 1986.644 H og TBB 2020.4 V, hvor køberen blev identificeret med en utilstrækkelig undersøgelse. I driftsaftaler betyder dette, at leverandøren ikke kan henvise til manglende rådgiver for at undgå sin rådgivningspligt, mens kundens brug af en sagkyndig kan reducere asymmetrien, fordi rådgiverens fejl tillægges kunden.

Rådgivningspligten i praksis

Rådgivningspligten kan omhandle praktiske driftsforudsætninger, hvilket sås i U 1974.557 SH, hvor leverandøren gældende, at et bogholderianlæg ikke fungerede på grund af for høj luftfugtighed hos kunden. Sø og Handelsretten udtalte at *”der lægges særlig vægt på sagsøgtes faglige indsigt i betydningen af dette spørgsmål”*, og at *”Herefter måtte sagsøgte være den nærmeste til at give tilstrækkelig anvisning med hensyn til de praktiske foranstaltninger, som i denne henseende ønskedes foretaget.”*. Retten lagde dermed vægt på leverandørens faglige overlegenhed som argument for, at loyale hensyn kræver aktiv rådgivning. I driftsaftaler, hvor leverandøren typisk har indsigt i både driftsmiljø og tekniske afhængigheder, peger dommen derfor på en vid

⁹⁶ Horsfeldt, IT outsourcing, s. 85-86

⁹⁷ Udsen, IT-kontraktret s. 106

rådgivningspligt i situationer, hvor kunden uden hjælp ikke kan identificere en driftsrisiko, og hvor leverandøren med få oplysninger kunne have forebygget fejlen.

I U.1985.334/2H illustreres det, hvordan rådgivningspligten kan placere risikoen ved leverandøren, når kundens tekniske forudsætninger for aftalen brister. Kunden havde udtrykkeligt tilkendegivet ”at det var en afgørende forudsætning for V, at det nye anlæg kunne udføre i hvert fald de samme funktioner som V's gamle anlæg”, og leverandøren havde modtaget brugerdokumentationen for det gamle anlæg, hvorfor forventningerne burde være tydelige for leverandøren.

Højesteret lagde netop vægt på, at leverandøren ”måtte være bekendt med det tilbudte programmels muligheder og begrænsninger, og som ikke fandt det fornødent at foretage nærmere undersøgelser til oplysning om appellants behov”. Det var således leverandøren, der havde de bedste forudsætninger for at gennemskue, at kundens krav kun kunne opfyldes gennem en langt mere omfattende programmelleverance end det forudsatte overslag. Først ved en teknisk analyse flere måneder senere stod det klart, at kravene ikke kunne dækkes inden for den aftalte økonomiske ramme, og dette synliggjorde en konsekvens, som leverandøren burde have identificeret allerede under forhandlingerne.

Når Højesteret vælger at hjemle hæveadgangen i forudsætningslæren frem for i et traditionelt mangelsansvar, peger det på, at misligholdelsen bestod i leverandørens undladelse af at rådgive om et forhold, han burde have afklaret. Dommens resultat må derfor tolkes som et udslag af rådgivningspligten og ikke blot som konstatering af en funktionel mangel.

Afgrænsningen af rådgivningspligtens omfang

Et beslægtet, men dog anderledes udtryk for rådgivningspligtens rækkevidde findes i Vejle Byrets dom af 24. juli 1985. Her havde kunden ikke gjort det til en udtrykkelig forudsætning, at det nye system skulle kunne det samme som det gamle, men ophævelsen blev alligevel anset for berettiget, fordi leverandøren burde have identificeret forskellene og gjort kunden opmærksom på dem. Retten præciserede dog samtidig, at dette ikke indebar en generel pligt til at foretage en dybtgående analyse af kundens behov, men at vurderingen beroede på, at leverandøren i den konkrete situation burde have indset risikoen og reageret.

Denne dom vedrører en udviklingsaftale, og selvom mange momenter er ens i udviklings- og driftsaftaler, så kan denne præmis ikke overføres direkte til driftsaftaler, hvor både litteratur og standardkontrakter understøtter, at der er tale om en reel due diligence forpligtelse for leverandøren, som nærmest er en integreret del af driftsydelsen. I udviklingsaftaler skal ydelsen først skal skabes, og risikofordelingen afhænger i vidt omfang af parternes indledende dialog om funktion og behov, og denne type ydelse ligger mere op til, at kunne behandles direkte efter almindelige obligationsretlige principper, uden de særlige hensyn der findes ved driftsaftaler.

Rådgivningspligten adskiller sig fra den almindelige oplysningspligt ved, at leverandøren ikke blot skal formidle faktiske oplysninger, men også aktivt omsætte sin tekniske indsigt til vejledning, vurderinger og advarsler, der sætter kunden i stand til at træffe informerede beslutninger.⁹⁸ Hvor oplysningspligten angår forhold, der udspringer af leverandørens egen ydelse, retter rådgivningspligten sig mod de forhold hos kunden, som denne ikke selv kan gennemskue.

I driftsaftaler kan det eksempelvis være, at leverandøren ser, at kapaciteten i en database er ved at være opbrugt, at kundens servermiljø nærmer sig *end-of-life*, eller at en netværksopsætning hos kunden skaber driftsproblemer. Det kan også være, at leverandøren konstaterer, at backup-løsningen ikke dækker det behov, kunden går ud fra, at den gør. I sådanne situationer kan kunden ikke forventes at kende konsekvenserne, mens leverandøren hurtigt kan identificere risikoen, hvilket gør rådgivning nødvendig. Selvom pligten i driftsaftaler ikke har den samme bredde som i udviklingsaftaler, fordi systemet allerede eksisterer, viser disse eksempler, at der fortsat kan være et reelt rådgivningsbehov, når driften kræver teknisk indsigt, som kunden ikke besidder.

7.2.3 Delkonklusion

Oplysningspligten bygger i obligationsretten på, at realdebitor må give de oplysninger, der er nødvendige for, at realkreditor kan disponere på et retvisende grundlag. Pligten omfatter de forhold, som realdebitor har bedre adgang til end modparten, og som må antages at være afgørende for ydelsens anvendelighed. Retspraksis viser, at pligten skærpes, hvor realdebitor besidder særlig sagkundskab eller er bekendt med oplysninger, som modparten ikke realistisk kan fremskaffe selv, mens den begrænses, hvor oplysningerne er almindelig brancheviden eller let tilgængelige.

⁹⁸ Andersen, Lærebog i obligationsret 1, s. 121

I driftsaftaler får oplysningspligten et særligt indhold, fordi kunden som regel ikke kan gennemskue de tekniske forudsætninger for ydelsen. Kunden skal loyalt give korrekte oplysninger om egne forhold, men leverandøren bærer hovedansvaret for at oplyse om tekniske begrænsninger, risici og uholdbare forudsætninger, som han gennem sin due diligence burde identificere. Leverandørens pligt får dermed karakter af en egentlig reaktionspligt, hvor faglig indsigt forpligter til at gribe ind, når grundlaget ikke kan bære. Risikoen placeres derfor som udgangspunkt hos leverandøren for de forhold, som han havde mulighed for at opdage og oplyse om.

8. Regulering af undersøgelses- og oplysningspligt i D17

Dette kapitel retter fokus mod D17 version 5, hvor fremstillingen undersøger, hvordan kontrakten placerer forpligtelser hos henholdsvis kunde og leverandør. Analysen tager udgangspunkt i den faseopdeling, der blev gennemgået i afsnit 6.3, og sættes i relation til de obligationsretlige udgangspunkter. Hensigten er at klarlægge, i hvilket omfang D17 afspejler eller fraviger baggrundsretten, og hvilken betydning dette har for parternes risikofordeling.

8.1 Faserne ved indgåelsen af en IT-kontrakt

8.1.1 Due diligence

D17 fastlægger en todelt model for due diligence, hvor leverandøren først gennemfører en undersøgelse af kundens forhold og herefter, får adgang til at verificere de modtagne oplysninger, jf. D17 pkt. 5.1.1. Denne struktur adskiller sig fra baggrundsretten, idet leverandøren ikke blot pålægges en undersøgelsespligt, men også får en efterfølgende ret til at teste rigtigheden af de oplysninger, kunden har fremlagt. Dette kan ses som en kontraktuel udbygning af rådgivningspligten, hvor leverandøren ikke blot skal reagere hvis modpartens oplysninger er forkerte, men også verificere informationerne og kundens faktiske forhold.

Udgangspunktet i baggrundsretten er, at risikoen for forhold, som burde være afdækket under en due diligence, placeres hos den part, der havde mulighed for at foretage undersøgelsen. Dette udtryk findes også i D17, hvor leverandøren som altovervejende udgangspunkt ikke kan påberåbe sig forhold, som burde være opdaget ved den indledende gennemgang. I D17 pkt. 4.2.1 fremhæves det udtrykkeligt, at *"Leverandøren skal inden for rammerne af sin normale undersøgelsespligt informere Kunden om manglende overensstemmelse mellem Due Diligence Informationen og de*

faktiske forhold, såfremt dette har relevans for Kontraktens opfyldelse.” D17 kodificerer hermed også det grundlæggende princip om undersøgelsespligt, jf. KBL § 47, men i en anden konstellation, hvor køberen i køberetten har undersøgelsespligt over for sælgerens ydelse, er det i driftsaftaler leverandøren, der som debitor har undersøgelsespligten i relation til kundens forhold.

Forholdet adskiller sig fra baggrundsretten, hvor kundens oplysningspligt alene udspringer af loyalitetspligten og omfatter de oplysninger, kunden indser eller burde indse er nødvendige for, at modparten kan disponere. D17 går længere ved i punkt. 4.1.1 udtrykkeligt at fastslå, at *“Kunden har, under hensyntagen til sin loyale oplysningspligt, ansvaret for, at alle informationer, som Leverandøren har efterspurgt, er blevet udleveret som led i due diligence”*. Dermed bliver kundens oplysningspligt ikke blot en afledt loyalitetsforpligtelse, men en kontraktuel hovedforpligtelse med en klar risikoplacerende funktion.

Denne forskydning begrænses dog af, at leverandøren efterfølgende skal teste og verificere oplysningerne, og ikke kan støtte ret på forhold, som burde være opdaget ved denne gennemgang. I sidste ende betyder det, at kundens risiko primært knytter sig til de faktiske oplysninger, mens leverandørens risiko fastholdes for de forhold, han som sagkyndig og undersøgelsespligtig part burde have identificeret.

8.1.1.1. Verifikation af due diligence

Selvom verifikationen i D17 teknisk er placeret i begyndelsen af transitionsfasen, behandles den her som en forlængelse af due diligence-fasen, fordi verifikationens primære formål er at efterprøve og validere de oplysninger, som udgør grundlaget for kontrakten.

Efter kontraktens indgåelse fortsætter due diligence-processen i form af en verifikation af de oplysninger, leverandøren har modtaget. Af D17 pkt. 5.1.1 fremgår det, at leverandøren skal foretage en *”verifikation af Due Diligence Informationen og Kundens faktiske forhold”*. Formålet er at sikre, at det grundlag, som tilbud og aftale hviler på, stemmer overens med realiteten i kundens driftsmiljø, og leverandøren pålægges derfor en positiv pligt til aktivt at opsøge og afklare uoverensstemmelser. I baggrundsretten rækker rådgivningspligten kun så langt, at leverandøren skal oplyse kunden, hvis han opdager eller burde opdage forhold, der gør ydelsen uhensigtsmæssig. D17 går videre ved at kræve, at leverandøren aktivt undersøger, om kundens oplysninger overhovedet

kan bære ydelsen. Det betyder også, at rådgivningspligten ikke kun knytter sig til det, der opdages, men også til det, der skal afklares.

Kunden pålægges i denne fase en udtrykkelig pligt til at bistå leverandøren. Det fremgår af pkt.

5.1.2, at ” *Har Kunden en eksisterende leverandør [...] skal Kunden søge at fremskaffe den skriftlige information fra denne leverandør, der er nødvendig for, at Leverandøren kan verificere Due Diligence Informationen og Kundens faktiske forhold* ”.⁹⁹ I praksis vil dette dog ofte være sikret gennem reglerne om ophørsassistance, jf. D17 pkt. 16.1, som pålægger en tidligere leverandør at medvirke i overdragelsen. Kunden skal altså ikke blot videregive de oplysninger, hun allerede har, men også aktivt skaffe den information. Det betyder, at kundens ansvar for mangelfulde oplysninger skærpes i forhold til baggrundsretten, fordi denne kontraktuelt påtager sig at sikre, at leverandøren modtager et fyldestgørende og brugbart beslutningsgrundlag.

Verifikationen udmøntes i en rapport, jf. pkt. 5.2, hvor leverandøren skal beskrive uoverensstemmelser mellem kundens oplysninger og de faktiske forhold. Det betyder, at undersøgelses- og oplysningspligten ikke kun består i at identificere fejl, men også i at dokumentere dem. Sammenholdt med baggrundsretten er dette en skærpelse, da leverandøren normalt alene skal reagere, hvis der opdages forhold, der gør ydelsen uforsvarlig.

D17 kræver derimod en systematisk og skriftlig kontrol af grundlaget, hvilket placerer risikoen for uafklarede eller urigtige oplysninger tydeligere hos leverandøren. Kunden understøtter dette gennem bistanbspigten, men hovedansvaret for at sikre et retvisende grundlag ligger hos leverandøren. Verifikationsordningen gør derfor risikoplaceringen mere klar end efter baggrundsretten, fordi leverandøren både skal undersøge og dokumentere, om kundens forudsætninger kan bære driften.

8.1.2 Transitionsfasen

Afprøvningsreglerne i pkt. 6.5 præciserer parternes undersøgelses- og oplysningspligter.

Leverandøren skal udarbejde en rapport med dokumentation for testforløb og resultater, jf. pkt.

6.5.2, som kunden efterfølgende skal godkende eller begrundet afvise inden for en kort frist, jf. pkt.

6.5.3. Dermed etableres en kontraktuel ordning, hvor leverandøren bærer risikoen for at

dokumentere ydelsens funktionsdygtighed, mens kunden har en udtrykkelig pligt til rettidigt at reagere på uoverensstemmelser. Kravet om skriftlig dokumentation skærper leverandørens undersøgelsespligt, da leverandøren ikke blot skal afprøve systemet, men også positivt oplyse kunden om fejl og mangler, som led i rapporten.

Disse prøver har kontraktuelt karakter af betingelser for overgangen til den ordinære drift. Leverandøren pålægges dermed en eksplicit undersøgelsespligt i forhold til at demonstrere systemets funktionsdygtighed, mens kunden pålægges en medvirkepligt og ikke kan nægte godkendelse på baggrund af uvæsentlige fejl. Dette svarer til baggrundsrettens krav om, at debitor skal levere en ydelse uden væsentlige mangler, men D17 gør vurderingen mere objektiv ved at fastsætte faste testkriterier og en klar reaktionsfrist for kunden.

D17 begrænser kundens afvisningsret ved at kræve, at en afvisning skal være “begrundet”, jf. pkt. 6.5.3. Dermed indsnævres kundens oplysningspligt til en pligt til at identificere og kommunikere væsentlige mangler indenfor en kort frist, hvilket i praksis flytter risikoen for tavshed eller passivitet over på kunden.

Transitionsfasen udgør dermed et kontraktuelt skæringspunkt, hvor risikoen for eventuelle uoverensstemmelser konsolideres ved at leverandøren hæfter for, at de tekniske forudsætninger er til stede, mens kunden har en udtrykkelig pligt til at samarbejde og loyalt acceptere prøvernes resultater, medmindre væsentlige fejl påvises. At kunden skal stille “*det nødvendige antal kvalificerede medarbejdere til rådighed*”, jf. pkt. 6.5.5, understreger endvidere, at kundens medvirkepligt rækker længere end den almindelige loyalitetsforpligtelse.

8.1.3 Driftsfasen

I driftsfasen er hovedparten af undersøgelses- og oplysningspligten allerede udmøntet gennem due diligence og transitionsfasen. Når først driften er etableret, ændres fokus fra at afdække og verificere forhold til at sikre en stabil leverance. D17 fastholder dog en asymmetri i parternes roller, som kan ses som en videreførelse af de tidligere pligter.

Ad punkt 7.1 fremgår det, at “*Leverandøren har ansvaret for at levere Services. Leverandøren skal foretage enhver handling og levere enhver service, der er et naturligt eller nødvendigt led i leveringen af de aftalte Services, uanset om den relevante handling eller service konkret er nævnt i*

Kontrakten”. Dermed hæfter leverandøren ikke alene for de aftalte ydelser, men også for de nødvendige handlinger, der ligger uden for kontraktens udtrykkelige regulering.

Denne regulering kan ses som en udvidelse af undersøgelsespligten, idet leverandøren fortsat har ansvaret for at identificere og håndtere forhold, som er nødvendige for at sikre leverancen. Dette ligger tæt op ad baggrundsrettens krav om, at en professionel debitor skal reagere, hvis ydelsen ikke kan leveres fagligt forsvarligt, men D17 gør pligten mere eksplicit og løbende.

Kundens rolle er derimod begrænset til en kontraktlig medvirkepligt. Ifølge pkt. 7.2 skal kunden *“medvirke loyalt i nødvendigt omfang”*, og de konkrete ansvarsområder er fastlagt i bilag 4e. Denne pligt svarer kun i begrænset omfang til en egentlig oplysningspligt, idet den primært består i at understøtte leverandørens drift. Kunden bærer derfor ikke et bredt ansvar for at afdække eller fremlægge forhold under driftsfasen, men alene for at muliggøre leverandørens opfyldelse.

Hertil kommer en generel oplysningspligt, der påhviler begge parter. Af pkt. 11.1.1 fremgår det, at *“Parterne skal løbende informere hinanden om forhold, som skønnes at have betydning for opfyldelse af Kontrakten. Herunder skal Parterne loyalt udveksle information, data og dokumentation i det omfang, det er relevant for Kontraktens opfyldelse”*. Bestemmelsen fastslår eksplicit loyalitetsforpligtelsen mellem parterne. I stedet for at være en subsidiær regel bliver informationsudvekslingen her gjort til en eksplicit forpligtelse, hvilket styrker gennemsigtigheden og reducerer risikoen for, at væsentlige forhold først afdækkes i forbindelse med misligholdelse.

Sammenlignet med baggrundsretten indebærer driftsfasen derfor en forskydning, idet leverandørens ansvar videreføres og intensiveres i den løbende drift, mens kunden alene pålægges en sekundær bistands- og informationspligt. Resultatet er et system, hvor leverandørens faglige kompetencer og tekniske kapacitet fremstår som det centrale grundlag for kontraktens opfyldelse, mens kundens forpligtelser alene har en understøttende karakter. D17 tydeliggør dermed, at hovedparten af risikoen for driftsrelaterede faktiske forhold placeres hos leverandøren, mens kundens pligter først aktiveres, hvis manglende medvirken forhindrer leverandørens opfyldelse.

8.1.4 Ophørsfasen

I ophørsfasen sker der et tydeligt skifte i reguleringen af parternes pligter. Hvor leverandøren tidligere primært har haft en undersøgelsespligt i forhold til kundens forhold, er det ved kontraktens afslutning leverandøren, der bærer en egentlig oplysningspligt. Dette udspringer af den informationsasymmetri, der typisk præger driftsaftaler, hvor kunden sjældent har indsigt i de tekniske strukturer og processer, som leverandøren har opbygget under aftalen.

Denne oplysningspligt kommer til udtryk i D17. Af pkt. 16.1 fremgår det, at leverandøren ”*på god og forsvarlig vis skal medvirke til overgang af Services fra Leverandøren til Kunden eller til en af Kunden udpeget tredjemand*”, og efter pkt. 17.2 skal han ”*uden ugrundet ophold*” udlevere den dokumentation og information, der er nødvendig for overdragelsen. Hvor kunden tidligere var forpligtet til loyalt at stille oplysninger til rådighed, er det her leverandøren, der aktivt må sikre, at kundens drift kan fortsætte uden afbrydelse.

Set i et baggrundsretligt lys kan ophørsassistance ses som en pendant til undersøgelsespligten i kontraktens indledning. I starten er leverandøren forpligtet til at skabe klarhed over kundens forhold, og i afslutningen skal han give kunden det nødvendige grundlag for at videreføre eller overdrage driften. Først når denne bistand er ydet, kan ydelsen anses for fuldt ud opfyldt. D17 strækker dermed loyalitetspligten til også at omfatte afslutningen af samarbejdet.

8.1.5 Delkonklusion

D17 regulerer undersøgelses- og oplysningspligten gennem en mere formaliseret og fasedelt model end baggrundsretten. Leverandøren bærer fortsat hovedansvaret for at skabe klarhed over kundens forhold gennem due diligence og verifikation, og kan kun støtte ret på afvigelser, som han ikke med rimelighed burde have opdaget. Kunden pålægges samtidig en udtrykkelig og udvidet oplysnings- og bistandspligt, der går videre end den almindelige loyalitetspligt og forudsætter aktiv medvirken i både due diligence, verifikation og transitionsprøver.

I driftsfasen fastholdes asymmetrien, idet leverandøren har et løbende ansvar for at identificere og håndtere forhold, der er nødvendige for leverancens opretholdelse, mens kunden primært skal understøtte driften og udveksle relevante oplysninger. I ophørsfasen forskydes pligten igen, idet leverandøren pålægges en egentlig oplysnings- og afleveringspligt for at sikre kontinuitet i kundens drift. Samlet indebærer D17 dermed en tydeligere og mere dokumenteret risikoplacering end

baggrundsretten, men med samme grundlæggende rollefordeling mellem en teknisk sagkyndig leverandør og en medvirkende kunde.

8.2 Tredjepartsydelser og D17

Tredjepartsydelser dækker over IT-ydelser, som leveres af en ekstern leverandør og indgår som en del af driftsaftalen. De leveres ofte som cloudbaserede standardløsninger, hvor både drift og software ligger hos tredjemand og tilgås via internettet. Når sådanne ydelser indgår, opstår der typisk et trepartsforhold mellem kunden, hovedleverandøren og tredjepartsleverandøren, og kunden har som regel ingen direkte adgang til de bagvedliggende tekniske eller kontraktuelle forhold.¹⁰⁰

Den stigende anvendelse af cloudbaserede løsninger betyder, at tredjepartsydelser i dag udgør en central del af mange driftsaftaler. Kunden har sjældent mulighed for at forhandle vilkårene direkte med de store udbydere, hvilket skaber en markant informationsasymmetri. Med version 5 af D17 er reguleringen derfor blevet skærpet og samtidig tilpasset udviklingen. Leverandøren får på den ene side en større fleksibilitet til at inddrage tredjepartsydelser som led i leverancen, men på den anden side fastlægges en række pligter, der skal sikre kundens indsigt og mulighed for at navigere i en situation, hvor den reelle kontrol ofte ligger uden for kontraktparternes hænder.

Inddragelsen af tredjepartsydelser i D17 skærper det oplysnings- og undersøgelsesretlige perspektiv. Efter pkt. 39.1.1 fremgår det, at *“Leverandøren er ansvarlig for Tredjepartsydelser på samme måde som for sine egne ydelser”*. Dermed pålægges leverandøren en undersøgelsespligt, idet han aktivt må sikre, at de ydelser, der inddrages i leverancen, kan understøtte driften, og at han som teknisk sagkyndig må foretage samme undersøgelse af tredjepartsydelsen, som hvis han selv leverede den.

Kunden kan sjældent selv vurdere de tekniske forudsætninger eller indgåelsesvilkår, og kontrakten placerer derfor risikoen hos den part, der har den nødvendige indsigt. Det afspejler baggrundsrettens princip om, at risikoen må bæres af den part, der er nærmest til at vurdere og kontrollere forholdene, og i denne kontekst er det naturligt, at det er leverandøren, der pålægges dette ansvar.

¹⁰⁰ Udsen, IT-kontraktret, s. 30

Denne konstruktion ændres, når en ydelse udtrykkeligt er angivet som en standardtredjepartsydelse. Det drejer sig typisk om store cloudbaserede løsninger, hvor leverandøren ikke har mulighed for at forhandle vilkårene, men alene kan videreformidle de betingelser, som tredjepartsudbyderen fastsætter ensidigt. I punkt 39.1.2 fastslås det, at sådanne ydelser leveres på *“as is”-vilkår*, hvilket betyder, at *“vilkårene for disse ydelsers indhold og levering er tredjepartsleverandørens til enhver tid gældende vilkår”*. Dermed præciserer D17, at hovedleverandøren ikke påtager sig ansvar ud over disse vilkår, og at kunden må acceptere ydelsen, som den foreligger efter tredjepartsleverandørens bestemmelser.

I denne situation kan leverandøren ikke selv stille garanti for ydelsens kvalitet, da den leveres på vilkår, som han ikke kan ændre. Kontrakten forskyder derfor balancen ved at leverandøren i stedet for en undersøgelsespligt får en oplysningspligt. Denne fremgår af punkt 39.4.3, hvor det fastslås, at leverandøren *“er forpligtet til løbende at gøre de til enhver tid gældende vilkår for Standard Tredjepartsydelserne lettilgængelige for Kunden”*. Kunden får dermed ikke en funktionsgaranti, men han sikres gennemsigtighed i vilkårene, så han kan tage stilling til, hvordan ydelsen påvirker hans egen drift, ligesom den baggrundsretlige rådgivningspligt vil forpligte leverandøren til at rådgive kunden efter bedste evne.

Når leverandøren hæfter for tredjepartsydelser som for egne, indebærer det, at han må foretage en grundig undersøgelse og tage ansvar for resultatet. Når der derimod er tale om standardydelser, har leverandøren ikke indflydelse på vilkårene, og ansvaret omdannes til en pligt til at informere og holde kunden løbende orienteret. Det betyder i praksis, at kunden ikke risikerer at blive ladt i uvidenhed, selvom leverandøren ikke hæfter for ydelsens indhold. D17 anvender dermed oplysningspligten som et kontraktuelt værn mod den informationsasymmetri, der ellers ville placere en urimelig risiko hos kunden.

I punkt 39.4.2 pålægges leverandøren desuden en kontakt- og rapporteringspligt. Hvis en standardydelse fejler, skal han *“udøve rimelige, sædvanlige og forventelige bestræbelser på at få afhjælpningen prioriteret hos tredjepartsleverandøren”* og samtidig holde kunden informeret om fremdriften. Dermed fastholder D17 et minimumsansvar, hvor leverandøren ikke selv kan udbedre manglen, men alligevel må skabe gennemsigtighed for kunden og sikre, at fejl bliver afhjulpet bedst muligt af tredjeparten. Dette understreger, at selv hvor leverandørens kontrol er minimal, er informationsansvaret fortsat aktivt og løbende.

D17 etablerer en differentieret regulering af tredjepartsydelser, der afspejler forskellige grader af ansvar og pligter. For almindelige tredjepartsydelser gælder, at leverandøren pålægges en undersøgelsespligt og hæfter for ydelserne som for sine egne. Når det derimod drejer sig om standardiserede tredjepartsydelser, forskydes forpligtelsen til en oplysningspligt, idet leverandøren ikke hæfter for ydelsens indhold, men skal sikre gennemsigtighed og give kunden adgang til den nødvendige information. Denne reguleringsmodel kan forstås som et kontraktuelt værn mod den informationsasymmetri, der kendetegner IT-aftaler og særligt cloud-løsninger, hvor kunden typisk er afskåret fra direkte indsigt og derfor må kunne støtte sig til, at leverandøren både foretager den fornødne undersøgelse, hvor dette er muligt, og leverer den nødvendige oplysning, hvor undersøgelse ikke kan gennemføres.

9. Diskussion

Undersøgelses- og oplysningspligten er velkendte obligationsretlige principper, men i driftsaftaler får de et særligt samspil, fordi parterne ikke står lige i forhold til viden og adgang til tekniske forhold. De foregående afsnit har vist, hvordan baggrundsretten, it-retten og D17 regulerer pligterne, men deres indbyrdes vægt kræver en nærmere diskussion. Det centrale spørgsmål er derfor ikke alene, hvad de to pligter hver især indebærer, men hvordan de virker i mødet med hinanden, og hvordan dette samspil påvirker risikofordelingen mellem parterne.

Formålet er at undersøge, hvordan pligterne virker i samspil, især når risikoen ikke entydigt kan placeres hos én part. Det gælder både de situationer, hvor begge parter har søgt at opfylde deres forpligtelser, men hvor resultatet alligevel viser sig utilstrækkeligt, og de situationer, hvor begge parter burde have gjort mere. Det er i dette krydsfelt, at hensynet til informationsasymmetri, adgang til viden og parternes professionelle styrkeforhold bliver afgørende, og hvor domspraksis og kontrakter som D17 giver indblik i, hvilken pligt der i praksis tillægges størst vægt.

9.1. Rollefordelingen mellem parterne

Rollefordelingen mellem parterne er et naturligt udgangspunkt for en vurdering af, hvordan undersøgelses- og oplysningspligten bør vægtes. I forbrugerforhold indenfor obligationsretten er udgangspunktet klart, at den professionelle debitor bærer den tungeste oplysningsbyrde, fordi forbrugeren ikke kan forventes at gennemskue tekniske eller faglige forhold, og fordi hensynet til et

enkelt og overskueligt beslutningsgrundlag samt forbrugerens manglende indsigt vejer tungere end hensynet til en fuldstændig risikofordeling.¹⁰¹ Det centrale hensyn er derfor beskyttelsen af den svagere part, der ikke har de samme forudsætninger for at kontrollere eller verificere oplysninger.

Når rollefordelingen vendes, ændres vægtningen også, og Vestre Landsrets dom af 9. maj 2019 viser, at en køber, der er agerer indenfor sin prosession, burde kunne gennemskue en særlig risiko, og meget taler for, at resultatet ville have været anderledes, hvis parterne havde haft samme professionelle status.¹⁰² Hensynet bag denne afvejning er både praktisk og rimelighedsmæssigt, idet den professionelle part normalt har bedre adgang til relevante oplysninger og bedre forståelse for, hvilke forhold der kræver nærmere afklaring.

Det indebærer også et mere grundlæggende normativt spørgsmål om, hvem der reelt kan forebygge risikoen. Når en part har faglig indsigt i de tekniske eller kommercielle forhold, følger det næsten naturligt, at det også er denne part, der må bære risikoen for at dele den viden, der ikke uden videre kan forventes at være kendt af modparten. Denne betragtning rummer en implicit antagelse om, at undersøgelsespligten ikke skal udstrækkes ud over det, der effektivt og realistisk kan forventes af parterne.

Det skaber en bevægelse i retning af, at oplysningspligten vejer tungere, når der foreligger en markant informationsasymmetri, selv i situationer hvor begge parter er erhvervsdrivende. I den slags tilfælde bliver spørgsmålet ikke kun hvad parterne kunne have gjort, men også hvem der burde have indset, at modparten disponeredes på et ufuldstændigt grundlag. Dette gør rollefordelingen til et dynamisk kriterium, der ikke alene afspejler formelle kategorier som forbruger eller professionel, men også den konkrete asymmetri i viden og indsigt.

Denne forskydning af hensyn og rollefordeling genfindes i it-retten, selv om kunden i en driftsaftale sjældent er en forbruger. Parterne er i udgangspunktet professionelle, men der består ofte en markant informationsasymmetri mellem dem. Kunden har som regel den forretningsmæssige indsigt, men begrænset kendskab til det tekniske miljø, mens leverandøren besidder nødvendige systemforståelse. Denne asymmetri gør, at nogle af de hensyn, der ellers kun beskytter forbrugeren,

¹⁰¹ Andersen, Lærebog i obligationsret 1, s. 119-120

¹⁰² Revsbech, ET.2020.132

får relevans i driftsaftaler. Særligt hensynet til gennemskuelighed og til den parts mulighed for at bære risikoen taler for, at leverandøren må påtage sig en mere aktiv rolle, hvilket understøttes af D17 som er et agreed document, og som derfor afspejler brancheforventningen.

I driftsaftaler forventes leverandøren at udføre en egentlig due diligence som et kerneelement i aftaleindgåelsen. Dermed skal leverandøren ikke kun reagere på oplysninger, som kunden giver, men proaktivt opsøge og afklare forhold, som i andre kontraktforhold ville falde under kundens oplysningspligt. Denne forskydning illustrerer forskellen mellem hensynene til risikoplacering i driftsaftaler og udviklingsaftaler.

Vejle Byrets dom af 24. juli 1985 fastslog, at kunden i udviklingsaftaler selv skal kunne udforme en kravspecifikation, hvor leverandøren ikke blev anset for forpligtet til at gennemføre en teknisk undersøgelse af kundens forhold. I driftsaftaler forholder det sig modsat. Kunden behøver ikke kende de tekniske mekanismer, så længe der er en stabil drift. Dette gør det naturligt, at leverandøren, som debitor i realiteten får en undersøgelsespligt.

Den grundlæggende pointe er derfor, at rollefordelingen mellem parterne ikke alene bestemmes af deres formelle status som professionelle, men af deres indbyrdes indsigt og adgang til relevante oplysninger. Det er denne forskel, der gør, at leverandørens undersøgelsespligt i driftsaftaler får et andet indhold end i mange andre kontraktforhold. Dermed lægges der også op til en anden vurdering i de tilfælde, hvor begge parter enten har forsømt eller søgt at opfylde deres forpligtelser, og hvor spørgsmålet bliver, hvilken pligt der skal veje tungest, når begge parter har forsømt deres forpligtelser.

9.2. Oplysningspligt eller undersøgelsespligt?

9.2.1. Begge parter har tilsidesat forpligtelserne

Når begge parter har forsømt deres respektive pligter, bliver spørgsmålet, hvilken pligt der skal veje tungest, og dermed hvem risikoen skal placeres hos. I ligeværdige erhvervsforhold er der en naturlig forventning om, at køberen foretager en vis undersøgelse, men denne forventning er ikke ubetinget.

U 2004.1784 H illustrerer, at selv når køberen undlader at gennemføre en due diligence, kan sælgerens oplysningspligt stadig få forrang, hvis sælgeren ligger inde med en særviden, der må anses for afgørende for aftalen. Højesteret lagde vægt på, at sælgerens kendskab til væsentlige

forhold gjorde, at køberen ikke kunne forventes at kompensere for manglende undersøgelse. Det centrale hensyn var ikke køberens forsømmelse, men sælgerens bedre adgang til oplysninger og mulighed for at afværge risikoen.

Selv om der i IT-retten som udgangspunkt består en betydelig informationsasymmetri mellem kunde og leverandør, findes der også situationer, hvor parterne står mere lige i relation til den konkrete ydelse. Det gælder blandt andet, når leverandøren selv køber en tredjepartsydelse hos en anden professionel, eller hvis kunden benytter sagkyndig bistand, som kunden må tåle identifikation med. I sådanne relationer kan der forekomme et vidensniveau, som ikke adskiller sig væsentligt mellem parterne, og her kan præmisserne fra U 2004.1784 H overføres direkte, hvilket tyder på, at i tilfælde hvor der foreligger særviden, tager oplysningspligten forrang over undersøgelsespligten.

Hensynet er, at risikoen bør bæres af den part, der lettest kan afklare forholdet, fordi det både er mest ressource effektivt og rimeligt.¹⁰³ Hvis den der faktisk ligger inde med viden undlader at dele den, vil en tung undersøgelsespligt hos modparten reelt fungere som et krav om at kompensere for noget, han aldrig kunne opdage. Dermed risikerer undersøgelsespligten at glide over i en urimelig forventning om, at den uvidende part skal afdække forhold som kun den anden realistisk kan identificere.

U 2010.556 H som angik køb af fast ejendom kan desuden nævnes. I sagen havde realdebitor tilsidesat sin loyale oplysningspligt, mens realkreditor ligeledes havde tilsidesat sin undersøgelsespligt. Begge parter havde dermed tilsidesat deres forpligtelser. Højesteret fandt, at afgørelsen skulle falde ud til realkreditors fordel. Afgørelsen illustrer dermed, at den loyale oplysningspligt vægtes tungere end undersøgelsespligten, idet der ikke er grund til at varetage et hensyn til ondtrøende realdebitor.

Hvis kunden undlader at udlevere oplysninger, som er nødvendige for at forstå driftsmiljøet, og leverandøren samtidig ikke udfører en tilstrækkelig due diligence, opstår der et ansvarsmæssigt tomrum. Udgangspunktet må være præmisserne fra U 2004.1784 H om, at oplysningspligten får forrang, når der er tale om særviden, som kunden i dette tilfælde ville besidde.

¹⁰³ Andersen, Lærebog i obligationsret 1, s. 121

Vurderingen kompliceres dog af, at leverandøren i driftsaftaler ikke blot skal undersøge, men også reagere rådgivende, hvis oplysningerne fremstår ufuldstændige eller skaber usikkerhed. Dette udspringer af, at leverandøren er den professionelle aktør med indsigt i driftsmiljøets sårbarheder, når materialet er utilstrækkeligt, mens kunden ikke nødvendigvis forstår rækkevidden af sine egne mangler, eller overhovedet ved hvad der mangler.

Denne reaktionsforpligtelse kan forskyde vurderingen, for hvis leverandøren burde have indset, at der manglede centrale oplysninger. Udfaldet må derfor afhænge af, om leverandøren har opfyldt sin pligt til at reagere på de mangler, der burde være synlige for en professionel. Har leverandøren gjort dette, peger situationer der indebærer særviden på, at kunden bærer risikoen. Har leverandøren derimod ikke reageret, kan den skærpede reaktionspligt tale for det modsatte resultat, og dermed forskyde balancen.

Hvis det for en professionel leverandør burde have stået klart, at oplysningerne ikke var tilstrækkelige, kan passiviteten sandsynligvis ikke lægges kunden til last. Omvendt, hvis leverandøren faktisk har reageret og påpeget manglerne, falder risikoen tilbage på kunden, der som den vidende part undlod at give de nødvendige data. Det må derfor antages, at det er spændet mellem kundens særviden og leverandørens pligt til at reagere, der bestemmer, hvilken tilsidesættelse der i den konkrete situation må tillægges størst vægt. Bag dette ligger hensynet til risikoplaceringens funktionalitet, for når begge parter har forsømt noget, må afgørelsen bero på, hvem der realistisk kunne have afværget problemet, og hvem der havde den bedste adgang til at skabe klarhed.

9.2.2. Begge parter har overholdt forpligtelserne

Når både sælger og køber har opfyldt deres respektive pligter, men resultatet alligevel viser sig mangelfuldt, bliver risikoplaceringen betydeligt vanskeligere, hvilket illustreres i U 2010.3141 H, der angik leverede låger som først viste sig defekte efter længere tids brug. Højesteret placerede risikoen hos sælgeren ud fra en samlet vurdering, hvor det bar bærende hensyn var, at manglen lå uden for, hvad køberen med rimelighed kunne opdage.

Dommen viser, at når ingen af pligterne er tilsidesat, får rimelighedsbetragtninger en fremtrædende rolle. Et rimelighedselement er også at manglen allerede var til stede på købstidspunktet, og dermed udsprang af forhold på sælgers side hvilket tydeligt understøtter en forventning om, at køberen ikke

skal bære risikoen for et skjult forhold, han aldrig selv har haft mulighed for at påvirke eller grund til at afdække. Samlet set antyder afgørelsen, at når begge parter har gjort det de skulle, må risikoen placeres der hvor årsagen til fejlen materielt hører hjemme, og hvor en anden løsning ville fremstå åbenbart urimelig.

Et beslægtet, men i realiteten modsatrettet hensyn ses i Vestre Landsrets dom af 9 maj 2019, hvor manglen ved hestens højde forelå på købstidspunktet. I modsætning til U 2010.3141 H blev køberen her anset for ikke at have undersøgt tilstrækkeligt, selv om tidligere målinger pegede på at hesten lå inden for ponymål. Det bemærkelsesværdige er at graden af egen skyld var minimal, for køberen havde blot forholdt sig til den eksisterende dokumentation. Forskellen består alene i køberens professionelle status.

Dommen viser derfor en klar tendens til at lade den professionelle bære risikoen, selv hvor manglen var skjult og selv hvor køberen kun i meget begrænset omfang kunne have handlet anderledes. Det rejser spørgsmålet, om forskydningen i virkeligheden bygger mindre på en vurdering af, om en konkret pligt er tilsidesat, og mere på en forventning om, at den professionelle som udgangspunkt må bære risikoen, når fejlen ikke kan henføres til egentlig misligholdelse.

I IT driftsaftaler trækker disse hensyn i retning af at leverandøren som udgangspunkt bærer risikoen. Det skyldes ikke alene hans tekniske indsigt men den praktiske rollefordeling i sådanne aftaler, hvor det er leverandøren der undersøger, verificerer, reagerer og overvåger driftsmiljøet, mens kundens bidrag i højere grad består i at stille oplysninger til rådighed og medvirke når leverandøren efterspørger det. Dermed ligger de faktiske muligheder for at opdage fejl primært hos leverandøren, og det gør det vanskeligt at hævde at kunden burde have forudset eller forebygget en mangel han hverken har adgang til eller fagligt kan gennemskue, hvilket i praksis giver hans undersøgelses- og reaktionspligt større vægt end kundens oplysningspligt.

Denne grundstruktur understøttes af D17, hvor flere bestemmelser bygger på en forventning om at leverandøren ikke alene skal forstå driftsmiljøet, men også aktivt opsøge, kontrollere og følge op på forhold der kan udvikle sig til problemer. Når kontrakten placerer denne aktive rolle hos leverandøren, peger det i retning af, at risikoen, i de tilfælde hvor begge parter har handlet loyalt, som udgangspunkt må placeres hos leverandøren. Det udelukker ikke at kunden i enkelte tilfælde kan komme til at bære risikoen, men det vil næppe være i sådanne situationer, og det er derfor nærliggende at antage, at leverandøren bærer risikoen når begge parter har handlet loyalt.

9.3 Særlige hensyn ved IT-driftsaftaler?

Selv om driftsaftaler hviler på de samme grundlæggende hensyn som obligationsretten, opstår der situationer hvor disse hensyn må tilpasses, fordi driftsaftaler adskiller sig markant fra de mere statiske kontraktforhold. Obligationsrettens udgangspunkt er, at risikoen bør placeres hos den part der er nærmest til at forebygge den. Dette hensyn får særligt vægt i driftsaftaler, fordi kunden hverken har adgang til driftsmiljøet eller mulighed for selv at validere de tekniske forudsætninger, hvorfor en egentlig undersøgelsespligt på kundens side kun kan få et meget snævert anvendelsesområde.

I driftsaftaler har leverandøren desuden som den eneste løbende adgang til driftsmiljøet og dermed den faktiske mulighed for at opdage begyndende problemer. Når kunden ikke kan se eller forstå de forhold der senere kan udvikle sig til mangler, bliver leverandørens rolle som den teknisk kyndige central. Dette er ikke blot en praktisk betragtning, men et hensyn der følger af selve aftaletypen, hvor leverandøren netop er den med adgang til driftsmiljøet.

Hvor oplysningspligten i klassiske kontraktforhold knytter sig til forhold der allerede foreligger på aftaletidspunktet, opstår rådgivningspligten i kraft af, at leverandøren under driften bliver opmærksom på udviklinger som kunden ikke selv ville kunne identificere. Når et driftsmiljø bevæger sig mod et kritisk punkt, for eksempel ved at kapaciteten nærmer sig sin grænse eller at et centralt system nærmer sig slutningen af sin levetid, er det alene leverandørens overvågning der afslører det. Kunden har ingen adgang til de data der viser udviklingen og kan derfor ikke forventes at reagere.

Netop derfor fungerer rådgivningspligten som en udvidelse af oplysningspligten.¹⁰⁴ Hvis risikoen kun kan opdares gennem leverandørens faglige indsigt og løbende kontrol, følger det af de samme hensyn som i obligationsretten at risikoen også bør placeres hos ham hvis han undlader at reagere. Det ville være urimeligt at lade risikoen falde tilbage på kunden når han hverken har adgang til oplysningerne eller mulighed for at forstå deres betydning.

Afslutningsvis må risikoplaceringen bero på hvem der faktisk er nærmest til at bære det forhold der senere viste sig som en mangel. I driftsaftaler vil dette som udgangspunkt være leverandøren fordi

¹⁰⁴ Andersen, Lærebog i obligationsret 1, s. 122

han har adgang og indsigt som kunden ikke har, medmindre kunden direkte har misligholdt sine forpligtelser, hvilket afspejler den særlige asymmetri der kendetegner driftsaftaler.

9.4 Særlige hensyn ved tredjepartsløsninger

Inddragelsen af tredjepartsydelser i driftsaftaler udfordrer de klassiske oplysnings og undersøgelsesretlige hensyn, fordi hverken kunden eller leverandøren fuldt ud kontrollerer den ydelse der faktisk bæres ind i aftalen. Det rejser spørgsmålet om hvor langt de obligationsretlige principper kan strækkes, før risikoen må fordeles efter andre hensyn end dem man normalt arbejder med. Kunden befinder sig i en markant informationsmæssig underposition, for selv hvor han handler loyalt, har han ingen reel adgang til de tekniske eller kontraktuelle forhold bag en cloudbaseret ydelse. Dermed kan en klassisk undersøgelsespligt ikke spille nogen meningsfuld rolle, og beskyttelsen må i stedet forankres i oplysningspligten. Det relevante er blot om oplysning kan kompensere for kundens fravær af faktisk indsigt.

Når leverandøren frit inddrager tredjepartsleverandører, taler meget for at lade risikoen blive hos ham, fordi han trods alt foretager valget og derfor befinder sig tættest på risikoens kilde. Det kan imidlertid diskuteres hvor realistisk det er at kræve, at leverandøren gennemskuer komplekse og dynamiske cloudvilkår på et marked hvor selv store professionelle aktører ofte er prisgivet standardbetingelser. Denne begrænsede indflydelse trækker i retning af en mildere risikoplacering, men afhjælper ikke det grundlæggende problem, at kunden slet ikke har mulighed for at foretage de undersøgelser der kendetegner den obligationsretlige model. Derfor befinder man sig i et dobbelt spændingsfelt, hvor ingen af parterne reelt kan leve op til den rolle som baggrundsretten traditionelt placerer hos dem.

Dette bliver særligt tydeligt ved standardiserede tredjepartsydelser, hvor leverandøren ikke kan styre hverken indhold eller vilkår. Her fungerer oplysningspligten som D17's bud på en beskyttelsesmekanisme, men det er uklart, om gennemsigtighed alene giver kunden en reel handlemulighed eller blot indblik i en risiko, han ikke kan påvirke. Når leverandøren heller ikke kan afhjælpe andet end i de situationer der på forhånd er markeret som afhjælpningspligtige, illustrerer det at undersøgelsespligten i realiteten er skubbet ud af billedet, og at reguleringen i stedet bliver et spørgsmål om informationsdeling og risikohåndtering frem for fejlforebyggelse.

Dermed handler diskussionen ikke om et valg mellem oplysning og undersøgelse, men om hvorvidt disse pligter overhovedet kan opretholdes i cloudbaserede driftsaftaler. D17 forsøger at bevare en vis balance ved at lade leverandøren hæfte hvor han har reel indflydelse og informere hvor han ikke har det. Det er uklart om dette tilstrækkeligt beskytter kunden eller blot skaber en model hvor risikoen forskydes uden at nogen af parterne faktisk kan forebygge den. Dette er den centrale udfordring ved tredjepartsydelser i driftsaftaler og grunden til at oplysningspligten bliver et bærende hensyn mens undersøgelsespligten gradvist mister sin praktiske betydning. I den sammenhæng må det lægges til grund, at risikoplaceringen i stigende grad afhænger af oplysningspligtens rækkevidde, fordi undersøgelsespligten i praksis kun kan fungere begrænset ved cloudbaserede løsninger.

10. Konklusion

Afhandlingen har haft til formål at undersøge, hvordan oplysnings- og undersøgelsespligten fordeler risikoen for de faktiske forhold i IT-driftsaftaler efter både baggrundsretten og D17. Gennemgangen viser, at selv om pligterne i udgangspunktet er kendte obligationsretlige værktøjer, ændres deres indbyrdes vægt markant i driftsaftaler, hvor parterne ikke står lige i adgang til viden og indsigt.

Baggrundsrettens udgangspunkt er, at realkreditor kan pålægges en undersøgelsespligt, når forholdene er tilgængelige for ham, mens realdebitor har en oplysningspligt om forhold, han kender eller burde kende. Kunden kan derfor kun forventes at oplyse om egne forhold, mens leverandøren som realdebitor i praksis bliver den, der skal undersøge, om forudsætningerne for ydelsen er realistiske. Leverandørens faglige indsigt og adgang til systemerne gør ham til den eneste, der kan identificere tekniske risici eller ufuldstændige forudsætninger.

Leverandøren har ikke en egentlig oplysningspligt om kundens forhold, men rådgivningspligten får i driftsaftaler en funktion, der minder om en udvidet oplysningspligt. Når leverandøren gennem sin faglige indsigt bliver opmærksom på, at kundens materiale er utilstrækkeligt, eller at faktiske forhold afviger fra det forudsatte, skal han oplyse kunden herom. Kunden har tilsvarende ikke en undersøgelsespligt i obligationsretlig forstand. Han kan kun pålægges en begrænset reaktionspligt, eksempelvis hvis fejl bliver synlige under en overtagelsesprøve. Denne pligt udspringer af loyalitet, ikke af en forventning om teknisk kontrol, og kundens adgang til at opdage fejl er derfor begrænset.

D17 formaliserer denne forskydning, fordi kontrakten indfører en udtrykkelig due diligence-fase og en efterfølgende verifikationsproces, som begge placerer ansvaret for at afklare driftsmiljøet hos leverandøren. Kunden får en tydelig oplysnings- og bistandspligt, men uden at ændre ved, at leverandøren er den eneste med reel adgang til at teste, vurdere og efterprøve grundlaget. Risikoen placeres derfor hovedsageligt hos leverandøren for de forhold, han burde have identificeret gennem sin faglige indsigt og undersøgelse, mens kunden bærer risikoen, hvor oplysningerne er urigtige eller mangelfulde på en måde, leverandøren ikke med rimelighed kunne opdage.

Inddragelsen af tredjepartsydelser viser, at undersøgelsespligten i visse situationer mister sin praktiske funktion, fordi ingen af parterne har fuld adgang til de bagvedliggende systemer. I disse tilfælde bliver oplysningspligten og gennemsigtighed centrale værn, mens risikoen fortsat fordeles efter, hvem der har den nærmeste mulighed for at skabe klarhed, og det er i de fleste tilfælde leverandøren.

Samlet viser afhandlingen, at driftsaftaler forskyder balancen mellem pligterne i en retning, hvor leverandørens undersøgelse og kundens oplysning ikke optræder som parallelle forpligtelser, men som komplementære mekanismer. Kunden skal levere et retvisende udgangspunkt, mens leverandøren typisk må anses for den nærmeste til at undersøge, verificere og reagere på forhold, der kan have betydning for driften. Det er denne forskydning, der i sidste ende bestemmer risikoplaceringen.

11. Litteraturliste

Bøger

Bryde Andersen, Mads, IT-retten, 2. udgave, Gjellerup, 2005

Bryde Andersen, Mads, Grundlæggende aftaleret – Aftaleretten I, 5. udgave, Gjellerup, 2021

Desai, Jimmy, Service Level Agreements – A legal and practical guide, 1. udgave, IT Governance Publishing, 2010

Horsfeldt, Ole, IT Outsourcing, 1. udgave, Forlaget Thompson, 2005

Hørlyck, Erik, Tilvirkningskøbet, 1. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1996

Udsen, Henrik, IT-kontraktret, 2. udgave, Ex Tuto Publishing, 2020

Ussing, Obligationsretten, 4. udgave, Juristforbundet, Revideret optryk 1966-1967

Hagstrøm, Viggo, Obligasjonsrett, 2. udgave, Universitetsforlaget, 2011

Nørager Nielsen, Jacob, Edb-kontrakter, G.E.C Gads Forlag, 1. udgave, 1987

Andersen Bryde, Mads, Lærebog i obligationsret 1, 5. udgave, 2020

Hansen, Ole, Entrepriseretlige mellemformer, 1. udgave, 2013

Blume, Peter, Retssystemet og juridisk metode, Jurist- og Økonomforbundets forslag, 3. udgave, 2016

Blume, Peter, Juridisk Metodelære, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 5. udgave, 2009

Iversen, Torsten og Gomard, Bernhard, Obligationsret 1. del, Djøf Forlag, 6. udgave, 2019

Lookofsky, Joseph & Ulfbeck, Vibe: "Køb, Dansk indenlandsk købsret, 2. udgave (studieudgave) Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2019

Artikler og hjemmesider

Revsbech, Kasper, ET 2020.132, Sælgers loyale oplysningspligt og købers undersøgelsespligt – udvalgte problemstillinger i lyset af nyere retspraksis, Karnov

<https://itb.dk/raadgivning/ny-d17-kontrakt-bliver-mere-fleksibel-for-it-leverandoerer/>

<https://d17.dk/#om-d17>

Standardkontrakt: En grundig forklaring og vejledning – SBKK Erhvervs artikler

User acceptance test (UAT)

Utrykte domme

<https://it-kontraktret.dk/wp-content/uploads/2025/05/B-2016-12-08-EA-Vaerktoej-Engros-mod-Novicell-Domsdatabase.pdf>

<https://it-kontraktret.dk/wp-content/uploads/2025/05/Ringerike-kommune-mfl.-mod-Evry-TOSLO-2012-197797.pdf>