



Specialeafhandling: Due diligence-undersøgelser i IT- driftskontrakter

Problemformulering: Hvordan placeres risikoen for afklaring af de faktiske forhold, driftsydelsen skal leveres under, iht. baggrundsretten, D17 samt K04?

Navn	
Emil Christian Steffensen Kuhberg	

Afleveringsdato: 13. maj 2019	
--------------------------------------	--

Indholdsfortegnelse

Abstract	3
1. Indledning	4
2. Problemformulering	5
3. Metode	5
4. Redegørelse	8
4.1. Generelt om IT-driftsaftaler	8
4.1.1. Kontraktens formål	8
4.1.2. Parternes afhængighedsforhold	8
4.1.3. Faseopdeling	9
4.1.4. Driftsydelsen	14
4.2. Standardkontrakter	15
4.2.1. Generelt om standardkontrakter	15
4.2.2. D17	17
4.2.3. K04	19
4.3. Aftalefortolkning	20
4.4. Generelt om due diligence	23
5. Baggrundsretten	25
5.1. Aftalelovens §§ 6 og 32	25
5.1.1. Aftalelovens terminologi	25
5.1.2. Aftalelovens § 6	26
5.1.3. Aftalelovens § 32	27
5.2. Forudsætningslæren	28
5.2.1. Forudsætningslærens anvendelsesområde	28
5.2.2. Urigtige forudsætninger	30
5.2.3. Bristende forudsætninger	31
5.2.4. Betydningen af leverandørens undersøgelser	31
5.2.5. Forudsætningslærens anvendelse i IT-kontraktretten	33

5.2.6. Delkonklusioner.....	34
5.3. Almindelig undersøgelsespligt? (<i>Caveat venditor</i>)	35
5.4. Culpa in contrahendo	38
5.5. Mangelfuld due diligence	39
6. D17 og K04's due diligence-modeller	41
6.1. D17 pkt. 4 og 5.....	41
6.1.1. Formålet med due diligence i D17.....	41
6.1.2. D17's due diligence-model	42
6.1.3. Uklarheder i D17 pkt. 4 og 5.....	44
6.1.4. Placering af risiko	45
6.1.5. Forholdet til baggrundsretten.....	48
6.2. K04 kapitel II, afklaring og etablering	50
6.2.1. Indeholder K04 en due diligence-model?.....	50
6.2.2. K04's afklaringsfase	50
6.2.3. Uklarheder i K04 kapitel 2.....	54
6.2.4. Placering af risiko	56
6.2.5. Forholdet til baggrundsretten.....	59
6.3. D17 contra K04	60
7. Vurdering og diskussion.....	62
7.1. Uklarheder, uhensigtsmæssigheder og utilsigtede konsekvenser?.....	62
7.1.1. D17: Begrebet "Due Diligence Information"	62
7.1.2. D17: Ensidig ændringsret til leverandøren?	65
7.1.3. D17: "Rimelige", "påkrævede" ændringer	67
7.1.4. K04: Indbygget <i>battle of forms</i>	69
7.2. Det indbyrdes styrkeforhold mellem parterne.....	72
8. Konklusioner	74
Litteraturliste	77
Øvrige materialer og anvendte forkortelser	80

Abstract

The thesis concerns due diligence investigations conducted when entering into outsourcing contracts regarding IT services. Until recently, the Danish legal system has not had standard contracts covering outsourcing of IT services. Therefore, contractual practices have remained undisclosed, and legal research has relied on the customary law of obligations and of IT.

The customary law provides one way to regulate due diligence and assignment of the risk that the circumstances, under which the supplier must deliver his services, have been fully investigated. However, the new standard contracts, D17 and K04, regulate due diligence and assignment of risk differently, rendering the legal and contractual landscape unpredictable.

To provide clarity, the thesis *examines and describes how the customary law, D17 and K04 respectively regulate due diligence and assign the risk that the circumstances, under which the supplier must deliver his services, have been fully investigated*. The contracts' ambiguities and inexpedient provisions or consequences are discussed, and solutions are proposed, either through construction or by proposing additional or alternative provisions.

With respect to the customary law, the analysis has shown that as a consequence of the obligation of result – placed on the supplier by outsourcing contracts - the supplier carries the risk that the circumstances, under which the supplier must deliver his services, have been fully investigated, though there are exceptions. However, that the supplier carries the risk does not imply that he is under a legal obligation to conduct due diligence.

In D17, the supplier is under an explicit obligation to conduct a due diligence investigation. If the investigation reveals information that is not in line with the information that the customer has given the supplier or with the supplier's assumptions, D17 includes a provision that allows the contract, including the services and the payment, to be altered. This provision means that the customer carries most of the risk in the due diligence phase: If the customer does not provide adequate and accurate information, he risks that the contract is altered. However, when the due diligence phase ends, the provision for altering the contract no longer applies, placing the risk on the supplier.

K04 does not include a due diligence phase. Instead, K04 presupposes that the customer can and has provided the supplier with adequate and accurate information regarding the circumstances. The supplier carries the risk that the information is adequate, but the customer is responsible that the information is accurate.

(2.240 anslag)

1. Indledning

Denne afhandling behandler due diligence-undersøgelser, som foretages ifm. indgåelse af kontrakter om IT-drift. Dette særlige IT-kontraktretlige spørgsmål er et konkret eksempel på det obligationsretlige spørgsmål om placering af risiko for afklaring af de faktiske forhold, som realdebitor skal levere sin ydelse under. Emnet er taget op, fordi dansk IT-kontraktret i 2017 fik sin første standardkontrakt til brug for driftsaftaler, D17. D17 følges inden længe op af standardkontrakten K04, der ved afhandlingens indlevering stadig forelå i en høringsversion.

Området for IT-driftskontrakter er præget af en retlig polycentri, der er opstået, som følge af at flere aktører har skabt delvist konkurrerende retsordener: For det første regulerer de to standardkontrakter spørgsmålet om afklaring af de faktiske forhold, driftsydelsen skal leveres under, forskelligt. For det andet afviger retsstillingen iht. kontrakterne fra de baggrundsretlige udgangspunkter.

Polycentrien medfører en vis retsusikkerhed. Det er hverken er klart, i hvilket omfang de tre konkurrerende retsordener, baggrundsretten, D17 og K04, adskiller sig fra hinanden, eller hvilken indflydelse de har på hinanden. Der er ikke tale om retsusikkerhed i traditionel forstand, for parterne i en konkret driftsaftale forpligtes naturligvis kun iht. indholdet af dén aftale.

IT-kontrakter, herunder driftskontrakter, er generelt store og komplekse kontrakter med en høj detaljeringsgrad. Selv den mest detaljerede kontrakt vil dog ikke kunne tage stilling til alle tænkelige uenigheder, og derfor vil det ofte ved fortolkningen af IT-kontrakter være nødvendigt at inddrage baggrundsretten. De tre retsordeners ligheder og forskelle og deres samspil, herunder hvordan baggrundsretten kan få indflydelse på fortolkningen af de to standardkontrakter, bør derfor undersøges og beskrives mhp. at kortlægge retstilstanden, som kunder og driftsleverandører færdes i.

Afhandlingen har til formål at anskueliggøre og belyse forskellene mellem de tre retsordener i relation til due diligence. Dette gøres ved at analysere kontrakternes due diligence-modeller, fastslå modellernes retsvirkninger og sammenholde disse med baggrundsretten.

Analysen fokuserer særligt på, hvordan retsordenerne placerer risikoen for, om de forhold, driftsydelsen skal leveres under, er afklaret. Uanset hvordan parterne vælger at regulere deres driftsaftale vil dette spørgsmål være væsentligt: Selv i mangel af udtrykkelig regulering i kontrakten, vil spørgsmålet få indflydelse på kontraktforholdet, eftersom leverandøren da blot vil indregne en risikopræmie i sin tilbudspris.

På den baggrund er fastsat følgende:

2. Problemformulering

Hvordan placeres risikoen for afklaring af de faktiske forhold, driftsydelsen skal leveres under, iht. baggrundsretten, D17 samt K04?

3. Metode

Afhandlingen indeholder - udover de indledende afsnit og konklusionen - tre dele: I første del gennemføres en retsdogmatisk analyse af baggrundsretten mhp. at beskrive det baggrundsretlige udgangspunkt for placering af risikoen for, om de faktiske forhold, driftsydelsen skal leveres under, er afklarede, herunder om der gælder en almindelig undersøgelsespligt for leverandøren inden for obligations- eller IT-kontraktretten.

Afhandlingens anden del, der også udgøres af en retsdogmatisk analyse, tager udgangspunkt i de to danske standardkontrakter for IT-drift, D17 og K04. De to kontrakter regulerer due diligence-undersøgelser forskelligt. Analysen undersøger, hvordan kontrakterne placerer risikoen for afklaring af de faktiske forhold, driftsydelsen skal leveres under, og hvilken betydning leverandørens forudsætninger har i denne sammenhæng.

Analysen af D17 og K04 indeholder både afsnit, der alene forholder sig til og analyserer den retsstilling, kontrakterne indstifter, og afsnit, hvor kontrakterne sammenholdes med den baggrundsretlige retsstilling. Formålet med at sammenstille kontrakterne med hinanden og med baggrundsretten er at identificere forskelle mellem retsstillingerne og retsvirkninger for risikoplaceringen hos leverandøren hhv. kunden.

I afhandlingens sidste del diskuteres uhensigtsmæssigheder ved de to standardkontrakter, der er blevet identificeret i løbet af analysen, inden fortolkningsmæssige og kontraktuelle løsningsmuligheder præsenteres. Afhandlingen anlægger her et retspolitisk perspektiv fremfor et retsdogmatisk.

Det er fravalgt at foretage en analyse og diskussion af, hvorfor standardkontrakternes koncipister har valgt en bestemt due diligence-model, herunder om den ene eller anden model er bedre eller mere egnet i praksis. Som omtalt i afsnit 4.2.2 og 4.2.3, er D17 og K04 tiltænkt forskellige målgrupper. For begge kontrakter gælder, at valget af due diligence-model er foretaget for at imødekomme disse målgruppers behov bedst muligt. Afhandlingen forholder

sig ikke til koncipisternes valg i denne sammenhæng, men interesserer sig alene for due diligence-modellernes retsvirkninger.

Baggrundsretten er en af afhandlingens vigtigste retskilder. Den relevante baggrundsret for IT-driftskontrakter udgøres af den almindelige obligationsret og den specielle IT-kontraktret.

Baggrundsrettens betydning for afhandlingens problem afledes af, at den baggrundsretlige retsstilling er udtryk for en byrdefordeling mellem parterne, som retskulturen finder rimelig.¹ Derfor udgør baggrundsretten det regelgrundlag, man som fortolker griber til, hvis parternes aftale er uklar eller tavs om et bestemt spørgsmål og derfor kræver fortolkning eller udfyldning.² Der redegøres nærmere for afhandlingens fortolkningsmodel i afsnit 4.3.

Udover baggrundsretten er de to standardkontrakter, D17 og K04, afhandlingens primære retskilder. Standardkontrakter er, som andre aftaler, ikke retskilder i almindelig forstand, i og med at der ikke kan støttes ret på dem, medmindre de er vedtaget mellem parterne.

Visse standardkontrakter, f.eks. AB18, får alligevel betydning som retskilder. Regler i standardkontrakter kan således være kodificeringer af regler, der er fastslået i rets- eller voldgiftspraksis, og hvis retskildemæssige status, der ikke er tvivl om. Derudover kan regler i standardkontrakter over tid opnå status som udfyldende rets- eller branchesædvaner, der kan lægges til grund ved fortolkningen af andre aftaler, selvom parterne ikke har vedtaget standardkontrakterne.³

Valget om at inddrage D17 og K04 skyldes ikke kontraktens potentielle status som branchesædvaner, men derimod at begge kontrakter indeholder regulering af det, der er afhandlingens emne, navnlig due diligence-undersøgelser og placering af risiko for afklaring af de faktiske forhold, driftsydelsen skal leveres under.

Både D17 og K04 opdeler deres regler i punkter. Når der i afhandlingen henvises til "pkt. X", er der derfor tale om en henvisning til en regel i D17 eller K04. Henvisninger til øvrige dele af afhandlingen sker som henvisninger til "afsnit X".

¹ *Lynge Andersen & Bo Madsen*, Aftaler og Mellemmænd, s. 433f

² *Gomard m.fl.*, Almindelig kontraktsret, s. 228f, og *Udsen*, IT-kontraktret, s. 30

³ *Lynge Andersen & Bo Madsen*, Aftaler og Mellemmænd, s. 25-27, *Udsen*, IT-kontraktret, s. 36-38, samt AB18-betænkning, s. 13

Det er nødvendigt at tage et forbehold vedr. K04, der ved afhandlingens indlevering stadig alene forelå i en høringsversion. Afhandlingens analyse har taget udgangspunkt i høringsversionen. Den endelige version kan afvige fra høringsversionen, hvilket selvsagt kan få betydning for anvendelsen af afhandlingens konklusioner.

Der foreligger kun sparsom retspraksis om IT-kontrakter. Der findes ingen offentliggjort praksis om fortolkningen af D17, der indeholder en voldgiftsklausul. Selvom retspraksis er en væsentlig kilde i retsdogmatiske analyser, har det derfor kun i begrænset omfang været muligt at inddrage IT-kontraktretlig retspraksis i afhandlingen.

I stedet er udvalgte afgørelser fra beslægtede retsområder, særligt entrepriseretten, blevet inddraget i analysen af baggrundsretten. Entrepriseretten og IT-kontraktretten deler mange faktiske og retlige karakteristika og bygger på de samme obligationsretlige grundsætninger og hensyn, hvorfor det er naturligt at søge inspiration i entrepriseretten, når der ikke findes IT-kontraktretlige retskilder.⁴

⁴ *Udsen*, IT-kontraktret, s. 35f

4. Redegørelse

4.1. Generelt om IT-driftsaftaler

IT-driftsaftaler er en samlebetegnelse for aftaler og kontrakter⁵, hvorved en leverandør forpligter sig til at levere drifts-, support- og/eller administrationsydelser til en kunde. IT-driftsaftaler kendes også som aftaler om *outsourcing*⁶, mens driftsaftaler, der alene omfatter en enkelt af de førnævnte ydelser, også kaldes aftaler om *facility management* eller om systembureauydelser.⁷

De samlede aftaler om drift, support og administration kaldes almindeligvis blot driftsaftaler. Det er sådanne aftaler, som afhandlingen primært beskæftiger sig med.

4.1.1. Kontraktens formål

Kundens formål med en driftsaftale er forretningsbetinget: Virksomheder i alle brancher er afhængige af, at deres IT-systemer fungerer optimalt. IT-systemer er i dag så komplicerede, at det kræver særlig ekspertise og konstant overvågning at sikre, at de fungerer optimalt; en ekspertise mange virksomheder ikke besidder. Disse virksomheder kan indgå driftsaftaler med dedikerede driftsleverandører, så virksomhederne kan prioritere deres egen kerneforretning.⁸

En driftsaftale med en dedikeret driftsleverandør kan ofte vise sig billigere for kunden end at rekruttere IT-personale, anskaffe IT-systemer osv. Driftsleverandører, der kan samle flere kunders driftsopgaver, kan opnå stordriftsfordele og på den måde levere administrations- og driftsydelser billigere, end hvis kunden selv løser opgaven.⁹

Kundens formål kan opsummeres som: *At opnå bedre drift til en lavere pris.*

4.1.2. Parternes afhængighedsforhold

Selvom der ikke er tvivl om de gavnlige effekter af alene at fokusere på sin kerneforretning, er nogle virksomheder tilbageholdende med at overlade driften af deres IT-system til en leverandør. Typisk er modstanden mod driftsaftaler begrundet i et ønske om at bevare

⁵ Begreberne aftale og kontrakt er synonyme, jf. *Lynge Andersen*, Aftaleloven med kommentarer, s. 21

⁶ Se om brugen af dette begreb i relation til IT-driftsaftaler, *Udsen*, IT-kontraktretten, s. 259

⁷ *Bryde Andersen*, IT-retten, s. 934-936

⁸ *Udsen*, IT-kontraktret, s. 259

⁹ *Udsen*, IT-kontraktret, s. 259

kontrollen over IT-systemet, som opfattes som så kritisk for virksomheden, at det er for risikabelt at sætte sin lid til en leverandør.¹⁰

På tværs af virksomheder og brancher spiller IT i dag så vigtig en rolle i afviklingen af opgaver, at kunden i en driftsaftale sætter sig selv i et afhængighedsforhold til sin leverandør. Kunden er selvfølgelig afhængig af, at leverandøren opfylder kontrakten, men kundens manglende indsigt i ydelsen betyder også, at kunden heller ikke uden leverandørens hjælp kan vurdere, om leverandørens ydelse er kontraktmæssig.

Udover et afhængighedsforhold består der med andre ord også ofte en betydelig informationsasymmetri.¹¹

Afhængighedsforholdet gennemsyrrer kontraktforholdet og er en af de karakteristika ved driftskontrakter, der begrunder afvigelser fra den almindelige obligationsret. F.eks. er det IT-baggrundsretlige udgangspunkt, at der påhviler leverandøren en afhjælpningspligt, og at kunden har en ensidig ændringsret mht. driftsydelsen.¹²

Kunden kan desuden gennem en række kontraktbestemmelser forsøge at reducere afhængigheden eller ligefrem skabe uafhængighed af leverandøren. Dette ønske fremgår f.eks. udtrykkeligt af K04 pkt. 1. For at opnå uafhængighed indeholder driftskontrakter ofte benchmarkingbestemmelser (der sikrer, at kunden får gavn af en stadigt faldende markedspris for driftsydelsen, selvom kunden ikke kan skifte til en billigere leverandør), bestemmelser om indsigt og audit (der sikrer, at kunden har overblik over graden af opfyldelse undervejs på trods af informationsasymmetrien) samt bestemmelser om ophørsassistance (der forhindrer, at leverandøren "holder kunden som gidsel", når aftalen udløber).

Afhængighedsforholdet mellem parterne tilsiger, at der lægges betydelige kræfter i at udarbejde en klar og velbalanceret kontrakt, der tager behørigt hensyn til begge parter behov og udfordringer.

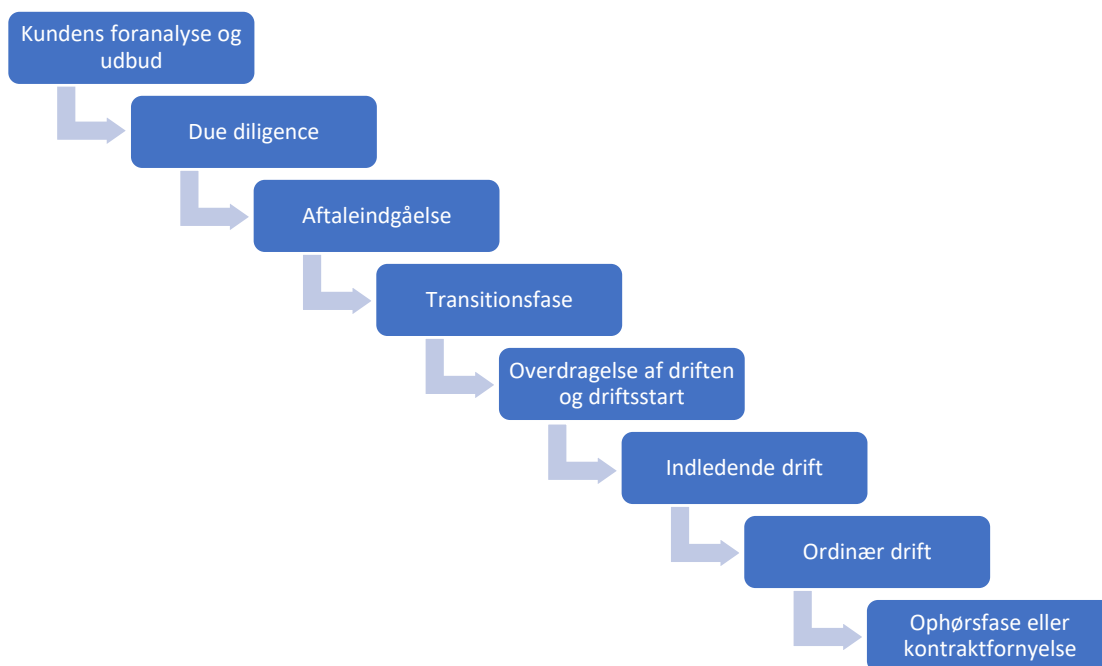
4.1.3. Faseopdeling

Driftskontrakter deles almindeligvis op i flere faser, der er kendetegnet ved, at parternes beføjelser, rettigheder og forpligtelser er forskellige i disse faser. Der er ikke én måde at dele kontrakten op på, men en typisk faseopdeling kunne se sådan ud:

¹⁰ Desai, Service Level Agreements, s. 15

¹¹ Se i denne retning *Bryde Andersen*, IT-retten, s. 886f og 894, og *Udsen*, IT-kontraktret, s. 97 og 119f

¹² *Udsen*, IT-kontraktret, s. 286-289 hhv. 338f



Figur 1: Oversigt over en typisk faseopdeling af en driftskontrakt.¹³

Opdelingen i faser har ikke i sig selv retsvirkninger, men giver et overblik over kontraktens forløb. Nedenfor følger en summarisk redegørelse for faserne; begivenhederne, der markerer overgangen mellem faserne, samt disse begivenheders retsvirkninger.

For en komplet gennemgang af driftsaftaler henvises til *Udsen*, IT-kontraktret og *Horsfeldt*, IT Outsourcing.

4.1.3.1. Kundens foranalyse

Inden en virksomhed eller offentlig myndighed træffer beslutning om at outsource sin IT-drift, bør den pågældende kunde gennemføre grundige foranalyser af sine egne forhold. I foranalysen, der har karakter af en *cost/benefit*-analyse, bør kunden gøre sig klart, om der er et behov for outsourcing af IT-driften; hvilke fordele, ulemper og risici, man forventer, samt om outsourcing overhovedet kan betale sig.¹⁴

Foranalysen skal også give overblik over kundens behov og krav til driftsydelsen. Resultaterne af overvejelserne skal senere anvendes i kontrakten eller i forhandlingerne.

¹³ *Udsen*, IT-kontraktret, s. 262-270 og 366-371

¹⁴ *Horsfeldt*, IT Outsourcing, s. 30f

Leverandørerne inddrages ikke i foranalysen, men først når kunden på baggrund af foranalysen har udarbejdet et udbudsmateriale, som leverandørerne kan afgive tilbud på baggrund af. Hvis kunden er en offentlig myndighed, skal udbudsmaterielt overholde UBL's regler.

4.1.3.2. Due diligence-fasen og aftaleindgåelse

Due diligence-fasen, som er afhandlingens fokus, har overordnet set til formål at give leverandøren lejlighed til at undersøge de faktiske forhold, driftsydelsen skal leveres under, og tilpasse sit tilbud de faktiske forhold. Due diligence-fasen ligger derfor normalt forud for aftaleindgåelsen.¹⁵

Ideelt set indeholder kundens udbudsmateriale en klar og entydig beskrivelse af ydelsen samt en tilstrækkelig beskrivelse af de faktiske forhold, der sætter leverandøren i stand til at afgive et uforbeholdent tilbud og overtage driften, så snart tilbuddet antages. I praksis indeholder leverandørers tilbud dog både forbehold og forudsætninger, der skal være opfyldt.

Ved due diligence-undersøgelsen gives leverandøren adgang til de oplysninger, han skal bruge til at afgive et endeligt tilbud med en fastdefineret driftsydelse og til at prissætte sin ydelse.¹⁶

Når due diligence-fasen er gennemført, og når der evt. er sket genforhandling af kontrakten på baggrund af de oplysninger, der er kommet frem, underskrives kontrakten.

Hvis kunden er en offentlig myndighed, gælder den væsentlige modifikation til ovenstående, at due diligence som udgangspunkt ikke kan gennemføres *før* aftaleindgåelsen.¹⁷ Dette er en følge af det udbudsretlige forbud mod forhandlinger med tilbudsgivere. Individuelle forhandlinger er til hinder for gennemførelse af en gennemsigtig udbudsproces, hvor tilbudsgiverne ikke forskelsbehandles. Ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincipperne følger af UBL § 2.

¹⁵ *Udsen*, IT-kontraktret, s. 262

¹⁶ *Udsen*, IT-kontraktret, s. 262f

¹⁷ Udbudsformerne udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog, jf. UBL §§ 61 til 66 hhv. §§ 67 til 72, indebærer en vis adgang til at forhandle med tilbudsgivere, og de vil derfor være særligt velegnet til brug ved udbud af komplekse driftsydelse. Anvendelsen af udbudsformerne er undergivet begrænsninger. Spørgsmålet om valg af udbudsform og udbudsformernes respektive fordele og ulemper behandles ikke her.

En due diligence-lignende proces kan gennemføres *efter* aftaleindgåelsen.¹⁸ Muligheden for at ændre kontrakten på baggrund af de oplysninger, der kommer frem som led i processen, er dog begrænset, jf. UBL §§ 178 til 184.

4.1.3.3. Transitionsfasen

I transitionsfasen overgår driften fra kunden eller kundens tidligere leverandør til den nye leverandør. Inden driften overføres, skal parterne forsøge at sikre sig, at leverandøren vil være i stand til at afvikle driften på tilfredsstillende vis.¹⁹

Transitionsfasen er en "stressende" fase for begge parter, hvor leverandøren ønsker arbejdsro, mens kunden forsøger at komme igennem fasen med minimal forstyrrelse af forretningen. Transitionsplanen giver overblik over aktiviteter og pligter, som påhviler parterne hver især eller i fællesskab, og som skal udføres, inden leverandøren bliver i stand til at overtage driften.²⁰

Leverandørens mest omfattende opgave i transitionsfasen er at opbygge driftsmiljøet, som kundens system fremover skal afvikles på. Det er også i transitionsfasen, at der sker overdragelse af medarbejdere, kontrakter og programlicenser til den nye leverandør.²¹

De vigtigste enkeltstående begivenheder i transitionsfasen er overtagelses- og driftsprøverne. Prøverne skal dokumentere, at leverandøren er klar til at overtage driften. Ved *overtagelsesprøven* testes det etablerede driftsmiljøes funktion, og om leverandøren er i stand til at varetage driften, i en realistisk, simuleret driftssituation. Når overtagelsesprøven er bestået, flyttes kundens systemer. Dette er det mest kritiske tidspunkt i transitionsfasen.²²

Efter flytningen gennemføres *driftsprøven* af kundens system i en virkelig driftssituation. Formålet er at dokumentere, at leverandørens driftsydelse lever op til de aftalte servicemål.²³

¹⁸ Horsfeldt, IT Outsourcing, s. 61f

¹⁹ Horsfeldt, IT Outsourcing, s. 134f

²⁰ Horsfeldt, IT Outsourcing, s. 134f

²¹ Udsen, IT-kontraktret, s. 265-270

²² Udsen, IT-kontraktret, s. 266

²³ Udsen, IT-kontraktret, s. 266

Der bør fastsættes godkendelseskriterier for begge prøver i aftalen. Kunden har ikke ret til at afvise prøven på baggrund af enhver fejl, og godkendelseskriterierne bør derfor ikke være sammenfaldende med de servicemål, leverandøren skal levere under den ordinære drift.²⁴

Det udløser retsvirkninger, både hvis prøven består eller ikke består. Afhængigt af hvem, der er skyld i, at prøven ikke gennemføres eller kan bestås, vil der foreligge misligholdelse i form af forsinkelse eller fordringshavermora.²⁵ Omvendt vil beståede drifts- og overtagelsesprøver sædvanligvis udløse et vederlag til leverandøren, og at aftalen går ind i den egentlige driftsfase.²⁶

4.1.3.4. Driftsfasen

Driftsfasen kan opdeles i en indledende og den egentlige driftsfase: Driftsfasen begynder, når driften overdrages til den nye leverandør efter bestået overtagelses- og driftsprøve, men i den første tid efter overtagelse af driften vil der sædvanligvis være aftalt lavere servicemål, jf. f.eks. K04 pkt. 12.1, 5. afsnit. Disse lavere servicemål optrappes, indtil driften lever op til kontraktens ordinære servicemål.²⁷

Leverandørens hovedforpligtelse i driftsfasen er at levere driftsydelsen og eventuelle biydelse til kunden. Kunden skal erlægge vederlaget for driften og i øvrigt medvirke til driften i det omfang, kontrakten forudsætter. Manglende opfyldelse af disse forpligtelser udgør forsinkelse hhv. fordringshavermora og udløser misligholdelsesbeføjelser.²⁸

4.1.3.5. Ophørsfasen

Når kontrakten går ind i ophørsfasen, aktualiseres leverandørens pligt til at levere ophørsassistance. Leverandørens ophørsassistance har til formål at sætte kunden i stand til at genudbyde driftsydelsen og overføre driften til en ny leverandør med minimal påvirkning af kundens forretning.²⁹

Det er praktisk umuligt for kunden at gennemføre et nyt udbud uden leverandørens hjælp, fordi kunden mangler indsigten i driftsydelsen til at beskrive, hvad leverandørerne skal byde på. De bydende leverandører ville derfor være nødt til at starte fra bunden, hvilket ville gøre opstartsfasen væsentligt dyrere og længere. Dermed opstår risikoen for, at kunden i en

²⁴ *Udsen*, IT-kontraktret, s. 267

²⁵ *Udsen*, IT-kontraktret, s. 267f

²⁶ *Udsen*, IT-kontraktret, s. 269

²⁷ *Udsen*, IT-kontraktret, s. 267

²⁸ *Udsen*, IT-kontraktret, s. 349f

²⁹ *Horsfeldt*, IT Outsourcing, s. 215

periode står uden driftsleverandør, fordi den gamle aftale er ophørt, inden den nye er gået i gang. Det vil være et potentielt dødsstød for enhver virksomhed ikke at have adgang til et driftsmiljø og IT-værktøjer i selv en kort periode.

Både D17 og K04 indeholder bestemmelser om ophørsassistance, i pkt. 15 til 19 hhv. pkt. 57. Bestemmelserne er gode eksempler på, hvad ophørsassistance typisk omfatter, f.eks. udarbejdelse af ophørsplan og udarbejdelse og udlevering af dokumentation om driftsmiljøet og dets tekniske specifikationer, relevant driftsstatistik mv.³⁰ Leverandøren kan endda være forpligtet til at bistå den nye leverandør med konkrete opgaver, f.eks. hjælp med at etablere den nye leverandørs driftsmiljø og at installere kundens systemer, jf. K04 bilag 12, K-17.

Kundens primære forpligtelse i ophørsfasen er at betale for leverandørens bistand.

Efter ophørsfasen er kontraktforholdet mellem den oprindelige leverandør og kunden slut. Kundens behov varetages af en ny leverandør, og kontraktforholdet mellem denne og kunden er allerede i transitions- eller driftsfasen.

4.1.4. Driftsydelsen

Driftsleverandørens ydelse kan bestå af mange forskellige ydelser og tjenester, hvoraf de fleste dog har til fælles, at der er tale om tjenesteydelser. Tjenesteydelser er karakteriseret ved, at de ikke opfyldes ved at præstere en rørlig ting, eksempelvis en vare, og at opfyldelsen typisk sker over tid. Selve driftsydelsen er derfor en tjenesteydelse.³¹

Pligten til at præstere en tjenesteydelse kan have karakter af en indsats- hhv. en resultatforpligtelse. Det er ikke helt klart, hvilken karakter ydelserne i driftsaftaler har.³²

I driftskontrakter fastsættes de krav, leverandørens ydelse skal leve op til, ofte som såkaldte resultatkrav eller systemkrav. Resultatkrav er en beskrivelse af de resultater, leverandøren i sin drift har forpligtet sig til at opnå. Resultatkrav gøres målbare ved hjælp af *Service Level Agreements* (SLA'er), hvor man stiller krav til svartider (målt i sekunder), opetid (målt i %) osv. Systemkrav er de krav, aftalen stiller til leverandørens driftsmiljø, personale, sikkerhed mv. Det er sædvanligt alene at beskrive driftsydelsen vha. resultatkrav.³³

³⁰ Udsen, IT-kontraktret, s. 367f

³¹ Udsen, IT-kontraktret, s. 261

³² Se om sondringen mellem indsats- og resultatforpligtelser, Gomard, Obligationsret 1, s. 23f

³³ Udsen, IT-kontraktret, s. 271f

Både resultat- og systemkrav stiller konkrete, målbare kriterier som leverandørens ydelse skal leve op til for at være kontraktmæssig. Selve driftsydelsen må derfor karakteriseres som en resultatforpligtelse. Bydelse kan dog være indsatsforpligtelse, jf. f.eks. D17 pkt. 16, om leverandørens bistand ved ophør, hvor leverandøren ”på god og forsvarlig vis [skal] medvirke...”

Retsvirkningen af, at driftsydelsen kategoriseres som en resultatforpligtelse, ses først og fremmest ved mangelsvurderingen. Mangelsvurderingen af resultatforpligtelse er en objektiv vurdering med udgangspunkt i, om resultatet lever op til kontrakten; realdebitor hæfter på objektivt grundlag for at levere resultatet.³⁴

Mangelsvurderingen af en indsatsforpligtelse tager derimod udgangspunkt i, om leverandøren har ydet en kontraktmæssig indsats, hvilket generelt er sværere for kunden at dokumentere og beror på en culpavurdering.

Realdebitors objektive hæftelse for at levere den resultatforpligtelse, han har påtaget sig, indebærer ikke uden videre et erstatningsansvar for realdebitor, men derimod at realkreditor kan gøre misligholdelsesbeføjelser gældende. Ønsker realkreditor at kræve erstatning for manglen, følger det af de almindelige erstatningsbetingelser, at der skal foreligge et ansvarsgrundlag. I IT-kontraktretten udgør culpa bedømt efter en professionsmålestok det baggrundsretlige ansvarsgrundlag.³⁵

4.2. Standardkontrakter

4.2.1. Generelt om standardkontrakter

En standardkontrakt er en (mere eller mindre færdig) kontraktformular, der ikke er udarbejdet til at regulere ét konkret aftaleforhold, men som er beregnet til at blive brugt af bestemte eller samtlige aktører inden for et bestemt retsområde eller en bestemt branche.³⁶

Standardkontrakten udarbejdes ikke af aftaleparterne selv. Den er udarbejdet på forhånd af f.eks. en brancheorganisation eller repræsentanter for en branches kunder og leverandører. I visse tilfælde har standardkontrakten ikke engang været forhandlet mellem parterne, men er bare blevet lagt til grund for deres indbyrdes kontraktforhold i uændret tilstand.³⁷ Dette er dog navnlig tilfældet for standardkontrakter, der alene skal udgøre kontraktforholdets

³⁴ *Gomard*, Obligationsret, 1. del, s. 159

³⁵ *Udsen*, IT-kontraktret, s. 329

³⁶ *Udsen*, IT-kontraktret, s. 36

³⁷ *Lynge Andersen & Bo Madsen*, Aftaler og mellemmand, s. 25

”almindelige betingelser”, mens tekniske specifikationer, tidsfrister, konkrete leveringssteder mv. skal fastsættes i en ”speciel del”.

Virksomheders egne standardvilkår har ikke karakter af standardkontrakter i den her anvendte betydning. Standardvilkår er beregnet til kun at blive anvendt af den konciperende virksomhed, og derfor kommer standardvilkår ofte til at varetage koncipistens egne interesser i for høj grad.³⁸

Egentlige standardkontrakter tilstræber at udgøre en balanceret regulering af parternes kontraktforhold. Det gælder særligt for standardkontrakter, der har status af *agreed documents*. Et *agreed document* er en standardkontrakt, der er blevet til som resultat af en forhandling mellem interessenterne på området, hvor kontrakten skal gælde.³⁹ Det mest kendte danske eksempel er AB-systemet, især AB18, der er udarbejdet af Trafik-, Bygge- og Boligstyrelsen efter forhandlinger med interessenter fra både bygherre- og entreprenørsiden.⁴⁰

Pga. formodningen for at *agreed documents* i højere grad end ensidigt udarbejdede standardkontrakter varetager begge parter interesser, er der i den juridiske litteratur enighed om, at *agreed documents* har en højere retskildemæssig værdi.⁴¹ Domstole og voldgiftsretter vil derfor være mere tilbøjelige til at anvende reglerne i en standardkontrakt, der har karakter af *agreed document*, til at afgøre en konkret sag, selvom kontrakten ikke er vedtaget mellem parterne. Standardkontraktens regler får dermed karakter af udfyldende regler.⁴²

For parterne har brugen af standardkontrakter den fordel, at de sparer transaktionsomkostninger; det er billigere at lægge en standardkontrakt til grund, end at forhandle og udarbejde en kontrakt fra bunden, hver gang der kontraheres.⁴³ For kunden bliver det desuden nemmere at sammenligne tilbud, hvis de anvender samme almindelige betingelser.⁴⁴

³⁸ *Lynge Andersen & Bo Madsen*, Aftaler og mellemænd, s. 26

³⁹ *Lynge Andersen & Bo Madsen*, Aftaler og mellemænd, s. 27

⁴⁰ AB18-betænkning, s. 6f

⁴¹ *Bryde Andersen*, Grundlæggende aftaleret, s. 64, *Lynge Andersen & Bo Madsen*, Aftaler og mellemænd, s. 25-27, og *Hørlyck*, Tilvirkningskøbet, s. 21f

⁴² *Bryde Andersen*, Grundlæggende aftaleret, s. 64, *Lynge Andersen & Bo Madsen*, Aftaler og mellemænd, s. 25-27

⁴³ *Lindberg & Westmann*, Praktisk IT-rätt, s. 379

⁴⁴ *Lindberg & Westmann*, Praktisk IT-rätt, s. 379

For en branche kan udbredt brug af en eller flere forholdsvis identiske standardkontrakter endvidere have den fordel, at standardkontrakterne over tid bliver til udfyldende regler, der erstatter mere generelle regler, f.eks. den almindelige obligationsret.⁴⁵ For branchen er sådan en udvikling positiv, fordi den retstilstand, der følger af standardkontrakterne, er tilpasset branchens særlige forhold.⁴⁶ Samtidig skabes et sikkert og forudsigeligt retsgrundlag for løsning af tvister.⁴⁷

Et særligt problem i relation til standardkontrakter er spørgsmålet om, hvornår en standardkontrakt må anses for vedtaget mellem parterne. I relation til driftsaftaler, der indgås mellem professionelle parter, og hvor aftalen enten er genstand for omfattende forhandlinger eller et offentligt udbud efter reglerne i UBL, har det formodningen imod sig, at der opstår tvivl om, hvorvidt parterne har vedtaget enten D17 eller K04.⁴⁸

4.2.2. D17

D17 står for Driftsaftale 2017 og er en standardkontrakt udarbejdet af en arbejdsgruppe nedsat i 2014 af Dansk IT, Danske IT-advokater og IT-Branchen. D17, der kom på markedet i 2017, var den første danske standardkontrakt for IT-drift, og den blev skabt ud fra et ønske om at tilvejebringe en ”branchestandard” og et ”afbalanceret kontraktgrundlag”.⁴⁹ D17 er med andre ord tiltænkt status som *agreed document*.⁵⁰

D17 er bygget over en model, hvor den samlede aftale består af to dele: En almindelig del, der udgøres af selve D17, og som altså er udarbejdet på forhånd, og en speciel del, der udgøres af bilag, som parterne selv udarbejder. I kontraktens specielle del beskriver parterne den konkrete ydelse, leverandørens forudsætninger, bydelser mv.

I Introduktionsvejledningen til D17 er på s. 4 anført, at D17 først og fremmest er tiltænkt anvendelse i kontrakter om såkaldt *Platform as a Service* (PaaS) eller *Infrastructure as a Service* (IaaS).

⁴⁵ Hørlyck, Tilvirkningskøbet, s. 21f

⁴⁶ Lyng Andersen & Bo Madsen, Aftaler og mellemænd, s. 25f

⁴⁷ Lindberg & Westmann, Praktisk IT-rätt, s. 379f

⁴⁸ Bo Madsen, Aftalefunktioner, s. 26f; Lyng Andersen & Bo Madsen, Aftaler og mellemænd, s. 27; Lindberg & Westmann, Praktisk IT-rätt, s. 380f og Hørlyck, Tilvirkningskøbet, s. 21

⁴⁹ Introduktionsvejledning til D17, s. 3

⁵⁰ Udsen, IT-ret, s. 605

IaaS er kendetegnet ved, at leverandøren påtager sig ansvar for at betjene og vedligeholde kundens IT-infrastruktur og driftsmiljø (hardware), men ikke har nogen forpligtelser mht. software.⁵¹

PaaS er en mere omfattende driftsydelse end IaaS. Her har leverandøren desuden påtaget sig at levere en platform, dvs. et operativsystem, hvorfra kunden kan køre egne edb-programmer og lagre egne data.⁵²

D17 er derimod ikke tiltænkt at blive anvendt i kontrakter, hvor leverandøren skal levere *Software as a Service* (SaaS). Ift. PaaS indebærer SaaS desuden, at leverandøren stiller software til rådighed via abonnement el.lign. og vedligeholder det.⁵³

Hensigten med D17 var at udarbejde en branchestandard, og derfor er kontrakten ikke udarbejdet med bestemte brugere i tankerne. Kontrakten er derfor ikke tilpasset de særlige krav, som udbudsretten stiller til offentlige myndigheder.⁵⁴ Henset til at K04 er rettet specifikt mod offentlige myndigheder, må D17 først og fremmest forventes anvendt i aftaler mellem private.

Arbejdsgruppen bag D17 har desuden forudsat, at kontrakten primært vil være anvendelig for små og mellemstore virksomheder.⁵⁵ Om dette skyldes en forudsætning om, at store virksomheder allerede har udarbejdet egne standardvilkår, eller om det skyldes, at arbejdsgruppen forventer, at store virksomheder ønsker at regulere både IT-drift og vedligeholdelse af software i én aftale, nævnes ikke.

D17 har været på markedet i ca. to og et halvt år, da afhandlingen blev indleveret til bedømmelse, og kontrakten foreligger nu i en version 2.0. Med undtagelse af den før omtalte introduktionsvejledning, ses kontrakten kun beskrevet ét sted i litteraturen.⁵⁶ Der foreligger ingen offentliggjort praksis om forståelsen af D17, da standardkontrakten indeholder en voldgiftsklausul. Voldgiftskendelser offentliggøres ikke.

⁵¹ *Udsen*, IT-kontraktret, s. 20

⁵² *Udsen*, IT-kontraktret, s. 24

⁵³ *Udsen*, IT-kontraktret, s. 27

⁵⁴ Introduktionsvejledning til D17, s. 4

⁵⁵ Introduktionsvejledning til D17, s. 4

⁵⁶ Se *Udsen*, IT-ret, s. 681, for en beskrivelse af D17's regel om due diligence, og kapitel 16 i sin helhed for en fuldstændig behandling af driftskontrakter.

4.2.3. K04

Arbejdet med udvikling af en statslig standardkontrakt for IT-drift begyndte, da Digitaliseringsstyrelsen i 2014 undersøgte behovet herfor, og er nu mundet ud i K04, hvis fulde titel er ”Standardkontrakt for levering af drift og øvrige løbende ydelser til it-systemer (K04)”. K04 er udarbejdet af Digitaliseringsstyrelsen i samarbejde med Kammeradvokaten.

K04 består ligesom D17 af to dele: En almindelig del, der udgøres af selve K04, og en speciel del, der udgøres af bilag. I modsætning til D17 er der udarbejdet standardbilag efter ønske fra de offentlige myndigheder.⁵⁷ Det er selvfølgelig nødvendigt, at kunden og leverandøren udfylder bilagene, så de passer til de konkrete behov. Det stemmer overens med ønsket om ”en 80 % færdig kontrakt til 80 % af de offentlige IT-driftsudbud”.⁵⁸

Ligesom D17 er K04 ikke tiltænkt anvendelse i alle former for drift, og også K04 har undtaget SaaS og ”fuld outsourcing” fra sit anvendelsesområde. K04 er udarbejdet med større driftsopgaver i tankerne, sådan at kontrakten evt. skal tilpasses, hvis den skal bruges ifm. mindre opgaver.⁵⁹

K04 er udarbejdet specifikt til statslige myndigheder, og man har fra Digitaliseringsstyrelsens og Kammeradvokatens side forudsat, at aftaler på grundlag af K04 kun indgås efter et offentligt udbud i medfør af UBL’s regler herom.⁶⁰ K04’s fokus på statslige myndigheder er dog ikke til hinder for, at private anvender K04. Private kunder vil skulle tage stilling til, om de ønsker at tilpasse K04 til anvendelse uden udbud, men private kan også have nytte af foretage private udbud baseret på udbudsretlige principper.⁶¹

Opdraget til K04 kommer fra en bestemt del af kundesegmentet inden for IT-drift. Af den grund kunne man frygte, at K04 fik et (for) ensidigt fokus på kundens behov, med den virkning at kontrakten set fra leverandørernes perspektiv er ubalanceret. For at undgå dette har leverandører, brancheorganisationer og andre interessenter været inddraget i udviklingen af

⁵⁷ Digitaliseringsstyrelsens oplæg om K04 ved Insight Legals konference om IT-kontrakter, d. 30.-31. januar 2019

⁵⁸ Digitaliseringsstyrelsens oplæg om K04 ved Insight Legals konference om IT-kontrakter, d. 30.-31. januar 2019

⁵⁹ Generel vejledning til K04, s. 4

⁶⁰ Generel vejledning til K04, s. 6

⁶¹ *Horsfeldt, IT Outsourcing*, s. 36-39

kontrakten ved workshops og ved en høringsfase.⁶² Om dette er nok til at give K04 status af *agreed document* er nok endnu for tidligt at vurdere, men der er næppe tvivl om, at K04 vil blive en udbredt kontrakt, henset til størrelsen af statens indkøb på driftsområdet.

Ved afhandlingens indlevering til bedømmelse var K04 stadig ikke færdiggjort, hvorfor analysen har taget udgangspunkt i høringsversionen. Af samme grund foreligger der ingen litteratur og ingen praksis om kontrakten og dens rette forståelse.

4.3. Aftalefortolkning

En kontrakt kan ikke tage udtrykkelig stilling til, hvad der skal gælde mellem parterne i alle tænkelige situationer, der kan opstå i kontraktens løbetid, men det betyder ikke, at kontrakten ikke regulerer de uomtalte spørgsmål. Aftalens retsvirkninger omfatter som udgangspunkt alle spørgsmål, der opstår som led i kontrakten, og det er derfor nødvendigt at udlede aftalens retsvirkninger, hvilket foregår ved fortolkning og udfyldning.⁶³

Ved *fortolkning* tages der udgangspunkt i kontraktens indhold og ordlyd.⁶⁴ Kontraktens ordlyd kaldes de rå fortolkningsdata.⁶⁵ Formålet med fortolkning er at finde kontraktens "rigtige" retlige betydning.⁶⁶ Fortolkning er altså løsningen på spørgsmålet: Er det udlægning A eller udlægning B, der er rigtig?

Desværre er det ikke altid let at bestemme, hvad der er "rigtigt": Er det rigtige resultat den fælles partsvilje, dvs. hvad parterne har ment? Er det hvordan aftalen er blevet opfattet af den ene eller den anden part? Eller skal der lægges afgørende vægt på, hvordan viljeserklæringen faktisk fremstår og mest naturligt må forstås?⁶⁷

I nordisk aftaleret er udgangspunktet, hvis der foreligger reel fortolkningstvivel, at den forståelse af løfteerklæringen, som løftemodtageren har, eller en anden fornuftig person med rimelighed ville have, lægges til grund.⁶⁸ Der lægges med andre ord afgørende vægt på de

⁶² Digitaliseringsstyrelsens oplæg om K04 ved Insight Legals konference om IT-kontrakter, d. 30.-31. januar 2019

⁶³ Gomard m.fl., Almindelig kontraktsret, s. 229

⁶⁴ Gomard m.fl., Almindelig kontraktsret, s. 227f

⁶⁵ Lego Andersen, Aftalefortolkning, UfR 2014B.367

⁶⁶ Lynge Andersen & Bo Madsen, Aftaler og mellemænd, s. 352

⁶⁷ Gomard m.fl., Almindelig kontraktsret, s. 228

⁶⁸ Gomard m.fl., Almindelig kontraktsret, s. 228, og Udsen, Uagtsomhed som aftalestiftende retsfaktum, TfR 1/2006, s. 112

berettigede forventninger, erklæringen er egnet til at frembringe hos løftemodtageren (og fortolkeren, herunder en dommer).

En af fordelene ved brugen af standardkontrakter viser sig her: Når en standardkontrakt bliver hyppigt anvendt, opstår en fælles forståelse af dens bestemmelser. Det medvirker til at skabe forudsigelighed i aftalerne, der indgås på baggrund af den pågældende standardkontrakt.

Traditionelt har man ved fastlæggelse af en aftales retsvirkninger ved fortolkning alene lagt vægt på aftalens ordlyd og parternes adfærd ifm. aftaleforhandlinger og aftalens udførelse. Hertil kommer en række fortolknings-”regler” eller -”standarder”, mens øvrige momenter, f.eks. branchepraksis, sædvaner og generelle retshensyn, traditionelt set har hørt til udfyldningen.⁶⁹

Ved fortolkning af generelle standardkontrakter (ikke konkrete aftaler indgået på baggrund af standardkontrakter) er man som fortolker så at sige berøvet nogle fortolkningsdata, f.eks. kan man ikke tage hensyn til parternes hensigt med at formulere sig på en bestemt måde. Dette taler for en mere objektiv fortolkningsmetode, der holder sig mere til ordlyden, og hvilke berettigede forventninger formuleringen giver løftemodtageren.⁷⁰ En objektiviseret fortolkningsmetode er velbegrunder, al den stund der i retssager om fortolkning af aftaler mellem professionelle lægges betydelig vægt på kontraktens ordlyd.⁷¹ Som eksempler kan nævnes UfR 2018.3155 H (”Højesteret finder, at aftalens artikel 8 efter sin ordlyd sammenholdt med kontraktforholdets karakter og varighed må forstås...”) og UfR 2018.2738 H (hvor Højesteret fandt, at der måtte ”foreligge særlige holdepunkter herfor, hvis en anden grundlagsrente [end den, der fremgik af tilbuddet] skal anses for aftalt”).

Man er endvidere berøvet, hvad man kunne kalde de begivenhedsnære fortolkningsdata.⁷² Navnlig er det i sagens natur ikke muligt at inddrage parternes adfærd.

Udfyldning er en proces, hvor fastlæggelsen af en aftales retsvirkninger foretages ud fra momenter, der ikke kan udledes direkte af kontrakten og aftalesituationen. Det kan som nævnt være deklatoriske retsregler, branchepraksis, sædvaner og generelle retshensyn, f.eks. loyalitetshensyn eller rimeligheds- og værdispildsbetragtninger.

⁶⁹ Gomard m.fl., Almindelig kontraktsret, s. 227-229

⁷⁰ Torvund, Kontraktsregulering - IT-kontrakter, s. 56

⁷¹ Lego Andersen, Aftalefortolkning, UfR 2014B.367

⁷² Lego Andersen, U2009.476/1H - en udeladt, men ingeniørlig uinteressant, dom om kontraktsfortolkning, ET 2009.189

Der er ikke helt enighed om, hvorfor man udfylder en kontrakt: Ifølge *Lego Andersen*, Aftalefortolkning, UfR 2014B.367, foretages udfyldning traditionelt som en fase 2, når en konkret fortolkning af aftaleteksten er resultatløs, men *Lego Andersen* mener selv, at udfyldningsmomenter må inddrages sammen med de rå fortolkningsdata, aftaleteksten og parternes adfærd for overhovedet at nå til det korrekte fortolkningsresultat.⁷³

Gomard m.fl. anfører i Almindelig kontraktsret, s. 229f, at udfyldning har til formål at gøre en bindende, men ukomplet aftale ”operativ”. Udfyldning er med andre ord den proces, hvorved man fastlægger en aftales retsvirkninger på et område, aftalen ikke udtrykkeligt har reguleret.⁷⁴

I Aftaler og mellemmand anfører *Lyng Andersen & Bo Madsen* derimod, at begrebet udfyldning ”kun [omfatter] den virksomhed, som går ud på at fastlægge aftalens nærmere retsvirkninger på de punkter, hvor aftalen ikke selv giver konkret støtte” (forfatterens egen fremhævelse) for et bestemt resultat, uanset om det er fordi to udlægninger har lige meget for sig, eller fordi aftalen er ukomplet.⁷⁵

Både *Gomard* m.fl. og *Lyng Andersen & Bo Madsen* anerkender dog, at grænsen mellem fortolkning og udfyldning er flydende.⁷⁶

Den traditionelle aftalefortolkningsmodel anser med andre ord udfyldning som svaret på spørgsmålene: Hvad gælder, hvor aftalen er tavs eller ukomplet? eller Når lige tungtvejende grunde taler for fortolkning A og B, hvilken fortolkning skal man så vælge?

Fortolkningsmodellen, som anvendes i denne afhandling, er den fortolkningsmodel, *Lego Andersen* har defineret i sin artikel Aftalefortolkning, UfR 2014B.367. I modsætning til den traditionelle forståelse af aftalefortolkning bygger modellen ikke på en sondring mellem fortolkning og udfyldning, men ser begge dele som led i én samlet fortolkningsproces. Modellen inddrager de samme fortolkningsmomenter som traditionel aftalefortolkning og udfyldning, og den anerkender, at nogle fortolkningsmomenter generelt må tillægges mere vægt end andre.

Valget er foretaget for at understrege, at afhandlingens inddragelse og analyse af baggrundsretten ikke alene er relevant, hvis D17 og K04 er uklare. Kontrakterne må, uanset om bestemmelserne er klare eller ej, fortolkes og forstås i lyset af baggrundsretten.

⁷³ *Lego Andersen*, Aftalefortolkning, UfR 2014B.367

⁷⁴ *Gomard* m.fl., Almindelig kontraktsret, s. 229-230

⁷⁵ *Lyng Andersen & Bo Madsen*, Aftaler og mellemmand, s. 433

⁷⁶ *Gomard* m.fl., Almindelig kontraktsret, s. 231, og *Lyng Andersen & Bo Madsen*, Aftaler og mellemmand, s. 352f

Afhandlingen bygger således på et synspunkt om, at man som fortolker ikke kan have et fuldt overblik over fortolkningsgenstanden, hvis man ikke kender baggrundsretten og har sat fortolkningsgenstanden i relation til den. Selvom man kan nå til et rimelig sikkert resultat ved fortolkning, må de udfyldende momenter inddrages for, at resultatet kan verificeres.⁷⁷

4.4. Generelt om due diligence

”Due diligence” betyder pligtmæssig omhu. Almindeligvis bruges begrebet om den undersøgelse en køber, altså *reakreditor*, bør foretage for at sikre, at købsgenstanden har de egenskaber, han forventer, jf. princippet om *caveat emptor*.⁷⁸ I driftskontrakter påhviler pligten dog leverandøren, altså *realdebitor*, der bør sikre sig, at hans forudsætninger for at kunne levere ydelsen er opfyldte.⁷⁹

Due diligence-undersøgelser kendes primært fra køb og salg af virksomheder, hvor undersøgelserne bruges til beregning af købesummen: Køberen er naturligvis interesseret i at kende den virksomhed, han køber, mens leverandøren ved, at hvis han ikke lægger kortene på bordet, vil købstilbuddene være lavere, fordi kunderne så at sige indregner en ”risikorabat”.⁸⁰ Selvom begge parter har en interesse i, at undersøgelsen gennemføres, er der ikke tvivl om, at undersøgelsen almindeligvis gennemføres af hensyn til køber.⁸¹

Den primære forskel mellem due diligence i driftskontrakter og ”normal” due diligence er formålet: I driftskontrakter gennemføres due diligence for at give leverandøren adgang til de oplysninger, han skal bruge dels for at kunne afgive et endeligt tilbud med en klart defineret driftsydelse og dels for at kunne prissætte driftsydelsen.⁸² Due diligence i driftskontrakter gennemføres altså ikke af hensyn til kunden (*reakreditor*), men af hensyn til leverandøren (*realdebitor*). Situationen er med andre ord omvendt ift. det, man kender fra virksomhedsoverdragelser.

En anden forskel er undersøgelsesområdet: Ved indgåelse af driftskontrakter vil det ikke være nødvendigt for, at leverandøren kan afgive tilbud, at kundens ejerforhold og

⁷⁷ Se i samme retning *Frank Madsen & Østergaard*, Nærmest til at bære risikoen i kontraktretten - En overset obligationsretlig grundsætning?, *Juristen* 2017, nr. 2, s. 36

⁷⁸ *Bryde Andersen*, Enkelte transaktioner, s. 100

⁷⁹ *Udsen*, IT-kontraktret, s. 265

⁸⁰ *Bryde Andersen*, Enkelte transaktioner, s. 101, og *Pontoppidan & Krejler*, Due diligence i praksis, s. 15

⁸¹ *Pontoppidan & Krejler*, Due diligence i praksis, s. 19

⁸² *Udsen*, IT-kontraktret, s. 262f

selskabsretlige struktur afklares, ligesom leverandøren kun skal have indsigt i de af kundens kontrakter, der har relation til IT-systemet.

Begge due diligence-undersøgelser har dog den lighed, at begge parter har en interesse i, at undersøgelsen gennemføres. I driftskontrakter ved begge parter, at leverandørens muligheder for at opfylde aftalen forbedres, hvis han har adgang til oplysninger om kundens system.

Hver leverandør kan frit tilrettelægge deres due diligence-undersøgelser mhp. at indsamle netop de oplysninger, den pågældende leverandør lægger vægt på eller opfatter som afgørende. Der gælder ikke en fast due diligence-praksis i IT-kontrakter, hvilket understreges af, at D17 og K04 samt de statslige standardkontrakter i både Norge og England, SSA-D og MSA, alle regulerer spørgsmålet om due diligence og afklaring af de faktiske forhold, ydelsen skal reguleres under, forskelligt. Der er derfor ikke muligt at sige noget om, hvilke undersøgelser der er sædvanlige.

Hvad der må anses for en tilstrækkelig due diligence-undersøgelse må afgøres konkret og under inddragelse af relevante momenter, herunder driftsydelsens og -miljøets kompleksitet, aftalens værdi og løbetid, tidsbegrænsninger, kundens åbenhed mv.

5. Baggrundsretten

Dette afsnit analyserer den almindelige obligationsretlige og den specielle IT-kontraktretlige baggrundsret for at undersøge, dels hvordan risikoen for urigtige eller manglende due diligence-oplysninger placeres, dels om leverandøren i en driftskontrakt har en almindelig pligt til at gennemføre due diligence forud for, at driftsydelsen leveres.

Analysen tager udgangspunkt i udvalgte almindelige retsregler og -grundsætninger. Undervejs perspektiveres til beslægtede retsområder, særligt entrepriseret.

5.1. Aftalelovens §§ 6 og 32

Det er naturligt at starte undersøgelsen med en analyse af de præceptive lovregler, som finder anvendelse på driftsaftaler. I modsætning til de deklaratoriske principper, der inddrages i analysen senere, kan parterne nemlig ikke fravige den retsstilling, der følger af præceptive lovregler.

Imidlertid gælder der ikke megen lovregulering på området for driftsaftaler, hverken deklaratorisk eller præceptiv. Der findes ingen særlove⁸³, og KBL, der kodificerer store dele af den almindelige obligationsret, finder ikke anvendelse, eftersom driftsydelsen er en tjenesteydelse, jf. KBL § 1 a, modsætningsvist.

Den eneste lov, der finder anvendelse på alle almindelige driftsaftaler, er AFTL.⁸⁴

5.1.1. Aftalelovens terminologi

I AFTL anvendes begreberne tilbud og svar om de erklæringer, der tilsammen udgør en aftale. En aftale kan dog også udgøres af en opfordring til at gøre tilbud og et tilbud. AFTL's model for aftaleindgåelse, der ikke lægger op til udbudsrunder eller forhandlinger, harmonerer dårligt med måden, hvorpå man indgår længerevarende kontrakter, eksempelvis om IT-drift.

Kundens udbud er hverken et tilbud eller det, AFTL kalder en opfordring til at gøre tilbud, jf. AFTL § 9. Selvom man ud fra en almindelig sproglig forståelse kan mene, at et udbud netop udgør en opfordring til at gøre tilbud, er der ikke tale om sammenfaldende begreber:

⁸³ Se dog bekendtgørelse nr. 1304 af 25. november 2010, om outsourcing af væsentlige aktivitetsområder, der iht. § 1 alene finder anvendelse på visse finansielle virksomheder.

⁸⁴ Efter omstændighederne kan andre love finde anvendelse. De mest almindeligt relevante love er formentlig databeskyttelsesloven og virksomhedsoverdragelsesloven. Disse love er dog ikke relevante for afhandlingens problem.

Udbudsmaterialet kan ikke sidestilles med ”en henvendelse, som ellers ville være at anse som tilbud”, og derfor vil en leverandør, der afgiver tilbud på baggrund af et udbud, ikke kunne støtte ret på AFTL § 9. Efter AFTL § 9 kan en aftale komme i stand på grundlag af en opfordring til at gøre tilbud og en accept, medmindre modtageren af accepten tilkendegiver, at han ikke ønsker at være bundet.

5.1.2. Aftalelovens § 6

AFTL indeholder i § 6 en regel, der angår uoverensstemmende svar. Ofte forklarer man reglen med et eksempel, hvor en tilbudsmottager (kunden i driftsaftaler) principielt accepterer tilbuddet (fra leverandøren), men i sit svar tager et forbehold, der indebærer en materiel ændring af tilbuddet.⁸⁵ I de situationer følger det af § 6, at svaret i stedet skal anses for et nyt tilbud. Der er altså ikke indgået nogen aftale.

Den situation, som analysen interesserer sig for, er forskellig fra den klassiske § 6-situation: Det er leverandøren, der i sit tilbud, tager forbehold over for udbudsmaterialet eller forudsætter, at de faktiske forhold, driftsydelsen skal leveres under, er indrettet på en bestemt måde, uden at det har støtte i udbudsmaterialet - ikke kunden der i sin egenskab af tilbudsmottager tager forbehold i sit svar. Fordi forbeholdet ikke indføres i svaret, men i tilbuddet, finder § 6 ikke direkte anvendelse.⁸⁶

Selvom AFTL § 6 ikke finder direkte anvendelse, kan § 6, stk. 2, dog tjene til inspiration: Stk. 2 er en retsgrundsætning, hvorefter uoverensstemmende accept alligevel kan føre til en gyldig aftale, hvis der ikke reklameres over uoverensstemmelsen, jf. UfR 2013.1684 Ø, hvor aftaleindgåelsen også afveg fra AFTL's typesituation, da aftalen kunne indgås på i forvejen bestemte vilkår ved indsendelse af begæring, og hvor landsretten afgjorde sagen ud fra retsgrundsætningen i § 6, stk. 2.

Retsgrundsætningen i § 6, stk. 2, indebærer, at risikoen for, at en aftale indgås på andre vilkår end det oprindelige tilbud, placeres hos tilbudsgiveren, dvs. koncipisten. Formålet er at beskytte den kontrahent, der tror, at der er indgået en aftale, og at minimere risikoen for tab som følge af uklarheder.⁸⁷ Tilbudsgiveren, der har formuleret vilkårene i tilbuddet, er nærmest til at opdage og dermed bære risikoen for uoverensstemmelsen mellem tilbud og accept.

⁸⁵ *Lynge Andersen*, Aftaleloven med kommentarer, s. 62

⁸⁶ *Udsen*, IT-kontraktret, s. 96-98

⁸⁷ Lovforslag nr. L 114 af 9. november 1916, bilag 1, Udkast til Lov om Aftaler og andre Retshandler paa Formuerettens Omraade, specielle bemærkninger til § 6, samt *Bo Madsen*, Aftalefunktioner, s. 31f, og *Ussing*, Aftaler, s. 399

Anvendes retsgrundsætningen på den situation, at der er uoverensstemmelse mellem en kundes udbudsmateriale og leverandørens tilbud, fordi leverandøren har indført egne forbehold eller betingelser, fører den til, at hvis kunden ikke bør indse, at tilbuddet ikke stemmer overens med udbuddet, og leverandøren må indse dette, bærer leverandøren risikoen for ikke at have fremhævet fravigelser fra udbuddet klart nok.

Resultatet støttes af den nye regel i AB18 § 5, stk. 3, hvorefter entreprenørens forbehold eller fravigelser fra udbudsbetingelserne skal fremgå klart og samlet af tilbuddet.

Hvis fravigelser ikke er fremhævet klart nok, bør aftalen fortolkes i overensstemmelse med kundens oprindelige udbudsmateriale, og leverandørens forbehold og betingelser bør ikke anses for vedtaget. Kan leverandøren ikke levere på de oprindelige vilkår, udgør det misligholdelse.

Reglen fastlægger dog ikke, hvem der har ansvaret for at afklare de faktiske forhold, realdebitor skal levere sin ydelse under.

5.1.3. Aftalelovens § 32

I medfør af AFTL § 32, stk. 1, kan den, der har afgivet en viljeserklæring, der er behæftet med fejl, undgå at blive bundet af erklæringens indhold, hvis modtageren burde indse fejlen. Det skal nu undersøges, om § 32, stk. 1, kan få betydning i tilfælde, hvor en leverandør pga. en fejl under sine due diligence-undersøgelser lægger forkerte oplysninger til grund eller overser visse forhold.

§ 32, stk. 1, omfatter efter sin ordlyd både ”fejlskrift eller anden fejltagelse”, men det er ikke alle fejl, der er omfattet. Forarbejderne sonder mellem erklæringsfejl og motivvildfarelser.⁸⁸ Det er kun erklæringsfejl, f.eks. fejlskrift og forkerte prisangivelser, jf. UfR 2018.553 V hhv. 1985.877 H, og de motivvildfarelser, der er så tæt beslægtede med erklæringsfejl, at de skal behandles ens, der er omfattet af reglen, jf. f.eks. UfR 1981.257 H, om en regnefejl.⁸⁹

På trods af det *function creep*, som den analoge anvendelse af § 32 på visse motivvildfarelser er udtryk for, må det afvises, at en leverandør, der baserer sit tilbud på urigtige eller mangelfulde oplysninger, uanset om der er gennemført due diligence eller ej, kan påberåbe sig § 32, stk. 1, som støtte for, at han ikke er bundet af sit løfte. At lægge forkerte oplysninger til grund eller at overse relevante oplysninger under en due diligence kan ikke karakteriseres som erklæringsfejl. Der er derimod tale om en motivvildfarelse i form af en

⁸⁸ Lovforslag nr. L 114 af 9. november 1916, bilag 1, Udkast til Lov om Aftaler og andre Retshandler paa Formuerettens Omraade, de specielle bemærkninger til § 34 (§ 32 i den vedtagne lov)

⁸⁹ *Lynge Andersen & Bo Madsen, Aftaler og mellemmand*, s. 173

urigtig forudsætning, hvilket som udgangspunkt ikke er omfattet af § 32, stk. 1's anvendelsesområde.

Det må fastholdes, at motivvildfarelser ikke er omfattet af § 32, stk. 1, og bestemmelsen ikke kan anvendes analogt på leverandørens urigtige forudsætninger, smh. UfR 2000.60 H, hvor en tilbudspris ved en fejl kun omfattede en del af entreprisen, og hvor § 32, stk. 1, blev påberåbt som støtte for, at tilbudsgiveren ikke var bundet. Højesteret fandt, at entreprenøren ikke var bundet af sit tilbud, men undlod at nævne § 32 i sine præmisser, hvilket vel ikke er tilfældigt. Selvom entreprenøren befandt sig i en motivvildfarelse, taler rimelighedsbetragtninger for dommens resultat; det "åbenbare misforhold" mellem entreprenørens tilbud og de øvrige tilbud taget i betragtning.

Selv hvis § 32, stk. 1, finder anvendelse på driftsaftaler, er det tvivlsomt, om kunden bør indse fejl i leverandørens tilbud. Spørgsmålet må i alle tilfælde afgøres konkret, men der gælder visse generelle retningslinjer for vurderingen; f.eks. spiller informationsasymmetrien mellem kunde og leverandør ind her. Kunden kan generelt ikke forventes at have teknisk ekspertise til at gennemskue leverandørens tilbud, hvorfor der er en formodning for, at kunden er i god tro. Formodningen svækkes dog, hvis kunden har teknisk ekspertise, kunden bistås af en rådgiver, eller hvis der findes forklarende korrespondance fra leverandøren til kunden. Derudover kan det få betydning, hvor klart leverandørens fejltagelse kommer til udtryk, jf. UfR 2000.60 H, hvor der var tale om et åbenbart misforhold.

5.2. Forudsætningslæren

Når leverandøren pga. en fejl baserer sit tilbud på urigtige forudsætninger, kan han altså ikke fragå sit løfte med henvisning til, at der er tale om en fejl, og at kunden må indse dette, jf. AFTL § 32. Som nævnt indeholder AFTL § 32 dog ikke en udtømmende regulering af betydningen af urigtige og bristende forudsætninger.⁹⁰

5.2.1. Forudsætningslærens anvendelsesområde

Ved siden af AFTL § 32 gælder forudsætningslæren, hvorefter løfter kan være uforbindende, hvis relevante forudsætninger svigter. Forudsætningslæren hjemler, at leverandørens løfte kan

⁹⁰ Lovforslag nr. L 114 af 9. november 1916, bilag 1, Udkast til Lov om Aftaler og andre Retshandler paa Formuerettens Omraade. de specielle bemærkninger til § 34 (§ 32 i den vedtagne lov)

blive uvirksomt, hvis det er kendeligt for kunden, at leverandøren befandt sig i en vildfarelse om en af sine forudsætninger.⁹¹

Alle former for forudsætninger, både bevidste og ubevidste forudsætninger, almindelige fornemmelser og præcise antagelser, er omfattet af forudsætningslæren, dvs. har potentialet til at være relevante forudsætninger.⁹² I det praktiske retsliv kan man alligevel ikke skelne. I Almindelig kontraktsret, s. 192, anfører *Gomard* m.fl., at det ”især [er] fordi retsvirkningen af, at en forudsætning eller antagelse ikke holder stik, ikke i almindelighed er afhængig ... af hvor nøje løftegiver har analyseret sit beslutningsgrundlag og gjort sig klart, hvilke omstændigheder, der er af afgørende betydning for hans beslutning om at kontrahere”, at læren omfatter både bevidste og ubevidste antagelser og forudsætninger. Selvom det ligger fast, at forudsætningslæren både finder anvendelse på bevidste og ubevidste antagelser, er der grund til at stille spørgsmålstejn ved, om retsvirkningen virkelig er uafhængig af leverandørens egne overvejelser, jf. nedenfor om UfR 1985.334/2 H.

De eneste forudsætninger, der ikke er omfattet af forudsætningslæren, er de forudsætninger, der skrives ind i kontrakten. Indskrives forudsætninger i en kontrakt, bliver de betingelser.⁹³ Selvom der ud fra en almindelig forståelse er tale om det samme fænomen, behandles de to begreber aftaleretligt forskelligt: Retsvirkningerne af en svigtende betingelse er et fortolkningsspørgsmål, mens fastlæggelsen af retsvirkningerne af en svigtende forudsætning sker ved udfyldning via forudsætningslæren.

Forudsætningslærens særskilte betydning overfor AFTL §§ 6 og 32 viser sig her: Anvendelsen af både AFTL §§ 6 og 32 er betinget af, at leverandøren har indføjet sine forudsætninger i kontrakten som betingelser, og at de *enten* ikke harmonerer med udbudsmaterialet (§ 6) *eller* er baseret på fejl, og leverandøren derfor ønsker at fragå sit løfte (§ 32).

Derimod finder forudsætningslæren ikke anvendelse på betingelser. I det omfang leverandøren *har* gennemført en due diligence, og de fundne oplysninger viser sig urigtige eller mangelfulde, kan leverandøren derfor ikke påberåbe sig forudsætningslæren, jf. nedenfor afsnit 5.5.

⁹¹ *Gomard*, Obligationsret, 1. del, s. 183-185; *Iversen*, Obligationsret, 2. del, s. 55 og 135; *Bryde Andersen*, Grundlæggende aftaleret, s. 397, samt *Bryde Andersen* i *Hyldestskrift til Jørgen Nørgaard*, s. 596

⁹² *Gomard* m.fl., Almindelig kontraktret, s. 190 og 192

⁹³ *Gomard* m.fl., Almindelig kontraktsret, s. 190 og 192f, og *Edlund*, Betingede aftaler og retsvirkningerne heraf, UfR 2014B.117

For at en svigtende forudsætning kan bevirke, at løftet bliver uvirksomt, opstilles tre kumulative betingelser: For det første skal forudsætningen have været væsentlig eller bestemmende for løftegiverens beslutning om at kontrahere.⁹⁴ Der er formentlig ikke nogen materiel forskel mellem udtrykkene: Således sætter *Ussing* i *Bristende forudsætninger*, s. 91, sætter lighedstegn mellem en væsentlig forudsætning og en ”bestemmelsesgrund”. Væsentlighedskravet stilles for at undgå, at en kontrakt gøres uvirksom, fordi en ubetydelig forudsætning svigter. Det ville være til skade for hensynet til omsætningssikkerheden, der begrundes den aftaleretlige grundsætning, at aftaler er bindende, jf. AFTL § 1.

For det andet skal den svigtende forudsætning være kendelig for løftemodtageren.⁹⁵ Også her tages der hensyn til omsætningssikkerheden: Løftemodtageren skal ikke risikere, at hans kontrakt bliver uvirksom pga. forudsætninger hos løftegiver, som løftemodtager hverken kendte eller burde erkende.

Den tredje betingelse er, at forudsætningen skal være relevant. En forudsætning er relevant, hvis det er løftemodtageren, der er nærmest til at bære risikoen for, at forudsætningen svigter.⁹⁶ Pga. forudsætningslærens meget brede anvendelsesområde, er det umuligt at beskrive, hvilke forudsætninger, der generelt er relevante, selvom teoretikere igennem tiden har forsøgt at opstille typeforudsætninger, der altid er relevante.⁹⁷ I praksis er det en konkret vurdering, hvor generelle hensyn og betragtninger yder vejledning.

5.2.2. Urigtige forudsætninger

I relation til leverandørens urigtige forudsætninger betyder ovennævnte, at hvis leverandøren gør sig visse forudsætninger, der ikke finder udtryk i kontrakten, f.eks. i en due diligence-rapport, eller hvis due diligence ikke er foretaget, kan han påberåbe sig forudsætningslæren som hjemmel til frigørelse fra sit løfte. Forudsat at han kan godtgøre, at forudsætningen var væsentlig, kendelig og relevant.

Her er det mest interessant at analysere spørgsmålet om forudsætningens kendelighed og relevans, da spørgsmålet om væsentlighed er meget konkret. Henset til

⁹⁴ *Ussing* bruger væsentlighedskriteriet i *Bristende forudsætninger*, s. 88-91, men er i *Aftaler*, s. 470f, gået over til udtrykket bestemmende. I *Almindelig kontraktsret*, s. 194f, anvender *Gomard* m.fl. udtrykket bestemmende.

⁹⁵ *Ussing*, *Bristende forudsætninger*, s. 88 og 101-109

⁹⁶ *Gomard* m.fl., *Almindelig kontraktsret*, s. 197

⁹⁷ Se f.eks. *Ussing*, *Bristende forudsætninger*, s. 160, om typeforudsætningen om størrelsen af den økonomiske byrde

informationsasymmetrien mellem parterne må der generelt være en formodning imod, at kunden kan gennemskue, om leverandørens tilbuds er i overensstemmelse med udbudsmaterialet eller indeholder fejl. Af samme grund må der være en generel formodning imod, at leverandørens særlige tekniske forudsætninger, f.eks. med hensyn til indretningen af kundens IT-infrastruktur, er kendelige for kunden.

Er der derimod tale om, at leverandørens forudsætning bygger på oplysninger, som han har modtaget fra kunden, er kunden som udgangspunkt nærmest til at bære risikoen for, om oplysningerne er rigtige. Dette skyldes, at kunden er nærmest til at kontrollere forudsætningens rigtighed og dermed fjerne enhver risiko.⁹⁸ Besidder kunden ikke den tekniske indsigt til at give leverandøren de fornødne oplysninger, kan kunden enten alliere sig med en rådgiver eller betale leverandøren en risikopræmie for at foretage undersøgelserne på kundens vegne. Unnlader kunden dette, og meddeles leverandøren urigtige oplysninger, bærer kunden risikoen for oplysningernes rigtighed.

5.2.3. Bristende forudsætninger

Vender man herefter blikket mod leverandørens bristende forudsætninger, viser det sig først, at relevansvurderingen ændrer karakter: Fsva. bristende forudsætninger er det ikke muligt at eliminere risikoen forbundet med forudsætningen allerede ved aftaleindgåelse og due diligence. Argumentet om, at kunden skal bære risikoen pga. kontrolmulighederne, bliver her svagere, fordi det netop er leverandøren, der i driftsperioden har lettest ved at kontrollere forudsætningens opfyldelse, og fordi leverandøren pga. sin tekniske ekspertise har nemmere ved at vurdere risikoen for og konsekvenserne af, at forudsætningen brister.

Kendelighedsvurderingen ændrer sig derimod ikke meget, fordi informationsasymmetrien stadig består mellem parterne. Tekniske forudsætninger er dermed generelt ikke kendelige for kunden.

Leverandørens generelle forudsætning om, at hans ydelse ikke bliver mere byrdefuld end forudsat, må - ud fra en betragtning om, at enhver kontrahent har en sådan forudsætning - derimod altid antages at være kendelig for kunden. Kunden har formentlig samme forudsætning, når han indgår i kontrakter som realdebitor.⁹⁹

5.2.4. Betydningen af leverandørens undersøgelser

Relevansvurderingen for både urigtige og bristende forudsætninger er påvirket af parternes undersøgelser forud for og ifm. kontraktindgåelsen. Hvis relevante forudsætninger svigter,

⁹⁸ *Ussing*, Bristende forudsætninger, s. 198f

⁹⁹ *Ussing*, Bristende forudsætninger, s. 160

fordi leverandøren har udført en utilstrækkelig due diligence eller helt undladt en sådan, er leverandøren nærmest til at bære risikoen for, at ydelsen bliver mere byrdefuld, end parterne forudså, jf. UfR 1985.334/2 H:

UfR 1985.334/2 H: V købte hardware af K for 540.000 kr.; software skulle leveres af N, der havde anslået prisen til 50-80.000 kr. N havde anført, at de endelige omkostninger skulle baseres på ”kommende detailplanlægning”, men i øvrigt var tilbuddet ”udarbejdet på basis af de informationer, [V havde bibragt K og N]”. Inden aftaleindgåelsen oplyste V om anvendelsen af V's gamle system. Efter gennemførelse af en detailanalyse, skønnede N, at omkostningerne til software ville være ca. 400.000 kr. V hævede kontrakten pga. prisforskellen. K og N sagsøgte begge V, der ved Vestre Landsret blev dømt til at betale erstatning til K for uberettiget ophævelse og til at betale N for dennes systemoplæg. V indbragte sagen for Højesteret, der frifandt V, idet man fandt, at ophævelsen havde været berettiget. Højesteret udtalte, at ”det var en afgørende forudsætning for [V], at det nye anlæg kunne udføre i hvert fald de samme funktioner som det gamle anlæg ... dette var tilkendegivet for [K og N], der tillige havde fået udleveret brugerdokumentationen for [V's] anlæg. Det må endvidere lægges til grund, ... at det først ved den nærmere analyse, som blev foretaget [efter kontraktens indgåelse], blev konstateret, at kravet ikke kunne imødekommes, uden at der påløb udgifter til nyt programmel, som væsentligt oversteg den i tilbuddet anslåede udgiftsramme på 50-80.000 kr. [K og N], der måtte være bekendt med det tilbudte programmels muligheder og begrænsninger, og som ikke fandt det fornødent at foretage nærmere undersøgelser til oplysning om [V's] behov, findes under de foreliggende omstændigheder at burde bære risikoen for, at [V's] afgørende drifts- og prismæssige forudsætninger for kontrakten svigtede. [V] findes herefter at have være berettiget til at hæve kontrakten som sket” (min fremhævning).

Det ses, at Højesteret i dommen fandt, at IT-leverandøren var nærmest til at bære risikoen for, at kundens drifts- og prismæssige forudsætninger var urigtige hhv. bristede, fordi leverandøren ikke havde udført undersøgelser af kundens behov. Selvom dommen angår den situation, at kundens forudsætninger svigter, fordi pengeydelsen er mere byrdefuld end forudsat, peger dommen generelt på, at leverandørens manglende undersøgelser ifm. kontraktindgåelsen har betydning for vurderingen af, hvem der er nærmest til at bære risikoen for, at en relevant forudsætning svigter. Argumentet vejer så meget desto tungere, når det er leverandørens egne forudsætninger, der svigter, fremfor kundens kendelige forudsætninger som i dommen.

Selvom dommen angår en systemleverance, må resultatet kunne overføres til driftsaftaler: Dommen er udtryk for udgangspunktet om, at en realdebitor, der har påtaget sig en resultatforpligtelse, hæfter objektivt for at præstere en kontraktmæssig ydelse, og det

udgangspunkt gælder for både driftsaftaler og systemleverancer. Lignende domme findes også på andre retsområder, jf. UfR 2007.1738 H, der angik etablering af dræning, og hvor en særlig sagkyndig entreprenør havde handlet ansvarspådragende ved uden nærmere undersøgelser at have anvendt uegnede rør.

Det anførte gælder *a fortiori* i relation til driftsaftaler, hvor det er sædvanligt, at leverandøren, forud for at ydelsen skal leveres, undersøger de faktiske forhold, han skal levere under.¹⁰⁰

5.2.5. Forudsætningslærens anvendelse i IT-kontraktretten

Det hævdes af *Gomard* m.fl., at det ikke har betydning for retsvirkningen af en svigtende forudsætning, om løftegiveren på forhånd har gjort sig klart, om det svigtende forhold overhovedet er en forudsætning.¹⁰¹ På baggrund af ovenstående analyse er det dog tvivlsomt, om dette også gælder inden for IT-kontraktretten. UfR 1985.334/2 H er et eksempel på, at manglende undersøgelser ifm. kontraktindgåelsen inden for IT- kontraktretten har betydning for vurderingen af, hvem der er nærmest til at bære risikoen for svigtende forudsætninger.

Det må også overvejes, om der inden for IT- kontraktretten er grundlag for at modificere de retsvirkninger, forudsætningslæren hjemler: Forudsætningslæren henregnes ofte til ugyldighedsreglerne.¹⁰² I overensstemmelse hermed giver svigtende forudsætninger traditionelt set ret til at hæve eller træde tilbage fra kontrakten.¹⁰³

Hævelsesbeføjelsen spiller dog almindeligvis en mere tilbagetrukket rolle i længerevarende kontraktforhold, hvor man må inddrage værdispilds- og proportionalitetsbetragtninger i væsentlighedsvurderingen.¹⁰⁴ Det ville være urimeligt byrdefuldt for kunden, hvis konsekvensen af, at kunden skal bære risikoen for, at en af leverandørens forudsætninger svigter, er, at kunden efterlades uden en driftsleverandør og et funktionelt IT-system. Det ville reelt være et dødsstød.

¹⁰⁰ *Udsen*, IT-kontraktret, s. 262, og *Horsfeldt*, IT Outsourcing, s. 50f

¹⁰¹ *Gomard* m.fl., Almindelig kontraktsret, s. 192

¹⁰² *Lynge Andersen & Bo Madsen* behandler således forudsætningslæren i kapitel 2, Løfters ugyldighed, af Aftaler og Mellemmænd. I Almindelig kontraktsret behandler *Gomard* m.fl. forudsætningslæren i kapitel 5, De enkelte ugyldighedsgrunde.

¹⁰³ *Gomard*, Obligationsret, 1. del, s. 157 og 179f

¹⁰⁴ *Udsen*, IT-kontraktret, s. 175 og 322; *Horsfeldt*, IT Outsourcing, s. 245f; *Iversen*, Obligationsret, 2. del, s. 142f; *Iversen*, Entrepriseretten, s. 727f.

I lighed med den ift. obligationsretten udvidede afhjælpnings- og ændringsret i IT-kontraktretten og andre tilsvarende retsområder, f.eks. entrepriseretten, forekommer det mere rimeligt og fuldt tilstrækkeligt til at varetage hensynet til den skuffede løftegiver, om retsvirkningen af en svigtende forudsætning er, at parternes aftale modificeres, enten ved en pligt til genforhandling eller ved tilpasning ved domstolene.¹⁰⁵ Leverandørens primære interesse er at modtage et rimeligt vederlag for den driftsydelse, der leveres. Det aftalte vederlag er baseret på leverandørens forudsætninger, og hvis de svigter, kan hensynet til leverandørens interesser varetages ved at justere vederlaget.¹⁰⁶

Anvendelse af forudsætningslæren til justering eller tilpasning af kontrakter er ikke uden fortilfælde i dansk ret, jf. UfR 1995.277/2 H og 2000.656 H, der begge omhandler justering af pengedebitors forpligtelser.¹⁰⁷ Tilpasning må ske ud fra forestillinger om, hvad fornuftige aftaleparter ville have aftalt, hvis de var i aftaleparternes sted.¹⁰⁸ Denne øvelse er dog vanskelig; måske umulig i det enkelte tilfælde.¹⁰⁹

5.2.6. Delkonklusioner

På baggrund af ovenstående analyse af forudsætningslærens anvendelse på leverandørens forudsætninger kan der fremsættes en forsigtig formodning for, at leverandørens svigtende forudsætninger sjældent kan føre til, at leverandøren frigøres fra sit løfte eller at løftet lempes. Det vil kun være tilfældet, hvor leverandørens forudsætning bygger på oplysninger, som kunden selv har givet leverandøren. Leverandøren, der hæfter objektivt for at præstere en kontraktmæssig ydelse, er også nærmest til at bære risikoen for, at hans forudsætninger svigter, hvis han kunne og burde have konstateret dette ved en due diligence-undersøgelse.

I de – antageligvis få – tilfælde, hvor kunden bærer risikoen for den svigtende forudsætning, er der næppe grundlag for at give leverandøren ret til at hæve driftskontrakten. Leverandørens interesser kan varetages ved, at kontrakten eller blot vederlaget justeres.

Når det tages i betragtning, at forudsætningslæren alene finder anvendelse - og at konklusionen derfor alene gælder - i de tilfælde, hvor leverandøren ikke har undersøgt kundens behov og formuleret egne betingelser, jf. UfR 1985.334/2 H, skal det nu undersøges, om der ligefrem gælder en almindelig pligt for realdebitor til at undersøge de faktiske forhold, han skal levere sin ydelse under.

¹⁰⁵ Se i samme retning *Ussing*, *Aftaler*, s. 482f

¹⁰⁶ *Udsen*, *IT-kontraktret*, s. 286-288

¹⁰⁷ *Bryde Andersen*, *Grundlæggende aftaleret*, s. 405f, og *Gomard*, *Obligationsret*, 1. del, s. 179

¹⁰⁸ *Gomard* m.fl., *Almindelig kontraktsret*, s. 199

¹⁰⁹ *Bryde Andersen* i *Hyldestskrift til Jørgen Nørgaard*, s. 603

5.3. Almindelig undersøgelsespligt? (*Caveat venditor*)

Retsvirkningen af, at der gælder en særskilt undersøgelsespligt, vil vise sig i de tilfælde, hvor leverandøren ikke foretager due diligence: Som konkluderet ovenfor vil manglende due diligence ofte føre til, at leverandøren er nærmest til at bære risikoen for forhold, han kunne have opdaget ved undersøgelsen, jf. princippet i UfR 1985.334/2 H. Hvis der gælder en særskilt undersøgelsespligt, er retsvirkningen af at undlade at gennemføre en due diligence-undersøgelse, at leverandøren har handlet ansvarspådragende, og dette gælder uanset om leverandøren ville have opdaget problematiske forhold eller ej.

Realkreditors undersøgelsespligt, *caveat emptor*, er velkendt i dansk ret, især inden for køberetten, jf. KBL §§ 47 og 51, men der er næppe tale om en almindelig obligations- eller IT-kontraktretlig grundsætning.¹¹⁰ Inden for visse retsområder anerkendes også et princip om *caveat venditor*. Princippet findes indenfor den særlige selskabsretlige disciplin prospektansvar¹¹¹, og indenfor både dansk¹¹² og international køberet¹¹³. Især inden for køberetten vinder princippet indpas på bekostning af *caveat emptor*-princippet. Udviklingen sker i takt med, at der i stadig højere grad indgås fjern- og tilvirkningskøb, hvor det er upraktisk eller umuligt for realkreditor selv at gennemføre undersøgelser inden kontrahering.¹¹⁴

I litteraturen udlægges *caveat venditor*-princippet typisk som en oplysningspligt; ikke en undersøgelsespligt.¹¹⁵ Der ses ikke at være fremstillinger, der forholder sig til realdebitors undersøgelsespligt, hvilket måske skyldes, at de almindelige obligationsretlige fremstillinger ofte tager udgangspunkt i løsørekøbet, selvom løsørekøb ikke kan betragtes som den obligationsretlige typekontrakt.¹¹⁶ Derfor kan man ikke, på baggrund af at *caveat venditor*-princippet almindeligvis udlægges som en oplysningspligt (ifm. køb), slutte, at der ikke i andre kontraktforhold, f.eks. inden for IT-kontraktretten, gælder en undersøgelsespligt for realdebitor. Hensynene, der begrunder, at realdebitor ifm. køb pålægges

¹¹⁰ Udsen, IT-kontraktret, s. 215

¹¹¹ *Schaumburg-Müller & Werlauff*, Efter Trelleborg - om emittentselskabets eget prospektansvar, UfR 2013B.198

¹¹² *Lookofsky & Ulfbeck*, Køb – Dansk indenlandsk købsret, s. 101f

¹¹³ *Henschel*, Conformity of Goods in International Sales Governed by CISG Article 35: Caveat Venditor, Caveat Emptor and Contract Law as Background Law and as a Competing Set of Rules, NJCL 2004/1

¹¹⁴ *Henschel*, Conformity of Goods in International Sales Governed by CISG Article 35: Caveat Venditor, Caveat Emptor and Contract Law as Background Law and as a Competing Set of Rules, NJCL 2004/1

¹¹⁵ *Werlauff*, Obligationsretten, s. 32

¹¹⁶ *Hørlyck*, Tilvirkningskøbet, s. 11

en oplysningspligt, kan nemlig også bruges til at begrunde en undersøgelsespligt for realdebitor:

Caveat venditor-princippet er baseret på det forhold, at realdebitor hæfter objektivt for at levere en kontraktmæssig ydelse. Realdebitor formodes at have større indsigt i ydelsen end realkreditor, og realdebitor har derfor også større indflydelse på, om der sker kontraktmæssig opfyldelse end realkreditor.¹¹⁷ *Caveat venditor*-princippet hænger dermed uløseligt sammen med mangelsbegrebet.

Ved løsørekøb giver det ovennævnte sig udslag i en oplysningspligt. Forsømmer sælger at oplyse om forhold ved sin egen ydelse, som han må indse, har betydning for køberen, anses ydelsen for mangelfuld.¹¹⁸

I andre kontraktforhold er realdebitors oplysninger ikke tilstrækkelige til at sikre, at ydelsen opfylder realkreditors behov, f.eks. er det usandsynligt, at kunden, der er på udkig efter en driftsleverandør, kan udvælge en ydelse, der lever op til kundens behov ud fra leverandørens oplysninger. Efter omstændighederne vil det desuden være umuligt eller urimeligt at pålægge realkreditor en undersøgelsespligt, f.eks. inden for IT-kontraktretten, hvor kunden ikke har den fornødne ekspertise, og der er tale om en immateriel ydelse. Realdebitor må i disse tilfælde sørge for at skaffe sig de oplysninger, der skal til for at opfylde kontrakten, eller risikere at misligholde den.

På trods af ovennævnte argumentation findes der ikke eksempler fra retspraksis, hvor en realdebitor er blevet pålagt en decideret pligt til at undersøge de faktiske forhold, han skal levere sin ydelse under. UfR 1985.334/2 H kan måske anses for et eksempel, såfremt det lægges til grund, at Højesteret med henvisningen til, at leverandøren, ”som ikke fandt det fornødent at foretage nærmere undersøgelser”, burde bære risikoen for kundens svigtende forudsætninger, har ønsket at udtrykke, at leverandøren har misligholdt kontrakten allerede ved at tilsidesætte undersøgelsespligten. Der er dog næppe holdepunkter for så vidtgående en fortolkning af dommen.

Indenfor entrepriseretten pålægges entreprenøren i medfør af AB18 § 17, stk. 1, 2. pkt., en vis projekteringspligt, hvis ydelsen, han skal levere, er beskrevet ved funktionskrav - ikke ved et færdigt projekt udarbejdet af bygherres rådgiver. Funktionskrav beskriver kravene til ydelsen,

¹¹⁷ Henschel, Conformity of Goods in International Sales Governed by CISG Article 35: Caveat Venditor, Caveat Emptor and Contract Law as Background Law and as a Competing Set of Rules, NJCL 2004/1

¹¹⁸ Gomard, Obligationsret, 1. del, s. 243f

f.eks. de resultater og effekter der skal opnås, og anvendes, når bygherren ikke har nogen interesse i, hvordan resultatet opnås.¹¹⁹ At beskrive en entreprise ved funktionskrav svarer til at beskrive driftsleverandørens ydelse ved resultatkrav i stedet for ved systemkrav, jf. afsnit 4.1.4.

AB18 § 17, stk. 1, 2. pkt., er en nyskabelse i AB-systemet, men at entreprenøren har en vis projekteringspligt, når hans ydelse beskrives ved funktionskrav, er almindeligt.¹²⁰ Entreprenørens begrænsede projekteringspligt er dermed ikke en ny, særskilt pligt; enhver realdebitor hæfter objektivt for at undersøge, hvordan han kan levere en kontraktmæssig ydelse, der er beskrevet ved funktions- eller resultatkrav.

Der kan desuden ikke sluttes fra en projekteringspligt eller objektiv hæftelse for at levere en kontraktmæssig ydelse til en undersøgelsespligt. Det er ikke givet, at undersøgelsen er nødvendig for leverandøren, og der vil ikke foreligge misligholdelse, hvis leverandøren leverer en kontraktmæssig ydelse uden at have foretaget nogen som helst undersøgelser eller projektering.¹²¹

En almindelig undersøgelsespligt kan formentlig heller ikke støttes på IT-kontraktretlige sædvaner eller kutyper. Ifølge både *Udsen*, IT-kontraktret og *Horsfeldt*, IT Outsourcing gennemføres due diligence "ofte" ifm. indgåelse af driftsaftaler.¹²² Selvom det er sædvanligt at gennemføre due diligence-undersøgelser, antager hverken *Udsen* eller *Horsfeldt*, at due diligence-undersøgelsen har karakter af IT-kontraktretlig retssædvane, som pålægger leverandøren en pligt til at gennemføre due diligence-undersøgelser.

Det må derfor konkluderes, at leverandørens pligt til at levere en kontraktmæssig ydelse ikke kan udstrækkes til at omfatte en almindelig forudgående undersøgelsespligt a la due diligence-undersøgelser. Leverandøren vil derfor kun være forpligtet til at gennemføre en due diligence-undersøgelse, hvis pligten har hjemmel i parternes kontrakt.

¹¹⁹ AB18-betænkning, s. 104f

¹²⁰ *Hørlyck*, *Entreprise – AB 18*, s. 224

¹²¹ *Iversen*, *Entrepriseretten*, s. 427

¹²² *Udsen*, *IT-kontraktret*, s. 262, og *Horsfeldt*, *IT Outsourcing*, s. 50

5.4. Culpa in contrahendo

Konklusionen ovenfor er dog ikke ensbetydende med, at der ikke kan foreligge *culpa in contrahendo*, hvis leverandøren undlader at gennemføre due diligence-undersøgelser.

Handler en kontraktpart culpøst, inden der indgås kontrakt, og viser kontrakten sig at være ugyldig eller at kunne hæves pga. ”oprindelig misligholdelse”, foreligger der et ansvarsgrundlag i form af culpa in contrahendo.¹²³ Erstatningskravet, der må anses for et deliktskrav, kan opgøres til den negative kontraktsinteresse.¹²⁴ I relation til driftsaftaler bliver det herefter afgørende, hvad der kan karakteriseres som oprindelig misligholdelse.

Der vil utvivlsomt foreligge (potentielt hævebegrundende) misligholdelse, hvis leverandøren gentagne gange ikke består overtagelses- eller driftsprøven.¹²⁵ Selvom forholdet kan henføres til, at der ikke er gennemført due diligence, er det ikke sikkert, at misligholdelsen udgør ”oprindelig” misligholdelse. Det taler dog for at anse misligholdelsen for ”oprindelig”, at det er diskutabelt, om leveringen af driftsydelsen er begyndt, inden prøverne er bestået.¹²⁶

Det forekommer klart, at leverandøren bør indse, at hans undladelse af at gennemføre due diligence kan føre til, at leverandøren kommer til at mangle oplysninger, der er nødvendige for, at leverandøren kan opfylde kontrakten. Det gælder især, hvis der er tale om en kompleks ydelse eller et komplekst IT-miljø. Det kan principielt ikke afvises, at det efter omstændighederne vil være culpøst for leverandøren at undlade at gennemføre en due diligence-undersøgelse.

Omvendt kan der ikke foreligge ikke culpa in contrahendo eller misligholdelse i øvrigt, hvis leverandøren vælger at løbe risikoen, at undlade at gennemføre due diligence, og alligevel formår at bestå prøverne og levere en kontraktmæssig ydelse. Der vil i så fald ikke være noget grundlag for at hæve kontrakten.

Konklusionen er herefter, at undladelsen af at gennemføre due diligence efter omstændighederne kan udgøre culpa in contrahendo, hvis undladelsen medfører, at leverandøren ikke leverer en kontraktmæssig ydelse. Leverandøren har derimod ikke handlet culpøst ved at undlade at gennemføre undersøgelsen, hvis leverandøren alligevel formår at levere den rette ydelse i rette tid.

¹²³ Iversen, *Obligationsret*, 2. del, s. 216f; Richter Berg, *Erstatning ved prækontraktuel ansvar*, ET 2009.261, og Werlauff, *Obligationsretten*, s. 70

¹²⁴ Iversen, *Obligationsret*, 2. del, s. 216f

¹²⁵ Udsen, *IT-kontraktret*, s. 267f

¹²⁶ Udsen, *IT-kontraktret*, s. 268

5.5. Mangelfuld due diligence

Analysen i de forudgående afsnit har vist, at en driftsleverandør ikke kan frigøre sig fra sit løfte om at levere driftsydelsen pga. svigtende forudsætninger, som han har undladt at verificere ved en due diligence. Udgangspunktet kan dog ikke strækkes så langt, at der gælder en almindelig undersøgelsespligt for leverandøren, eller at det i alle tilfælde vil være culpøst at undlade at gennemføre due diligence. Analysen har således primært beskæftiget sig med retsvirkningerne af, at en leverandør *undlader* at gennemføre due diligence.

I det følgende afsnit undersøges retsvirkningen af, at leverandøren har foretaget en due diligence, men har fundet urigtige oplysninger eller ikke har fundet alle relevante oplysninger.

Retsstillingen må fastlægges på baggrund af indholdet af den resultatforpligtelse, leverandøren har påtaget sig. Resultatforpligtelsen indebærer, at leverandøren hæfter objektivt for at præstere en kontraktmæssig ydelse, jf. afsnit 4.1.4.

Som udgangspunkt må risikoen for ethvert forhold, der forhindrer dette, bæres af leverandøren, fordi leverandøren har større indsigt i ydelsen og indflydelse på, om der sker korrekt opfyldelse, jf. afsnit 5.3 ovenfor, om *caveat venditor*. Dette gælder, uanset om der er tale om forhold, som leverandøren hverken kunne eller burde have opdaget under en due diligence, eller om de oplysninger, leverandøren har fundet ved sin due diligence viser sig at være urigtige eller mangelfulde.¹²⁷ Leverandøren bærer med andre ord både risikoen for due diligence-oplysningernes rigtighed og oplysningernes fuldstændighed.

Der gælder dog tre undtagelser til udgangspunktet, hvoraf den ene, leverandørens mulighed for at frigøre sig fra sit løfte pga. svigtende forudsætninger, er behandlet ovenfor i afsnit 5.2. Som også nævnt der, må der være tale om en snæver undtagelse.¹²⁸

Den anden undtagelse er begrundet i kundens forhold og er også omtalt i afsnit 5.2. Såfremt de oplysninger, der viser sig at være urigtige eller mangelfulde, er kommet fra kunden, er kunden nærmest til at bære risikoen for, at der ikke kan leveres en kontraktmæssig ydelse.

Kunden kan til sidst komme til at bære risikoen for, at et uafklaret forhold fordyrer eller hindrer leverandørens opfyldelse, hvis det skyldes kundens misligholdelse af den loyale oplysningspligt, at forholdet ikke er blevet afklaret. Kunden kan være den eneste kilde til oplysninger, som leverandøren har behov for under due diligence, f.eks. oplysninger, der ligger

¹²⁷ *Udsen*, IT-kontraktret, s. 262-264

¹²⁸ *Udsen*, IT-kontraktret, s. 264

hos den tidligere leverandør, og som den nye leverandør derfor ikke har adgang til, når kundens forhold undersøges.

Hvis en af de her gennemgåede undtagelser finder anvendelse, er det kunden, der må bære risikoen for, at de faktiske forhold, driftsydelsen skal leveres under, ikke er blevet afklaret. Retsvirkningen af, at kunden bærer risikoen, må til dels afhænge af konsekvenserne: Hvis det fordyrer leveringen at tage højde for det uafklarede forhold, samtidig med at der leveres en kontraktmæssig ydelse, må leverandøren have krav på, at hans vederlag justeres, så det afspejler en ydelse prissat efter de rigtige faktiske oplysninger. Forhindrer det uafklarede forhold, at der leveres en kontraktmæssig ydelse, må retsvirkningen være, at der ikke foreligger misligholdelse.¹²⁹

Undtagelserne gælder dog ikke, hvis der også foreligger culpa fra leverandørens side, f.eks. hvis leverandøren under due diligence-undersøgelsen kan og bør indse, at de af kunden tilvejebragte oplysninger er urigtige.¹³⁰ Leverandøren må i medfør af loyalitetspligten antages at have en indsigelsespligt over for åbenlyse fejl i kundens udbudsmateriale.¹³¹

¹²⁹ *Udsen*, IT-kontraktret, s. 264f

¹³⁰ *Udsen*, IT-kontraktret, s. 264

¹³¹ Om entreprenørens indsigelsespligt ved projektmangler, der også støttes på loyalitetspligten, se *Iversen*, Entreprenørens indsigelsespligt ved projektmangler, UfR 2013B.351, og om loyalitetspligtens indhold, se *Iversen*, Loyalitetspligten i entrepriseforhold, T:BB 2008.103

6. D17 og K04's due diligence-modeller

I følgende afsnit vendes afhandlingens fokus mod de to standardkontrakter for IT-drift, D17 og K04. Afsnittet har til formål at beskrive kontrakternes respektive due diligence-modeller og den retsstilling, de indstifter, med fokus på hvordan kontrakterne placerer risikoen for forkerte oplysninger, uafklarede og uoverensstemmende forhold hos parterne. Herefter påpeges uklarheder i kontrakterne, men disse behandles først i afsnit 7.

6.1. D17 pkt. 4 og 5

6.1.1. Formålet med due diligence i D17

Det er forudsat i D17 pkt. 4.1.1, 1. pkt., at leverandøren før kontraktindgåelse ”har gennemført en due diligence af Kundens eksisterende IT-system”. Formålet hermed er ifølge Introduktionsvejledningen at imødegå konflikter om, hvad der skal leveres og til hvilken pris ved at skabe klarhed omkring ydelsens opfyldelse af kundens behov.¹³²

Due diligence-processen skal med andre ord sikre, at parterne har mulighed for at forholde sig til hinandens forudsætninger: Leverandøren kan forholde sig til kundens behov og ønsker, herunder om og hvordan leverandøren kan opfylde dem, mens kunden kan forholde sig til leverandørens prissætning, og om kunden som følge heraf vil gå på kompromis med sine krav.

Leverandørens due diligence-forpligtelser skal ses ”i sammenhæng med” leverandørens ”totale ansvar” for at præstere en kontraktmæssig ydelse, dvs. leverandørens objektive hæftelse for at levere det resultat, han ved kontrakten forpligter sig til.¹³³ D17's due diligence-bestemmelser fastslår dermed, at leverandøren har pligt til at undersøge de faktiske forhold, han skal levere under, og at leverandørens forpligtelse til at levere en kontraktmæssig driftsydelse ikke kan lempes pga. forhold, som kunne have været opdaget ved due diligence.

Synspunktet om leverandørens totale ansvar følges dog ikke helt til dørs: Det ses allerede i Introduktionsvejledningen, der på s. 5 forudsætter, at kunden medvirker til undersøgelsen ved at udlevere ”alle de oplysninger til leverandøren, som kunden bør vide har betydning for leverandøren”.

¹³² Introduktionsvejledning til D17, s. 5

¹³³ Introduktionsvejledning til D17, s. 5

6.1.2. D17's due diligence-model

I D17 indledes due diligence-undersøgelsen samtidig med kontraktforhandlingerne. I modsætning til hvad der forudsættes i den IT-kontraktretlige litteratur, afsluttes due diligence-processen ikke inden kontraktindgåelsen, men er opdelt i to faser.¹³⁴ Pkt. 4 angår den egentlige due diligence-undersøgelse før kontraktindgåelsen, mens pkt. 5 angår leverandørens analyse og verifikation af Due Diligence Informationen og kundens faktiske forhold efter kontraktindgåelsen.

6.1.2.1. Due diligence før indgåelse af kontrakten

Undersøgelsen indledes af leverandøren på et tidspunkt inden kontraktindgåelsen, jf. pkt. 4.1.1, 1. pkt., forudsætningsvist. Samtidig hermed skal kunden udlevere "alle informationer, som Leverandøren har efterspurgt, eller som Kunden i øvrigt burde indse var relevante for Leverandøren", jf. pkt. 4.1.1, 3. pkt. Leverandøren skal i bilag 2a føre en fortegnelse over den information, kunden har udleveret hhv. "ikke har været i stand til at give Leverandøren", jf. 4. pkt. Dette må gælde uanset årsagen til, at kunden ikke har kunne udlevere den pågældende information.

5. pkt. indeholder en bevisregel, hvorefter det skal lægges til grund, at leverandøren har "fået adgang til alle efterspurgte oplysninger mv." med undtagelse af de informationer, leverandøren i bilag 2a har angivet at have efterspurgt, men ikke modtaget fra kunden.

Umiddelbart efter at Due Diligence Informationen er indsamlet, skal leverandøren udfylde bilag 2b med forudsætningerne for, at leverandørens priser kan overholdes, og for at leverandøren er i stand til at levere driftsydelsen, jf. pkt. 4.2.1. Leverandørens forudsætninger må antages at afspejle den information, som ikke er blevet tilvejebragt ved due diligence-undersøgelsen i pkt. 4.1, i og med at leverandøren ikke kan have forudsætninger om allerede afklarede forhold.

Hvis det allerede på dette tidspunkt på baggrund af Due Diligence Informationen "er konstaterbart" for leverandøren, at forudsætningerne ikke er opfyldt på tidspunktet for kontraktens indgåelse, skal leverandøren anføre dette i bilaget.

Når bilagene 2a og 2b er udfyldt, og leverandøren derved har gennemført en indledende analyse af, om dennes forudsætninger er opfyldt eller ej, er første fase af D17's due diligence-model gennemført.

¹³⁴ Horsfeldt, IT Outsourcing, s. 50f

6.1.2.2. Analysefase og verifikation efter indgåelse af Kontrakten

Anden fase indledes efter kontraktindgåelse, jf. pkt. 5, men inden transitionsfasen, jf. pkt. 6: Leverandøren, der har initiativpligten, skal "foretage en verifikation" af Due Diligence Informationen og kundens faktiske forhold, jf. pkt. 5.1.1. Kunden skal loyalt bistå og fremskaffe supplerende informationer, jf. pkt. 5.1.2.

Verifikationen munder ud i en analyserapport, der udarbejdes af leverandøren, og som udgør kontraktens bilag 2c, jf. pkt. 5.2.1. Analyserapporten skal bl.a. indeholde en "beskrivelse af faktiske forhold, der ikke er i overensstemmelse med Due Diligence Informationen"; en beskrivelse af uafklarede forhold, der hverken blev afklaret ved due diligence-undersøgelsen eller ved verifikationen; og en beskrivelse af "konstaterede afvigelser fra Leverandørens forudsætninger". Pkt. 5.2.1's 2. og 3. bullet må forstås som et krav om ajourføring af bilag 2a og 2b.

Analyserapporten udgør grundlaget, som parterne skal justere kontrakten på baggrund af, jf. pkt. 5.3. Hvis analyserapporten har afdækket "faktiske forhold af væsentlig betydning for Kontraktens opfyldelse", og disse forhold er "forårsaget" af afvigelser fra *dels* "Due Diligence Informationen, som leverandøren ikke burde have taget højde for", *dels* afvigelser fra leverandørens forudsætninger i bilag 2b som ajourført, "skal Parterne loyalt tilpasse Kontrakten", jf. pkt. 5.3.1. Det er ikke klart, om leverandøren kan gennemtvinge ændringer ensidigt, jf. nedenfor afsnit 6.1.3 og 7.1.2.

Det må følge af pkt. 5.3.1, at der kan ske ændringer i beskrivelserne af driftsydelsen, vederlag og tidsplaner. Ændringer i vederlaget er dog iht. pkt. 5.3.2 betinget af, at leverandøren kan dokumentere, at de konstaterede forhold påvirker omkostningerne til opfyldelse af kontrakten. Betingelsen i pkt. 5.3.2 gælder ikke for andre ændringer omfattet af pkt. 5.3.1, men det følger allerede af pkt. 5.2.1, 4. bullet, at leverandørens forslag til ændringer skal være ledsaget af en begrundelse for, hvorfor de er "påkrævede".

Det er ikke defineret, hvornår en kontraktændring er "påkrævet" i pkt. 5.3's forstand, jf. pkt. 5.2.1, 4. bullet. Uklarheden diskuteres nedenfor, afsnit 7.1.3.

6.1.2.3. Kundens udtrædelsesadgang

Kunden er iht. pkt. 5.4 tillagt en udtrædelsesadgang: Hvis parterne ikke opnår enighed om justering af kontrakten inden 4 uger efter, at analyserapporten foreligger, kan kunden vælge at acceptere leverandørens "rimelige" og "berettigede" ændringskrav eller udtræde mod betaling, jf. pkt. 5.4.1, 1. pkt. Hvis kunden udtræder, fordi leverandøren har afvist "kundens rimelige ændringer til Leverandørens justeringsforslag", uden at afvisningen er begrundet i teknisk

umulighed eller væsentlige gene for leverandøren, der ikke kan kapitaliseres, skal der ikke ske betaling, jf. 2. pkt.

6.1.3. Uklarheder i D17 pkt. 4 og 5

Ovenfor er der redegjort for D17's due diligence-model, som den er kommet til udtryk i D17's aftaletekst. I dette afsnit påpeges uklarhederne i D17's pkt. 4 og 5, inden det i afsnit 6.1.4 analyseres, hvordan D17 pkt. 4 og 5 placerer risikoen for utilstrækkelig afklaring under due diligence.

For det første fortjener D17 pkt. 4 og 5 større opmærksomhed om ensretningen af terminologi og begreber:

Pkt. 5's og 5.1's overskrifter, Analysefase og verifikation efter indgåelse af Kontrakten hhv. Analyse og verifikation af Due Diligence Informationen, er gode eksempler herpå. Begge overskrifter indeholder begrebet "analyse", men begrebet indgår ikke i pkt. 5's ordlyd, der alene omtaler leverandørens "verifikation". "Analyse"-begrebet bruges i øvrigt kun ifm. analyserapporten, der netop skal udarbejdes på baggrund af leverandørens verifikation (ikke analyse), og som derfor måske snarere burde kaldes for en verifikationsrapport. Fortolkeren efterlades i tvivl om, hvorvidt analyse og verifikation faktisk er det samme, eller om leverandøren potentielt er forpligtet til at foretage en analyse, der supplerer verifikationen, og hvad denne i givet fald omfatter.

I pkt. 5.3 anvendes tre begreber for det, der må antages at være det samme fænomen, navnlig ændringer af kontrakten og dens bilag: I overskriften bruges begrebet "kontraktjusteringer". Pkt. 5.3.1 omhandler parternes pligt til loyalt at "tilpasse" kontrakten, mens pkt. 5.3.2 og pkt. 5.4 anvender begrebet "ændringer". D17's ændringsbegreb er ikke defineret, og derfor opstår der tvivl om, hvorvidt "justeringer", "tilpasninger" og "ændringer" dækker over det samme fænomen. Problemet ses tydeligst i pkt. 5.2.1, 4. til 6. bullet, hvor de tre begreber bruges lige efter hinanden.

Selv det måske vigtigste begreb i pkt. 4 og 5, "Due Diligence Information", er mangelfuldt defineret, hvilket behandles nedenfor, afsnit 7.1.1.

Af materielle forhold kan fremhæves pkt. 4.2. Det er her forudsat, at leverandøren skal angive, hvis det er "konstaterbart for Leverandøren, at [leverandørens forudsætninger] ikke er i overensstemmelse med de faktiske forhold på tidspunktet for indgåelse af Kontrakten". Henset til placeringen i kontrakten, må pkt. 4.2 fortolkes sådan, at leverandøren formulerer sine forudsætninger efter, at leverandøren har modtaget og foretaget en indledende analyse af Due Diligence Informationen, men inden at kontrakten er indgået. Den forståelse stemmer også

bedst overens med den IT-kontraktretlige baggrundsret, hvor leverandørens forudsætninger netop afspejler, at due diligence-informationen ikke skaber fuld klarhed over de faktiske forhold.

Dog uddyber hverken pkt. 4.2 eller 5.3.1, nr. 2, der angår afvigelser mellem de faktiske forhold og leverandørens forudsætninger, retsvirkningen af, at leverandøren allerede før kontraktindgåelsen kan konstatere, at hans forudsætninger ikke er opfyldte, f.eks. om enten kunden eller leverandøren er forpligtede til at indrette sig efter konklusionerne. Det må antages, at leverandøren er afskåret fra at gøre forudsætningerne gældende som grundlag for at kræve ændringer, jf. pkt. 5.3, men det fremgår ikke.

Det er også uklart, hvor grundig en analyse leverandøren i medfør af pkt. 4.2 er forpligtet til at gennemføre. Det objektive udtryk ”konstaterbart” antyder, at leverandøren skal angive enhver uoverensstemmelse, der faktisk kan konstateres, uanset at leverandøren konkret ikke med rimelighed kunne forventes at finde den. Udtrykket ”for leverandøren” gør den samlede formulering mere subjektiv: Hvis leverandøren har overset en oplagt uoverensstemmelse, kan man så sige, at den konkrete uoverensstemmelse burde være blevet opdaget, men at den alligevel ikke var konstaterbar for leverandøren?

Væsentlig uklarhed præger også den ændringsmulighed, som er hjemlet i pkt. 5.2 til .4, navnlig om leverandøren har en ensidig ændringsret, eller om ændringer kræver enighed. Som fremhævet nedenfor, i afsnit 7.1.2, er der fortolkningsbidrag, der taler for begge muligheder.

Til sidst kan nævnes uklarheden, som er påpeget til sidst i afsnit 6.1.2.2, om hvornår en kontraktjustering kan anses for ”påkrævet” i pkt. 5.2.1, 4. bullets forstand, jf. herom nedenfor, afsnit 7.1.3.

6.1.4. Placering af risiko

I det følgende afsnit analyseres D17 pkt. 4 og 5 mhp. at fastlægge, hvordan risikoen for utilstrækkelig afklaring under due diligencen placeres. Resultatet heraf sammenholdes med baggrundsretten i afsnit 6.1.5. Der tages ikke højde for bestemmelsernes uklarheder, således at bestemmelsernes ordlyd og den mest pragmatiske fortolkning lægges umiddelbart til grund.

Opdelingen af D17's due diligence-model i to faser på hver side af kontraktindgåelsen har den retsvirkning, at den Due Diligence Information og de forudsætninger, der forelå ved kontraktens indgåelse, så at sige bliver bindende for parterne ved kontraktens indgåelse. Retsvirkningen kommer til udtryk i pkt. 5.2.1., jf. pkt. 5.3. Det fremgår heraf, at grundlaget for kontraktjusteringer er de afvigelser mellem de faktiske forhold på den ene side og på den anden

side leverandørens forudsætninger samt Due Diligence Informationen, som analyserapporten afslører.

Både forhold, der var uafklarede ved kontraktindgåelse, og efterfølgende konstaterede afvigelser mellem de faktiske forhold og Due Diligence Informationen kan begrunde kontraktjusteringer, forudsat at de har ”væsentlig betydning for Kontraktens opfyldelse”, jf. pkt. 5.3, og er ”påkrævede”, jf. pkt. 5.2.1, 4. bullet. Dette gælder, selvom det i pkt. 5.1 er forudsat, at der under verifikationen tilvejebringes supplerende information, og selvom denne tilvejebringes af kunden.

Isoleret set betyder dette, at kunden som udgangspunkt har ansvaret for at udarbejde et så udførligt udbudsmateriale og tilvejebringe så udførlig information, at der ikke er uafklarede forhold, ikke er nogen afvigelser fra de faktiske forhold, og at leverandøren ikke har forudsætninger, der ikke er opfyldt. Kundens risiko¹³⁵ er i den forbindelse, at hvis Due Diligence Informationen ikke lever op til de krav, vil afvigelserne blive brugt imod ham i form af krav om kontraktjusteringer til fordel for leverandøren, jf. pkt. 5.3.

Retstilstanden indstiftet af D17 pkt. 4 og 5 er dog mere nuanceret, for det kan ikke antages, at kunden har det udelte ansvar for at fremskaffe al information forud for kontraktindgåelsen:

Pkt. 4.1.1 forudsætter, at leverandøren gennemfører en due diligence inden kontraktindgåelsen, og at leverandøren i den forbindelse både efterspørger og selv undersøger relevant information. Leverandøren har dermed forudsætningsvist en pligt til faktisk at overveje, hvilke oplysninger leverandøren har brug for, og medvirke til at Due Diligence Informationen, der foreligger forud for kontraktindgåelsen, er fyldestgørende, så der ikke efterfølgende er behov for at justere kontrakten i medfør af pkt. 5.3.

Retsvirkningen, hvis leverandøren ikke medvirker ved due diligence-undersøgelsen, er, at leverandøren ikke kan kræve kontraktjusteringer på baggrund af de afvigelser mellem due diligence-informationen og de faktiske forhold, som leverandøren burde have opdaget ved undersøgelsen, jf. pkt. 5.3.1, nr. 1. I bestemmelsen er dette udtrykt negativt, dvs. at der kun skal ske kontraktjustering, hvis der foreligger ”afvigelser ... som Leverandøren ikke burde have taget højde for”.

¹³⁵ Udtrykket risiko bruges dermed her i en anden betydning, end man f.eks. bruger det i formuleringen ”nærmest til at bære risikoen”. I de tilfælde henviser risiko-begrebet til den økonomiske risiko, der er forbundet med, at et vist, hændeligt forhold fordyrer eller forhindrer opfyldelse af kontrakten. Som anført nedenfor, i afsnit, 6.1.4, er det denne risiko, leverandøren løber. Kundens risiko for at der sker kontraktjusteringer er altså forskellig fra den økonomiske risiko, leverandøren bærer.

Det kan også udtrykkes sådan, at leverandøren er nærmest til at bære risikoen for, at der mangler oplysninger, som kunden ikke burde indse var relevante, men som leverandøren derimod burde have indset relevansen af og på trods heraf undlod at efterspørge eller undersøge.

Pkt. 4.1.1., jf. pkt. 5.3.1, nr. 1, må fortolkes sådan, at leverandøren bærer risikoen for at opdage, at de af kunden tilvejebragte oplysninger er urigtige. Leverandøren vil nemlig kun kunne kræve kontraktjusteringer, hvis leverandøren kan godtgøre, at han ”ikke burde have taget højde for”, at der var tale om urigtige oplysninger.

Det baggrundsretlige udgangspunkt er på den ene side, at aftaleparter kan stole på de oplysninger, de modtager fra hinanden, jf. afsnit 5.2, og på den anden side at leverandøren har en indsigelsespligt, dvs. pligt til at reagere på åbenlyse fejl i det materiale, han modtager fra kunden, jf. afsnit 5.5. Når D17 giver leverandøren både ret og pligt til at gennemføre sin egen due diligence-undersøgelse, kan leverandøren næppe vælge uprøvet at lægge de af kunden tilvejebragte oplysninger til grund og dermed være i bevidst uvidenhed om oplysningernes rigtighed.

Selvom der givetvis vil være oplysninger, som leverandøren er berettiget til uden videre at lægge til grund, vil det således ikke være tilfældet med alle oplysninger. Jo mere væsentlig en given oplysning er, desto mere kan leverandøren siges at ”burde have taget højde for”, om oplysningen var rigtig eller ej.

Dermed bliver konklusionen, at kunden bærer risikoen for, at der under due diligence-processen ikke er blevet tilvejebragt tilstrækkelige eller rigtige oplysninger, medmindre der er tale om oplysninger, som kun leverandøren ”burde have taget højde for”, dvs. som leverandøren *enten* burde have indset var relevante, men som leverandøren på trods heraf undlod at efterspørge eller tilvejebringe selv, *eller* oplysninger som leverandøren selv burde have undersøgt rigtigheden af.

Kundens risiko består i, at kunden må tåle, at der sker nedjusteringer af kravene til driftsydelsen eller opjusteringer af leverandørens vederlag, i det omfang det er påkrævet, jf. pkt. 5.3, jf. pkt. 5.2.1, 4. bullet.

Når due diligence-processen i pkt. 4 og 5 er afsluttet, og kontrakten går ind i driftsfasen, flyttes risikoen: Selvom kunden bærer størstedelen af risikoen for, om alle relevante oplysninger tilvejebringes i due diligence-fasen, er det leverandøren, der bærer hele risikoen i driftsfasen. Dette øger leverandørens incitament til at medvirke under due diligence-undersøgelsen.

Leverandørens risiko er karakteriseret ved, at leverandøren ved overgangen til transitionsfasen mister det kontraktuelle grundlag for at kræve kontrakten justeret eller ændret, hvis Due Diligence Informationen er mangelfuld eller urigtig, eller leverandørens forudsætninger svigter. Efter verifikation er afsluttet, kan leverandøren ikke påberåbe sig nogen forhold, som har indflydelse på muligheden for opfyldelse, som grundlag for at leverandørens forpligtelser bør lempes. Dette er en konsekvens af leverandørens objektive hæftelse for at levere det resultat, han har forpligtet sig til, jf. D17 pkt. 31.3. Om forholdet burde være opdaget eller ikke kunne opdages, er irrelevant: Har forholdet ikke fundet udtryk i analyserapporten, og er kontrakten ikke blevet justeret, er leverandørens muligheder for at tvinge kunden til at tilpasse kontrakten afskåret. Leverandøren vil endda være afskåret fra at gøre gældende, at oplysninger, som kunden har haft ansvaret for at tilvejebringe, er urigtige eller utilstrækkelige, hvis dette burde være blevet opdaget ved verifikationen, jf. pkt. 5.3.1, første punkt.

Som konsekvens heraf bærer leverandøren hele den økonomiske risiko for, at de faktiske forhold, ydelsen skal leveres under, øger leverandørens omkostninger til levering eller hindrer kontraktmæssig opfyldelse, hvilket vil sige, at der foreligger misligholdelse.

6.1.5. Forholdet til baggrundsretten

Ift. baggrundsretten indebærer D17 den store forskel for leverandøren, at kontrakten forpligter ham til at gennemføre due diligence. Som konkluderet i afsnit 5.3 gælder der ikke i medfør af baggrundsretten en almindelig pligt for realdebitorer såsom driftsleverandører til at gennemføre en due diligence-lignende undersøgelse. Der er dog primært tale om en teoretisk forskel, for i praksis er due diligence et vigtigt redskab for driftsleverandører.

D17 indebærer også en forskel for kunden. Det baggrundsretlige udgangspunkt er, at kunden blot skal opfylde sin loyalitetspligt. Kunden kan være forpligtet til at udlevere eller hjælpe med at tilvejebringe oplysninger, men kunden bærer som udgangspunkt ikke selv nogen risiko for, at bestemte oplysninger ikke kan tilvejebringes, medmindre leverandøren indfører betingelser i aftalen.¹³⁶

I D17 pålægges kunden dog en egentlig oplysningspligt, jf. pkt. 4.1.1, 3. pkt. Oplysningspligten omfatter inden kontraktindgåelsen "alle informationer... som Kunden i øvrigt burde var relevante for Leverandøren, og efter kontraktindgåelsen omfattes oplysninger, som leverandøren skal bruge til verifikationen, jf. pkt. 5.1.

¹³⁶ Udsen, IT-kontraktret, s. 263

Kundens oplysningspligt medfører som anført i afsnit 6.1.4, at kunden har et selvstændigt ansvar for, at alle relevante oplysninger er tilvejebragt forud for kontraktindgåelsen, og at kunden selv bærer en del af risikoen forbundet hermed: Er visse af de faktiske forhold, ydelsen skal leveres under, uafklarede, eller svigter leverandørens forudsætninger, kan det komme kunden til skade, fordi det giver leverandøren grundlag for at kræve kontrakten justeret, jf. D17 pkt. 5.3 og .4.

Leverandøren har formentlig adgang til at gennemtvinge disse ændringer, jf. omtalen ovenfor, i afsnit 6.1.3, og nedenfor, afsnit 7.1.2. Denne "ensidige ændringsret" er også en markant afvigelse fra baggrundsretten.¹³⁷

Dermed bærer kunden en tungere risiko iht. D17 pkt. 4 og 5 end i medfør af baggrundsretten. Såfremt kunden ikke havde en oplysningspligt, ville kunden alene hæfte for, at de oplysninger, som han faktisk havde givet leverandøren, var urigtige, og for at opfyldelsen bliver hindret som følge af, at kunden culpøst har fortiet oplysninger, jf. afsnit 5.5.

Selvom leverandøren iht. D17 pkt. 4 og 5 er pålagt en egentlig undersøgelsespligt, som ikke følger af baggrundsretten, er leverandørens risiko ifm. due diligence-undersøgelsen mindre, end den er efter baggrundsretten. Leverandørens risiko mindskes af, at kunden bærer ansvaret for, at de fleste oplysninger tilvejebringes ved undersøgelsen, og risikoen for, at leverandøren kræver kontrakten ændret, hvis dette ikke er tilfældet.

Så snart undersøgelsen og verifikationen er overstået, og kontrakten går ind i transitionsfasen, pålægger D17 leverandøren en større risiko end baggrundsretten: For det første bærer leverandøren hele risikoen for, at opfyldelse hindres eller fordyres, uanset om hindringen skyldes forhold, der hverken kunne eller burde være blevet opdaget under due diligence-undersøgelsen og verifikationen. Hertil kommer, at når analyserapporten er udarbejdet, afskæres leverandøren fra at gøre gældende, at de af kunden afgivne oplysninger er urigtige, jf. pkt. 5.2.1, 1. bullet, og for at kunden har undladt at udlevere oplysninger, medmindre kunden derved har handlet culpøst.

Udgangspunktet efter baggrundsretten er også, at leverandøren bærer risikoen, men de to undtagelser vedr. 1) oplysninger, som kunden har afgivet, og som er urigtige, og 2) oplysninger, som kunden culpøst har fortiet, jf. afsnit 5.5, gælder dog i baggrundsretten.

¹³⁷ *Udsen, IT-kontraktret*, s. 289

6.2. K04 kapitel II, afklaring og etablering

6.2.1. Indeholder K04 en due diligence-model?

I modsætning til D17 indeholder K04 ingen bestemmelser om due diligence. Det er dog ikke ensbetydende med, at K04 ikke regulerer spørgsmålet om afklaring af de faktiske forhold, leverandøren skal levere driftsydelsen under. I K04 forpligter parterne sig i stedet til at gennemgå en afklaringsfase, jf. K04, kapitel II, pkt. 2 til 4. Afklaringsfasen skal understøtte de generelle formål, der fremgår af K04 pkt. 1: ”At skabe optimale betingelser for opfyldelsen af kontrakten” og ”at skabe uafhængighed af leverandøren ... med henblik på at [Kunden kan] optimere og udnytte sine ressourcer bedst muligt”.

Ifølge Generel vejledning til K04, s. 6, lægger K04 ikke op til en almindelig due diligence-undersøgelse for at sikre, at K04 lever op til de udbudsretlige begrænsninger, som K04's målgruppe er underlagt. Det udbudsretlige forhandlingsforbud omfatter både individuelle forhandlinger mellem den ordregivende myndighed og tilbudsgivere samt tilbudsgiveres forbehold for grundlæggende vilkår i udbudsmaterialet.¹³⁸

Udbudsretten indskrænker parternes aftalefrihed, herunder er friheden til at ændre aftalen indskrænket, jf. UBL §§ 179 til 184. Der gælder iht. UBL § 179 en snæver mulighed for at gennemføre ændringer efter kontraktindgåelsen, såkaldte ændringer i medfør af kontrakt.¹³⁹ Denne mulighed er udnyttet i K04, jf. pkt. 3, jf. nedenfor. Selvom det er tilladt at gennemføre visse ændringer på baggrund af en afklaringsfase, er adgangen til at foretage ændringer i medfør af kontrakt ikke en undtagelse til forhandlingsforbuddet, hvorfor due diligence stadig må anses for udelukket.

I det følgende analyseres K04's afklaringsfase. Det ligger uden for afhandlingens område at undersøge de udbudsretlige forhold, som spørgsmål om afklaringsfasen og leverandørers due diligence-undersøgelser afføder. Analysen behandler derfor alene den retsstilling, K04 isoleret set indstifter mellem parterne.

6.2.2. K04's afklaringsfase

6.2.2.1. Før kontraktindgåelse

K04 bygger på en forudsætning om, at kunden allerede ved udbuddet har tilvejebragt de nødvendige oplysninger om kundens behov og IT-miljø, så leverandøren på baggrund af disse kan udarbejde et tilbud. K04 adskiller sig på dette punkt ikke fra D17 eller et baggrundsretligt

¹³⁸ Skovgaard Ølykke & Nielsen, EU's udbudsregler - i dansk kontekst, s. 120f

¹³⁹ Skovgaard Ølykke & Nielsen, EU's udbudsregler - i dansk kontekst, s. 395

driftskontraktparadigme: Det er under alle omstændigheder hensigtsmæssigt, at kunden så tidligt som muligt tilvejebringer den information, som er nødvendig for, at en leverandør kan udarbejde et tilbud.

Forskellen ift. D17 er, at K04 ikke indeholder bestemmelser, der giver leverandøren ret eller pligt til at medvirke til at tilvejebringe information inden kontraktindgåelsen. Afklaringsfasen indledes således først *efter* kontraktindgåelsen, jf. K04 pkt. 2.

Både efter almindelige aftaleretlige og de særlige udbudsretlige regler har leverandøren dog mulighed for at stille spørgsmål til udbudsmaterialet. Leverandøren kan på den måde foranledige, at udbudsmaterialet suppleres, hvis leverandøren mangler visse oplysninger for at udarbejde sit tilbud. Leverandøren har ret, men ikke pligt til at stille spørgsmål til udbudsmaterialet.

Leverandøren kan formentlig ikke udarbejde et tilbud, hvis kunden alene har fremskaffet de oplysninger, som en almindelig kunde uden særlig indsigt i IT-drift og -miljøer burde indse var relevante for leverandøren. Der skal sandsynligvis også tilvejebringes oplysninger, som en almindelig kunde ikke uden videre kan indse er relevante. Kunden kan samarbejde med en rådgiver om at formulere kravspecifikationen og udbudsmaterialets oplysninger om kundens IT-miljø, så kunden er sikker på at modtage tilbud, der opfylder kundens behov.

Spørgsmålet om, hvilke oplysninger kunden bør tilvejebringe til brug i udbudsmaterialet, er forskelligt fra spørgsmålet om, hvilke oplysninger kunden hæfter for at tilvejebringe og bærer risikoen for, jf. afsnit 6.2.4.

I afklaringsfasen består Ydelsesbeskrivelsen af kundens kravspecifikation og leverandørens løsningsbeskrivelse. Kundens kravspecifikation er en del af udbudsmaterialet, navnlig K04 bilag 12 med underbilag. Kravspecifikationen og udbudsmaterialets beskrivelse af kundens IT-miljø, jf. bilag 3, udgør leverandørens første indblik i de forhold, han skal levere driftsydelsen under.

6.2.2.2. Opstartsmødet

Første led i afklaringsfasen er opstartsmødet, jf. pkt. 2. På opstartsmødet skal det undersøges og sikres, at der består en fælles forståelse af ”Kundens overordnede behov, Kontraktens opbygning og terminologi samt Kundens organisation, jf. Bilag 3 (Kundens IT-miljø og situationsbeskrivelse)”.

På opstartsmødet får leverandøren sit andet indblik i forholdene, han skal levere under. Det er efter ordlyden af pkt. 2 ikke hensigten, at der på opstartsmødet præsenteres ny

information - hverken om kundens forhold eller leverandørens evt. forudsætninger for at kunne levere ydelsen til den aftalte pris.

Herved adskiller K04 sig fra D17 og baggrundsretten, hvor due diligence kan bruges til at tilvejebringe oplysninger, der kan verificere leverandørens forudsætninger eller vise et behov for at ændre ydelsesbeskrivelsen. K04's opstartsmøde skal derimod alene bruges til at gennemgå allerede tilvejebragt information og sikre parternes fælles forståelse af det gennemgåede. Det er på opstartsmødet, at afvigelser mellem kundens kravspecifikation og leverandørens løsningsbeskrivelse skal opdages, så de kan tilrettes i afklaringsfasen.

Konsekvensen af, at der ikke kan sikres en fælles forståelse, er ikke beskrevet i pkt. 2. Angår uenigheden driftsydelsen, er der i afklaringsfasen, jf. pkt. 3.1, mulighed for at "præcisere eller supplere Ydelsesbeskrivelsen" for at komme uenigheden til livs. Andre uenigheder kan håndteres efter den almindelige ændringshåndteringsregel i pkt. 11. Kan der ikke opnås enighed, kan kunden benytte udtrædelsesadgangen i pkt. 3.2, jf. afsnit 6.6.2.4.

6.2.2.3. Afklaringsfasen

Efter opstartsmødet indledes afklaringsfasen, hvor parterne skal "undersøge, om det er hensigtsmæssigt at præcisere eller supplere Ydelsesbeskrivelsen", jf. pkt. 3.1. Det er leverandøren, der som en del af sit tilbud bestemmer hvilke undersøgelser, der skal foretages, og som faciliterer undersøgelserne, jf. pkt. 3.1, 1. afsnit. Der er ikke i pkt. 3.1 hjemmel til at ændre leverandørens vederlag.

Et behov for at ændre Ydelsesbeskrivelsen kan opstå, hvis den oprindelige ydelsesbeskrivelse ikke opfylder eller overopfylder kundens behov, eller hvis de faktiske forhold, ydelsen skal leveres under, fordyrer eller hindrer leveringen.

Der kan også opstå behov for tilpasning af driftsydelsen, hvis der tilvejebringes nye oplysninger om hidtil uafklarede faktiske forhold, der fordyrer eller hindrer levering. Eller hvis det viser sig, at de i forvejen tilvejebragte oplysninger er urigtige, og dette har betydning for om eller hvordan, ydelsen kan leveres.

Selvom pkt. 3.1 fremstår som en regel, der har til formål at afklare tvivl om, hvad driftsydelsen omfatter, fungerer reglen med andre ord også som den eneste mulighed i K04 for at justere kontrakten i tilfælde af, at de faktiske forhold, som ydelsen skal leveres under, har været utilstrækkeligt eller urigtigt oplyst. Et forhold der i D17 ville være blevet afklaret under due diligence-fasen inden kontraktindgåelsen.

Præciseringer og suppleringer er ændringer, og de skal håndteres som sådan, dvs. i medfør af ændringshåndteringsreglen i pkt. 11, jf. pkt. 3.1, 2. afsnit. Pkt. 3.1 giver dog ikke hjemmel til at gennemføre enhver ændring af driftsydelsen.

Ændringer kan kun ske i form af ”præciseringer og suppleringer”. Ordvalget antyder, at driftsydelsen alene kan blive mere omfattende, eftersom det hverken vil have karakter af en præcisering eller en supplering at fjerne krav fra ydelsesbeskrivelsen. Det må dog antages, at hvis parterne finder det hensigtsmæssigt at fjerne krav fra ydelsesbeskrivelsen, vil der også være mulighed for dette inden for rammerne af pkt. 3.1, jf. dog nedenfor, afsnit 6.2.3.¹⁴⁰

Dette stemmer overens med, at manglende overholdelse af formkrav i ændringsklausuler som udgangspunkt ikke prækluderer ændringens gyldighed, hvis parterne i øvrigt er enige om ændringen.¹⁴¹ Både formkrav og materielle indskrænkninger af de ændringer, som en ændringsklausul omfatter, kan dog blive tillagt bevismæssig betydning, hvis en af parterne bestrider, at der er indgået en aftale.¹⁴²

Det er dernæst et krav, at præcisering eller supplering af ydelsesbeskrivelsen er ”hensigtsmæssig”, jf. pkt. 3.1, 1. afsnit. Det kan ikke udledes af pkt. 3.1, hvornår det er hensigtsmæssigt at foretage en præcisering eller supplering. Hensigtsmæssighedsvurderingen må foretages ud fra de konkrete omstændigheder og K04’s formålsbestemmelse i pkt. 1.

Pkt. 1, 5. afsnit, fastslår, at K04’s samarbejdsbestemmelser har til ”formål at skabe optimale betingelser for opfyldelsen af Kontrakten”. Det er naturligt at forstå pkt. 3.1’s henvisning til hensigtsmæssighed i overensstemmelse med de formål, der fremgår udtrykkeligt af pkt. 1. Præciseringer og suppleringer, der har til formål at skabe optimale betingelser for at opfylde kontrakten, f.eks. ved at tilpasse ydelsen efter faktiske omstændigheder, der er blevet afdækket efter kontraktindgåelsen, kan alt andet lige ikke anses for uhenigtsmæssige.

Selvom kontraktens (rette) opfyldelse er hovedformålet, har kunden to sekundære behov, der kommer til udtryk i pkt. 1, 6. afsnit: At skabe uafhængighed af leverandører og sikre bedst mulig udnyttelse af kundens ressourcer. En præcisering eller supplering, der understøtter de formål, må også være hensigtsmæssig i pkt. 3.1’s forstand.

Til sidst kan nævnes præciseringer og suppleringer, der foretages af hensyn til leverandøren. I hvert fald i tilfælde hvor en præcisering eller supplering, der foretages af hensyn til leverandøren, også kommer kunden til gavn, må den pågældende ændring anses for

¹⁴⁰ Det ligger uden for afhandlingens formål at tage stilling til de udbudsretlige udfordringer, dette kan afføde.

¹⁴¹ *Udsen*, IT-kontraktret, s. 154f

¹⁴² *Udsen*, IT-kontraktret, s. 154f

hensigtsmæssig i K04's forstand. Det er mere tvivlsomt, om ændringer til gavn for leverandøren er hensigtsmæssige, hvis de ikke også kommer kunden til gavn. Ud fra et loyalitetssynspunkt kan kunden dog ikke nægte at foretage en præcisering eller supplerings, hvis den kommer leverandøren til gavn og ikke er til ulempe for kunden selv.

Præciseringer og suppleringer i medfør af pkt. 3.1 kræver enighed, jf. bestemmelsens sidste afsnit. Hverken kunden eller leverandøren er tillagt en ensidig ændringsadgang i afklaringsfasen. Opnås der ikke enighed, er det den uændrede Ydelsesbeskrivelse, der finder anvendelse, jf. pkt. 3.1, sidste afsnit.

I relation til afhandlingens fokus på due diligence-undersøgelser betyder dette, at hvis leverandøren har forbehold over for kundens krav og behov, som de fremgår af udbudsbetingelserne, bør han undlade at afgive et tilbud: Leverandøren kan ikke forvente, at der vil blive taget hensyn til forbeholdet, eller at det kan blive gennemtrumfet efter kontraktindgåelse.¹⁴³

6.2.2.4. Kundens udtrædelsesadgang

Hvis parterne er uenige om forståelsen af ydelsesbeskrivelsen, hvis uenigheden er "ikke uvæsentlig for Kontraktens opfyldelse", og hvis det ikke lykkes for parterne at blive enige om en præcisering eller supplerings af kontrakten, har kunden ret til at udtræde af kontrakten mod betaling af et vederlag beregnet ud fra leverandørens tidsforbrug, jf. pkt. 3.2.

6.2.3. Uklarheder i K04 kapitel 2

Ligesom for D17 gælder det for K04, at bestemmelsen indeholder uklarheder, selvom der ved K04 pkt. 3 er taget stilling til mange af de spørgsmål, der opstår, når ansvar og risiko for forholdene, der skal leveres under, skal placeres hos kunden eller leverandøren.

Den første uklarhed, der kan fremhæves, angår de ændringer, der kan foretages med hjemmel i pkt. 3.1. Bestemmelsen omhandler alene "hensigtsmæssige præciseringer eller suppleringer af Ydelsesbeskrivelsen". Hvad der er hensigtsmæssigt i pkt. 3.1's forstand må, som nævnt i afsnit 6.2.2.3, afgøres ud fra en konkret vurdering, hvor kontraktens formål inddrages. Brugen af hensigtsmæssighedskriteriet kan derfor ikke anses for en uklarhed, men snarere et skønsomt kriterium, der er velbegrundet, eftersom det ikke på forhånd er muligt lave et udtømmende katalog over hensigtsmæssige ændringer.

¹⁴³ Det ligger uden for afhandlingens formål at undersøge, om leverandørens tilbud i sådanne tilfælde vil kunne afvises som ukonditionsomt, jf. UBL § 159.

Den reelle uklarhed i pkt. 3.1 vedrører derimod karakteren af de ændringer, der kan foretages i medfør af bestemmelsen, der kan fortolkes på tre måder:

Anlægges en streng ordlydsfortolkning må andre ændringer end ”præciseringer eller suppleringer” af Ydelsesbeskrivelsen anses for prækluderet. Dermed må både enhver ændring, hvorved formuleringer udgår af Ydelsesbeskrivelsen, samt ændringer af Ydelsesbeskrivelsen, hvorved kravene til selve ydelsen ændres, være prækluderet.

Der kan også argumenteres for en mindre streng fortolkning, hvorefter der stadig kun må ske ”præcisering” og ”supplering” af Ydelsesbeskrivelsen, men hvor man tillader, at ændringerne af Ydelsesbeskrivelsen også slår igennem som ændringer af ydelsen.

Til sidst kan man argumentere for, at pkt. 3.1 slet ikke prækluderer nogen ændringer, og at ændringer af Ydelsesbeskrivelsen selvfølgelig kan bevirke ændringer af ydelsen. Som bekendt kan parter almindeligvis ændre deres aftale, hvis de er enige om ændringen, og det er vidtgående, hvis pkt. 3.1 har til formål at begrænse denne aftalefrihed ved at prækludere andre ændringer end omtalt i bestemmelsen. Af samme grund kan der med henvisning til koncipistreglen argumenteres for, at hvis det faktisk er hensigten, at pkt. 3.1 skal have prækluderende virkning, bør det fremgå klarere af bestemmelsen.

Sidstnævnte fortolkning lever dog ikke op til den objektiverede fortolkning af standardkontrakter, jf. herom afsnit 4.2.1. Hvilken retsvirkning pkt. 3.1 tillægges i denne henseende må derfor anses for uklart.

Den anden uklarhed i pkt. 3.1 findes i bestemmelsens sidste afsnit: Det følger heraf, at hvis parterne ikke bliver enige om en hensigtsmæssig ændring, og kunden ikke ønsker at udtræde af kontrakten, jf. pkt. 3.2, ”gælder Ydelsesbeskrivelsen ... uændret”. Ydelsesbeskrivelsen udgøres af K04 bilag 12, der igen udgøres af kundens kravspecifikation hhv. leverandørens løsningsbeskrivelse.

I de ideelle tilfælde, hvor leverandørens løsningsbeskrivelse og forudsætninger slet ikke afviger fra kundens kravspecifikation og IT-miljø, vil dette ikke give anledning til problemer, fordi ”Ydelsesbeskrivelsen” er entydig. I tilfælde, hvor der er afvigelser, f.eks. som følge af at leverandøren har taget forbehold eller indsat betingelser, og hvor ”Ydelsesbeskrivelsen” derfor ikke er entydig, opstår der imidlertid en *battle of forms*, som bestemmelsen ikke tager stilling til, hvordan bør løses. Det er med andre ord tvivlsomt, om det er kravspecifikationen eller løsningsbeskrivelsen, der har forrang, når Ydelsesbeskrivelsen skal fortolkes.

Spørgsmålet om forrang behandles nedenfor, i afsnit 7.1.4.

Et lignende problem kan opstå, hvis kundens udbudsmateriale indeholder indbyrdes modstridende oplysninger og uklarheder, som der ikke er enighed om at præcisere. Det følger

af koncipistreglen, at kunden selv bærer risikoen herfor og bliver bundet af den forventning, leverandøren er blevet bibragt. Hvis uklarheden ikke kan fjernes ved fortolkning, tager K04 ikke stilling til, hvordan dødvandet skal brydes. K04 giver ikke leverandøren beføjelser til at rette for sig overfor uklarhederne, eftersom leverandøren ikke kan gennemtvinge ændringer eller udtræde af kontrakten.

Til sidst kan nævnes, K04's regulering af retsvirkningerne af, at kunden tilvejebringer urigtig eller utilstrækkelig information om de faktiske forhold.

D17 forholder sig til dette dels ved at åbne for tilpasninger af kontrakten, dels ved at give leverandøren en vis ret til at gennemtvinge ændringer. K04 omtaler derimod ikke retsvirkningen af, at der ikke er tilvejebragt tilstrækkelig information, hvorfor kontraktens retsvirkninger i denne henseende må fastlægges udelukkende ud fra den obligations- og IT-kontraktretlige baggrundsret.

Det må antages, at retsvirkningen af, at kunden har tilvejebragt urigtig information, følger af pkt. 12.1, 2. afsnit, 2. pkt., hvorefter leverandøren ikke er forpligtet til at overholde kontraktens servicemål, hvis den manglende opfyldelse kan henføres til "Kundens manglende opfyldelse af de i Bilag 3 (Kundens It-miljø og situationsbeskrivelsen) angivne forudsætninger". Udtrykket "forudsætninger" henviser ikke til leverandørens forudsætninger, da leverandøren i K04 slet ikke har adgang til at indsætte forudsætninger, og således heller ikke i bilag 3. Formuleringen må i stedet forstås sådan, at retsvirkningen indtræder, hvis de oplysninger, kunden har tilvejebragt og samlet i bilag 3, ikke er rigtige.

6.2.4. Placering af risiko

Som det er fremgået af analysen ovenfor, indeholder K04 ikke en egentlig due diligence-fase. Det er derfor klart, at K04 placerer ansvar for at tilvejebringe oplysninger om forholdene, der skal leveres under, samt risikoen for at disse oplysninger viser sig mangelfulde eller urigtige, på en anden måde end D17. I afsnit 6.2.5 vil K04's forhold til baggrundsretten blive behandlet.

I K04 er det kunden, der inden kontraktindgåelse står for at tilvejebringe de oplysninger, der er nødvendige for, at leverandøren kan overskue de forhold, han potentielt forpligter sig til at levere ydelsen under. K04 indeholder nemlig ikke en due diligence-fase. Leverandøren har derfor hverken før eller efter kontraktindgåelsen mulighed for at gennemføre egne undersøgelser, efterspørge supplerende oplysninger og evt. kræve kontrakten ændret på baggrund af disse.

Som anført i afsnit 6.2.2.1 kan kunden næppe nøjes med at tilvejebringe de oplysninger, han bør indse, er relevante for leverandøren. Mangler der afgørende oplysninger, vil

leverandører undlade at afgive tilbud; de vil ikke løbe den risiko, der er forbundet med at påtage sig objektiv hæftelse for at levere en driftsydelse under forhold, der ikke er fuldt oplyst.

Det er dermed kundens, opgave at tilvejebringe alle nødvendige oplysninger. Dette er dog ikke ensbetydende med, at kunden hæfter eller bærer risikoen for, om de nødvendige oplysninger er tilvejebragt og har fundet udtryk i udbudsmaterialet, hvis ydelsen i øvrigt er klart beskrevet:

Eftersom K04 først og fremmest er udarbejdet til offentlige myndigheder, der skal overholde udbudsreglerne, tager K04 ikke højde for, at der kan indgås aftale på baggrund af ukonditionsræssige tilbud. K04 giver derfor ikke leverandøren mulighed for at kræve kontrakten ændret efter kontraktindgåelsen, i tilfælde af at leverandørens forudsætninger og forbehold ikke er opfyldt. Der gælder heller ingen ændringsmulighed, selvom det viser sig, at de oplysninger i udbudsmaterialet, var utilstrækkelige eller mangelfulde. I overensstemmelse med det baggrundsretlige udgangspunkt om realdebitors objektive hæftelse for resultatforpligtelser, påtager leverandøren sig risikoen for, om kunden i udbudsmaterialet har udleveret fyldestgørende oplysninger.

Leverandøren bærer dog ikke den fulde risiko for, at de faktiske forhold, ydelsen skal leveres under, er blevet afklaret: For det første er leverandøren, som også anført i afsnit 5.2, berettiget til at stole på de oplysninger, kunden har tilvejebragt. Dette fremgår af K04 pkt. 12.1, andet afsnit, 2. pkt. Når K04 ikke giver leverandøren mulighed for at gennemføre sin egen due diligence inden kontraktindgåelsen, kan leverandørens indsigelsespligt formentlig ikke strækkes særlig langt. Leverandøren bærer dermed som udgangspunkt ikke risikoen for urigtige oplysninger.

Det samme gælder - i hvert fald i teorien, jf. ovenfor, afsnit 6.2.3 - for uklare oplysninger og andre uklare forhold i udbudsmaterialet. Det følger af koncipistreglen, at en uklar kontrakt skal fortolkes mod forfatteren, hvilket her fører til, at hvis udbudsmaterialet indeholder indbyrdes modstridende oplysninger eller uklarheder, kommer det kunden til skade.

Koncipistreglen finder anvendelse på uklare forhold, men ikke på uafklarede forhold: Det er som nævnt leverandørens risiko, at de faktiske forhold, ydelsen skal leveres under, ikke er fuldt oplyst. Leverandøren er dog ikke nærmest til at bære risikoen, hvis det skyldes kundens culpøse adfærd, at et bestemt forhold ikke er (fuldt) oplyst, f.eks. hvis kunden udelader

oplysninger fra udbudsmaterialet, som kunden indså eller burde indse, var relevante for leverandørens muligheder for at opfylde kontrakten.¹⁴⁴

Leverandørens ret til at ophæve kontrakten er ikke reguleret i K04. Leverandøren er heller ikke tillagt en opsigelsesret, og udtrædelsesretten i pkt. 3.2 gælder kun for kunden. Leverandørens mulighed for at udtræde af kontrakten, hvis afklaringsfasen efter leverandørens opfattelse viser, at kontrakten er ubalanceret eller umulig at opfylde, er dermed begrænset. Udover tilfælde af hævebegrundende misligholdelse fra kundens side vil Leverandørens eneste mulighed være at påberåbe sig forudsætningslæren, hvilket der kun er snæver mulighed for, jf. afsnit 5.2.

Den manglende udtrædelsesadgang kombineret med K04's manglende adgang til at ændre kontrakten, hvis uafklarede eller uforudsete forhold, som leverandøren bærer risikoen for, gør leverandørens forpligtelse mere byrdefuld, skærper ikke leverandørens risiko *per se*, men understreger alvoren af den objektive hæftelse, leverandøren har påtaget sig.

Man må anse K04's undladelse af udtrykkeligt at regulere udtræden hhv. ændring af kontrakten som udtryk for en stillingtagen til retsvirkningen af, at leverandøren bærer risikoen for fuldstændigheden af de tilvejebragte oplysninger: K04 giver ikke leverandøren en udtrykkelig adgang til at gøre krav gældende over for kunden, hverken krav om ændring af ydelsen eller regulering af vederlaget; *ergo* er leverandøren afskåret fra at gøre sådanne krav gældende i tilfælde, hvor han selv bærer risikoen.

Retsvirkningen af, at kunden bærer risikoen for rigtigheden af sine egne oplysninger, følger af pkt. 12.1, 2. afsnit, 2. pkt. Det følger heraf, at kravene til ydelsen lempes, hvis kunden har givet urigtige oplysninger, og leverandørens manglende opfyldelse af kontraktens servicemål kan henføres hertil. Leverandøren skal i så fald blot overholde kontraktens servicemål "efter bedste evne".

Hvis de urigtige oplysninger har hindret, at der leveres en kontraktmæssig ydelse, er retsvirkningen således klar: Kravene til ydelsen lempes. Derimod beskriver pkt. 12.1 ikke retsvirkningen af, at de urigtige oplysninger har medført øgede omkostninger for leverandøren, dvs. fordyret leveringen, uden at den er blevet hindret.

Heller ikke her er den manglende beskrivelse af retsvirkningen ensbetydende med, at der ikke er nogen retsvirkning; i stedet må der ske udfyldning vha. baggrundsretten, navnlig forudsætningslæren. Som anført i afsnit 5.2.5, bør forudsætningslæren, når den anvendes på

¹⁴⁴ Udsen, IT-kontraktret, s. 264

længerevarende IT-kontrakter, også give hjemmel til at modificere kontrakten i tilfælde af svigtende forudsætninger. Forudsætningslæren må i denne situation give leverandøren ret til at kræve regulering af sit vederlag, så det afspejler en ydelse baseret på rigtige oplysninger. Derimod bør leverandøren ikke have ret til at kræve ændringer af ydelsen. D17 indeholder sådan en mulighed, men det er ikke hensigtsmæssigt, jf. herom afsnit 7.1.2.

For at opsummere hvordan K04 har placeret risikoen for, om de faktiske forhold, ydelsen skal leveres under, er afklaret, må der sondres mellem to typetilfælde: Urigtige og ufuldstændige oplysninger.

Kunden bærer i overensstemmelse med det baggrundsretlige udgangspunkt risikoen for, om de oplysninger, kunden tilvejebringer, er rigtige. Leverandøren har en indsigelsespligt over for åbenlyst forkerte oplysninger, men den er næppe særlig vidtgående. Kundens risiko er risikoen for, at kontrakten kan blive ændret: Enten i form af lempede krav til ydelsen, jf. K04 pkt. 12.1, eller i form af justering af vederlaget ud fra et forudsætningssynspunkt.

Risikoen for fuldstændigheden af de tilvejebragte oplysninger bæres udelukkende af leverandøren, medmindre det kan bebrejdes kunden som culpøst, at en bestemt oplysning er overset eller udeladt. Fordi leverandøren i disse tilfælde selv bærer den økonomiske risiko, kan han ikke kræve regulering af vederlaget.

6.2.5. Forholdet til baggrundsretten

Eftersom K04 ikke pålægger kunden en egentlig oplysningspligt eller leverandøren en egentlig due diligence-pligt, lægger K04 sig tættere opad den baggrundsretlige retsstilling end D17.

Ligesom baggrundsretten pålægger K04 ikke kunden en retlig pligt til at tilvejebringe alle nødvendige oplysninger om forholdene, driftsydelsen skal leveres under. Når det alligevel er kunden, der forudsættes at tilvejebringe disse oplysninger, skyldes det, at K04 bygger på en forudsætning om, at kontrakten indgås på baggrund af et udførligt udbudsmateriale, hvor forholdene er fuldt oplyst, og et tilbud, der er i fuld overensstemmelse med udbudsmaterialet. En sådan forudsætning findes ikke i baggrundsretten.

Det er således kundens opgave ifm. udarbejdelsen af udbudsmaterialet at tilvejebringe oplysningerne, og i overensstemmelse med baggrundsretten hæfter kunden for, at oplysningerne er korrekte, præsenteret på en entydig måde, og at kunden ikke culpøst fortier relevante oplysninger.

Kunden bærer dog ikke risikoen for, om samtlige relevante oplysninger er tilvejebragt. K04 opretholder nemlig den objektive hæftelse, en realdebitor som leverandøren påtager sig, når vedkommende forpligter sig til at levere et bestemt resultat. Hæftelsen indebærer både i

baggrundsretten og i K04, at leverandøren bærer risikoen for, om hans egne forudsætninger er opfyldt, og risikoen for at visse forhold ikke er fuldstændig afklaret.

Leverandørens objektive hæftelse følger af K04 pkt. 41.1, om leverandørens garantier, men kan desuden udledes af, at når kontrakten er indgået, giver K04 hverken leverandøren mulighed for 1) at efterspørge eller på anden måde selv skaffe sig oplysninger eller 2) at kræve ændringer i kontrakten på baggrund af oplysninger fremkommet efter kontraktindgåelsen. Leverandøren har pligt til at sætte sig ind i udbudsmaterialet og til at medvirke ved opstartsmødet og under afklaringsfasen, jf. K04 pkt. 2 og 3, men ligesom i baggrundsretten er leverandøren ikke pligtig at gennemføre en due diligence-undersøgelse.

Retsstillingen, som K04 indstifter, følger således den baggrundsretlige retsstilling i tilfælde, hvor der ikke gennemføres due diligence.¹⁴⁵

6.3. D17 contra K04

D17 og K04 har forskellige tilgange til måden, hvorpå parterne i en driftskontrakt kan sikre sig, at alle relevante informationer om de forhold, driftsydelsen skal leveres under, er kendt, når leverandøren skal overtage driften.

Hvor D17 pålægger parterne at samarbejde om at fremskaffe alle oplysninger ved på den ene side at pålægge kunden en oplysningspligt og på den anden side at pålægge leverandøren en pligt til at undersøge forholdene selv, følger K04 i højere grad baggrundsretten.

K04 pålægger ikke parterne nogen pligter, der ikke følger af baggrundsretten, men lader dem i stedet bære hver deres risici: Kunden har ikke pligt til at fremskaffe bestemte oplysninger, men konsekvensen af at lade være er formentlig, at kunden ikke modtager særligt mange kvalificerede tilbud. Kunden forventes derfor i højere grad dels selv at fremskaffe de oplysninger, der er nødvendige for, at leverandører kan udarbejde deres tilbud, dels selv at verificere og bære risikoen for deres rigtighed. Kontraktuelt er det dog ikke kunden, der hæfter for, at alle oplysninger foreligger.

Leverandøren har hverken pligt eller ret til at undersøge de faktiske forhold, ydelsen skal leveres under, forud for eller efter kontraktindgåelsen. Princippet om *caveat venditor* finder dog alligevel anvendelse, og leverandøren må se sig for: Når kontrakten er indgået, hæfter leverandøren objektivt for at levere et kontraktmæssigt resultat, uanset hvilke uafklarede faktiske forhold, der måtte være til hinder herfor.

¹⁴⁵ Udsen, IT-kontraktret, s. 265

Både fra kundens og leverandørens perspektiv kan K04's model dermed siges at være "farlig". K04 lægger et stort pres både på kunden, eftersom han er den primære kilde til oplysninger, og på leverandøren, eftersom han ikke har mulighed for at foretage egne undersøgelser og verificere de oplysninger, kunden har givet.

D17's fravigelse af baggrundsretten er velbegrunderet, i og med at der i mange tilfælde kan være et reelt behov for at undersøge forholdene og tilvejebringe oplysninger om kundens IT-miljø, så leverandøren kan prissætte og levere sin ydelse. Det gælder især, hvis kunden ikke har den tekniske ekspertise til selv at beskrive forholdene i udbudsmaterialet. Ud fra den betragtning kan D17 siges at have lavere forventninger til kunden, end K04 har.

Også for leverandøren, der i D17 har en ekstra mulighed for at sikre sig, at han ikke påtager sig en større risiko end påregnet, kan D17 siges at være mindre "farlig" end K04. Tilføjelsen af due diligence-undersøgelsen og den efterfølgende verifikation og mulighed for ændring af kontrakten er en ekstra chance for at udarbejde en god og balanceret kontrakt på et oplyst grundlag, hvis det viser sig, at det første forsøg foretaget på baggrund af udbudsmaterialet ikke var godt nok.

Analysen af hvordan D17 og K04 placerer risikoen for, om de faktiske forhold, driftsydelsen skal leveres under, er afklaret, viste, at D17 placerer risikoen ud fra et tidskriterium, hvor der lægges afgørende vægt på, om kontraktens due diligence-fase, inkl. verifikation og genforhandling, er afsluttet.

K04 indeholder ikke en due diligence-fase, og placeringen af risiko kan iht. K04 derfor ikke ske efter samme kriterie. I stedet sonderer K04 mellem to forskellige risici, navnlig risikoen for fuldstændigheden hhv. risikoen for rigtigheden af oplysningerne om de faktiske forhold.

K04's sondring er teoretisk og formentlig svær at gennemføre i praksis, hvor der hurtigt kan opstå uenighed om, hvorvidt en oplysning er decideret urigtig eller "blot" ufuldstændig. D17's due diligence-model's tidskriterie er formentlig nemmere at operationalisere i praksis, hvor det giver parterne bedre forudsætninger for at overskue de risici, parterne hver især løber. Parterne skal ikke forholde sig til, om en oplysning er "urigtig" eller "ufuldstændig", men kan nøjes med at forholde sig til, hvilken fase kontrakten befinder sig i.

7. Vurdering og diskussion

7.1. Uklarheder, uhensigtsmæssigheder og utilsigtede konsekvenser?

7.1.1. D17: Begrebet ”Due Diligence Information”

Due Diligence Information er i D17 bilag 1 defineret som ”oplysninger, materiale og anden dokumentation som angivet i bilag 2b og bilag 3a eller som inden Kontraktens indgåelse i øvrigt er udleveret til Leverandøren af Kunden eller indsamlet af Leverandøren selv, eksempelvis gennem [besigtigelse] af Kundens it-miljø.”¹⁴⁶

Begrebet er centralt og bruges gentagne gange i D17 pkt. 4 og 5. Leverandørens forudsætninger må ses i forhold til begrebet, og hvis der foretages ændringer af kontrakten iht. pkt. 5.2 til .4, er det på baggrund af, at de faktiske forhold, ydelsen skal leveres under, ikke har været rigtigt eller tilstrækkeligt beskrevet i Due Diligence Informationen. Det er derfor imperativt, at begrebet er klart og entydigt defineret.

Tvivlen om begrebet Due Diligence Information affødes af to problemer: At bilag 2a *ikke* er medtaget i definitionen, og at bilag 2b *er* medtaget. Man kan ikke se bort fra, at der kan være tale om en simpel tastefejl. Definitionens medtagelse af bilag 2b er dog gennemgående i både version 1.0 og 2.0 af D17 samt i den engelske udgave. Samtidig synes det netop velovervejeth, at definitionen ift. bilag 3 alene henviser til bilag 3b, og ikke 3a. Derfor må man, også henset til den objektiverede fortolkning af standardkontrakter, jf. afsnit 4.3, lægge til grund, at det er tilsigtet at medtage bilag 2b og udelade bilag 2a.

Når definitionen af Due Diligence Information i bilag 1 lægges til grund, skyldes tvivlen om begrebets rette forståelse for det første, at definitionen ikke stemmer overens med, hvordan begrebet anvendes i D17 pkt. 4 og 5: Due Diligence Information er iht. definitionen indeholdt i bilag 2b og 3a, hvorimod definitionen ikke henviser til bilag 2a. Det følger dog af pkt. 4.1.1, 2. pkt., at det netop fremgår af bilag 2a, hvilken Due Diligence Information, leverandøren har modtaget ifm. due diligence. At bilag 2a indeholder Due Diligence Information understøttes af bilagets titel: ”Information og materiale udleveret i forbindelse med due diligence.”

Definitionen af Due Diligence Information omfatter også ”oplysninger, materiale og anden dokumentation ... som i øvrigt er udleveret til Leverandøren”. Definitionen sammenholdt med pkt. 4.1.1, 2. pkt., må fortolkes sådan, at noget Due Diligence Information faktisk også er angivet i bilag 2a, uanset at dette ikke fremgår af definitionen. Det ville

¹⁴⁶ Min rettelse af ”eksempelvis gennem besigtigelse til af Kundens it-miljø” til ”eksempelvis gennem besigtigelse af Kundens it-miljø”.

utvivlsomt give fortolkeren et bedre overblik, hvis definitionen af Due Diligence Information henviste til alle de steder, hvor Due Diligence Information faktisk er angivet.

Dernæst ville begrebet have været klarere, hvis definitionen tog stilling til, hvad Due Diligence Informationen omhandler. Med udgangspunkt i baggrundsretten, og når der henses til at leverandøren skal gennemføre due diligence "af Kundens eksisterende IT-system", må man som fortolker antage, at formålet med at indsamle Due Diligence Information er at afklare og dokumentere de faktiske forhold, som driftsydelsen skal leveres under.

Det fremgår dog hverken af definitionen af Due Diligence Information eller af D17's ordlyd, hvad Due Diligence Information faktisk er oplysninger om eller dokumentation for.

Derimod følger det udtrykkeligt af definitionen, at leverandørens forudsætninger, som angivet i bilag 2b, udgør Due Diligence Information. Dette er ikke i overensstemmelse med baggrundsretten, hvor leverandørens forudsætninger netop afspejler, at der ikke er tilvejebragt tilstrækkelige due diligence-oplysninger til, at leverandøren kan afgive et endeligt tilbud. Leverandøren indlægger forudsætninger og tager forbehold for at fylde hullerne i due diligence-informationen ud.

Da der ikke ved de eksisterende standardkontrakter for IT-drift er blevet etableret en fast praksis for gennemførelse af due diligence, jf. afsnit 4.4, er det ikke på samme måde muligt at sige, at D17's definition af Due Diligence Information ikke er i overensstemmelse med kontraktuel praksis. Hverken K04 eller SSA-D indeholder definitioner af Due Diligence Information eller lignende begreber, som man kan lade sig inspirere af. Den eneste anden standardkontrakt, der opererer med en sådan definition, er MSA:

I MSA er begrebet Due Diligence Information defineret som "any information supplied to the Supplier by or on behalf of the Authority prior to the Effective Date". Som det ses, indgår leverandørens forudsætninger ikke som en del af Due Diligence Informationen. Derimod er også forudsætningerne blevet defineret, jf. definitionen af begrebet *Allowable Assumptions*.

D17's inddragelse af leverandørens forudsætninger, gør begrebet Due Diligence Information endnu mindre klart: Dels fordi leverandørens forudsætninger ikke er et defineret begreb; dels fordi leverandørens forudsætninger almindeligvis ikke udgør due diligence-oplysninger, hvilket skaber tvivl om, i hvor høj grad man kan lade sig inspirere af baggrundsretten, når man fortolker D17's due diligence-model.

Inklusionen af leverandørens forudsætninger i Due Diligence Informationsbegrebet skaber især tvivl om den rette fortolkning af pkt. 4.2, hvorefter leverandøren i tilknytning til hver af sine forudsætninger skal angive, hvis "det ud fra Due Diligence Informationen er konstaterbart

for Leverandøren, at forudsætningen ikke er i overensstemmelse med de faktiske forhold på tidspunktet for indgåelse af Kontrakten”.

Pkt. 4.2 støtter umiddelbart, at Due Diligence Information faktisk er information om de faktiske forhold: Hvis ikke Due Diligence Informationen udgør dokumentation for de faktiske forhold, vil det ikke ud fra Due Diligence Informationen være muligt at konstatere, om leverandørens forudsætninger er i overensstemmelse med de faktiske forhold.

Som Due Diligence Information er defineret, er det ikke muligt at vurdere, om dette faktisk er den rette fortolkning af pkt. 4.2. Derimod følger det af definitionen, at når leverandøren skal konstatere, om hans forudsætninger er opfyldt, skal det bl.a. gøres ud fra leverandørens egne forudsætninger, der jo indgår som Due Diligence Information. Dermed bliver begrebet Due Diligence Information også cirkulært.

Samlet set må definitionen af Due Diligence Information i D17 - og begrebets samspil med de udefinerede begreber Leverandørens forudsætninger og Kundens faktiske forhold - anses for uklar og dårligt sammenhængende. Det er ikke klart, hvad Due Diligence Information faktisk er eller omhandler, samt hvor i D17's bilag Informationen er angivet.

Nedenfor er derfor angivet en række forslag til nye definitioner, der efter min vurdering både er klarere end den eksisterende definition af Due Diligence Information og bidrager til klarheden af pkt. 4 og 5. Da forslagene indebærer, at to ny begreber defineres, må der foretages konsekvensændringer i pkt. 4 og 5.

7.1.1.1. Forslag til definitioner

Due Diligence Information betyder oplysninger, materiale og anden dokumentation om Kundens Faktiske Forhold som angivet i bilag 2a (Information og materiale udleveret i forbindelse med due diligence) og 3b (Overdragelse af medarbejdere) eller som inden Kontraktens indgåelse i øvrigt er udleveret til Leverandøren af Kunden eller indsamlet af Leverandøren selv, eksempelvis gennem besigtigelse af Kundens it-miljø.

Kundens Faktiske Forhold betyder de faktiske forhold, som Leverandøren skal levere Services under, som de forelå på tidspunktet for indgåelse af Kontrakten. Kundens Faktiske Forhold omfatter Kundens it-miljø, herunder hardware og software, og oplysninger om eventuelle medarbejdere, der overgår til ansættelse hos Leverandøren.

Leverandørens Forudsætninger betyder forbehold om, at Kundens Faktiske Forhold er på en bestemt, nærmere angivet måde, som Leverandøren indsætter i bilag 2b (Leverandørens

forudsætninger), såfremt Kundens faktiske forhold ikke er blevet afklaret under due diligence før indgåelse af Kontrakten, jf. Kontraktens pkt. 4.

7.1.1.2. Forslag til ny pkt. 4.2.1

Som konsekvens af den nye definition af Leverandørens Forudsætninger, er det efter min opfattelse hensigtsmæssigt, at pkt. 4.2 suppleres med følgende formulering, der henter inspiration fra AB18 § 5, stk. 3:

Forbehold skal angives klart og samlet i bilag 2b (Leverandørens forudsætninger), og ledsages af en begrundelse for, hvorfor det pågældende forhold ikke er blevet tilstrækkeligt afklaret under due diligence, og hvorfor det er nødvendigt for leverandøren at tage et forbehold.

7.1.2. D17: Ensidig ændringsret til leverandøren?

I afsnit 6.1.2.2 og 6.1.3 blev det påpeget, at det er uklart, om den ændringsmulighed, som er hjemlet i D17 pkt. 5.2 til .4, tillægger leverandøren en (evt. begrænset) ensidig ændringsret, eller om alle ændringer af kontrakten kræver enighed.

Der er både fortolkningsbidrag, der taler for og imod, at leverandøren er tillagt en ensidig ændringsret:

Som det første argument mod at indfortolke en ensidig ændringsret i pkt. 5.2 til .4, kan nævnes, at det ville fravige det baggrundsretlige udgangspunkt, hvorefter leverandøren ikke kan kræve ændringer af driftsydelsen eller vederlaget.¹⁴⁷

Der findes også argumenter mod en ændringsret i D17's ordlyd: Pkt. 5.2.1, om analyserapportens indhold, forudsætter, at leverandøren skal udarbejde "forslag" til kontraktændringer. Ud fra en naturlig sproglig forståelse indikerer ordvalget, at parterne skal enes om ændringer. Det stemmer overens med ordvalget i pkt. 5.3.1, om at parterne "loyalt" skal tilpasse kontrakten, der også antyder, at begge parter skal deltage.

Leverandørens ændringsret kan imidlertid støttes på udtryk i både pkt. 5.3.1 og .2, samt 5.4: Udtrykket "... skal Parterne loyalt tilpasse Kontrakten..." (min fremhævning) i pkt. 5.3.1 antyder, at parterne har forpligtet sig til at ændre kontrakten, hvis analyserapporten afdækker væsentlige afvigelser mellem Due Diligence Informationen og de faktiske forhold. Pkt. 5.3.2

¹⁴⁷ Udsen, IT-kontraktret, s. 289 og 293

går med udtrykket "... Leverandøren kan *kræve* ændringer..." (min fremhævelse) længere i retning af at tillægge leverandøren en ensidig ændringsret.

I pkt. 5.4 anerkendes først, at det er ønskeligt, at parterne bliver enige om kontraktændringer, men bestemmelsen ender også med at tale for leverandørens ændringsret. Hvis parterne ikke bliver enige om at justere kontrakten, skal kunden vælge mellem at "acceptere de rimelige ændringer, Leverandøren berettiget måtte kræve" eller opsige kontrakten. Det er derimod ikke muligt at afvise de "forslag", leverandøren iht. pkt. 5.2 har udarbejdet, og gennemføre kontrakten på de vilkår, der blev vedtaget ved kontraktindgåelsen.

Man kan indvende, at det er vidtgående at fortolke pkt. 5.4 som en ensidig ændringsret for leverandøren. Kunden kan jo netop vælge at opsige kontrakten uden at misligholde den i stedet for at acceptere leverandørens ændringskrav. Leverandørens mulighed for at gennemtvinge ændringer må desuden være begrænset, da der kun kan gennemtvinges "rimelige" og "påkrævede" ændringer, jf. pkt. 5.4.1, 1. pkt., der er "påkrævede", jf. pkt. 5.2.1, 4. bullet.

Der er dog ikke tvivl om, at pkt. 5.4 lader leverandøren stille kunden et ultimatum om, at kontrakten enten ændres i overensstemmelse med leverandørens "rimelige" ændringskrav eller opsiges. Der er ikke tale om en ændringsret i sædvanlig forstand, som den kunden er tillagt iht. baggrundsretten, men snarere en mulighed for at gennemtvinge ændringskrav.

Kunden står i en dårlig forhandlingsposition: Der er allerede indgået kontrakt med leverandøren, forhandlinger med øvrige tilbudsgivere er ophørt, og kundens gamle kontrakt er enten allerede er udløbet eller gør det snart. Kunden er afhængig af fungerende IT-systemer, hvilket i praksis vil sige, at han er afhængig af sin nye leverandør. Kunden kan derfor næppe tåle at opsige kontrakten og vil reelt være tvunget til at acceptere leverandørens ændringskrav.

Retstilstanden kan skabe en uhensigtsmæssig incitamentsstruktur, hvor en moralsk anløben leverandør kan profitmaksimere ved bevidst at overse oplysninger i due diligence-fasen og derefter gennemtvinge ændringer af driftsydelsen, der mindsker omkostningerne ved opfyldelse.

En anden uhensigtsmæssighed er, at leverandøren kan stille ændringskrav til såvel driftsydelsen som vederlaget. Konsekvensen kan være, at leverandørens ændringskrav medfører, at driftsydelsen ikke opfylder kundens behov. Leverandøren har ikke nogen interesse i at levere en bestemt driftsydelse, men alene i at blive rimeligt betalt. Derimod har kunden en væsentlig interesse i at modtage netop den driftsydelse, der opfylder kundens behov bedst og billigst. Det er netop disse interesser, der begrundes, at alene kunden har en

baggrundsretlig ændringsret.¹⁴⁸ Leverandørens ændringsret bør derfor i hvert fald begrænses til kun at omfatte vederlaget.

Der ligger utvivlsomt en vis beskyttelse af kundens interesse i at modtage den driftsydelse, der opfylder kundens behov, i begrænsningen af leverandørens mulighed for at gennemtvunge ændringer af ydelsen, som følger af, at han kun kan gennemtvunge ”rimelige” og ”påkrævede” ændringer, jf. nedenfor, afsnit 7.1.3. Ikke desto mindre indebærer D17’s due diligence-model med faseopdelingen på hver side af kontraktindgåelsen og leverandørens ændringskrav en betydelig risiko for kunden.

K04 pkt. 3 anvender en model, der afhjælper uhensigtsmæssigheden og undgår de uheldige konsekvenser, som kan følge af D17 pkt. 5.2 til .4. K04 pkt. 3.1, sidste afsnit, angår også den situation, at parterne ikke kan enes om at justere kontrakten, selvom afklaringsfasen har vist et behov herfor. Også her kan kunden vælge mellem igangsættelse eller udtrædelse af kontrakten, men med den afgørende forskel, at hvis kunden vælger at igangsætte kontrakten, ”gælder Ydelsesbeskrivelsen uændret”.

K04 tvinger dermed ikke kunden til at acceptere leverandørens ændringskrav. Leverandøren holdes derimod op på sit løfte om at levere en driftsydelse i overensstemmelse med de krav, der forelå ved kontraktindgåelsen.

K04’s model forudsætter, at der allerede ved udbuddet er tilvejebragt fyldestgørende information om kundens systemer mv., men at D17 ikke indeholder denne forudsætning udelukker ikke, at modellen overføres til D17. Også her må forventes, at alle relevante forhold er afklaret ved parternes due diligence inden kontraktindgåelsen.

K04’s model er dog ikke problemfri, jf. nedenfor, afsnit 7.1.4.

En anden løsning er at lade uenigheden afgøre af en juridisk/sagkyndig opmand.

7.1.3. D17: ”Rimelige”, ”påkrævede” ændringer

Leverandøren kan iht. D17 pkt. 5.3 og .4 gennemtvunge en ændring, hvis han kan dokumentere, at ændringskravet er ”påkrævet”, jf. pkt. 5.2.1, 4. bullet, og ”rimeligt”, samt at leverandøren er ”berettiget” til at kræve ændringen gennemført, jf. pkt. 5.4.1.

Fordi begrebernes indhold ikke er defineret, opstår der tvivl om, hvilke grænser D17 sætter for leverandørens mulighed for at gennemtvunge ændringer.

¹⁴⁸ Udsen, IT-kontrakter, s. 286-289 og 293

Begrebet ”påkrævede ændringer” bruges i pkt. 5.2 til at kvalificere de ændringsforslag, leverandøren kan bringe i spil i analyserapporten. Da kontraktjustering alene kan ske på baggrund af analyserapporten, sætter begrebet også grænser for hvilke ændringskrav, leverandøren kan gennemtvinge.

Fortolkningstvilen skyldes, at den naturlige sproglige forståelse af begrebet lægger en høj grænse for, hvilke ændringsforslag leverandøren kan bringe i spil i analyserapporten og senere potentielt gennemtvinge.

D17 definerer ikke begrebet ”påkrævede ændringer”, og der er ikke andre fortolkningsbidrag at inddrage. Det er derfor ikke muligt at udlede, om en kontraktjustering alene er påkrævet, hvis det ellers vil være teknisk umuligt at opfylde kontrakten, eller om en justering også kan være påkrævet, hvis den alene har til formål at opfylde leverandørens forudsætninger, som disse fremgår af D17 bilag 2b, f.eks. for at sikre at leverandørens ydelse ikke bliver mere byrdefuld end påregnet.

Hvis kravet om ”påkrævede ændringer” sigter til, at der kun kan gennemføres kontraktjusteringer, der er strengt nødvendige, bør dette gøres tydeligere, f.eks. ved udtrykkeligt at regulere, hvornår en ændring anses for påkrævet i D17’s forstand.

Der er ikke den samme mangel på fortolkningsbidrag til begrebet ”rimelige ændringer, Leverandøren berettiget [kræver]”. Selvom begrebet er toledet, må der antages at være tale om ét samlet krav til leverandørens ændringskrav: Hvis ændringskravet er rimeligt, er leverandøren også berettiget til at stille kravet.

At der ikke er den samme tvivl omkring dette begreb skyldes, at rimelighedskravet må forstås i forlængelse af, hvordan rimelighedskrav anvendes i den øvrige retskultur. Fortolkere af juridiske tekster er vant til at fortolke og udfylde rimelighedskrav ud fra de konkrete omstændigheder.¹⁴⁹ Det er sædvanligt at tale om rimelig betaling,¹⁵⁰ rimelige frister,¹⁵¹ urimelige byrder¹⁵² og rimelighed i almindelighed, jf. f.eks. AFTL § 36.

Ved vurderingen af om et ændringskrav er rimeligt, kan der bl.a. lægges vægt på gener, kunden skal tåle pga. ændringen, f.eks. fordyrelser eller forsinkelser; ændringens betydning for leverandøren; om der er balance mellem parternes ydelser.

Selvom det ikke er muligt at angive generelle retningslinjer for hvilke af leverandørens ændringskrav, der er rimelige i D17 pkt. 5’s forstand, må begrebet ”rimelige ændringskrav”

¹⁴⁹ *Lyng Andersen & Bo Madsen*, Aftaler og mellemmand, s. 395-404

¹⁵⁰ *Udsen*, IT-kontraktret, s. 285 og s. 287 og f.eks. ophavsretslovens § 83, stk. 1, nr. 1

¹⁵¹ *Udsen*, IT-kontraktret, s. 336 og s. 361 og f.eks. AFTL §§ 3, 9, og 17

¹⁵² *Udsen*, IT-kontraktret, s. 319

anses for et begreb, som er egnet til at blive anvendt i praksis. I tilfælde hvor parterne ikke er enige om, hvad der er rimeligt, må den konkrete tvist søges bilagt via kontraktens tvisteløsningsmekanismer, f.eks. ved brug af juridisk eller sagkyndig opmand.

7.1.4. K04: Indbygget *battle of forms*

Det følger af K04 pkt. 3.1, sidste afsnit, at hvis parterne ikke kan blive enige om at ændre Ydelsesbeskrivelsen for at tilpasse den til de faktiske forhold, der skal leveres under, og kunden ikke ønsker at udtræde, gælder Ydelsesbeskrivelsen uændret. Behovet for at ændre Ydelsesbeskrivelsen kan bl.a. opstå, hvis de oprindelige krav til ydelsen er baseret på urigtig eller utilstrækkelig information om de faktiske forhold, ydelsen skal leveres under. Ydelsesbeskrivelsen findes i K04 bilag 12, der udgøres af kundens kravspecifikation hhv. leverandørens løsningsbeskrivelse.

Selvom K04 umiddelbart indeholder en *tie breaker* til de tilfælde, hvor parterne ikke kan blive enige om, hvordan kontrakten skal ændres, fører pkt. 3.1 direkte ind i en ny tvist: I tilfælde af at der ikke er total overensstemmelse mellem kravspecifikationen og løsningsbeskrivelsen, hvilken har så forrang? Uoverensstemmelser kan bl.a. være opstået, hvis leverandøren i sit tilbud har taget forbehold over for oplysninger i kundens udbudsmateriale eller indsat egne betingelser. Tvisten minder om de aftaleretlige tilfælde, kaldet *battle of forms*, hvor hver part gør gældende, at deres egne standardvilkår er vedtaget.¹⁵³ K04 tager ikke direkte stilling til spørgsmålet, og baggrundsretten giver heller ikke et entydigt svar.

K04 indeholder i pkt. 56.5.3, en regel, der forpligter leverandøren til at levere driftsydelsen ”uanset tvist”. K04 benævner dette ”*deliver first, settle later*”-princippet. Pkt. 56.5.3 giver kunden ret til at kræve levering af ydelser, ”som Kunden vurderer, er kritiske for opretholdelsen af den fortsatte drift af Systemet... uagtet om Leverandøren er uenig i, hvorvidt Ydelsen er særskilt betalbar eller ej”. Reglen indebærer en model, hvorefter der skal ske levering nu, og afklaring af tvisten senere.

Hvis en tvist, om hvorvidt kravspecifikationen eller løsningsbeskrivelsen skal have forrang, opstår inden driften er igangsat, finder pkt. 56.5.3 dermed ikke direkte anvendelse. Der er dog ikke noget til hinder for, at en sådan tvist opstår efter igangsættelse af driften, hvis forskellen først opdages her. Pkt. 56.5.3 finder direkte anvendelse i det tilfælde.

¹⁵³ *Bryde Andersen*, Grundlæggende aftaleret, s. 202-205

Pkt. 56.5.3 giver udtrykkeligt kunden har ret til at kræve, at leverandøren implementerer ændringer, uanset om leverandøren mener, at der er tale om en særskilt betalbar ydelse. Henset til at kunden i medfør af pkt. 56.5.3 kan kræve, at leverandøren leverer ydelser, der er ændret ift. Ydelsesbeskrivelsen, må det konkluderes, at kunden kan kræve, at leverandøren leverer ydelsen, som den er beskrevet, hvis kravspecifikationen har forrang.

Pkt. 56.5.3 bestemmer dog ikke, om kravspecifikationen har forrang, eller om kundens krav om levering iht. kravspecifikationen har karakter af et ændringskrav i K04's forstand.

Konklusionerne fra afhandlingens analyse af retsgrundsætningen i AFTL § 6, stk. 2, jf. afsnit 5.1.2, støtter, at kravspecifikationen har forrang: Det blev dér konkluderet, at hvis leverandøren undlader at fremhæve fravigelser fra og forbehold over for kundens udbudsmateriale, risikerer han, at fravigelserne og forbeholdene ikke bliver anset for vedtaget. Retsgrundsætningen støtter, at kravspecifikationen har forrang, medmindre andet er særligt vedtaget.

Dette kan selvfølgelig være tilfældet *in casu*, hvis leverandøren klart fremhæver fravigelsen fra udbudsmaterialet. Ved fortolkningen af K04 i sin egenskab som standardkontrakt, hvor man som fortolker ikke har kendskab til de begivenhedsnære fortolkningsdata, må det dog konstateres, at K04 ikke indeholder en særlig bestemmelse om løsningsbeskrivelsens forrang.

Modellen, som retsgrundsætningen i § 6, stk. 2, er udtryk for, er i overensstemmelse med den, der er fulgt i den norske statslige driftskontrakt SSA-D. SSA-D pkt. 1.3, nr. 1, giver udtrykkeligt kravspecifikationen forrang frem for løsningsbeskrivelsen, medmindre det "klart og utvetydigt" fremgår på hvilke punkter, løsningsbeskrivelsen afviger fra kravspecifikationen, jf. nr. 3.

Den juridiske teori har udviklet tre modeller til løsning af *battle of forms*-tvister, kaldet *last shot*, hhv. *knock out* hhv. *common substance*.¹⁵⁴

Efter *last shot*-modellen har løsningsbeskrivelsen forrang. Modellen giver nemlig det sidst fremlagte dokument forrang. Henset til at løsningsbeskrivelsen tidsmæssigt altid kommer efter kravspecifikationen og er en central del af leverandørens tilbud, har leverandøren en berettiget forventning om, at kunden læser løsningsbeskrivelsen og vil reagere, hvis han ikke vil acceptere indholdet. Netop derfor er det IT-kontraktretlige udgangspunkt, at løsningsbeskrivelsen har forrang.¹⁵⁵

¹⁵⁴ *Bryde Andersen*, Grundlæggende aftaleret, s. 202-205

¹⁵⁵ *Udsen*, IT-kontraktret, s. 96f

Som nævnt er det dog ikke sikkert, at kunden kan gennemskue, at løsningsbeskrivelsen fraviger fra kravspecifikationen, og leverandøren er som udgangspunkt nærmest til at bære risikoen herfor, jf. afsnit 5.1.2.¹⁵⁶ Informationsasymmetrien mellem parterne og retsgrundsætningen i AFTL § 6, stk. 2, taler dermed imod at anvende *last shot*-modellen.

Man kan videre indvende, at hensynene, der i den IT-kontraktretlige baggrundsret begrundes, at det alene er kunden, der har ret til at ændre driftsydelsen, støtter, at kravspecifikationen har forrang: Ydelsen skal opfylde kundens behov, og det er derfor rimeligt, at det er kunden, der har ret til at definere ydelsen. Så længe leverandøren modtager et rimeligt vederlag for at levere ydelsen, bør leverandøren ikke have indflydelse på ydelsen.

Det må anses for udelukket at anvende *knock out*-modellen, som indebærer, at hverken kravspecifikationen eller løsningsbeskrivelsen kan anses for vedtaget. Det skal erindres, at egentlige *battle of forms*-tvister angår spørgsmålet om hvilke standardvilkår, der er vedtaget, og at *knock out*-modellen kan være rimelig i den slags tvister, hvor aftalen kan udfyldes af baggrundsretten. Det er selvsagt ikke muligt at beskrive driftsydelsen fra bunden vha. de baggrundsretlige regler.

Common substance-modellen er den kompromissøgende model, hvorefter kun de punkter, som parterne er enige om, anses for vedtaget, mens selve den del af Ydelsesbeskrivelsen, der er tvist om, ikke er vedtaget. Det kan ikke udelukkes, at *common substance*-modellen kan føre til brugbare og rimelige resultater i praksis, men det må omvendt også anses for sandsynligt, at den i andre tilfælde ikke fører til et praktisk eller rimeligt resultat, f.eks. hvis ydelsesbeskrivelsen efter anvendelsen af modellen ikke opfylder kundens behov, eller hvis grundlæggende elementer bortfortolkes.

Der er ikke på baggrund af ovenstående muligt at give en klar konklusion på, om K04 giver kundens kravspecifikation eller leverandørens løsningsbeskrivelse har forrang i tilfælde, hvor der ikke er overensstemmelse mellem de to, f.eks. af leverandørens forbehold.

K04 pkt. 56.5.3 giver under alle omstændigheder kunden ret til at kræve levering i overensstemmelse med sin egen kravspecifikation, men besvarer ikke spørgsmålet om forrang. Kundens krav om levering i overensstemmelse med kravspecifikationen vil være et ændringskrav, hvis løsningsbeskrivelsen har forrang.

Den IT-kontraktretlige baggrundsret giver heller ikke klare konklusioner, eftersom fortolkningsbidragene peger i forskellige retninger. *Last shot*-modellen tilsiger, at

¹⁵⁶ Udsen, IT-kontraktret, s. 97

løsningsbeskrivelsen skal have forrang, mens retsgrundsætningen i AFTL § 6, stk. 2, støtter at kravspecifikationen har forrang.

Det er en klar uhensigtsmæssighed, at K04 ikke angiver en bestemt forrang eller fortolkningsmetode. Problemet kunne være løst ved at inkludere en bestemmelse, der angiver dokumenternes rangorden a la SSA-D pkt. 1.3.

7.2. Det indbyrdes styrkeforhold mellem parterne

Styrkeforholdet mellem kunden og leverandøren i en driftsaftale er præget af den informationsasymmetri, der eksisterer mellem dem i kraft af kundens manglende indsigt i de tekniske aspekter af den ydelse, kunden efterspørger. Allerede tidligt i kontraktforholdet svækkes kundens forhandlingsposition yderligere som følge af, at der opstår et afhængighedsforhold til driftsleverandøren, jf. afsnit 4.1.2.

Disse to forhold er blevet inddraget flere steder i afhandlingen til støtte for bestemte fortolkninger af retsgrundsætninger og bestemmelser i D17 hhv. K04, men der er grænser for, hvor langt man kan strække synspunktet: Det er f.eks. klart, at synspunktet ikke vejer lige så tungt i de mange tilfælde, hvor kunden bistås af en teknisk rådgiver, der så at sige kan lukke vidensspringet mellem kunden og leverandøren.¹⁵⁷

I entrepriseretten, der ligesom IT-kontraktretten er præget af længerevarende kontrakter, der indgås på baggrund af omfattende projektmateriale, er der tradition for at anse bygherren som en stærk aftalepart, navnlig med henvisning til entrepriseaftaler indgås på baggrund af udbudsmateriale, som bygherren udarbejder, og som entreprenøren kun har kort tid til at gennemgå forud for tilbudsafgivelsen.¹⁵⁸

Netop dette forhold gør sig også gældende for driftsaftaler, hvor det selv for private kunder, der ikke er omfattet af UBL's regler om offentlige udbud mv., kan give mening at gennemføre udbud.¹⁵⁹ På den baggrund er det relevant at overveje, om det giver mening at opretholde synet på kunden i en driftsaftale som den svage part, som baggrundsretten bør være indrettet til at beskytte.

¹⁵⁷ *Horsfeldt*, IT Outsourcing, s. 29

¹⁵⁸ *Hansen*, Det entrepriseretlige hjemmelsproblem, s. 224f, og AB18-betænkning, s. 67, der begge henviser til KFE 1981.4 VBA

¹⁵⁹ *Horsfeldt*, IT Outsourcing, s. 36-39

Hvis kunden og leverandøren i højere grad ses som ligeværdige parter i aftaleforholdet, eller man ligefrem anser kunden for at være den stærke part, vil det have betydning for nogle af afhandlingens konklusioner:

For det første må der stilles højere krav til, hvad kunden bør indse ved gennemgang af aftalen og dens bilag. Retsgrundsætningen i AFTL § 6, stk. 2, er i afsnit 5.1.2 blevet brugt til at argumentere for, at leverandøren skal fremhæve, hvis hans tilbud afviger fra kundens udbudsmateriale, eller risikere at hans forbehold mv. ikke kan anses for vedtaget. Hvis kunden anses for den stærke part, må retsstillingen i stedet være sådan, at det er kundens egen risiko, om han indser, at leverandørens tilbud indeholder forbehold og afvigelser.

Dernæst må der - i højere grad end det i den ovenstående analyse er beskrevet - kunne pålægges kunden et ansvar for at give leverandøren urigtige oplysninger om de faktiske forhold, han skal levere ydelsen under. Den stærke kunde må med andre ord bære mere af risikoen for, at ydelsen fordyres eller ikke kan leveres, fordi leverandørens væsentlige og kendelige forudsætninger for at levere ydelsen svigter.

For fra starten at gøre det klart for begge parter, hvilke forventninger de med føje kan have til hinanden, og for at afklare parternes indbyrdes styrkeforhold kan D17 og K04 med fordel hente inspiration fra den statslige udviklingskontrakt, K02: For at imødegå tvister indeholder K02 i pkt. 5.3 en såkaldt modenhedsmodel, der indebærer, at parterne på forhånd beskriver deres kompetencer inden for og erfaringer med IT-projekter. Såfremt parterne ikke lever op til det modenhedsniveau, de selv har opgjort, har de misligholdt deres forpligtelser iht. kontrakten.

Due diligence-undersøgelser ifm. indgåelse af driftsaftaler stiller - ligesom de udviklingsprojekter K02 regulerer - store krav til begge parter, og hvis parterne går ind i aftaleforholdet uden kendskab til hinanden, herunder hinandens kompetencer og erfaringer med driftsaftaler, opstår der risiko for misforståelser. Det vil derfor være gavnligt, at kunden og leverandøren på forhånd beskriver og opgør deres erfaring med at gennemføre due diligence og driftsaftaler.

Leverandøren kan på den måde vurdere i hvor høj grad, han tør stole på de oplysninger, der kommer fra kunden, eller om leverandøren er nødt til at undersøge forholdene selv. Det vil naturligvis have betydning for leverandørens prissætning af due diligence-undersøgelsen og evt. risikotillæg.

Modenhedsbeskrivelsen vil også indebære fordele for kunden, der dels får endnu et parameter, som han kan sammenligne tilbudsgivere på baggrund af; dels får en konkret målestok for hvilke kompetencer, han kan forvente og kræve af leverandøren.

8. Konklusioner

Afhandlingen har analyseret den obligations- og IT-kontraktretlige baggrundsret og de to standardkontrakter, D17 og K04 mhp. at fastslå, *hvordan risikoen for afklaring af de faktiske forhold, driftsydelsen skal leveres under, placeres inden for hver af disse retsordener.* Analysen har tydeliggjort, at der ikke findes en fast praksis for gennemførelse af due diligence i driftskontrakter, og at den baggrundsretlige retsstilling ikke slår rent igennem i D17 og K04.

Analysen af baggrundsretten tog afsæt i realdebitors objektive hæftelse for at levere en kontraktmæssig ydelse, hvis ydelsen er beskrevet som en resultatforpligtelse. Med dette udgangspunkt blev det konkluderet, at det er leverandøren, der i sin egenskab af realdebitor som udgangspunkt bærer hele risikoen for, om de faktiske forhold, som driftsydelsen skal leveres under, er afklaret. Leverandøren bærer dermed som udgangspunkt både risikoen for due diligence-oplysningernes fuldstændighed og rigtighed.

Analysen viste dog også, at der gælder fire undtagelser til udgangspunktet: Kunden kan således komme til at bære en del af risikoen, hvis 1) leverandøren har taget klart fremhævede forbehold over for kundens udbudsmateriale og oplysninger, jf. retsgrundsætningen i AFTL § 6, stk. 2, 2) leverandørens relevante forudsætninger svigter, 3) kunden giver leverandøren urigtige oplysninger eller 4) kunden i øvrigt handler culpøst, f.eks. ved at tilbageholde oplysninger, som kunden burde indse, var relevante.

Derimod kan leverandøren som udgangspunkt ikke frigøre sig fra sit løfte med henvisning til, at løftet er baseret på fejl, f.eks. fordi tilbuddet er baseret på mangelfulde eller urigtige due diligence-oplysninger. Sådanne motivvildfarelser er ikke omfattet af AFTL § 32, og hvis rimelighedsbetragtninger skal føre til samme resultat, som ville følge af en anvendelse af § 32, må det iht. UfR 2000.60 H i hvert fald kræves, at der er tale om en "åbenbar" fejl.

Analysen af baggrundsretten har også vist, at der ikke gælder nogen almindelig obligationsretlig eller særlig IT-kontraktretlig pligt for leverandøren til at undersøge de forhold, han skal levere sin ydelse under. Det kan heller ikke generelt siges, at det vil være culpøst, at leverandøren undlader at gennemføre sådanne undersøgelser. Dette hænger sammen med, at det ikke er givet, at undersøgelsen er nødvendig for leverandøren: Hvis leverandøren kan levere en kontraktmæssig driftsydelse uden at have foretaget nogen som helst undersøgelser, vil der ikke foreligge misligholdelse.

Grundlaget for en pligt til at gennemføre en due diligence-undersøgelse skal derfor findes i parternes kontrakt. Kontrakten må også være udgangspunktet for en vurdering af, hvad der udgør en tilstrækkelig due diligence-undersøgelse.

Vendes blikket mod de to danske standardkontrakter, er det interessant, at D17 indebærer en pligt for leverandøren til at gennemføre en due diligence-undersøgelse, mens K04 ikke gør. Analysen af de to standardkontrakter viste således, at de regulerer spørgsmålet om placering af risiko for afklaring af de faktiske forhold, driftsydelsen skal leveres under, forskelligt.

Når der skal drages konklusioner om, hvordan D17 placerer risikoen for afklaring af de faktiske forhold, ydelsen skal leveres under, er det nødvendigt at have kontraktens opdeling i en due diligence-, en verifikations- og en (eventuel) genforhandlingsfase *in mente*. Inden afslutningen af disse tre faser er det kunden, der bærer risikoen for, at der ikke ved kundens eget udbudsmateriale eller under due diligence-undersøgelsen er blevet tilvejebragt tilstrækkelige eller rigtige oplysninger. Hvis der mangler oplysninger, eller hvis de tilvejebragte oplysninger er urigtige, risikerer kunden at måtte tåle, at kontrakten ændres, hvis ændringen er ”påkrævet”.

Dette gælder dog ikke, hvis leverandøren ”burde have taget højde for” de manglende eller urigtige oplysninger. Leverandøren kan således både komme til at bære risikoen for, at der mangler oplysninger, som leverandøren burde have indset var relevante, men som leverandøren på trods heraf undlod at efterspørge eller tilvejebringe selv, og risikoen for at oplysninger, som leverandøren selv burde have undersøgt rigtigheden af, viser sig at være urigtige.

Når due diligence-processen er afsluttet, og kontrakten går ind i driftsfasen, afskæres leverandørens muligheder for at kræve ændringer af kontrakten som følge af, at Due Diligence Informationen ikke er i overensstemmelse med de faktiske forhold, uanset om det skyldes, at Due Diligence Informationen er ufuldstændig eller urigtig. Dermed overgår risikoen for, om de faktiske forhold er afklaret, fra kunden til leverandøren, der også iht. D17 hæfter objektivt for at levere det resultat, han har forpligtet sig til.

K04 indeholder ikke en due diligence-fase, hvorfor kontraktens faseopdeling ikke kan bruges som udgangspunkt for en beskrivelse af, hvordan K04 placerer risikoen for, om de faktiske forhold er afklaret. I stedet må K04 fortolkes sådan, at der skal sondres mellem to risici: Navnlige risikoen for oplysningernes rigtighed hhv. risikoen for oplysningernes fuldstændighed.

I analysen af K04 blev det konkluderet, at K04’s forudsætning om, at kunden tilvejebringer alle nødvendige oplysninger, hverken har betydning for leverandørens hæftelse eller placeringen af risikoen for afklaring af de faktiske forhold.

Når der henses til at leverandøren i overensstemmelse med det baggrundsretlige udgangspunkt hæfter objektivt for at levere en kontraktmæssig ydelse, er K04’s manglende

muligheder for at ændre ydelsen eller justere vederlaget som følge af, at alle forhold ikke var fuldt afklarede ved kontraktindgåelsen, ensbetydende med, at det er leverandøren, der som udgangspunkt bærer risikoen for alle forhold, der forhindrer eller fordyrer kontraktmæssig opfyldelse. Leverandøren må forventes på forhånd at have gjort sig bekendt med udbudsmaterialet og vurderet, om de foreliggende oplysninger om de faktiske forhold, driftsydelsen skal leveres under, er tilstrækkelige til at leverandøren kan udarbejde og prissætte et endeligt tilbud.

Leverandøren må dog være berettiget til at stole på, at de oplysninger, kunden har tilvejebragt, er rigtige, herunder at oplysningerne er klare og ikke indbyrdes modstridende.

På den baggrund blev det konkluderet, at K04 placerer risikoen for, om kunden har tilvejebragt tilstrækkelige og fuldstændige oplysninger om de faktiske forhold, driftsydelsen skal leveres under hos leverandøren, mens risikoen for oplysningernes rigtighed placeres hos kunden.

Litteraturliste

- Bo Madsen, Palle, Aftalefunktioner, 1. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1983
- Bryde Andersen, Mads, Om forudsætninger og formueretlig argumentation, i *Torsten Iversen, Lars Hedegaard Kristensen og Erik Werlauff (red.)*, Hyldestskrift til Jørgen Nørgaard, s. 591
- Bryde Andersen, Mads, IT-retten, 2. udgave, Gjøellerup, 2005
- Bryde Andersen, Mads, Grundlæggende aftaleret – Aftaleretten I, 4. udgave, Gjøellerup, 2013
- Bryde Andersen, Mads, Enkelte transaktioner – Aftaleretten III, 3. udgave, Gjøellerup, 2016
- Desai, Jimmy, Service Level Agreements – A legal and practical guide, 1. udgave, IT Governance Publishing, 2010
- Frank Madsen, Christian & Østergaard, Kim, Nærmest til at bære risikoen i kontraktretten – En overset obligationsretlig grundsætning?, *Juristen*, 2017, nr. 2, s. 35
- Gomard, Bernhard, Obligationsret, 1. del, 5. udgave ved Torsten Iversen, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2016
- Gomard, Bernhard; Godsk Pedersen, Hans Viggo & Ørgaard, Anders, Almindelig kontraktsret, 5. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2015
- Hansen, Ole, Det entrepriseretlige hjemmelsproblem – modsætningsforhold eller fællesskab?, 1. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2008

- Henschel, René F., Conformity of Goods in International Sales Governed by CISG Article 35: Caveat Venditor, Caveat Emptor and Contract Law as Background Law and as a Competing Set of Rules, NJCL 2004/1
- Horsfeldt, Ole, IT Outsourcing, 1. udgave, Forlaget Thompson, 2005
- Hørlyck, Erik, Tilvirkningskøbet, 1. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1996
- Hørlyck, Erik, Entreprise – AB 18, 8. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2019
- Iversen, Torsten, Loyalitetspligten i entrepriserelationer - refleksioner i anledning af Ole Hansen: Det entrepriseretlige hjemmelsproblem, T:BB 2008.103
- Iversen, Torsten, Entreprenørens indsigelsespligt ved projektmangler, UfR 2013B, s. 351
- Iversen, Torsten, Entrepriseretten, 1. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2016
- Iversen, Torsten, Obligationsret, 2. del, 5. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2019
- Lego Andersen, Eigil, U2009.476/1H - en udeladt, men ingenlunde uinteressant, dom om kontraktsfortolkning, ET 2009.189
- Lego Andersen, Eigil, Aftalefortolkning, UfR 2014B.367
- Lindberg, Agne & Westmann, Daniel, Praktisk IT-rätt, 3. udgave, Norstedts Juridik, 2001
- Lookofsky, Joseph & Ulfbeck, Vibe, Køb – Dansk indenlandsk købsret, 4. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2015

- Lyng Andersen, Lennart, Aftaleloven med kommentarer, 6. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2014
- Lyng Andersen, Lennart & Bo Madsen, Palle, Aftaler og mellemænd, 7. udgave, Karnov Group, 2017
- Pontoppidan, Caroline & Krejler, Søren P., Due diligence i praksis - med fokus på finansielle og juridiske forhold, 1. udgave, Karnov Group, 2011
- Richter Berg, Stinne, Erstatning ved prækontraktuel ansvar, ET 2009.261
- Schaumburg-Müller, Peer & Werlauff, Erik, Efter Trelleborg - om emittentselskabets eget prospektansvar, UfR 2013B.198
- Skovgaard Ølykke, Grith & Nielsen, Ruth, EU's udbudsregler - i dansk kontekst, 2. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2017
- Torvund, Olav, Kontraksregulering – IT-kontrakter, 1. udgave, Tano Aschehoug, 1997
- Udsen, Henrik, Uagtsomhed som aftalestiftende retsfaktum – et bidrag til den aftaleretlige forpligtelseslære, TfR 1/2006, s. 104
- Udsen, Henrik, IT-kontraktret, 1. udgave, Ex Tuto Publishing, 2014
- Udsen Henrik, IT-ret, 4. udgave, Ex Tuto Publishing, 2019
- Ussing, Henry, Bristende forudsætninger – Bidrag til Læren om formueretlige Tilsagn, 1. udgave, G.E.C. Gads Forlag, 1918
- Ussing, Henry, Aftaler på Formuerettens Omraade, 3. udgave, G.E.C. Gads Forlag, 1950
- Werlauff, Erik, Obligationsretten – en introduktion, 1. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2017

Øvrige materialer og anvendte forkortelser

- Almindelige betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed, jf. Transport-, Bygnings- og Boligministeriets vejledning nr. 9632 af 10. august 2018. Udarbejdet af et udvalg, nedsat af klima-, energi- og bygningsministeren, jf. betænkning nr. 1570. Forkortet AB18.
- Betænkning nr. 1570, Almindelige betingelser i bygge- og anlægsvirksomhed, Trafik-, Bygge- og Boligstyrelsen, juni 2018. Forkortet AB18-betænkning.
- Digitaliseringsstyrelsens oplæg om K04 ved Insight Legals konference om IT-kontrakter, d. 30.-31. januar 2019
- Generel vejledning til K04. Ikke-offentliggjort vejledning til K04, der vedlagdes høringsversionen.
- Introduktionsvejledning til Kontrakt om IT-infrastruktur-services 2017 (IT-drift) (Driftsaftale 2017) af 12. januar 2017. Forkortet Introduktionsvejledning til D17
- K02 Standardkontrakt for længerevarende it-projekter. Udarbejdet af en arbejdsgruppe nedsat af Statens It-råd med repræsentanter fra ministerier og styrelsen, IT-Branchen, Dansk IT og Kammeradvokaten. Ikke ændret siden offentliggørelsen i 2007. Forkortet K02.
- K04 Standardkontrakt for levering af drift og øvrige løbende ydelser til it-systemer. Udarbejdet af Digitaliseringsstyrelsen i samarbejde med Kammeradvokaten. Kontrakten var stadig i høring ved afhandlingens indlevering til bedømmelse. Forkortet K04.
- Master Services Agreement, version 1.05. Udarbejdet af Government Legal Services, sidst ændret 22. februar 2019. Forkortet MSA.
- Standardkontrakt for IT-drift, version 2.0. Udarbejdet af en arbejdsgruppe med repræsentanter fra IT-Branchen, Dansk IT og Danske IT-Advokater. Forkortet D17.

- Statens standardavtaler for IT-anskaffelser, Driftsavtalen. Udarbejdet af Difi, sidst ændret 18. december 2018. Forkortet SSA-D.

Louforkortelser

- AFTL = Aftaleloven
- KBL = Købeloven
- UBL = Udbudsloven

Tidsskrifter

- ET = Erhvervsjuridisk Tidsskrift
- KFE = Kendelser om Fast Ejendom
- NJCL = Nordic Journal of Commercial Law
- T:BB = Tidsskrift for Bolig- og Byggeret
- TfR = Tidsskrift for Rettsvitenskap
- UfR = Ugeskrift for Retsvæsen