

UiO : **Det juridiske fakultet**

Grensedragningen mellom direkte og indirekte tap i programutviklingsavtaler

Kandidatnummer: 718

Leveringsfrist: 26.11.2012

Antall ord: 17 571



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Tema og problemstilling.....	1
1.2	Avgrensninger	3
1.3	Nærmere om programutviklingsavtaler	4
1.3.1	Kontraktsytelsen.....	4
1.3.2	Særtrekk ved avtaleforholdet	5
1.4	Når aktualiseres spørsmålet om grensen mellom de direkte og de indirekte tap?.....	6
1.5	Den videre fremstillingen	8
2	RETTSKILDEBILDET	8
2.1	Innledning	8
2.2	Standardavtaler	9
2.2.1	Statens standardavtale for utvikling av programvare.....	10
2.2.2	IKT-Norges standardavtaler.....	11
2.2.3	Dataforeningens kontraktsstandarder.....	12
2.3	Lov.....	13
2.4	Lovforarbeider	14
2.5	Rettspraksis.....	15
2.6	Kontraktspraksis fra andre områder	15
3	GENERELT OM INNDELINGEN I DIREKTE OG INDIREKTE TAP	17
3.1	Innledning.....	17
3.2	Språklig betydning.....	17
3.3	Indirekte tap i kontraktspraksis.....	18
3.4	Indirekte tap i petroleumskontrakter.....	18
3.5	Indirekte tap i entreprisekontrakter.....	19
3.6	Indirekte tap i kjøpsretten	20

3.6.1	Regelverket	20
3.6.2	Forarbeidenes vurdering av kjøpslovens differensiering av ansvaret basert på tapets art	22
4	DIREKTE OG INDIREKTE TAP I STANDARDAVTALER FOR PROGRAMVAREUTVIKLING	24
4.1	Innledning	24
4.2	Avtaletolkning	25
4.2.1	Generelt om avtaletolkning	25
4.2.2	Særskilt om tolkning av standardavtaler	26
4.3	Reguleres programutviklingsavtalene av kjøpsloven?	28
4.3.1	Innledning	28
4.3.2	Er utviklingsavtalene kjøp?	28
4.3.3	Tilvirkningskjøp	33
4.3.4	Oppsummering	35
4.3.5	Analogisk anvendelse av kjøpslovens § 67 (2) og (3)?	37
4.4	Grensene i standardavtalene for programvareutvikling	42
4.4.1	Innledning	42
4.4.2	IKT-Norges standardavtale om utviklingsprosjekt	42
4.4.3	PS2000	48
4.4.4	SSA-U 2009	55
5	SAMMENFATNING	65
6	LITTERATURLISTE	67

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Programvareutviklingsavtaler er avtaler hvor en leverandør tar på seg å spesialutvikle en programvare eller et system for en kunde, basert på dennes særskilte behov. Programvare kan her være alt fra et regnskapssystem, til styringsverktøy for maskiner.

Ideelt sett vil en programvareutviklingsavtale forløpe som forutsatt av partene: Kunden identifiserer sitt behov, avtale inngås med leverandøren som utvikler programvaren, ofte i samarbeid med kunden. Ved avtalt leveringsdato mottar kunden den avtalte ytelse, eller leverandøren foretar installasjon av denne.

Dessverre viser historien at utviklingsprosjektene i mange tilfeller ikke forløper uproblematisk.¹ Det er i slike tilfeller, hvor en eller begge parter opplever at kontrakten får et irregulært forløp, at spørsmål om erstatning aktualiseres. Da reises viktige spørsmål om hvem av partene som bærer risikoen for de ulike deler av avtalen, hva slags ansvarsgrunnlag som må foreligge for å kreve erstatning, og i hvilket omfang erstatning isåfall kan kreves. Selv om spørsmålet om erstatning således først kommer på spissen idet en slik irregularitet er et faktum, bør, og vil, det som regel være et viktig tema allerede under kontraktsforhandlingene. Hvilke erstatningsregler som skal gjelde vil ikke bare være et viktig moment for den totale balansen i avtalen, men også ha direkte innflytelse på andre sentrale kontraktsbestemmelser som for eksempel vederlaget. Jo større risiko leverandøren bærer, både i form av sannsynlighet for at erstatningsplikt inntreffer, og omfanget av et potensielt erstatningskrav, jo større risikotillegg vil måtte bakes inn i prisen.

Kontroll med hvilket omfang et erstatningskrav kan få, kan oppnås ved hjelp av ulike typer ansvarsbegrensninger. Et viktig element vil her være hvilket ansvarsgrunnlag som skal

¹ *Kontrakter for utvikling av programvare* (2006) s. 33

gjelde for avtalen. I tillegg vil det typisk fastsettes en beløpsbegrensning for hvor stort erstatningskravet maksimalt kan være, for å unngå at dette står i et misforhold til kontraktsverdien.

Temaet for fremstillingen her er en tredje mekanisme for begrensning av ansvaret, nemlig regulering av *hvilke* tapsposter partene vil være ansvarlig for. Dette reguleres gjerne ved å dele tapspostene inn i “direkte” og “indirekte” tap, hvor det ordinært kun er de direkte tapspostene som kan kreves dekket.

Hovedproblemstillingen for oppgaven er hvor en slik eventuell grense mellom de direkte og indirekte tapsposter trekkes i utviklingsavtaler. Temaet er av interesse fordi avtalereguleringene på området til dels er ulike. I tillegg er det begrenset med kildemateriale som kan gi klare retningslinjer for grensedragningen.

I denne sammenheng vil det være relevant å undersøke nærmere hva som ligger i begrepet ”indirekte tap”, herunder hvilke vurderinger som ligger til grunn for å kategorisere en tapspost som direkte eller indirekte.

Hovedfokuset vil imidlertid være å undersøke hva som er kontraktspraksis vedrørende dette for utviklingsavtalene. Dette gjøres best ved en empirisk undersøkelse av noen slike avtaler. Det er i denne type avtaleforhold utbredt å ta utgangspunkt i en standardkontrakt, og det er derfor tre slike som vil undersøkes. Disse er IKT-Norges standardavtale om utviklingsprosjekt (heretter IKT-U), Dataforeningens standardkontrakt for utviklingsprosjekter, PS2000, og Statens standardavtale for programvareutvikling (heretter SSA-U). Samtlige av disse har en klausul om ansvarsbegrensning for det indirekte tap, men bestemmelsenes nærmere utforming varierer. Å studere tre ulike avtaler muliggjør en sammenligning, og et mål vil dermed være å identifisere eventuelle likheter og ulikheter i avtalenes reguleringer på dette punkt.

En kontrakt vil imidlertid sjelden ha bestemmelser på et slikt detaljnivå at ethvert spørsmål kan løses kun ved å se på avtaleteksten. Dette ville i så fall innebære meget uhåndterlige

avtaler. Og selv da ville man ikke kunne detaljregulere ethvert spørsmål, da det ikke er mulig å forutse ethvert potensielt hendelsesforløp. Dette gjelder også for utviklingsavtalene, og det vil derfor måtte foretas en mer dyptgående avtaletolkning. De spørsmål som eventuelt ikke besvares i den enkelte avtale, må forsøkes løst ved hjelp av bakgrunnsretten.

En del av spørsmålene er av generell kontraktsrettslig interesse, og i det minste av generell interesse for IT-kontrakter. På enkelte områder vil allikevel drøftelsene naturlig nok være preget av særtrekkene ved utviklingsavtaler.

1.2 Avgrensninger

Temaet er grensedragningen mellom direkte og indirekte tap i programutviklingsavtaler. De øvrige regler om erstatning berøres der dette anses nødvendig, men det er ingen målsetting å her gi en komplett oversikt over disse reglene for programutviklingsavtalenes vedkommende. En kort introduksjon til vilkårene for erstatning, herunder hva som er ansvarsgrunnlaget i disse tilfellene, vil gis under, men utover dette vil vilkårene for å kunne kreve erstatning ikke drøftes.

Erstatningskrav på bakgrunn av rettsmangel reguleres av egne bestemmelser. Disse vil ikke drøftes her.

Det avgrenses videre mot erstatning på annet grunnlag enn kontrakt, nærmere bestemt grensen mellom direkte og indirekte taps betydning i erstatning utenfor kontrakt.

Standardavtalene som vurderes har stort sett tilsvarende regler om ansvarsbegrensninger både ved leverandørens og kundens mislighold. Drøftelsene kan derfor være aktuelle for begge disse tilfeller, men da problemstillingen ofte er mest aktuell for erstatningskrav fra kunden mot leverandøren, er det dette det vil fokuseres på.

Videre er fremstillingen begrenset til å behandle avtaler mellom næringsdrivende. De spesielle hensyn som må tas ved et eventuelt forbrukerkjøp er derfor ikke vurdert her. Det må

imidlertid antas å være ytterst sjeldent at en avtale om programvareutvikling inngås på vegne av en forbruker.

1.3 Nærmere om programutviklingsavtaler

I fremstillingen her benyttes begrepene ”utviklingsavtaler”, ”programutviklingsavtaler” og ”programvareutviklingsavtaler” om hverandre, uten at noen meningsforskjell er intendert. Det samme gjelder begrepene avtale og kontrakt.

1.3.1 Kontraktsytelsen

Det skal ikke her gis noen fremstilling av hvordan selve utviklingen foregår. Det er imidlertid av interesse å se litt nærmere på hva ytelsen faktisk består i.

Kontraktsytelsen er en programvare, med tilhørende dokumentasjon.² Det dreier seg imidlertid om en programvare som ikke eksisterer på tidspunktet for avtaleinngåelsen, i alle fall ikke i den formen kunden ønsker. Kunden inngår en utviklingsavtale med leverandøren nettopp fordi det ikke finnes tilgjengelig standard programvare på markedet som tilfredsstiller kundens behov. Dette elementet av nyutvikling er karakteristisk for utviklingsavtalene.³

Dette innebærer ikke at *alle* deler av programvaren er nyskapninger. Leverandøren vil som regel benytte en del allerede utviklede moduler. Dette er biter av ferdig programvare, som kan brukes i flere sluttresultat. Disse delene vil imidlertid kunden som regel bare få en begrenset disposisjonsrett til, se punkt 4.3.2 under. I hvilken grad det kan tas utgangspunkt i slik allerede utviklet og tilgjengelig programvare, vil naturlig nok variere fra avtale til avta-

² *Kontrakter for utvikling av programvare* (2006) s. 41-42

³ *ibid* s. 41

le. I en del tilfeller vil det nok egentlig være mest korrekt å tale om *tilpasning* av programvare fremfor *utvikling*.⁴

Videre kreves det også en betydelig arbeidsinnsats, både for å gjennomføre den nyutvikling som kreves, og for å sette de allerede utviklede modulene sammen med nyutviklingen og således skape programvaren i henhold til kundens krav.

Oppsummeringsvis kan det dermed sies at kontraktsytelsen består av en kombinasjon av allerede utviklede moduler og nyutvikling. Arbeidsprestasjon vil være en vesentlig del av ytelsen i programutviklingsavtaler.

1.3.2 Særtrekk ved avtaleforholdet

Det følger av det som er sagt om kontraktsytelsen at mange momenter vil være uklare for partene på tidspunktet for avtaleinngåelsen. Mens det tilsynelatende er enighet om hvilke funksjoner programvaren skal ha, kan det være mer uavklart hvordan det endelige sluttproduktet skal se ut, hvilke verktøy som skal benyttes eller hvordan disse skal utvikles. Sagt på en annen måte – partene har en idé om hva de vil oppnå, men ikke nødvendigvis hvordan dette skal gjennomføres.

I og med at veien altså til dels blir til mens man arbeider mot målet, må det tas høyde for at det kan skje endringer underveis i utviklingen. Det kan også være vanskelig å på forhånd fastsette en nøyaktig tidsplan for utviklingen og for ferdigstillelsen. Dette medfører også at særlig leverandøren vil kvie seg for å binde seg til en på forhånd fastsatt totalpris.

I tillegg vil ofte den kunnskapsmessige avstand mellom leverandør og kunde være stor.⁵ Alt dette er med på å gjøre utviklingsavtalene til en meget kompleks avtaletype.

Selve utviklingen organiseres som regel på en av to hovedmåter:

⁴ Se nærmere om dette i *Kontrakter for utvikling av programvare* (2006) s. 41

⁵ *ibid* s. 31

Fossefallsmetoden innebærer meget kort fortalt at det i forkant av utviklingen utarbeides en detaljert kravspesifikasjon, som leverandøren så skal levere et program i henhold til.⁶

Iterativ metode innebærer en mer trinnvis utvikling hvor kunden i større grad deltar aktivt. Det utarbeides ingen detaljert kravspesifikasjon på forhånd, idet metoden er tiltenkt å ta høyde for at denne i stor grad kan endre seg underveis.⁷

1.4 Når aktualiseres spørsmålet om grensen mellom de direkte og de indirekte tap?

I juridisk litteratur deles fremstillinger av erstatningsrett i kontrakt ofte inn i to grupper: Grunnlaget for erstatningsansvaret og erstatningsutmålingen.⁸ Til den første gruppen hører de ulike vilkår som må være oppfylt for at det skal foreligge en rett til erstatning. Den andre gruppen viser hvordan erstatningen skal utmåles når det først er avgjort at det foreligger et ansvarsgrunnlag. Tidsmessig kan man altså si at spørsmål knyttet til erstatningsberegningen behandles etter at det er avklart at det foreligger en rett til erstatning.

Grensedragningen mellom de direkte og indirekte tap hører hjemme i reglene om erstatningsberegningen. Grensen trekkes for å gi svar på hvilke tapsposter som kan kreves dekket. I en faktisk erstatningssak vil spørsmålet derfor kun bli aktuelt når det allerede er avklart at det foreligger en rett til erstatning.

Av dette følger at det ligger noe utenfor temaet her å drøfte vilkårene for at erstatningsplikt skal inntreffe. Allikevel, i og med at disse reglene danner et så viktig bakteppe for erstatningsberegningen, er det nødvendig å ha en viss oversikt over disse. Jeg finner det derfor hensiktsmessig å gi en meget kort presentasjon av hovedreglene for at erstatningsansvar skal foreligge.

⁶ *Kontrakter for utvikling av programvare* (2006) s 45

⁷ *l.c.*

⁸ Se bl. a. Krüger (1999) s. 433-484 og s. 501-520 og Hagstrøm (2003) s. 450-517 og s. 518-570

Det oppstilles tradisjonelt tre grunnleggende vilkår for erstatningsansvar. Dette er at et *økonomisk tap* må ha materialisert seg, det må foreligge et *ansvarsgrunnlag*, og det må være *adekvat årsakssammenheng* mellom det ansvarsbetingende forhold og tapet som oppstår. Disse kravene gjelder for erstatning både i og utenfor kontraktsforhold.⁹

Hvorvidt det har oppstått et økonomisk tap og om det foreligger adekvat årsakssammenheng må vurderes konkret, og vil ikke behandles nærmere her.

Det er vanlig å kontraktsregulere hvilke betingelser som må være oppfylt for at det skal foreligge ansvarsgrunnlag, og dette er også gjort i standardkontraktene som behandles her. To av avtalene som vil vurderes, PS2000 og IKT-U, opererer med objektivt ansvar med unntak for force majeure, men med betydelige begrensninger i hvilke tapsposter som kan kreves dekket og hvilket omfang erstatningen kan få. Den tredje standardavtalen som tolkes her, SSA-U, angir at det er grunnlag for erstatning dersom tapet kan tilbakeføres til ”forsinkelse, mangel eller annet mislighold”, med mindre parten kan godtgjøre at misligholdet ikke skyldes denne (omvendt bevisbyrde).

For PS2000 og IKT-U innebærer dette at kravet til ansvarsgrunnlag vil være oppfylt dersom det konstateres forsinkelse eller mangel, og dette ikke skyldes kunden.

I SSA-U er kravet til ansvarsgrunnlag oppfylt dersom leverandøren ikke kan godtgjøre at forsinkelsen eller mangelen ikke skyldes forhold på dennes side.

Dersom det i tillegg kan dokumenteres at det har oppstått et økonomisk tap, og det foreligger adekvat årsakssammenheng mellom misligholdet og tapet, foreligger det i utgangspunktet en rett til erstatning.

⁹ Hagstrøm (2003) s. 450

Dette utgangspunktet modifiseres ved at samtlige av de tre standardavtalene angir et system med konvensjonalbøter ved forsinkelse. Erstatning for forsinkelse tilkjennes da i SSA-U og IKT-U kun dersom det kan påvises et tap større enn de påløpte bøter, idet disse kommer til fradrag i en eventuell erstatning. I PS2000 tilkjennes kun erstatning for forsinkelse utover dagbotperioden.

Når spørsmålet om grunnlaget for erstatning er avklart, går man over til selve erstatningsberegningen, og det er da spørsmålet om hvilke tapsposter som er henholdsvis direkte og indirekte reises.

1.5 Den videre fremstillingen

Jeg vil i det følgende først ta for meg hvordan rettskildebildet ser ut for utviklingsavtalene i punkt 2 under. Dette vil være av sentral betydning for den avtaletolkning som siden skal foretas. Under punkt 3 vil det forsøkes å kartlegge nærmere hva som ligger i begrepene direkte og indirekte tap. Det vil da benyttes kilder både fra juridisk teori om alminnelig kontraktsrett, kontraktspraksis, og kjøpsloven. Det begrepsinnhold som avdekkes her vil også stå sentralt ved den avtaletolkningen som foretas under punkt 4. Her vil det først vurderes hvorvidt utviklingsavtaler som avtaletype reguleres av kjøpsloven. Deretter foretas en drøftelse av hvordan noen typiske tapsposter vil klassifiseres som enten direkte eller indirekte i henhold til den enkelte avtale. De samme tapsposter drøftes ved hver avtale for å synliggjøre likheter og forskjeller.

I det avsluttende punkt 5 vil jeg deretter gi en kort redegjørelse for betydningen av de funn som er gjort.

2 Rettskildebildet

2.1 Innledning

Innledningsvis er det hensiktsmessig å se på rettskildebildet for utviklingsavtaler. Som fremstillingen vil vise, er bildet preget av at IT-bransjen er forholdsvis ung og under stadig

utvikling.¹⁰ Vi har også begrenset med rettspraksis på området, og sparsommelig med faglitteratur om temaet.

Selv om det kan hefte enkelte særtrekk ved programutviklingsavtaler er det allikevel kontrakter det er snakk om. Alminnelig kontraktsrett er derfor relevant. Det samme gjelder avtalerettens prinsipper for avtaletolkning.¹¹

2.2 Standardavtaler

Som gjennomgangen under vil vise, har vi tre større utgivere av standardavtaler til anvendelse for dette formål på det norske marked. Disse utgir, i tillegg til en rekke andre avtaler tilpasset blant annet IT-kjøp, konsulenttjenester og vedlikeholdsoppdrag, hver sine standardavtaler til anvendelse for programvareutvikling. Avtalene tar sikte på å gi en balansert regulering av de mest vesentlige spørsmål, selv om noen vil hevde at enkelte av avtalene er mer fordelaktige enten i retning av kunde- eller leverandørsiden.

I tillegg til disse standardkontraktene, som enten ligger gratis tilgjengelig for allmennheten, eller kan kjøpes, har en rekke større aktører på både kunde- og leverandørsiden utviklet sine egne standardvilkår. Disse vil ikke vurderes i fremstillingen her.

Ved bruk av en standardkontrakt er det naturligvis en rekke punkter som må tilpasses konkret for det aktuelle avtaleforhold. I hvor stor grad avtalene bearbeides og tilpasses avhenger av kontraktsytelsens omfang, verdi og kompleksitet, og naturligvis av avtalepartene. Standardkontraktene tilrettelegger for slik individuell tilpasning, men tilpasningene oppfordres gjerne til å gjennomføres i avtalenes bilag. Endringene bør gjøres med et bevisst fokus på å

¹⁰ *Kontrakter for utvikling av programvare* (2006) s. 46 og Torvund (1997) s. 28

¹¹ Torvund (1997) s. 29

unngå motstridende bestemmelser, at sentrale punkter står uregulert, eller at den helhetlige sammenhengen i avtalen går tapt.¹²

Standardavtalenes rolle som rettskilde har to sider. På den ene side benyttes avtalene ofte i praksis, og en tolkning av disse vil således bidra til å kartlegge hva som er å anse som direkte og indirekte tap i det faktiske avtaleforhold. På den annen side er avtalene et uttrykk for hva som er praksis i bransjen, og dette kan etter omstendighetene være en rettskilde i seg selv.

Jeg vil nå gi en kort presentasjon av de tre mest vanlige standardkontraktene for utvikling av programvare.

2.2.1 Statens standardavtale for utvikling av programvare

Direktoratet for forvaltning og IKT (heretter Difi) er den som utgir Statens standardavtaler (heretter SSA), som i utgangspunktet er utviklet med tanke på offentlige anskaffelser. Avtalene ble tidligere utgitt ut av Statskonsult og Statens rasjonaliseringsdirektorat. Det er ikke obligatorisk for statlige virksomheter å benytte standardformularene, men det anbefales i Referansekatalogen for IT-standarder i offentlig sektor.¹³ Avtalene benyttes også i et visst omfang blant private aktører.¹⁴

Ved utarbeidelsen av SSA har et sentralt element vært dialog med potensielle brukere på både kunde- og leverandørsiden.¹⁵ Den første SSA var ferdig i 1971, og var tilpasset kjøp av edb-utstyr. Siden den gang har avtalen gjennomgått betydelige endringer, som blant

¹² Se nærmere om dette i *Kontrakter for utvikling av programvare* (2006) s. 65-67

¹³ <http://www.regjeringen.no/nb/dep/fad/dok/lover-og-regler/retningslinjer/2011/referansekatalogen/310-standardavtaler-i-offentlig-sektor.html?id=673018>

¹⁴ *Kontrakter for utvikling av programvare* (2006) s. 63

¹⁵ *l.c.*

annet har ført til økt grad av balanse mellom kunde- og leverandørsiden sammenlignet med førsteutgaven.¹⁶ Imidlertid vil nok mange leverandører hevde at avtalene fortsatt er sterkt preget av at de er utviklet av staten som kunde, og at de således på visse punkter er mer kundevennlige enn omforente standardavtaler ville vært.¹⁷

SSA kan sies å ha vært retningsgivende i utviklingen av markedets tilgjengelige standardavtaler, og ”et sentralt referansepunkt” for disse.¹⁸

Siden førsteutgaven i 1971 har det også, i tråd med at IT-leveranser har blitt mer komplekse, tilkommet en rekke andre SSA-avtaler. I dag finnes totalt 12 forskjellige avtaler, hvis bruk avhenger av leveransens art og omfang, samt en rammeavtale. Samtlige avtaler ligger gratis tilgjengelig på Difi sine websider.

Blant SSA-avtalene finnes også en egen avtale for programutvikling, nemlig Statens standardavtale for programutvikling (heretter SSA-U). Utgaven som behandles i fremstillingen her er SSA-U 2009 V2.

Alle SSA-avtalene benytter samme bestemmelse om erstatningsbegrensning. Tolkningen som foretas av ansvarsbegrensningen i SSA-U, vil således kunne ha en viss overføringsverdi også for de øvrige SSA.

SSA-U følger fossefallsmetoden.

2.2.2 IKT-Norges standardavtaler

Interesseorganisasjonen for IKT-næringen, IKT Norge, har utarbeidet standardavtaler siden 1989. Disse er ifølge IKT-Norge selv Norges mest brukte for sitt anvendelsesområde.¹⁹

¹⁶ *Kontrakter for utvikling av programvare* (2006) s. 36-37

¹⁷ *ibid* s. 63

¹⁸ Torvund (1997) s. 30

Avtalene er utviklet av leverandørsiden, men tar sikte på å balansere forholdet mellom kunde og leverandør, og ivaretar begge parter behov for klare ansvarsforhold.²⁰ IKT-Norge har i dag 11 tilgjengelige standardavtaler, samt en rammeavtale.

Avtalene er i motsetning til SSA ikke gratis tilgjengelige, men kan kjøpes fra IKT-Norge.

Mens Statens standardavtaler kun har én avtale for programutvikling, har IKT-Norge to ulike hvis bruksområde avhenger av leveransens omfang. Avtalen som er vurdert i fremstillingen her er avtalen for utviklingsprosjekter (heretter IKT-U), som ifølge IKT-Norge er ”beregnet på store og kostbare utviklingsprosjekter”. Det er imidlertid sannsynlig at drøftelsen ville bli den samme også for IKT-Norges standardavtale om systemutvikling, som er beregnet på enklere og mindre utviklingsprosjekter. Ordlyden i bestemmelsen vedrørende indirekte tap er den samme i begge avtaler.

Også IKT-U følger fossefallsmetoden.

Det er den 5. utgaven av IKT-U fra 2010 som her behandles.

2.2.3 Dataforeningens kontraktsstandarder

PS 2000 er en kontraktsstandard for systemutvikling, og ble opprinnelig utviklet under forskningsprogrammet ”Prosjektstyring 2000” i regi av NTNU og SINTEF.²¹ Avtalen ble utviklet i samarbeid mellom parter fra både kunde- og leverandørsiden. Den kan ikke sies å være en fremforhandlet avtale mellom disse, men er det nærmeste vi kommer dette blant standardavtalene for programvareutvikling. I dag har Den Norske Dataforening, Norges

¹⁹ Ifølge <http://ikt-norge.no/standardavtaler/>

²⁰ *Kontrakter for utvikling av programvare (2006) s. 63*

²¹ Ifølge <http://www.dataforeningen.no/it-kontraktsstandarden-ps2000.4598709-134109.html>

største IT-faglige forening²², ansvaret for forvaltning og videreutvikling. Det har også tilkommet flere avtaler til anvendelse for forvaltning av programvare og IT-driftstjenester.

PS 2000 skiller seg fra SSA-U og IKT-U ved at den tar utgangspunkt i en iterativ prosjektmodell. Standarden legger derfor opp til at rammebetingelser, muligheter og behov kan endres underveis i prosessen.²³

PS 2000 har blitt revidert siden førsteutgaven, og det er 3. versjon som benyttes her.

2.3 Lov

Vi har ingen egen lov som gjelder særskilt for IT-anskaffelser. Imidlertid er det, som fremstillingen her vil vise, et spørsmål hvorvidt denne type avtaler reguleres av kjøpsloven.

Kjøpsloven angir i § 1 (1) sitt virkeområde som *kjøp*, men gir ingen ytterligere definisjon av hva kjøp er. I teorien synes det vanlig å stille fire vilkår for at noe skal defineres som kjøp. Det må skje en *overføring* av et *formuesgode* mot *betaling*, enten i form av penger eller naturalia. Sist må denne overføringen skje på bakgrunn av en *avtale* mellom partene.²⁴

Det må her også påpekes at kjøpsloven innehar en bestemmelse i § 3 om at den viker for avtale, etablert praksis mellom partene og annen bindende handelsbruk eller sedvane. Bestemmelsene i kjøpsloven kommer således bare til anvendelse dersom et kontraktsspørsmål ikke finnes løst gjennom disse kildene.

Selv om konklusjonen skulle bli at avtalen ikke direkte reguleres av kjøpsloven, oppstår spørsmålet om en kontrakt, til tross for at den ikke kan sies å dreie seg om kjøp i kjøpslo-

²² Ifølge <http://www.dataforeningen.no/om-dataforeningen.134466.no.html>

²³ *Kontrakter for utvikling av programvare* (2006), s. 64

²⁴ Krüger (1999) s. 1

vens forstand, har så mange likhetstrekk med de tilfeller som reguleres av kjøpsloven, at en analogisk anvendelse av denne er aktuell.

Et annet spørsmål er om kjøpsloven kan anses som uttrykk for alminnelig kontraktspraksis, og således kommer til anvendelse.

Både ved direkte og analogisk anvendelse av kjøpsloven, må man være bevisst på at denne har et meget bredt virkeområde, og regelverket er også utformet for å passe til det store mangfoldet på kjøpsområdet. Dette innebærer at kjøpsloven ikke kan hensynta særtrekk ved de enkelte rettsområder, noe som igjen medfører at kjøpslovens regler kan passe mindre godt i det konkrete tilfelle. Et aspekt i vurderingen bør dermed være om den løsningen kjøpsloven angir er en *god* løsning for programvareutviklingsavtaler.

Både kjøpsloven § 67 (2) og avhendingslova § 7-1 (2) gir oversikt over hva som skal være å anse som indirekte tap på deres virkeområde. Bestemmelsene har imidlertid hovedsakelig samme innhold, og da kjøpsloven er mest relevant som bakgrunnsrett for utviklingsavtalene, er det denne som vil benyttes som rettskildefaktor i tolkningen av avtalene.

2.4 Lovforarbeider

Lovforarbeider vil først og fremst være aktuelle som rettskilde for de tilfeller som reguleres av den aktuelle lov, idet de kan belyse hvordan lovteksten skal forstås. Imidlertid kan forarbeider også være interessante utenfor lovens direkte virkeområde, da de kan bidra til forståelse for hva som ligger i ulike begreper.

Ofte gir forarbeidene også en oversikt over hvordan rettsstilstanden var før loven ble gitt.²⁵ I kjøpslovens tilfelle vil dette være interessant idet de kan si noe om hvilke bestemmelser som må sies å være positivrettslige, og hvilke som eventuelt er uttrykk for allmenne kontraktsrettslige prinsipper som vil gjelde også utenfor kjøpslovens direkte virkeområde.

²⁵ *Rettskildelære* (2001) s. 68

2.5 Rettspraksis

Som tidligere nevnt er rettspraksis om IT-kontrakter begrenset. Dels skyldes nok det at bransjen er forholdsvis ung. Den sparsommelige rettspraksisen har imidlertid også andre viktige årsaker. For det første legger avtalene ofte opp til et omfattende tvisteløsningssystem nettopp for å unngå å havne i domstolene. Dersom en tvist allikevel går så langt at domstolsbehandling blir aktuelt, vil partene ofte velge voldgift. For det andre er det en kjensgjerning at faktum i disse sakene ofte er meget komplisert, og forståelse for saken krever en ikke ubetydelig teknisk innsikt. Partene vil muligens kvie seg for å satse på at de vil lykkes med å formidle denne tekniske innsikten til dommeren.

Dette er også saker hvor avgjørelsene i meget stor grad avhenger av det konkrete faktum og bevisføringen i den enkelte sak. Dette gjør det vanskeligere å utlede rettsregler fra domstolenes praksis. Dette bidrar igjen til at domstolsbehandling oppleves som lite forutsigbart for partene, og dermed for risikofylt.

Det foreligger imidlertid rettspraksis om tilgrensende spørsmål av mer generell kontraktsrettslig karakter, som også kan være av relevans for fremstillingen her.

2.6 Kontraktspraksis fra andre områder

Som det fremgår ovenfor, er rettskildet bildet spesifikt for IT-kontrakter noe sparsommelig. Det vil da være naturlig å se om kontraktspraksis fra andre rettsområder kan gi noen veiledning.

Innenfor entrepris- og petroleumsvirksomhet har man, i motsetning til innenfor IT-anskaffelser, kommet frem til omforente bransjestandardavtaler som benyttes i de aller fleste større oppdrag. Leveransene her har betydelige likhetstrekk med IT-leveranser, til tross for at fremstillingsmåte og ytelsen rent fysisk er meget forskjellig. I samtlige tilfeller dreier

det seg om tilvirkningskontrakter, hvor utviklingen som regel går over lang tid, og det dreier seg om kompliserte ytelser.²⁶

Standardavtalene for IT-leveranser har hentet inspirasjon fra standardavtaler innenfor entrepris- og petroleumsvirksomhet.²⁷ Det bør derfor undersøkes om disse benytter et tilsvarende system for ansvarsbegrensninger, og i så fall om disse kan gi veiledning til hvordan indirekte tap klassifiseres.

I norsk petroleumsvirksomhet har man lenge benyttet kontraktstandarder. De nyligst reviderte standardvilkår for fabrikasjon av større komponenter til petroleumsvirksomheten på norsk kontinentalsokkel, er Norsk Fabrikasjonskontrakt 2005 (NF 05). Norsk Totalkontrakt 2005 (NTK 05) er et annet sett standardvilkår for anvendelse innen petroleumsvirksomhet. Disse er spesielt tilpasset leveranser som har et betydelig omfang og som inneholder prosjektering, innkjøp, bygging og eventuelt installasjon.²⁸

Innen entrepris anvendes Norsk Standard 8405 (revidert i 2008), heretter NS 8405, til større bygge- og anleggsprosjekter. Det finnes også en forenklet utgave av disse vilkårene, Norsk Standard 8406. Det vil imidlertid her tas utgangspunkt i NS 8405.

Standardene har avanserte kontraktsteknikker blant annet for håndtering av endringer og utvikling, og anses for å være jevnt over rimelig balanserte.²⁹

²⁶ Se nærmere om dette i *Kontrakter for utvikling av programvare* (2006) s. 57-59

²⁷ Kaasen (2006) s. 45-48

²⁸ *ibid* s. 19

²⁹ *ibid* s. 45

3 Generelt om inndelingen i direkte og indirekte tap

3.1 Innledning

Hensikten med denne del av fremstillingen er å forsøke å kartlegge det nærmere innhold av begrepene *direkte* og *indirekte* tap. Jeg vil begynne med den rent språklige betydningen og deretter se nærmere på hvilket innhold de har blitt tillagt i kontraktspraksis.

Da begrepene ble innført i norsk lovgivning med kjoepsloven av 1988, vil jeg til slutt i dette kapittelet ta for meg hvilket innhold begrepene har blitt tillagt der.

3.2 Språklig betydning

Norske ordbøker forklarer ordet *direkte* som noe som skjer eller virker umiddelbart, uten omveier.³⁰ *Indirekte* forklares som noe som virker eller finner sted gjennom mellomledd eller gjennom formidling.³¹ Den rent språklige betydningen av *direkte* og *indirekte* kan, basert på denne forklaringen, illustreres med et eksempel: 3 dominobrikker står oppstilt på en rekke. Vi kaller disse brikkene A, B og C i henhold til den rekkefølgen de står i. Dersom vi dytter på A, faller denne inn i B med den virkning at også B faller. Dette skjer da uten mellomledd, og B sitt fall er derfor en direkte følge av at vi dyttet A. B sitt fall forårsaker deretter at også C faller. Den utløsende handling var fortsatt dyttet på A, men C sitt fall var forårsaket av mellomleddet B. C sitt fall blir dermed en indirekte følge av dyttet på A.

I et slikt eksempel kan det synes uproblematisk å skille mellom det direkte og indirekte. For de mangeartede tapspostene som kan oppstå på kontraktsrettens område, byr imidlertid grensedragningen på større utfordringer.

³⁰ <http://ordnett.no/search?search=direkte&lang=no>

³¹ <http://ordnett.no/search?search=indirekte&lang=no>

3.3 Indirekte tap i kontraktspraksis

I følge kjøpslovens forarbeider, kan det ikke utledes noe entydig innhold av begrepet *indirekte tap* fra kontraktspraksis. Imidlertid benyttes begrepet ”som regel til å beskrive visse mer eller mindre fjerntliggende tapsposter som er vanskelig kalkulerbare på forhånd.”³² Denne usikkerheten kan gjelde både tapets størrelse og risikoen.³³

Tidvis benyttes også begreper som *følgeskader*, *følgetap* eller *konsekvenstap*. I litteraturen brukes begrepene noe om hverandre, og det må kunne legges til grunn at de har samme innhold.³⁴

Hagstrøm benytter begrepet konsekvenstap, og beskriver disse som ”tap som ikke oppstår direkte ved kontraktsbruddet, men er en avledet følge av det”, med det karakteristiske trekk at ”tapene gjerne er partsvariable, d.v.s. at de i større grad enn de direkte tap (som prisforskjell o.l.) vil avhenge av kreditors faktiske situasjon og hva han foretar seg.”³⁵ Konsekvenstap vil derfor i næringsforhold typisk avhenge av hvordan kreditors virksomhet er organisert.³⁶ Også i NU 1984:5 blir indirekte tap beskrevet som skader som beror på kjøperens individuelle forhold.³⁷

3.4 Indirekte tap i petroleumskontrakter

I henhold til art. 32.1 i NF 05, kan ingen av partene holde den andre ansvarlig for egne indirekte tap i tilknytning til kontrakten. Bestemmelsen innebærer at de indirekte tapene forblir hos den parten de rammer. Disse reglene gjelder ”uten hensyn til ansvarsbetingende

³² Ot.prp.nr.80 (1986-1987) s. 40

³³ I.c.

³⁴ Torvund (1997) s. 238

³⁵ Hagstrøm (2003) s. 543, se også *Krokeide* TfR 1979 s. 132 (s. 218)

³⁶ Hagstrøm (2003) s. 543

³⁷ NU 1984:5 s. 187

forhold i noen form fra noen av gruppene”. På dette punkt skiller NF 05 seg vesentlig fra både kjøpsloven og samtlige av standardavtalene som vurderes i fremstillingen her. I NF 05 er ansvar for den andre parts indirekte tap fullstendig avskåret, mens erstatningsplikt for disse postene i henhold til kjøpsloven og standardavtalene for programutvikling er avhengig av skyldgrad.

Mer interessant for denne fremstillingens tema enn reglene om *hvem* som bærer de ulike tapsposter, er artikkelens annet ledd, som gir en ikke-uttømmende oppramsing av *hva* som er å anse som indirekte tap. Dette er blant annet tapt inntekt, tapt fortjeneste, tap forårsaket av forurensning og tapt produksjon.

NTK 05 art.32.1 er identisk med bestemmelsen i NF 05.

Art. 32.1 omhandler bare de indirekte tap som rammer avtalepartene. Den regulerer således ikke eventuelle indirekte tap som kan oppstå hos tredjemann, og som kan resultere i krav mot en av partene. Dette reguleres i stedet av art. 30.3, som gjelder alle former for krav fra tredjemenn. Hvorvidt tapet kategoriseres som direkte eller indirekte har her ingen betydning, i det helt andre kriterier ligger til grunn for plasseringen av ansvaret, nemlig når kravet fremsettes, og kravets størrelse.³⁸

3.5 Indirekte tap i entreprisekontrakter

NS 8405 fastsetter ingen uttrykkelig ansvarsbegrensning for indirekte tap. Erstatning ved mangel reguleres i avtalens punkt 36.5 og går allikevel muligens lenger enn en ansvarsbegrensning for indirekte tap ville gjort. Ifølge denne bestemmelsen er entreprenøren ved ”skader på deler av bygget eller anlegget som ikke omfattes av kontrakten, når skaden er en følge av mangel som skyldes uaktsomhet hos entreprenøren” kun ansvarlig for kostnadene

³⁸ Kaasen (2006) s. 790

tilknyttet utbedring av skadene. Annet økonomisk tap kan kun kreves dekket dersom mangelen skyldes forsett eller grov uaktsomhet.³⁹

I og med at NS 8405 altså benytter et annet system for ansvarsbegrensninger, gir standarden lite direkte veiledning om hva som skal klassifiseres som indirekte tap i programvareutviklingsavtalene. Det kan allikevel være interessant å holde vurderingene av tapspostene opp mot hvilke poster som kan kreves dekket i henhold til NS 8405.

3.6 Indirekte tap i kjøpsretten

3.6.1 Regelverket

Utgangspunktet for reglene om erstatning i kjøpsretten er, som i kontraktsretten for øvrig, prinsippet om full erstatning for tap og utgifter som skyldes kontraktsbruddet.⁴⁰

Av kjøpslovens erstatningsregler i § 27 fjerde ledd, § 40 annet ledd og § 57 annet ledd fremgår det imidlertid at det ikke skal betales for indirekte tap dersom misligholderen bare er erstatningsansvarlig på grunnlag av kontrollansvaret. Dersom misligholderen derimot er ansvarlig på grunnlag av culpa eller ansvar for tilsikrede egenskaper, har han fullt erstatningsansvar. Klassifiseringen av en tapspost som enten direkte eller indirekte, har altså betydning for hvilke tap som faktisk erstattes.

Hva som nærmere skal defineres som indirekte tap i forhold til loven, går frem av kjøpslovens § 67 (2). I forarbeidene presiseres det at det i vurderingen ikke er ”avgjørende om den skadelidende part har hatt direkte utgifter til utenforstående, eller om tapet har form av ekstra interne kostnader i partens virksomhet”.⁴¹

³⁹ Se nærmere om dette i Marthinussen (2006) s. 601-606

⁴⁰ Ot.prp. nr. 80 (1986-1987) s. 120

⁴¹ *ibid* s. 123

Listen som gis over indirekte tap i § 67 (2) er uttømmende. Av dette følger motsetningsvis at alle overskytende former for tap skal anses som direkte. I henhold til lovforarbeidene skal direkte tap omfatte ”tap som er av en slik art og størrelse at de normalt inntreer ved det aktuelle kontraktbrudd”.⁴² Listen består av fire kategorier: driftsavbrudd, avsnstap, tapt fortjeneste som følge av at kontrakt med tredjemann faller bort og tap som følge av skade på annet enn salgstingen selv.

Driftsavbrudd er tap som følge av minsket eller bortfalt produksjon eller omsetning, jf. § 67 (2) bokstav a. Dersom eksempelvis en kontraktsgjenstand leveres mangelfull eller forsinket, kan dette resultere i en reduksjon i kreditors produksjon og omsetning. At kreditor lider tap som følge av at han mister fremtidige avtaler med sine kunder faller inn under denne kategorien.

Avsnstap kan oppstå i de tilfeller hvor tingen ikke kan nyttiggjøres som forutsatt, uten at det kan knyttes direkte til produksjon eller omsetning. Forarbeidene nevner som eksempel på denne tapsgruppen at “mangler ved et innkjøpt EDB-anlegg vanskeliggjør virksomhetens kontorfunksjoner uten at dette i og for seg påvirker produksjon eller omsetning”.⁴³

Tapt fortjeneste grunnet bortfall av tredjemannsavtaler er indirekte tap, men bare såfremt kjøperen uten rimelig grunn lar være å foreta dekningskjøp eller andre tapsbegrensende tiltak. Bestemmelsen gjelder kreditors allerede inngåtte avtaler med tredjemann, typisk ved videresalg av en gjenstand. Det er i disse sammenhengene kun fortjenesten som regnes som indirekte tap – andre tap som oppstår i forhold til tredjemenn er dermed direkte.

Siste indirekte tapsgruppe er tap som følge av skade på annet enn salgstingen selv, eller på gjenstander som den brukes til framstilling av eller som har nær og direkte sammenheng med dens forutsatte bruk. Formuleringen ”annet enn” er essensiell for forståelsen her, idet

⁴² Ot.prp. nr. 80 (1986-1987) s. 40

⁴³ *ibid* s. 124

den innebærer at tap som påløper grunnet skade på en av de nevnte alternativene, er direkte. Bestemmelsen drøftes i Rt. 2004 s. 675, kjent under navnet ”Agurkpinnedommen”, hvor bambuspinner benyttet til å støtte opp agurkplanter viste seg å være infiserte med grønnmuggsmitte. Dette resulterte i omfattende skader på plantene, som ble ansett å ha en slik ”nær og direkte sammenheng” med bambuspinnenenes forutsatte bruk at det falt utenfor det som ble definert som indirekte tap i § 67 annet ledd bostav d.⁴⁴ Tapet ble av Høyesterett funnet å være direkte.

Oppramsingen av de indirekte tapsposter i § 67 (2) modifiseres av § 67 (3) som gjør at de nevnte tapsposter allikevel skal være direkte dersom det dreier seg om kostnader ved kompensasjonstiltak eller øvrige tapsbegrensende tiltak, eller erstatning utbetalt etter forbrukerkjøpslovens § 34. Regelen kalles konverteringsregelen.

3.6.2 Forarbeidenes vurdering av kjøpslovens differensiering av ansvaret basert på tapets art

Til tross for, eller kanskje nettopp på grunn av, at det som nevnt historisk sett er vanskelig å finne et entydig innhold i begrepet indirekte tap, valgte man i kjøpsloven av 1988 å sette opp klart avgrensede kategorier for hva som er indirekte tapsposter, uten nevneverdig rom for skjønn på dette punkt.

Kjøpslovens inndeling er resultatet av en vurdering av hvilke tapskategorier som *typisk* fremstår som mer fjerne og avledede. En slik kategorisering har sine klare fordeler. Den sikrer forutsigbarhet for partene, som dermed på forhånd vet hvilke tapstyper de risikerer å måtte dekke, eller kan kreve dekket. Dette vil også bidra til å redusere antall tvister vedrørende erstatningsberegningen.

⁴⁴ Rt. 2004 s. 675 i avsnitt 60

Samtidig vil en slik inndeling nødvendigvis være preget av kompromisser, og kan slå mer eller mindre heldig ut i det enkelte tilfelle. Uavhengig av hvor forutsigbart, kalkulerbart og nærliggende eksempelvis et driftstap måtte være, vil det i henhold til kjøpsloven regnes som et indirekte tap. Det vil dermed være avskåret fra dekning med mindre ansvarsgrunnlaget er culpa eller garanti. At kjøpslovens inndeling på denne måten kan gi et urimelig resultat i enkelttilfeller, er prisen man må betale for en enkel og lett anvendelig bestemmelse.

Under lovforberedelsene var det uenighet om hvorvidt et slikt differensiert erstatningsansvar basert på tapets art ville være en tilfredsstillende løsning. Den nordiske arbeidsgruppen om kjøpslovsforslag uttalte at et slikt skille ville kunne innebære et strengt ansvar for direkte skader, og et lempeligere ansvar for de indirekte skader. Dette skillet kunne begrunnes med at det var større grunn til å la selgeren bære ansvaret for de typiske og direkte følger av avtalebruddet enn de følger som i større grad avhenger av mer individuelle forhold på kjøperens side. Allikevel gikk arbeidsgruppen imot en slik differensiering av tapets art, da de mente det ikke ville kunne gjennomføres på en tilfredsstillende måte. Arbeidsgruppen uttalte videre:

” Det har nämligen visat sig vara svårt att finna en gränsdragning som skulle vara ändamålsenlig och konsekvent med tanke på de olika situationer som kan förekomma. En uppdelning på olika skadetyper skulle också göra lagtexten alltför komplicerad och svåröverskådlig. Vidare kan en skada av visst slag som i ett sammanhang närmast har karaktären av direkt skada i ett annat sammanhang ha mer indirekt karaktär. Arbetsgruppen har därför stannat för att man inte bör föreslå skilda regler för olika skador. »⁴⁵

Den nordiske arbeidsgruppen vektla altså at en slik kategorisk inndeling i direkte og indirekte tap kunne føre til uheldige resultater i enkelttilfeller. Som kjent valgte man i Norge

⁴⁵ NU 1984:5 s 187

allikevel å innføre dette skillet. Justis- og politidepartementet uttalte i proposisjonen⁴⁶ at man var bevisst kritikken, men allikevel fant oppdelingen hensiktsmessig. I denne vurderingen ble det vektlagt at en ansvarsfraskrivelse for indirekte tap allerede var vanlig i kontraktspraksis, og at lovgivning på dette punkt dermed ville minske behovet for ansvarsfraskrivelser, samtidig som det ville bedre stillingen for de parter som ikke hadde betinget seg slik ansvarsfraskrivelse. Det ble videre vektlagt at de indirekte tap ofte ville være av den art at kjøperen hadde de beste muligheter for å forutse tapene og deres omfang, og til å forsikre seg mot dem.

Departementet kommenterte altså ikke direkte den nordiske arbeidsgruppens bemerkninger om at en slik oppdeling ville kunne gi urimelige resultater i enkelttilfeller. Skillet må imidlertid antas innført på bakgrunn av en avveining av de positive og de potensielt uheldige virkningene, hvor de førstnevnte ble ansett å veie tyngst.

4 Direkte og indirekte tap i standardavtaler for programvareutvikling

4.1 Innledning

Prinsippet om full tapsdekning gjelder som et klart utgangspunkt i kontraktsretten. Dette gjelder også mer avledede og indirekte følger av misligholdet.⁴⁷ Fravikelse av dette utgangspunktet krever faste holdepunkter. I denne del av fremstillingen vil jeg se på hvordan dette er regulert i henholdsvis IKT-U, PS2000 og SSA-U.

Da dette innebærer en avtaletolkning, vil jeg først si litt om prinsippene for slik tolkning, herunder de særhensyn som må tas ved tolkning av standardavtaler.

⁴⁶ Ot.prp. nr 80 (1986-1987) s. 36

⁴⁷ Se bl. a. Selvig (1998) s. 349 og Hagstrøm (2003) s. 543

Jeg vil deretter ta for meg spørsmålet om utviklingsavtalene reguleres av kjøpsloven, med den konsekvens at dens § 67 får direkte anvendelse. Dersom konklusjonen her blir at utviklingsavtalene faller utenfor kjøpslovens anvendelsesområde, må det vurderes hvorvidt kjøpsloven allikevel er relevant som bakgrunnsrett.

Deretter går jeg over til selve tolkningen av standardavtalenes bestemmelser om ansvar for indirekte tap. Jeg vil her forsøke å trekke grensene mellom det direkte og det indirekte tap ved å drøfte hvordan visse typiske tapsposter vil bli kategorisert i henhold til den enkelte avtale. Der avtalen selv ikke gir noe klart svar på dette, må drøftelsen baseres på det nærmere innhold i begrepene ”direkte” og ”indirekte” tap som fremgår av punkt 3 over.

4.2 Avtaletolkning

4.2.1 Generelt om avtaletolkning

Utgangspunktet for avtaletolkning er kontraktens ordlyd.

Målet med avtaletolkningen er først og fremst å fastlegge hva partene har kommet til enighet om, og nettopp ordlyden vil være det klareste uttrykk for dette. Når partene selv har utformet avtalen, vil de forhåpentligvis ha kommet frem til en formulering som uttrykker deres felles intensjoner. I avtaleretten gjelder en *objektiv tolkningsteori*, hvilket innebærer at utgangspunktet må tas i en alminnelig språklig forståelse av ordlyden.⁴⁸ Dersom det er holdepunkter for at avtalepartene har en særegen, men felles, subjektiv forståelse av visse begreper, må dette ordinært tas hensyn til.⁴⁹

⁴⁸ Selvig (1998), s. 273

⁴⁹ l.c.

Også andre aspekter ved avtalesituasjonen som er egnet til å belyse hvordan kontrakten skal forstås, vil imidlertid være relevante. Dette kan eksempelvis være partenes kommunikasjon og forhandlinger forut for avtalen og deres etterfølgende opptreden.⁵⁰

Dersom disse tolkningsdataene ikke medfører noe klart tolkningsresultat, må det treffes et valg mellom de sannsynlige tolkningsalternativene. I tvilstilfeller vil man da ofte velge å tolke vilkåret til ugunst for den som har formulert det, på den bakgrunn at det er denne som i så fall hadde vært nærmest til å forfatte bestemmelsen tydeligere.⁵¹ Dette tolkningsprinsippet kalles gjerne *uklarhetsregelen*.⁵²

Et annet viktig norsk avtalerettslig tolkningsprinsipp er at det skal tilstrebes et resultat som fremtrer som rimelig og fornuftig,⁵³ og dette vil måtte tillegges vesentlig vekt ved tolkningen.

4.2.2 Særskilt om tolkning av standardavtaler

I fremstillingen her er det standardavtaler som er gjenstand for tolkning. Ordlyden kan da ikke på samme måte sies å være et personlig uttrykk for hva partene har ment, ettersom de ikke selv har utformet avtaleteksten. En særegen subjektiv forståelse av visse begreper hos de som *har* utformet avtaleteksten vil da heller ikke kunne tillegges vekt, i det hensikten med en standardavtale er at den skal kunne tas i bruk av parter som ikke har vært med på selve kontraktsutformingen. Dette tilsier at den objektive forståelsen av ordlyden må tillegges desto større vekt. Dersom det benyttes uttrykk eller begreper som har en spesiell betyd-

⁵⁰ Selvig (1998) s. 274

⁵¹ Se bl. a. Rt. 1979 s. 676

⁵² Selvig (1998), s. 276

⁵³ Jf. Hagstrøm (2003) s. 43, jf. Selvig (1998) s. 273

ning eller innhold særegent for IT-bransjen, vil dette likevel etter omstendighetene måtte tas hensyn til.⁵⁴

Selv om det benyttes en standardavtale, vil det i et konkret avtaleforhold kunne være av interesse å se på momenter rundt selve avtaleinngåelsen som nevnt over. Fremstillingen her tar imidlertid utgangspunkt i standardavtalen som sådan. Det vil da ikke være aktuelt å ta hensyn til slike mer konkrete tolkningsmomenter, rett og slett fordi de ikke foreligger her. Det samme gjelder uklarhetsregelen som nevnt over, som i et konkret tilfelle kunne føre til at en uklar bestemmelse i standardavtalen ble tolket til ugunst for den som insisterte på anvendelse av denne.⁵⁵

I en dom inntatt i Rt. 1981 s. 445 uttalte Høyesterett at det utvilsomt er ”grunn til å utvise atskillig varsomhet ved tolkingen av en avtale som knytter seg til en standardkontrakt, som partene neppe i synderlig grad overveier innholdet av ved kontraktsslutningen.” Avtalesituasjonen gir mindre bidrag til tolkingen når vilkårene ikke er et resultat av partenes særskilte vurderinger. Rimelighetsbetraktninger vil derfor få større plass.⁵⁶ Slike hensyn kan tas ved avtaletolkning i et konkret avtaleforhold, men ikke i fremstillingen her.

Avtaletolkningen vil dermed her hovedsakelig foretas på bakgrunn av en alminnelig språklig forståelse av kontraktens ordlyd. Der denne ikke gir noe klart svar på spørsmålene som skal drøftes, må avtalen heller søkes utfylt med andre rettskilder.⁵⁷ De viktigste av disse rettskildene er behandlet under punkt 2 over.

⁵⁴ Selvig (1998) s. 274

⁵⁵ *ibid* s. 276

⁵⁶ Selvig (2010) s. 329

⁵⁷ Woxholth (2003) s. 458-460

4.3 Reguleres programutviklingsavtalene av kjøpsloven?

4.3.1 Innledning

Drøftelsen her tar utgangspunkt i de tre standardavtalene IKT-U, PS2000 og SSA-U. Det som sies må imidlertid antas å ha overføringsverdi også til andre avtaler om programutvikling, i og med at konklusjonen i større grad avhenger av generelle aspekter ved programutvikling som kontraktsytelse enn konkrete bestemmelser i de ulike avtalene. Det må allikevel tas høyde for at reguleringen i den enkelte kontrakt kan lede til et annet resultat.

Temaet for fremstillingen er, slik det fremgår av punkt 1.2 over, kontrakter inngått mellom næringsdrivende. For partsforholdets anliggende befinner vi oss altså på kjøpslovens virkeområde, jf. kjøpsl. § 1.

4.3.2 Er utviklingsavtalene kjøp?

Av kjøpsl. § 1 fremgår videre at kjøpsloven, som navnet også tilsier, gjelder nettopp for kjøp. Loven gir imidlertid ingen legaldefinisjon av hva dette er. Som tidligere nevnt stilles det tradisjonelt fire vilkår for at noe skal defineres som kjøp. Et *formuesgode* må *overføres* mot *betaling*, og overføringen må skje på bakgrunn av en *avtale* mellom partene.⁵⁸ Disse vilkårene må så prøves på standardavtalene.

Vilkårene om avtale og vederlag kan kort fastslås oppfylt.

Det neste spørsmålet er om spesialtilvirket programvare er et formuesgode. Kjøpsloven gir liten veiledning om hva et formuesgode er. At programvaren har økonomisk verdi kan antas oppfylt gjennom det tidligere nevnte vilkår om vederlag. Kjøpsloven selv snakker om “ting”, jf. § 2, noe som kan henlede tankene til en fysisk gjenstand. Programvare kan være

⁵⁸ Krüger (1999) s. 1

lagret på håndfaste medier, som en cd eller en minnebrikke, hvilket altså vil være en fysisk gjenstand.

Det er allikevel klart at det er *programvaren* man betaler for, ikke lagringsmediet. Hva lagringsmediet er skulle derfor kunne sies å være av sekundær betydning. Utviklingen går også i retning av at selve akkvisisjonen ikke lenger skjer fysisk, men eksempelvis via internett. Det må dermed anses klart at ytelsen i disse tilfeller er et immaterielt gode. Kjøpslovens forarbeider gjør det imidlertid klart at overdragelse av rettigheter er omfattet av kjøpslovens virkeområde, og dermed også immaterielle goder.⁵⁹

Det må etter dette antas at vilkåret om at det må dreie seg om et formuesgode er oppfylt for utviklingsavtalenes del.⁶⁰

Det siste som gjenstår av de fire nevnte vilkår, er da at det må skje en *overføring* av programvaren. Av forarbeidene går det frem at også en overdragelse av lisens eller bruksrett vil være omfattet av loven.⁶¹ Det er således ikke noe vilkår at overføringen gjelder opphavsretten som helhet.⁶² Stiftelse av rettigheter vil derimot falle utenfor loven.⁶³ En avtale om rettighetsstiftelse vil således ikke være en *overføring* i lovens forstand.

Det følger av det som er sagt over at en programvare er et immaterielt gode. Ytelsen består av rettigheter til programvaren. Spørsmålet blir etter dette om utviklingsavtalene innebærer overdragelse av eksisterende rettigheter, eller om det i realiteten er avtaler om stiftelse av rettigheter.

⁵⁹ Ot.prp. nr. 80 (1986-87) s. 48

⁶⁰ Se nærmere resonnementet i *Kontrakter for utvikling av programvare (2006) s. 50*

⁶¹ Ot.prp.nr.80 (1986-1987) s. 48

⁶² Se definisjonen av opphavsrett i åndsverkloven § 2, jf. § 1, og særreglene for ”datamaskinprogrammer” i §§ 39g til 39i.

⁶³ Ot.prp.nr.80 (1986-1987) s. 48

Krüger kan synes å forklare skillet mellom overdragelse og stiftelse som at det vil dreie seg om kjøp der avhenderen oppgir sin ”eiendomsrett” i form av en begrenset bruksrett eller opphavsretten som helhet. Derimot vil i følge Krüger ”ervert av en ikke-eksklusiv bruksrett som skal utøves på linje med – eller i forståelse med – avhenderen ikke kunne anses som kjøp”.⁶⁴ Det avgjørende synes å være omfanget av rettighetene som overdras, eller mer presist hvilke rettigheter avhenderen oppgir i forbindelse med ervervet.

De tre standardavtalene regulerer opphavs- og eiendomsrettighetene noe ulikt.

I SSA-U reguleres opphavs- og eiendomsrettighetene under avtalens punkt 10. Kunden gis eiendomsrett, opphavsrett og andre relevante materielle og immaterielle rettigheter til programvaren, inkludert rett til endring og videreoverdragelse.⁶⁵ Samtidig gis leverandøren en ikke-eksklusiv disposisjonsrett til de enkelte deler av programvaren, inkludert rett til videreutvikling. Leverandøren kan også gi lisenser og overføre elementer av programvaren internt og eksternt, men dersom det dreier seg om hele eller tilnærmet hele løsningen, kreves kundens samtykke.⁶⁶ Begge parter gis altså omfattende rettigheter til den utviklede programvare, men det er kunden som til syvende og sist besitter eiendomsretten til programvaren som helhet.

I IKT-U skilles det mellom rettighetene til produktet, og prosjektverktøyene. Produktet er ifølge avtalens egen definisjonsoversikt systemet som utarbeides eller den tilpasningen som skal gjøres av et allerede eksisterende program.⁶⁷ Eksempler gitt i kontrakten på prosjektverktøy er programvare, dokumenter, metodemateriell, sjekklister og maler. Kunden gis i utgangspunktet opphavs- og eiendomsrett til produktet som utvikles.⁶⁸

⁶⁴ Krüger (1999) s. 6

⁶⁵ Se SSA-U punkt 10.1.1

⁶⁶ ibid punkt 10.1.2

⁶⁷ Se IKT-U punkt 1

⁶⁸ ibid punkt 5.1.1

Leverandøren kan ikke benytte resultatene av prosjektet uten etter særskilt avtale med kunden.⁶⁹ For prosjektverktøyenes vedkommende gis kunden en begrenset bruksrett til disse så lenge prosjektet varer, men rettighetene for øvrig ligger hos leverandøren.

Det er imidlertid selve den utviklede programvaren som er formuesgodet kontrakten gjelder, og denne er det altså kunden som sitter igjen med eierrettighetene til.

I PS2000 reguleres rettighetene til programvaren i avtalens punkt 5. Leverandøren beholder opphavsretten til standard programvare som inngår i leveransen, det vil si de deler av programvaren som ikke er utviklet særskilt for det konkrete prosjektet⁷⁰, se nærmere under punkt 1.3.1 over. Til disse delene gis kunden en begrenset disposisjonsrett.⁷¹ For øvrig programvare som inngår i leveransen, gis kunden full opphavsrett.⁷²

Reguleringene av rettighetene til programvaren i utviklingsavtalene illustrerer her en utfordring ved de vurderingstemaer Krüger oppstiller som relevante for å skille mellom stiftelse og overdragelse av rettigheter. I samtlige avtaler får kunden rettigheter av et slikt omfang at det kan synes naturlig å betrakte det som en overføring. Imidlertid beholder også leverandøren visse bruks- og disposisjonsrettigheter. Til de allerede utviklede modulene, vil kunden som regel gis en begrenset bruksrett, mens leverandøren beholder opphavsretten.

Vurderingen av hvorvidt avhenderen oppgir sin eiendomsrett, eller om mottakeren gis en ikke-eksklusiv bruksrett, blir dermed for utviklingsavtalene meget kompleks, og vil føre til ulike resultater for de ulike deler av ytelsen. Dette gjør det vanskeligere å trekke en entydig konklusjon.

⁶⁹ Se IKT-U punkt 5.2.1

⁷⁰ Se PS2000 punkt 5.1

⁷¹ ibid punkt 5.2

⁷² ibid punkt 5.1

Samtidig vil vilkåret om avhenderens oppgivelse av eiendomsretten medføre at transaksjoner av eksempelvis en CD med musikk eller standard programvare ikke vil være kjøp på førstehåndsmarkedet. Avhender beholder her ordinært rettighetene til fritt å fremstille ytterligere eksemplarer. På annenhåndsmarkedet vil derimot en overdragelse av den samme musikk-CD, ifølge Krügers tolkning, ordinært være et kjøp, da avhender her oppgir sin eierrettighet. En slik distinksjon mellom ikke-kjøp og kjøp ved overdragelse av samme ytelse på henholdsvis første- og annenhåndsmarkedet, synes unaturlig.

I praksis synes det også å være enighet om at overdragelse av en CD med musikk eller standard programvare, eller en DVD med film, er kjøp i kjøpslovens forstand.⁷³

Det kan ikke av dette slutes at avtaler om utvikling av programvare er kjøp, men drøftelsen trekker i retning av at kriteriet om oppgivelse av eierrettighetene på avhendersiden ikke er like godt egnet for denne avtaletypen.⁷⁴

Noe av særpreget ved utviklingsavtalene er at det dreier seg om programvare som ikke eksisterer på tidspunktet for avtaleinngåelsen. Med unntak for de ferdige moduler som benyttes i utviklingen, eksisterer dermed ikke rettighetene til programvaren når avtalen om utvikling inngås. Dette kan trekke i retning av at utviklingsavtalen er en avtale om stiftelse av rettigheter, som altså faller utenfor kjøpslovens anvendelsesområde.

Utviklingsavtalen kan imidlertid også betraktes som en avtale om tilvirkning, hvor rettighetene skapes på leverandørens hånd før de ved levering overdras til kunden. Dersom utviklingsavtalene er kjøpsavtaler, vil det dreie seg om tilvirkningskjøp, og utviklingsavtalene må derfor prøves opp mot kjøpslovens angivelse av hva dette er.

⁷³ *Kontrakter for utvikling av programvare* (2006) s. 51-52

⁷⁴ Se også *Kontrakter for utvikling av programvare* (2006) s. 53

4.3.3 Tilvirkningskjøp

Det er i utgangspunktet ingenting i veien for at en ytelse hvor arbeidsprestasjon også er en viktig del, reguleres av kjøpsloven.

Kjøpslovens § 2 gjelder tilvirkningskjøp, og lyder:

(1) Loven gjelder bestilling av ting som skal tilvirkes, når ikke den som bestiller skal skaffe en vesentlig del av materialet. Loven gjelder ikke avtale om oppføring av bygning eller annet anlegg på fast eiendom.

(2) Loven gjelder ikke avtale som pålegger den part som skal levere tingen, også å utføre arbeid eller annen tjeneste, og dette utgjør den overveiende del av hans forpliktelser.

Forarbeidene begrunner kravet i første ledd om at bestiller ikke må skaffe den vesentlige del av materialet med at det da er mer naturlig å snakke om en tjenesteavtale.⁷⁵ Hensikten med både første og andre ledd er altså å trekke grensen mot tjenesteavtaler.

At tjenesteavtalene ikke skal reguleres av kjøpsloven, begrunnes i forarbeidene med at kjøpslovens regler ikke er utformet med sikte på slike forhold, og dermed ikke er like godt egnet til å regulere disse.⁷⁶

4.3.3.1 Skal kunden skaffe en vesentlig del av materialet?

Etter første ledd vil kjøpsloven ikke regulere de tilfeller hvor kunden skal skaffe en vesentlig del av materialet.

Det følger av det som er sagt under punkt 1.3.1 over, at kontraktsytelsen i utviklingsavtalene består av en kombinasjon av tidligere utviklede moduler, nyutvikling, og øvrig arbeidsprestasjon. Av disse vil det kun være tidligere utviklede moduler det er aktuelt å omtale

⁷⁵ Ot.prp. nr 80 (1986-1987) s. 49

⁷⁶ *ibid* s. 23

som materiale. Selv om det kan forekomme at kunden bidrar med slike moduler, er det som oftest leverandøren som besitter disse. Om dette utgjør en ”vesentlig del”, må avgjøres konkret i det enkelte tilfelle. Forarbeidene angir at det da må foretas en samlet vurdering basert på ikke bare den økonomiske verdien, men også materialenes funksjonelle betydning.⁷⁷

Ordet ”materiale” synes å henspille til noe fysisk, hvilket ikke vil være tilfellet for disse modulene. Imidlertid klargjør forarbeidene at det i lovens bruk av begrepene ”ting” og ”salgsting”, er ment en noe videre betydning enn i dagligtalen, og at også pengekrav og rettighetsposisjoner er ”ting” i lovens forstand.⁷⁸ Når salgstingen kan være av slik abstrakt art, kan det anføres at dette bør gjelde også for materialet benyttet i tilvirkningen.

Det kan allikevel ikke automatisk trekkes en slutning fra at overdragelse av en rettighetsposisjon kan være et kjøp, til at tilvirkning av en rettighetsposisjon vil være et tilvirkningskjøp. I det hele tatt synes det unaturlig å snakke om tilvirkning av en rettighetsposisjon. At rettighetene stiftes synes å være en mer naturlig betegnelse.

4.3.3.2 Utgjør leverandørens arbeidsinnsats den overveiende del av hans forpliktelser?

Etter annet ledd faller de tilfeller hvor leverandørens arbeidsinnsats er av et slikt omfang at den utgjør den overveiende del av forpliktelsen, også utenfor kjøpsloven.

Utviklingsavtaler som også inkluderer tjenester som drift og vedlikehold vil i så måte kunne skille seg fra de rene utviklingsavtaler. Drøftelsen her tar utgangspunkt i de rene programutviklingsavtaler.

Det vil variere fra avtale til avtale i hvilken grad man kan benytte ferdige moduler, og i hvilken grad man må foreta nyutvikling. Dette må til dels vurderes konkret. Det følger av

⁷⁷ Ot.prp. nr 80 (1986-1987) s. 49

⁷⁸ *ibid* s. 48

forarbeidene at det her ikke nødvendigvis er verdien av de forskjellige ytelsene som er avgjørende, men hva det er mest naturlig å kalle avtalen:

”[...] selv om tingen har langt større verdi enn arbeidet, kan det være tilfelle hvor det vil være mest naturlig å karakterisere det hele som en tjensteavtale. Det vil f.eks. være tilfelle ved mange bilreparasjoner kombinert med utskifting av bildeler, hvor det er utbedringen av en feil som er formålet med avtalen og hvor reparatørens fagkunnskap er avgjørende for at utbedringen kan skje.”⁷⁹

Det nevnte eksempelet har overføringsverdi til utviklingsavtalene, hvor det i mange tilfeller vil være av sekundær betydning for kunden om ytelsen hovedsakelig består av nyutvikling eller ferdige moduler. Det han betaler for er programmerers evne til å skape et program. På den annen side kan det neppe sies at leverandørens arbeidsinnsats ”utgjør den overveiende del av hans forpliktelser” dersom han kan ta utgangspunkt i allerede utviklet programvare i så stor grad at det er mer naturlig å kalle det tilpasning av programvare enn utvikling.

Det følger av det som her er sagt at det må avgjøres konkret hvorvidt arbeidsinnsats utgjør den overveiende del av leverandørens ytelse i utviklingsavtalene.

Konklusjonen vedrørende hvorvidt utviklingsavtalene er tilvirkningskjøp i henhold til kjøpsloven er usikker. Som det fremgår er det imidlertid flere momenter som gjør at disse avtalene ikke passer inn i § 2, men dette kan til dels variere fra avtale til avtale.

4.3.4 Oppsummering

Det følger av det som er sagt ovenfor at det er en del aspekter ved utviklingsavtalene som tilsier at de faller utenfor kjøpslovens direkte virkeområde. Da det dreier seg om tilvirkning

⁷⁹ Ot.prp. nr 80 (1986-1987) s. 50

av et immaterielt gode, hvor leverandørens arbeidsinnsats vil stå sentralt, synes det nærliggende å konkludere med at utviklingsprosjektene har mer til felles med tjensteavtaler enn kjøpsavtaler. Hvor godt egnet kriteriene satt for kjøpslovens anvendelse er til å trekke denne grensen, kan imidlertid variere avhengig av de konkrete omstendigheter knyttet til den enkelte avtale.

Det lille som finnes av rettspraksis om spørsmålet har ikke vært konsekvent. I tillegg dreier det seg om underrettspraksis. I en voldgiftsdom av 28. april 1972 ble en utviklingsavtale ansett å være kjøp. Dommen har i etterkant blitt kritisert.⁸⁰ I en dom fra Oslo byrett av 7. mai 1976, ble en bestilling av datamaskin ansett å være kjøp, mens bestilling av programvare ble lagt til grunn å være et arbeidsoppdrag.⁸¹ I en dom inntatt i RG 1988 s. 473 ble en avtale om utarbeidelse av dataprogrammer ansett å være en avtale om konsulentbistand, og ikke kjøp. Om spørsmålet uttalte lagmannsretten:

*”Tilsvarende programmer var ikke laget tidligere, og arbeidets omfang – som åpenbart ble undervurdert – var ikke på det rene. En systemutvikling av denne art har etter lagmannsrettens syn langt flere trekk til felles med konsulenttjenester enn med en avtale om kjøp av sluttproduktet.”*⁸²

I en annen lagmannsrettsdom av 3. november 1992, Eidsivating, ble en dataleveranse bestående av maskinutrustning og spesialtilpasset programvare ansett som et bestillingskjøp. Det kan her synes som om det faktum at det også ble levert maskinvare var vesentlig for konklusjonen. Føyen m.fl. mener å se en tendens i rettspraksis til at det avgjørende for klassifiseringen av avtaleforholdet er hva som *preger* avtalen fremfor en streng vurdering basert på kriteriene oppstilt i teorien.⁸³

⁸⁰ *Kontrakter for utvikling av programvare* (2006) s. 53, jf. Torvund (1997) s. 24

⁸¹ *Kontrakter for utvikling av programvare* (2006) s. 53.

⁸² RG 1988 s. 473 på s. 478

⁸³ *Kontrakter for utvikling av programvare* (2006) s. 54

Selv om konklusjonen altså er noe usikker, legges det i det følgende til grunn at utviklingsavtaler ikke reguleres direkte av kjøpsloven. Denne konklusjonen støttes av Føyen m.fl.⁸⁴

4.3.5 Analogisk anvendelse av kjøpslovens § 67 (2) og (3)?

At utviklingsavtalene ikke direkte hører inn under kjøpslovens anvendelsesområde, innebærer ikke nødvendigvis at loven er uten betydning for deres tolkning. Spørsmålet er om det kan komme på tale med en analogisk anvendelse. Det er her § 67 (2) og (3) det eventuelt er aktuelt å anvende analogisk, og drøftelsen vil derfor konsentrere seg om disse bestemmelsene.

Det var bred enighet om at det i stor grad kunne trekkes analogier til andre rettsområder fra den tidligere kjøpslov av 1907. Det var en vanlig oppfatning at loven var utslag av ulovfestede kontraktsrettslige prinsipper⁸⁵ som fortsatte å gjelde for andre kontraktsområder etter at kjøpsloven kodifiserte dem for kjøpsavtalenes vedkommende.

Det er videre en utbredt oppfatning at også sentrale bestemmelser i kjøpsloven av 1988 ”i stor grad er uttrykk for alminnelige obligasjonsrettslige prinsipper”⁸⁶.

Det kan imidlertid ikke ut i fra dette slutes at hele kjøpsloven av 1988 er kodifisering av alminnelige prinsipper. Dette er heller ikke tilfelle.

Eksempelvis påpeker Hagstrøm at mens kjøpslovens erstatningsutmålingsregler i kapittel X er en lovfesting av alminnelige erstatningsutmålingsprinsipper, er reglene i § 67 (2) som ble innført med kjøpsloven av 1988 av mer positivrettslig art.⁸⁷

⁸⁴ *Kontrakter for utvikling av programvare* (2006) s. 57

⁸⁵ Selvig (2010) s. 169

⁸⁶ Rt. 1999 s. 408 på s. 420

⁸⁷ Hagstrøm (2003) s. 67

Selv om bestemmelsen i § 67 (2) ikke kunne sies å være uttrykk for alminnelige kontraktsrettslige prinsipper ved vedtagelsen av loven i 1988, kan det reises spørsmål ved om den har utviklet seg til å bli det i løpet av de 25 årene som har gått siden loven ble vedtatt.

Vurderingen av om dette kan sies å være tilfelle, kan deles i to. For det første bør det i så fall kunne påvises at aktører på det aktuelle kontraktsområdet anser regelen for å komme til anvendelse. I dette ligger ikke et krav om at aktørene anser det som en bindende og ufravikelig regel, men at de anser den som gjeldende rett med mindre annet er avtalt.

For det andre bør det vurderes om det dreier seg om en god regel.⁸⁸

Det finnes mange eksempler på kontraktspraksis vedrørende inndelingen i direkte og indirekte tap som avviker fra kjøpslovens system. Her kan nevnes NF 05 og NTK 05, og som det vil fremgå nedenfor, IKT-U. Dette er imidlertid ikke i seg selv et avgjørende argument for at kjøpslovens inndeling ikke anses som et allment kontraktsrettslig prinsipp, idet partene uansett har avtalefrihet.

I juridisk litteratur synes det å være bred enighet om at det også i kontraktstyper som ikke reguleres av kjøpsloven er naturlig å se hen til § 67 (2) for veiledning til hva som skal anses som indirekte tap.⁸⁹

Det er imidlertid vanskelig å finne klare holdepunkter i den ene eller andre retning i forhold til om § 67 (2) anses å være et kontraktsrettslig prinsipp.

Det må som nevnt også vurderes om § 67 (2) angir en *god* regel.⁹⁰

⁸⁸ Sml. *Rettskildelære* (2001) s. 258

⁸⁹ Se bl. a. Torvund (1997) s. 238, Kaasen (2006) s. 824 og *Kontrakter for utvikling av programvare* (2006) s. 57

⁹⁰ Sml. *Rettskildelære* (2001) s. 258

PS2000 er som det fremgår av punkt 2.2.3 over, det nærmeste vi kommer en fremforhandlet standardavtale på programutviklingens område. Som det vil fremgå nedenfor henviser denne fullt ut til kjøpslovens inndeling i indirekte tap. Dette kan tale for at denne inndelingen anses for å være balansert. Av punkt 3.6 over fremgår videre at kategoriene i § 67 (2) er fastsatt på bakgrunn av en vurdering av hvilke tapsposter som typisk vil være mer fjerne og avledede, og en vurdering av hvem av partene som er nærmest til å bære den enkelte tapspost.

Vurderingen av en regels ”godhet” går imidlertid ikke bare på hvorvidt den er balansert, men også om den er *egnet* til anvendelse utenfor sitt virkeområde.

Kjøpslovens tapskategorier i § 67 (2) er typiske også for kontraktstyper som ikke nødvendigvis klassifiseres som kjøp. Dette vises eksempelvis ved at kategoriene langt på vei finnes igjen i NF 05, NTK 05 og IKT-U. Disse avtalene nevner imidlertid også andre tapskategorier, som muligens ikke like lett kan plasseres inn kjøpslovens system. Som eksempel kan her nevnes *tap forårsaket av forurensing* i NF 05 og NTK 05, og *tap av data* i IKT-U.

Dersom en tapspost ikke kan plasseres i en av kategoriene i § 67 (2) bokstav a til d, følger det av bestemmelsens system at den er å anse som direkte. Dette er ikke nødvendigvis et ønsket eller tiltenkt resultat for andre kontraktstyper. Kjøpsloven har et bredt virkeområde, og kan dermed ikke ta særlig hensyn til tapsposter som er unike for enkelte typer kontrakter. Dette kan være et argument mot å gi kjøpsloven anvendelse på disse kontraktstypene.

Av punkt 3.6.2 over fremgår det at det under lovforberedelsene ble uttrykt skepsis til en slik kategorisk og lite skjønnsmessige inndeling, blant annet på bakgrunn av at den vil kunne medføre urimelige løsninger i enkelttilfeller. Dette kan også tale imot at regelen skal gis generell anvendelse utover sitt virkeområde.

Det kan på bakgrunn av dette vanskelig konkluderes med at § 67 (2) er uttrykk for alminnelige kontraktsrettslige prinsipp.

Også for § 67 (3) er det vanskelig å finne holdepunkter for om den anses å være et alminnelig kontraktsrettslig prinsipp. Når det gjelder spørsmålet om regelens godhet, er det gode grunner som taler for at en slik regel bør gjelde også utenfor kjøpslovens virkeområde. Forarbeidene begrunner regelen med rimelighetshensyn⁹¹, og dette gjør seg gjeldende også i andre kontraktstyper. Imidlertid sier bokstav b at det er kostnader til tiltak som begrenser ”annet tap enn det som andre ledd omfatter” som skal være å anse som direkte. Hva som er direkte tap i avtaler som ikke reguleres av kjøpsloven vil ikke nødvendigvis være det samme som i § 67 (2). Dette gjør at § 67 (3) er mindre egnet til å gis anvendelse utover kjøpslovens virkeområde.

Sammenhengen mellom annet og tredje ledd gjør altså at konklusjonen om at annet ledd ikke er uttrykk for et alminnelig kontraktsrettslig prinsipp, vanskeliggjør at tredje ledd er det. Bokstav a kan i og for seg allikevel være uttrykk et slikt prinsipp alene, men i mangel av klare holdepunkter for at dette anses som gjeldende rett, kan det neppe konkluderes i den retning.

Selvig nevner også ”utgifter til provisoriske løsninger mens misligholdet pågår” som eksempel på en avledet og indirekte følge i avtaler som ikke reguleres av kjøpsloven.⁹² Dette støtter konklusjonen om at § 67 (3) ikke kan sies å gjelde generelt.

Det kan allikevel være aktuelt med en analogisk anvendelse av § 67 (2) og (3) på utviklingsavtalene. Vurderingene her vil imidlertid langt på vei bli de samme som over.

Det forekommer for øvrig at utviklingsavtaler for programvare, og for så vidt andre avtaler, fastsetter en ansvarsbegrensning for de indirekte tap, uten en nærmere presisering av hva dette er.

⁹¹ Ot.prp. nr 80 (1986-1987) s. 125

⁹² Selvig (1998) s. 349

Som nevnt over er det enighet i litteraturen om at det i slike tilfeller kan være naturlig å hente veiledning fra kjøpslovens kategorisering. Også i kjøpslovens forarbeider forutsettes det at dens inndeling kan anvendes som retningslinje ved tolkingen av kontraktsklausuler som fritar ansvar for indirekte tap.⁹³ En slik uttalelse i forarbeidene om en bestemmelses rekkevidde utenfor kjøpslovens virkeområde kan naturligvis ikke være bindende. Det vil imidlertid være ytterligere et argument i retning av at kjøpslovens inndeling kan bidra til å kaste lys over grensedragningen mellom de direkte og indirekte tap også på andre kontraktsområder.

Konklusjonen blir etter dette at kjøpslovens § 67 (2) og (3) kan gi nyttig veiledning i hvor grensene skal trekkes. En analogisk anvendelse kan imidlertid ikke uten videre legges til grunn. Det bør foretas en konkret vurdering av om tapsposten i det enkelte tilfelle fremstår som indirekte, og om kjøpsloven således gir en god løsning. I vurderingen bør det undersøkes om tapsposten er av en slik art at den fremstår som avledet og fjerntliggende, om den er vanskelig å kalkulere på forhånd og om den i stor grad beror på forhold på kundens side, hvilket ifølge kjøpslovens forarbeider er det nærmere innholdet i begrepet ”indirekte tap”.⁹⁴

Det følger av det som er sagt her, at konklusjonen om at utviklingsavtaler ikke reguleres direkte av kjøpsloven, at kjøpsloven generelt og § 67 (2) og (3) spesielt ikke kommer analogisk til anvendelse på utviklingsavtaler og at kjøpsloven § 67 (2) og (3) ikke kan sies å være uttrykk for et alminnelig kontraktsrettslig prinsipp, neppe vil få avgjørende betydning for grensedragningen mellom det direkte og indirekte tap.

⁹³ Ot.prp. nr 80 (1986-1987) s. 123

⁹⁴ *ibid* s. 40

4.4 Grensene i standardavtalene for programvareutvikling

4.4.1 Innledning

Standardavtalene fra Difi, IKT-Norge og Dataforeningen innehar alle bestemmelser som gir rett til erstatning for tap som kan tilbakeføres til mislighold av den annen part. Videre begrenser samtlige av avtalene ansvaret for indirekte tap.

En slik tapsbegrensningsklausul vil først og fremst være gunstig for leverandørsiden, i det spørsmålet om dekning for indirekte tap som følge av mislighold er mest praktisk for denne. Et sted må imidlertid grensene for hva som kan kreves dekket trekkes, og at denne grensen kontraktsfestes kan være til fordel for begge parter, siden det bidrar til å øke forutberegneligheten. At erstatningsbegrensningene kontraktsfestes kan også komme kundesiden til gode i form av et lavere vederlag.⁹⁵ Dersom leverandøren risikerte en ubegrenset erstatningsplikt ville dette sannsynligvis presset kontraktsprisen opp.

Målet med den videre fremstillingen er å redegjøre for og vurdere hvor grensene mellom direkte og indirekte tap trekkes i henholdsvis IKT-U, PS2000 og SSA-U. Dette synes mest hensiktsmessig gjort ved å vurdere ulike tapsposter typiske for denne avtaletypen opp mot bestemmelsen i de enkelte standardavtalene. IKT-U nevner spesifikt tapspostene *kundens fortjenestetap, tap ved driftsavbrudd, tap av data, avsnstap og krav fra tredjepart*. Dette er typiske potensielle tapsposter for kunden i forbindelse med utviklingsavtaler, og de gir godt grunnlag for å vise likheter og ulikheter mellom avtalene.

4.4.2 IKT-Norges standardavtale om utviklingsprosjekt

4.4.2.1 Avtaleteksten

Reguleringen av rett til erstatning finnes i punkt 16.4 i IKT-U. Bestemmelsen gjelder både ved leverandørens og kundens mislighold og lyder:

⁹⁵ *Kontrakter for utvikling av programvare* (2006) s. 488

Ved mislighold i henhold til pkt. 16.2 eller pkt. 16.3.1 til 16.3.2, kan den part som rammes kreve erstatning for dokumentert økonomisk tap etter alminnelige prinsipper for erstatning i avtaleforhold med følgende begrensninger:

- a) Indirekte tap dekkes ikke. Som indirekte tap regnes, dog ikke begrenset til, Kundens tap av for-tjeneste av enhver art, tap grunnet driftsavbrudd, tap av data, avsnstap og krav fra tredje-part.*
- b) Påløpt konvensjonalbot eller forsinkelsesrente skal komme til fradrag ved erstatningsutmå-lingen.*
- c) Erstatningskravet kan ikke overstige den prosentsats av Prosjektprisen (eksklusive mva.) som angitt i BILAG 7.*

Ansvarsbegrensningene i punktene a) og c) gjelder ikke dersom vedkommende part har utvist grov uaktsomhet eller forsett.

Erstatningskrav må fremsettes uten ugrunnet opphold og senest 6 måneder etter utløpet av Feilret-tingsperioden for å være gyldig.

Avtalen henviser altså til alminnelige avtalerettslige erstatningsprinsipper. I dette ligger krav om at et økonomisk tap må ha materialisert seg, at det er adekvat årsakssammenheng mellom mislighold og tapet som søkes dekket, og at det foreligger et ansvarsgrunnlag. I IKT-U gjelder et objektivt ansvar med unntak for force majeure. Dette innebærer at kravet til ansvarsgrunnlag er oppfylt dersom det konstateres forsinkelse eller mangel, og dette ikke skyldes kunden. Se nærmere om dette i punkt 1.4 over.

Videre ilegger IKT-U en begrensning i erstatningen for indirekte tap, disse dekkes ikke. Avtalen gir også en ikke-uttømmende oversikt over tapsposter som anses som indirekte.

4.4.2.2 Ulike tapsposters kategorisering i henhold til IKT-U

Kundens fortjenestetap

Den første tapspost som nevnes er ”Kundens fortjenestetap av enhver art”. Fortjenestetap er den økonomiske gevinst kunden går glipp av, typisk ved at han ikke får solgt sine varer eller tjenester, eller må gjøre dette til en lavere pris. Tradisjonelt er det det fortjenestetap kunden lider som følge av at han ikke kan oppfylle allerede inngåtte avtaler som klassifise-

res som fortjenestetap, mens den fortjeneste han kunne tjent på avtaler han *ville inngått*, kalles driftstap.⁹⁶ Se nærmere om dette nedenfor.

At alt fortjenestetap anses for indirekte er en streng bestemmelse sett fra kundens ståsted. Til sammenligning er fortjenestetap knyttet til allerede inngåtte kontrakter med tredjepart etter kjøpsloven kun indirekte i de tilfellene kontrakten med tredjeparten faller bort og kjøperen uten rimelig grunn unnlater å foreta dekningskjøp eller andre tapsbegrensende tiltak.⁹⁷

Tap grunnet driftsavbrudd

Også ”tap grunnet driftsavbrudd” anses for indirekte i henhold til IKT-U. Slike tap er indirekte også i henhold til kjøpslovens § 67 (2) bokstav a, som omtaler dem som ”tap som følge av minsket eller bortfalt produksjon eller annen forretningsvirksomhet”.⁹⁸ Dette vil omfatte de tap kunden lider ved at den mister muligheten til å inngå fremtidige avtaler med sine medkontrahenter, eller oppfylle løpende leveranseavtaler.⁹⁹

Det kan her reises spørsmål ved om tapsposten er begrenset til inntektstap, eller om det også inkluderer *kostnader* som kan påløpe i forbindelse med driftsavbrudd. I kjøpsloven reguleres dette av konverteringsregelen i § 67 (3), som dersom enkelte nærmere angitte vilkår er oppfylt gjør kostnader knyttet til tapsbegrensende tiltak til direkte tap.

Ved kun å se på ordlyden i IKT-U, som ikke inneholder en bestemmelse tilsvarende kjøpsloven § 67 (3), kan det synes som om alle former for tap grunnet driftsavbrudd er omfattet. Gode grunner taler imidlertid for å her skille mellom tap og kostnader, hvor tap kun innebærer den merinntekt man går glipp av. Med kostnader som påløper grunnet driftsavbrud-

⁹⁶ Se Bergem (2008) s. 337 ff.

⁹⁷ Se eksempelvis Krüger (1998) s. 511-512 og Selvig (2010) s. 153

⁹⁸ Bergem (2008) s. 337

⁹⁹ l.c.

det menes her utgifter som ikke ville kommet uten driftsavbruddet. Dette kan eksempelvis være kostnader forbundet med merarbeid som driftsavbruddet har resultert i. Slike kostnader kan i mange tilfelle være en direkte følge av kontraktsbruddet, og vil som regel i mindre grad være avhengig av individuelle forhold på kundens side enn eksempelvis et omsetningstap. Rimelighetshensyn tilsier også at kunden bør få dekket sine utgifter til nødvendige tiltak for å begrense tapene som oppstår grunnet leverandørens mislighold.

Dette kan imidlertid også ses på som et spørsmål om kjøpsloven § 67 (3) kan sies å gjelde som et alminnelig kontraktsrettslig prinsipp, hvilket ble besvart benektende ovenfor.

I mangel av en uttrykkelig konverteringsregel i IKT-U, vil resultatet muligens bli at også kostnader påløpt ved driftsavbrudd er indirekte tap, da dette er den mest nærliggende tolkningen av ordlyden. Konklusjonen må imidlertid sies å være usikker.

Avsavnstap

Dersom den bestilte programvaren leveres forsinket, eller er mangelfull, kan kunden lide et avsnstap. Dette er tap som skyldes at ytelsen ikke kan nyttiggjøres som forutsatt, uten at det direkte gir utslag i tapt fortjeneste eller redusert produksjon. Hagstrøm nevner som eksempel at mangler ved et EDB-anlegg kan vanskeliggjøre kontorfunksjoner, slik at fakturering skjer for sent.¹⁰⁰

Slikt avsnstap er indirekte i henhold til IKT-U.

Kunden kan for det første lide et avsnstap i form av at han ikke oppnår den effektivitetsgevinst han hadde forventet å oppnå ved hjelp av den nye programvare. Videre kan det ha vært forventet at programvaren skulle gi visse kostnadsbesparelser, f. eks. i form av lisenser som ikke lenger vil være nødvendige. Selv om disse tapspostene kan være ulike, vil

¹⁰⁰ Hagstrøm (2003) s. 545

begge være typiske avsnitt, hvis omfang i stor grad vil bero på kundens individuelle forhold.

Også for avsnittenes del kan det stilles spørsmål ved om det bør skilles mellom den effektivitetsgevinst eller kostnadsbesparelse kunden går glipp av på den ene side, og på den annen side de merkostnader kunden kan pådras som følge av leverandørens mislighold. Dette kan eksempelvis være at man må fornye lisenser knyttet til den ”gamle” programvare som skulle erstattes, men som nå må benyttes inntil videre.

Vurderingen her blir langt på vei den samme som for kostnader som påløper ved driftsavbrudd.

Tap av data

Mens de øvrige indirekte tapsposter nevnt i IKT-U er kjente tapskategorier fra blant annet kjøpsretten, er tap av data en tapspost som er mer unik for IT-kontrakter. Det er derfor ønskelig å knytte noen særlige bemerkninger til denne.

Med tap av data menes for det første at data, det vil si informasjon, går tapt. Imidlertid menes også de tilfellene hvor dataene ikke nødvendigvis tapes permanent, men skades eller er midlertidig utilgjengelig. Data kan i denne sammenheng være alt fra ulike ordredata, til opplysninger om kunder, leverandører, produksjon, regnskap og de ansatte. Felles er imidlertid at det normalt dreier seg om elektronisk lagret informasjon.

Det kan her virke noe misvisende at man taler om *tap av data*, samtidig som det gjennomgående tema ellers er hvordan de ulike tap skal inndeles i direkte og indirekte. *Tap av data* er her ment som det tilfelle at man permanent eller midlertidig mister informasjon som er lagret, mens når det i fremstillingen her ellers snakkes om tap, henvises til *det økonomiske tap* en av partene lider. Korrekt betegnelse på det økonomiske tap forårsaket av at man mister lagret informasjon ville dermed egentlig være *tap grunnet tap av data*. Betegnelsen ville

imidlertid være noe tungvinn i bruk, og jeg vil derfor i fortsettelsen kun betegne disse tap som *tap av data*.

Tap av data kan medføre ulike former for økonomisk tap. Noen eksempler kan nevnes: Tap av kundedata kan hindre bedriften i å inngå nye avtaler, og kan således medføre et omsetningstap. Tap av regnskapsdata kan resultere i at bedriften mister oversikten over hva den har utestående hos sine kunder, noe som kan gjøre det vanskelig eller umulig å innkreve dette. Dersom dataene ikke er permanent tapt, kan det påløpe kostnader forbundet med å gjenvinne disse.

Tapsposten er mer typisk for andre IT-kontrakter enn utviklingsavtalene. Det ligger i programutviklingens natur at perioden for kontraktsoppfyllelsen tidsmessig ligger før programmet tas i bruk, og dermed før det ”fylles” med kundens data. At data skades eller går tapt grunnet forhold på leverandørens side vil således være mer typisk i en avtale om driftstjenester eller vedlikehold av en programvare som er i aktiv bruk hos kunden.

Tapsposten er allikevel ikke helt upraktisk for utviklingsavtalenes del. For det første kan data gå tapt eller skades som følge av en dysfunksjonalitet, altså en mangel, ved programvaren. Videre kan det tenkes tilfeller hvor kundens data benyttes aktivt i utviklingen, og tapes som et ledd i denne. Sist er det i utviklingsavtalene vanlig med en periode for akseptansetest etter installasjonen av programvaren. I denne perioden skal kunden teste programvaren for å avklare om den tilfredsstillende på forhånd avtalte spesifikasjoner.¹⁰¹ Det er da ikke uvanlig at kunden faktisk tar programvaren i bruk, hvilket i større grad muliggjør at data går tapt.

At tap av data anses som et aktuelt tap i disse avtalene vises også ved at både SSA-U og IKT-U spesifikt regulerer om tapsposten skal anses som direkte eller indirekte.

¹⁰¹ Se nærmere om dette i *Kontrakter for utvikling av programvare* (2006) s. 344 ff.

Tap av data er under enhver omstendighet en indirekte tapspost i henhold til IKT-U.

Tredjemannskrav

Den siste gruppen tap i den ikke-uttømmende listen over indirekte tap i IKT-U, er krav fra tredjepart. Slike krav kan være basert på ulike grunnlag. Dersom leverandørens mislighold medfører at kunden ikke klarer å oppfylle kontraktmessig ovenfor sine medkontrahenter, kan det oppstå misligholdskrav fra disse. Krav fra tredjemann kan også komme uten grunnlag i kontrakt: Leverandøren leverer eksempelvis en mangelfull vare som resulterer i skade på utenforstående tredjemanns eiendom. IKT-U skiller tilsynelatende ikke mellom disse forskjellige formene for tredjemannskrav, da alle er gjort til indirekte tap.

En tredje form for tredjemannskrav er krav grunnet krenkelse av andres immaterielle rettigheter. Bedømt etter bestemmelsen om erstatningsbegrensning, synes også slike krav å være unntatt dekning fra leverandørens side. Dette ville være en svært urimelig løsning, idet det er leverandøren som for det alt vesentlige kan unngå at immaterielle rettigheter krenkes ved utviklingen de står for.

Derfor reguleres også slike eventuelle krav særskilt i en egen bestemmelse under avtalens punkt 15 med tittelen ”Vannhjemmel” (skrivefeil i avtalen). I henhold til denne er leverandøren ansvarlig ved slike krav, med mindre overtredelsen ”skyldes utformingen av Kundens kravspesifikasjon”.¹⁰²

4.4.3 PS2000

4.4.3.1 Avtaleteksten

PS2000 regulerer rett til erstatning i sitt punkt 6.4.1. Bestemmelsen gjelder både ved kundens og leverandørens mislighold. Den skadelidende part kan etter bestemmelsen kreve

¹⁰² Se IKT U punkt 15.2, jf. 15.1

dekning ”av sitt sannsynliggjorte tap etter alminnelige erstatningsregler”. Når det gjelder erstatning for indirekte tap lyder avtalen:

”Erstatningsansvaret omfatter ikke ansvar for indirekte tap slik det er regulert i kjøpsloven.”

De ulike tapspostene nevnt under 4.4.1 må derfor drøftes opp mot kjøpsloven § 67.

4.4.3.2 Ulike tapsposter

Kundens fortjenestetap

Det fremgår av kjøpslovens § 67 (1) at fortjenestetap er en tapspost som ordinært kan kreves dekket. Kun i visse tilfeller vil dette kunne klassifiseres som indirekte tap. Dette er ifølge § 67 (2) bokstav c når fortjenestetapet skyldes at ”kontrakt med tredjemann faller bort eller ikke blir riktig oppfylt”. For at slikt fortjenestetap skal være å anse som indirekte, oppstilles videre et tilleggsvilkår om at det må være utvist en form for uaktsomhet fra kundens side, ved at denne uten rimelig grunn har unnlatt å foreta dekningskjøp eller truffet andre tapsbegrensende tiltak.¹⁰³

Den praktiske hovedregel etter PS2000 vil dermed være at fortjenestetap er et direkte tap, med mindre kunden har forsømt sin tapsbegrensningsplikt.

Tap grunnet driftsavbrudd

Tap grunnet driftsavbrudd er en indirekte tapspost i henhold til kjøpslovens § 67 (2) bokstav a. Under drøftelsen av denne tapsposten ved anvendelse av IKT-U, ble det argumentert for at det her kunne være grunn til å skille mellom det omsetnings- og produksjonstap som kan oppstå ved et driftsavbrudd, og de merkostnader driftsavbruddet medfører.

¹⁰³ Krüger (1999) s. 511-512

Et slikt skille er gjennomført gjennom konverteringsregelen i § 67 (3). I følge denne skal kostnader ved vanlige tiltak som kompenserer for misligholdet, jf. bokstav a, og kostnader ved tiltak som begrenser det direkte tap, jf. bokstav b, være direkte tap. Dette gjelder selv om det dreier seg om kostnader som i og for seg kan plasseres i en av kategoriene i annet ledd. For kostnader ved tapsbegrensende tiltak som nevnt i bokstav b presiseres det i forarbeidene at tiltakene faktisk må begrense tapet. Parten kan ikke som direkte tap kreve dekket kostnader til tiltak som ikke er formålstjenlige.¹⁰⁴

Avsnstap

Avsnstap er indirekte i henhold til § 67 (2) bokstav b. Også her medfører imidlertid konverteringsregelen i tredje ledd at kostnader forbundet med tapsbegrensende tiltak eller som på annen måte kompenserer for leverandørens mislighold, er direkte tap.

Tap av data

PS 2000 er den eneste av de tre standardavtalene som ikke spesifikt sier noe om hvordan tap av data skal kategoriseres.

Oppramsingen av indirekte tap i kjøpsloven § 67 (2) er som tidligere nevnt uttømmende, med det resultat at tapsposter som ikke kan plasseres i en av de nevnte kategorier skal være å anse som direkte. Spørsmålet blir dermed om tap av data er et tap som nevnt i § 67 annet ledd bokstav a til d.

Det bør i denne vurderingen ses på arten av det økonomiske tap som oppstår. Dersom eksempelvis data relevante for produksjonen går tapt, og dette forårsaker et driftsavbrudd, vil det sannsynligvis være mest naturlig å vurdere tapet på bakgrunn av § 67 (2) bokstav a. Det må derfor foretas en konkret vurdering av hvordan det er mest naturlig å klassifisere det oppståtte tap.

¹⁰⁴ Ot.prp. nr 80 (1986-1987) s. 125

Den følgende drøftelse tar for seg tilfellene hvor det ikke er nærliggende å klassifisere data-tapet som driftstap, avsavnstap eller tapt fortjeneste som følge av bortfall av kontrakt med tredjemann, jf. § 67 (2) bokstav a-c.

Bokstav d gjelder ”tap som følge av skade på annet enn salgstingen selv og gjenstander som den brukes til framstilling av eller som har nær og direkte sammenheng med dens forutsatte bruk”. Som det fremgår under punkt 3.6.1 over, må bestemmelsen forstås slik at det dreier seg om et *direkte* tap dersom det oppstår i et av følgende tilfeller¹⁰⁵:

1. Tap som følge av skade på salgstingen
2. Tap som følge av skade på gjenstander salgstingen brukes til framstilling av, eller
3. Tap som følge av skade på gjenstander som har ”nær og direkte sammenheng” med salgstingens forutsatte bruk.

Det er tap som ikke hører hjemme i noen av de tre nevnte kategorier, som i så fall blir å anse som indirekte.

En skade på programvaren kan medføre at man taper data. Således kan det synes som om datatap passer inn i alternativ nr 1 over. Dette blir imidlertid ikke riktig. Alternativ 1 omfatter økonomisk tap som oppstår som følge av skade på salgstingen. Som det fremgår under pkt. 4.4.2.2 over, menes det med *tap av data* økonomisk tap grunnet skade på data. Det er ikke data som er salgstingen, og alternativ 1 passer dermed ikke.

Dersom data kan anses for å være en *gjenstand* som programvaren *brukes til framstilling av*, kan alternativ 2 medføre at tap av data kategoriseres som et direkte tap. Kjøpslovens forarbeider nevner som eksempel på slikt tap ”at et tilsetningsstoff ved produksjon av maling ødelegger viktige egenskaper ved malingen”.¹⁰⁶ Ut over dette gir forarbeidene lite veiledning til hva som ligger i ”gjenstander salgstingen brukes til framstilling av”.

¹⁰⁵ Se bl. a. Krüger (1999) s. 512 og Bergem (2008) s. 340

¹⁰⁶ Ot.prp. nr 80 (1986-1987) s. 124

Et første spørsmål blir dermed om data kan sies å være en gjenstand. Ordet gjenstand gir umiddelbart assosiasjoner til noe fysisk. Språklig sett ville det være unaturlig å omtale lagrede data som gjenstander. Spørsmålet er allikevel om det er tilsiktet at alternativ 2 og 3 over skal være begrenset til å gjelde for de tilfellene hvor salgsgjenstanden benyttes i fremstillingen av noe fysisk.

Kjøpsloven bruker begrepet ”ting” eller ”salgsting” flere steder, hvilket også unektelig synes å dreie seg om noe fysisk. Det er imidlertid enighet i litteraturen om at dette ikke må tas bokstavelig, og at også mer abstrakte formuesgoder som pengekrav og rettighetsposisjoner kan regnes som ”salgsting” i henhold til kjøpsloven.¹⁰⁷ Noen direkte overføringsverdi til innholdet av *gjenstand* i § 67 annet ledd, bokstav d, har ikke denne forståelsen av ”salgsting”, idet *gjenstander* ikke dreier seg om salgstingen selv, men noe den benyttes til å fremstille eller noe som har nær sammenheng med den. Gode grunner kan imidlertid tale for å la også *gjenstander* innbefatte de mer abstrakte formuesgoder. Det synes heller ikke å foreligge tunge argumenter for å forbeholde bruken av § 67 annet ledd bokstav d for de tilfeller hvor salgsgjenstanden brukes til fremstilling av eller i sammenheng med fysiske gjenstander.

Konklusjonen blir dermed at data kan sies å falle inn under gjenstandsbegrepet i § 67 annet ledd bokstav d.

Videre krever alternativ 2 over at salgsgjenstanden brukes *til fremstilling av* gjenstandene som skades. En naturlig språklig forståelse innebærer at salgsgjenstanden enten må være komponent i et sluttprodukt (”gjenstanden”), eller en del av produksjonsutstyret som lager ”gjenstanden”. Det må imidlertid etter dette alternativet oppstilles et krav om at denne *fremstillingen* innebærer en eller annen form for bearbeidelse av gjenstanden sammenlignet med dens utgangspunkt.

¹⁰⁷ Se bl. A. Krüger (1999) s. 5

For programutviklingsavtalenes del vil det aktuelle alternativet være at programvaren bidrar til å produsere dataene. Det ovennevnte krav om bearbeidelse vil her innebære et krav om at dataene ikke eksisterer i samme form før og etter at programvaren tas i bruk. Dersom eksempelvis navn på en kunde legges inn i et CRM-system, for deretter å gå tapt, kan CRM-systemet ikke sies å ha *fremstilt* denne kundeinformasjonen.

Ytterligere illustrasjon kan gis ved hjelp av et enkelt eksempel: Tallene 3 og 2 legges inn i et multiplikasjonsprogram. Programmet gir så tallet 6 tilbake. Man kan da si at programmet har produsert dataet (tallet) 6, men ikke dataene (tallene) 3 og 2, da disse forelå i samme form før de ble lagt inn i programmet.

Som nevnt under punkt 4.4.2.2 vil utviklingsfasen av et program som regel tidsmessig ligge før en slik eventuell produksjon av data starter. For det tilfellet at det allikevel, som ledd i en programutviklingsavtale, produseres data som skades eller går tapt, og dette resulterer i et økonomisk tap, vil dette kunne sies å være direkte i henhold til PS2000 på bakgrunn av alternativ 2 over.

Også skade på andre gjenstander enn de som direkte fremstilles ved hjelp av salgstingen, kan medføre tap. Alternativ 3 innebærer at slike tap er direkte, forutsatt at gjenstandene som skades har *nær og direkte sammenheng* med salgstingens forutsatte bruk. Spørsmålet her blir dermed om data er gjenstander som har slik *nær og direkte sammenheng* med programvarens forutsatte bruk. For drøftelsen av hvorvidt data kan sies å være gjenstander, vises til det som er sagt over.

Om data har en nær og direkte sammenheng med programvarens forutsatte bruk vil i stor grad avhenge av en konkret vurdering basert på hva hensikten med den utviklede programvare er, og hva slags data det dreier seg om. Noe veiledning til hvor grensene går kan muligens finnes i den tidligere nevnte "Agurkpinne-dommen". Her ble agurkplantene ansett å ha

en slik nær og direkte sammenheng med bambuspinnenes forutsatte bruk¹⁰⁸, at tapet som følge av at smitte spredte seg fra pinnene til agurkplantene ble funnet å være direkte.

Det presiseres at det etter alternativ 3 ikke er noe krav om at dataene har noen annen form enn før de ble satt i sammenheng med programmet. I de ovennevnte eksemplene vil således skade på både kundeinformasjonen som legges inn i CRM-systemet, og tallene 2 og 3 som legges inn i multiplikasjonsprogrammet kunne sies å være et direkte tap.

Konklusjonen blir etter dette at tap av data i og for seg kan være både tap som følge av skade på gjenstander salgstingen brukes til fremstilling av, og tap som følge av skade på gjenstander som har ”nær og direkte sammenheng” med programvarens forutsatte bruk. Dette vil imidlertid bero på en konkret vurdering.

Som nevnt under punkt 4.4.2.2 kan det oppstå ulike former for tap dersom data skades. Disse kan deles inn i på den ene siden selve det økonomiske tapet som oppstår dersom dataene tapes permanent, og på den annen side de kostnader som påløper for å gjenopprette data som er skadet.

Drøftelsen kunne tenkes å bli noe ulik for disse postene. I Agurkpinnedommen ble imidlertid produksjonstapet som oppsto grunnet de ødelagte agurkplantene og kostnadene gartneriet hadde hatt i forbindelse med undersøkelser av bambuspinnene og bekjempelse av plantesykdommen bedømt under ett, og ansett å være direkte da det falt utenfor definisjonen av indirekte tap i § 67 annet ledd.¹⁰⁹ Dette taler for at også kostnader forbundet med undersøkelser og gjenopprettelse av data kan anses direkte på bakgrunn av at det ikke hører inn under noen av kategoriene i § 67 annet ledd. Det er videre sannsynlig at disse utgiftene uansett vil være direkte tap på bakgrunn av konverteringsregelen i § 67 tredje ledd.

¹⁰⁸ Rt. 2004 s. 675 i avsnitt 60

¹⁰⁹ Rt. 2004 s. 675 i avsnitt 64

Tredjemannskrav

Som ved drøftelsen av tredjemannskrav i henhold til IKT-U, må det her sondres mellom krav fra tredjemann grunnet brudd på andres immaterielle rettigheter, som reguleres særskilt i PS 2000 punkt 6.1.3, og andre tredjemannskrav.

Videre må det skilles mellom misligholdskrav fra tredjemann når kunden ikke kan oppfylle sine kontraktsforpliktelser ovenfor disse grunnet leverandørens mislighold, og erstatningskrav fra utenforstående tredjemenn som er påført skade grunnet mangel ved programvaren. Sistnevnte krav vil reguleres av § 67 (2) bokstav d, og vil i de aller fleste tilfeller være indirekte, da utenforstående tredjemanns eiendom ikke vil ha en nær og direkte sammenheng med programvarens forutsatte bruk.

Misligholdskravene fra tredjemenn reguleres ikke eksplisitt i kjøpslovens § 67. Det er kun *fortjenestetap* ved bortfall av tredjemannsavtaler som omfattes av annet ledd bokstav c. Den erstatning for direkte tap kunden må betale til sine medkontrahenter, vil således bli direkte tap også i forhold til leverandørens ansvar.¹¹⁰

4.4.4 SSA-U 2009

4.4.4.1 Avtaleteksten

SSA-U punkt 11 regulerer tilfellene hvor det foreligger et mislighold fra leverandørens side. Bestemmelsene om erstatning lyder:

11.5.5 Erstatning

Kunden kan kreve erstattet ethvert direkte tap, herunder tap som skyldes merarbeid og andre direkte kostnader i forbindelse med forsinket driftsstart eller driftsavbrudd, som med rimelighet kan tilbakeføres til forsinkelse, mangel eller annet mislighold fra Leverandørens side, med mindre Leverandøren godtgjør at misligholdet eller årsaken til misligholdet ikke skyldes Leverandøren.

¹¹⁰ Bergem (2008) s. 339 og Hagstrøm (2003) s. 545

Dagbøter kommer til fradrag i eventuell erstatning for samme forsinkelse.

11.5.6 Erstatningsbegrensning

Erstatning for indirekte tap kan ikke kreves. Tap av data anses som indirekte tap, bortsett fra hvor dette skyldes datahåndtering som er Leverandørens ansvar under avtalen.

Samlet erstatning i avtaleperioden er begrenset til et beløp som tilsvarer kontraktssummen ekskl. merverdiavgift.

Har Leverandøren eller noen denne svarer for utvist grov uaktsomhet eller forsett, gjelder ikke de nevnte erstatningsbegrensningene.

Under avtalens punkt 12 som regulerer forholdene ved kundens mislighold, finner vi en bestemmelse tilsvarende 11.5.5 som hjemler leverandørens rett til erstatning dersom kunden misligholder. Bestemmelsen er noe mindre detaljert enn bestemmelsen i punkt 11.5.5. Dette må kunne henføres til at tapspostene som spesifiseres som direkte der, som merutgifter grunnet driftsavbrudd, er lite praktiske for tap påført leverandøren grunnet kundens mislighold. Dersom et slikt tap skulle bli aktuelt på leverandørsiden, er det nærliggende at den nærmere spesifiseringen i punkt 11.5.5 vi få tilsvarende anvendelse, slik at tapet også her ville bli å regne som direkte.

Vedrørende ansvarsbegrensning for indirekte tap, er det samme bestemmelse som gjelder både ved kundens og leverandørens mislighold.

Utgangspunktet er altså at indirekte tap ikke kan kreves dekket med mindre det er utvist grov uaktsomhet eller forsett fra leverandørens side. Når det gjelder den nærmere grensdragning mellom hva som skal anses som direkte og indirekte tapsposter, gir avtalen ingen uttømmende oversikt. Noen presiseringer gjøres, og disse vil jeg komme nærmere tilbake til i drøftelsen av de enkelte tapspostene under. Kategoriseringen av de tapsposter som ikke reguleres i avtaleteksten, må foretas ved hjelp av bakgrunnsretten.

4.4.4.2 Ulike tapsposter

Kundens fortjenestetap

Med tapt fortjeneste siktes også her i utgangspunktet til den fortjeneste kunden går glipp av ved at han, grunnet leverandørens mislighold, ikke kan gjennomføre de avtaler han har inngått med tredjemenn. Tapt fortjeneste ved fremtidige potensielle avtaler, drøftes som *tap grunnet driftsavbrudd*.

Et eksempel kan benyttes til illustrasjon: En bedrift skal starte opp en ny tjeneste som varsler sjåførere om trafikkkontroller. Tjenesten krever ny programvare, og utvikling av denne bestilles fra en leverandør. Det forutsettes at bedriften før driftsstart har solgt tjenesten til ulike tredjemenn. Dersom leverandøren misligholder avtalen, og ikke leverer programvaren til avtalt tid, kan kunden gå glipp av den fortjeneste han ville fått på avtalene med tredjemennene. Det er altså utelukkende fortjenestetapet som er tema her, eventuelle erstatningskrav fra tredjemenn grunnet kundens mislighold ovenfor dem, holdes utenfor.

SSA-U sier ikke noe om hvordan slike tap skal behandles, og spørsmålet må dermed søkes besvart ved hjelp av bakgrunnsretten. Tapsposten er gjort indirekte i IKT-U, mens den er direkte i henhold til kjøpslovens § 67 (2) bokstav c, og dermed ved anvendelse av PS 2000, med mindre det skyldes at en kontrakt med en tredjepart faller bort og kjøperen uten rimelig grunn unnlater å foreta dekningskjøp eller andre tapsbegrensende tiltak. Det kan således ikke sies å foreligge noen kutyme i IT-bransjen for kategoriseringen av fortjenestetap.

Det følger av det som er sagt under punkt 3.3 over, at det ifølge kontraktspraksis er de mer fjerntliggende og partsvariable tapsposter som klassifiseres som indirekte. Et vurderings-tema er også hvorvidt tapspostens art og størrelse er enkel å kalkulere på forhånd, eller om den i stor grad beror på kontraktspartens individuelle forhold.

Hvorvidt fortjenestetap er forhåndskalkulerbart i programutviklingsavtalene, vil i stor grad bero på hva slags programvare det er snakk om. I eksempelet over er programvaren selve kjernen i den tjenesten kunden skal selge. Fortjenestetap som *tapsart* kan her antas å være

kalkulerbar for leverandøren. Et slikt tap vil derimot fremstå som en langt mindre typisk tapspost dersom det dreier seg om en programvare som skal utføre en mer utpreget støttefunksjon, som for eksempel et regnskapsprogram.

Tapets *størrelse* vil derimot sannsynligvis være vanskelig å kalkulere i begge tilfeller.

I NF 05, som har hatt betydelig innflytelse på standardavtaler innen IT¹¹¹, er fortjenestetap gjort indirekte.¹¹² NS 8405 benytter som tidligere nevnt ikke terminologien direkte og indirekte tap, men fortjenestetap dekkes heller ikke der med mindre det foreligger grov uaktsomhet eller forsett.¹¹³

Både Hagstrøm og Krokeide forutsetter derimot at fortjenestetap er direkte tap.¹¹⁴ Innenfor en del kontraktstyper vil imidlertid fortjenestetap kunne være langt enklere å beregne enn i de nevnte eksemplene med programutviklingsavtaler. I enkle videresalgstilfeller vil fortjenestetapet enkelt kunne settes til differansen mellom salgssum som ville vært oppnådd ved videresalg, og den avtalte kjøpesum med fradrag for salgsmkostninger.¹¹⁵ For utviklingsavtalenes del kan størrelsen på fortjenestetapet derimot være mer avhengig av individuelle forhold ved kreditors virksomhet, noe som tilsier at tapsposten er indirekte. Verken Hagstrøm eller Krokeide tar imidlertid forbehold for de tilfeller hvor slike partsvariable forhold gjør fortjenestetap vanskelige å kalkulere.

I kontraktsforhold gjelder som oftest en tapsbegrensningsplikt, som pålegger kreditor å minimere sitt tap ved å foreta dekningstransaksjon der det er mulig.¹¹⁶ Grunnet utviklings-

¹¹¹ Kaasen (2006) s. 45-48

¹¹² NF 05 art. 32.1

¹¹³ NS 8405 art. 36.5

¹¹⁴ Se bl. a. Krokeide TfR 1979 s. 132 på s. 199 og Hagstrøm (2003) s. 543

¹¹⁵ Hagstrøm (2003) s. 543

¹¹⁶ Se eksempelvis Hagstrøm (2003) s. 543

avtalenes art, vil dette imidlertid sjeldent være aktuelt her. Fortjenestetapet kan i mange tilfeller allikevel begrenses ved hjelp av andre tiltak. Ved vurderingen av hvorvidt tapsposten er direkte eller indirekte i henhold til SSA-U, bør det derfor også tas hensyn til hvem som er nærmest å kunne forebygge eller begrense tapet.

Leverandøren vil i mange tilfeller ha få eller ingen mulighet til verken forebygging eller tapsbegrensning. Dette vil i langt større grad avhenge av forhold på kundens side. Denne kan ofte velge å innrette seg slik at ikke alt "satses på et kort", nemlig leverandørens utvikling.

Konklusjonen på fortjenestetaps kategorisering i henhold til SSA-U må etter dette sies å være usikker. Juridisk litteratur og kjøpsloven, som det av punkt 4.3.5 over fremgår at kan gi nyttig veiledning, trekker i retning av at det dreier seg om et direkte tap.

Denne usikkerheten tilsier at løsningen med fordel kunne fremgått direkte av avtalen, for å unngå unødvendige tvister rundt tapsposter som potensielt kan bli av et stort omfang.

Tap grunnet driftstavrbrudd

I eksemplet over med bedriften som skulle starte opp en tjeneste for varsling av trafikkontroller, vil de avtalene kunden *potensielt* ville inngått og oppfylt med tredjemenn, omfattes av denne tapsposten. Dersom programvaren som utvikles skal ha en funksjon tilknyttet produksjonen i bedriften, vil også produksjonstapet være et driftstap.

Driftstap er indirekte både i henhold til IKT-U, og kjøpslovens § 67 (2) bokstav a, og dermed ved anvendelse av PS2000. For sistnevnte medfører imidlertid konverteringsregelen i § 67 (3) at kostnader forbundet med tapsbegrensende tiltak etter omstendighetene skal være direkte tap.

De hensyn som taler for at fortjenestetap ved bortfall av tredjemannsavtaler skal være å anse som indirekte tap, gjør seg enda sterkere gjeldende for driftstapenes vedkommende. Mens det der er snakk om avtaler som allerede er inngått med tredjemenn, dreier det seg

her om avtaler som potensielt ville blitt inngått i fremtiden. Et slikt tap vil naturligvis være enda vanskeligere å forhåndskalkulere enn det aktuelle fortjenestetapet. I likhet med for aktuelle fortjenestetap vil imidlertid forutsigbarheten av et slikt tap variere avhengig av den bestilte programvares tiltenkte funksjon.

Både produksjonstap og tapt inntekt er indirekte i henhold til NF 05, og er avskåret fra dekning også i henhold til NS 8405 med mindre ansvarsgrunnlaget er forsett eller grov uaktsomhet.

I juridisk litteratur er det også bred enighet om at driftstap er en indirekte tapspost.¹¹⁷

Det kan på bakgrunn av dette konkluderes med at driftstap i form av nedsatt produksjon og omsetning er indirekte i henhold til SSA-U.

Som nevnt under drøftelsen av denne tapsposten etter IKT-U, vil kunden ved et driftsavbrudd eller forsinket driftsstart også kunne lide tap i form av kostnader han pådrar seg ved å gjennomføre provisoriske tiltak for å redusere skadene. For SSA-U's vedkommende er slike kostnader særskilt regulert i avtalen. Ifølge denne skal "tap som skyldes merarbeid og andre direkte kostnader i forbindelse med forsinket driftsstart eller driftsavbrudd" være å anse som direkte tap, og således et tap som kan kreves dekket.

Eksempel på slike merkostnader er utgifter forbundet med å hente inn flere ansatte, eller at den allerede innhentede arbeidskraften vil måtte arbeide over en lengre periode. I likhet med hva som gjelder etter kjøpsloven bør dette gjelde uavhengig av om merkostnadene er eksterne eller interne. I det nevnte eksempelet med arbeidskraft innebærer dette at det er uten betydning om arbeidskraften må leies inn utenfra, eller om bedriften løser det innad i

¹¹⁷ Se bl. a. Hagstrøm (2008) s. 544, Selvig i Knophs oversikt s. 349

selskapet ved hjelp av omorganisering eller overtidsbetaling, såfremt det faktisk resulterer i en merkostnad.

Videre følger det av bestemmelsen at det må foretas en konkret vurdering av om den påløpte kostnad faktisk kan sies å være direkte. Vurderingen må foretas på bakgrunn av tidligere nevnte momenter som hvorvidt kostnaden fremstår som fjern og avledet, om den er en typisk følge av driftsavbrudd i den aktuelle type bedrift, og om den kan sies å være en direkte følge av driftsavbruddet uten mellomledd.

Avsavnstap

Avsavnstap er en av de nevnte indirekte tapspostene i IKT-U. PS2000 følger som kjent kjøpslovens inndeling, og avsnstap er her en indirekte tapspost i henhold til § 67 (2) bokstav b. Dette utgangspunktet modifiseres så av konverteringsregelen i tredje ledd, som gjør det mulig å konvertere et fremtidig avsnstap til kostnader ved vanlige tiltak som kompenserer at tingen er forsinket eller har mangler.¹¹⁸

Avsavnstap vil i utgangspunktet ikke bero på selve kontraktsbruddet, men være en avledet følge av dette. Tapets art og omfang vil i stor grad avhenge av hvordan kundens virksomhet er organisert, og hvilken nytte han skulle gjøre av programvaren.¹¹⁹ Dette trekker sterkt i retning av at avsnstap bør kategoriseres som et indirekte tap.

NF05 nevner ikke avsnstap i sin eksemplifisering av indirekte tapsposter. Dette kan muligens være fordi mangelfull eller forsinket leveranse av kontraktsytelsen der, som er store komponenter til anvendelse i petroleumsvirksomhet, som regel vil resultere i tapte inntekter eller tapt produksjon, som er blant de nevnte indirekte tapsposter. I henhold til NS 8405 vil tapsposten være avskåret fra dekning med mindre det kan påvises grov uaktsomhet eller forsett.

¹¹⁸ Hagstrøm (2003) s. 545 og Krüger (1989) s. 822

¹¹⁹ Se Selvig (2010) s. 153

Avsavnstap er forutsatt å være et konsekvenstap både av Krokeide¹²⁰ og Hagstrøm¹²¹.

På bakgrunn av dette kan det i utgangspunktet konkluderes med at avsavnstap vil være indirekte også i henhold til SSA-U.

Som nevnt under drøftelsen av avsavnstap i henhold til IKT-U, kan det reises spørsmål ved om det bør skilles mellom den effektivitetsgevinst eller kostnadsbesparelse kunden går glipp av, og på den annen side de merkostnader kunden kan pådras som følge av leverandørens mislighold. Som eksempel på slike kostnader ble der nevnt det tilfelle at kunden må fornye lisenser han ikke ville fornyet uten misligholdet, og muligens også til en høyere pris enn tidligere.

Spørsmålet blir om slike kostnader skal kategoriseres som avsavnstap, som dermed er et indirekte tap, eller om det er nærmere å anse de som ”direkte kostnader i forbindelse med forsinket driftsstart eller driftsavbrudd”, som i henhold til avtaleteksten i SSA-U er direkte tap som kan kreves erstattet. Avtaleteksten regulerer imidlertid bare når slike tap påløper ved forsinket driftsstart eller driftsavbrudd. Dette faller utenfor det innholdet vi vanligvis legger i begrepet *avsavn*.

Det kan vanskelig gis noen konklusjon på hvordan slike tap skal reguleres, og det bør foretas en konkret vurdering.

Tap av data

Den eneste presiseringen som gjøres i SSA-U av hva som skal anses som indirekte tap, gjelder tap av data. Slike tap skal være indirekte, og altså ordinært unntatt fra dekning, med mindre det dreier seg om “datahåndtering som er Leverandørens ansvar under avtalen”.

¹²⁰ Krokeide TfR 1979 s. 132 på s. 218

¹²¹ Hagstrøm (2003) s. 545

Ordlyden kan synes noe uklar, og fra Difi opplyses det at flere leverandører opplever å bli avvist i konkurransen dersom de prøver å nærmere presisere innholdet i bestemmelsen. Noen av dem har derfor foreslått følgende endring i SSA:

“Tap av data anses som indirekte tap. For tap av data som skyldes datahåndtering som er Leverandørens ansvar under avtalen, dekker Leverandøren Kundens direkte tap.”¹²²

En mulig meningsforskjell mellom den foreslåtte endringen og den vi finner i dagens SSA-U kan være at den foreslåtte endringen innebærer at økonomisk tap som følge av tap av data grunnet leverandørens datahåndtering underlegges en konkret vurdering, hvoretter det kun er tapspostene som da finnes å være direkte, som dekkes. Ved kun å se på ordlyden i dagens bestemmelse synes den gjeldende løsning heller å innebære at tap av data automatisk er å regne som direkte, når datahåndteringen er leverandørens ansvar.

Det gjenstår å se hvorvidt den foreslåtte endringen gjennomføres.

Videre er det et spørsmål hva slags datahåndtering som *er* leverandørens ansvar i programutviklingsavtaler. Spørsmålet kan ikke besvares generelt for alle avtaleforhold. “Leverandørens datahåndtering” må imidlertid antas å favne rimelig vidt, slik at i den grad tap av data faktisk inntreffer, vil det som regel falle innunder unntaket. I praksis vil dermed unntaket snarere bli hovedregelen.

Dersom den praktiske hovedregel er at tap av data automatisk anses som direkte tap, må dette kunne sies å være en streng bestemmelse, som kan ramme leverandøren hardt.

¹²² E-post fra Amund Eriksen, seniorrådgiver i Difi 18.10.12

Tredjemannskrav

Den siste tapsposten som reguleres som indirekte i IKT-U, og som ikke direkte reguleres i SSA-U er tredjemannskrav. Det må her sondres mot tredjemannskrav grunnet rettsmangel, som reguleres av særskilte regler i punkt 13 i SSA-U.

Under drøftelsen av fortjenestetap over, ble det avgrenset mot de tilfeller hvor leverandørens mislighold gjør at kunden ikke kan oppfylle sine avtaler med tredjemenn, og dette resulterer i erstatningskrav. Slike misligholdskrav fra tredjemenn er derimot tema her.

Disse kravene har sitt grunnlag i andre kontraktsforhold, og er dermed et avledet tap i forhold til leverandørens kontraktsbrudd ovenfor kunden. Hvorvidt slike tap oppstår, og hvilket omfang de eventuelt får, er i tillegg helt avhengig av kundens individuelle forhold.

Tredjemannskrav reguleres særskilt i NF05, og dekning av disse er ikke avhengig av kategoriseringen som enten direkte eller indirekte. Se nærmere punkt 3.4 over. Også etter NS 8405 vil ansvar for tap i forbindelse med tredjemannskrav ordinært være avskåret.

Selvig nevner slike misligholdskrav fra egne medkontrahenter som et typisk eksempel på avledede og indirekte følger av mislighold. Tapet er forutsatt å være indirekte også av Hagstrøm¹²³ og Krokeide¹²⁴.

På bakgrunn av dette kan det konkluderes med at tap som følge av misligholdskrav fra tredjemenn vil være en indirekte tapspost i henhold til SSA-U.

En annen form for tredjemannskrav kan oppstå ved at en mangelfull programvare gjør at utenforstående tredjemenn påføres skader, som kan medføre at tredjemann på dette grunnlaget fremsetter krav mot kunden. Et eksempel kan her være en programvare som skal benyttes for styring av en truck, men grunnet en feil i programvaren klarer trucken å skrape opp en bil som tilfeldigvis er parkert i nærheten.

¹²³ Hagstrøm (2003) s. 545

¹²⁴ Krokeide Tfr 1979 s. 132 på s. 218

Krav fra helt utenforstående tredjemenn som i nevnte eksempel må kunne sies å være både fjerntliggende, vanskelig å forhåndskalkulere og avhengig av faktiske forhold ved kundens situasjon. Slike tap vil nok i mange tilfeller være avskåret fra dekning allerede ved at kravet til påregnelig årsakssammenheng ikke kan sies å være oppfylt, men vil uansett også sies å være indirekte.

5 Sammenfatning

Fremstillingen over viser at det er til dels store variasjoner i hvilke tapsposter som kan kreves dekket i henholdsvis IKT-U, PS2000 og SSA-U. Eksempelvis vil kundens fortjenestetap ved bortfall av tredjemannsavtaler som hovedregel være direkte i henhold til PS2000 og SSA-U, mens det vil være indirekte ved anvendelse av IKT-U. Tap av data er indirekte i henhold til IKT-U, men i mange tilfeller direkte etter SSA-U. I PS2000 er resultatet mer usikkert, men datatap må antas å kunne være en direkte tapspost i en del tilfeller også der.

Rent praktisk innebærer dette at valget av standardavtale, dersom en slik skal benyttes, må foretas med et bevisst forhold til den enkelte avtales regulering av dette.

Det synes vanskelig å finne noen klar rettsregel om hvor grensene mellom det direkte og indirekte tap går. I kjøpslovens forarbeider og i juridisk litteratur gis enkelte retningslinjer for hvordan grensene skal trekkes, men denne vurderingen vil til dels bero på konkrete momenter ved det enkelte avtaleforhold. Konklusjonene om hvordan ulike tapsposter skal kategoriseres der dette ikke fremgår eksplisitt av avtalen blir derfor usikre. Dette gjør at avtaler som i liten grad regulerer de vanligste tapspostene, som eksempelvis SSA-U, gir partene mindre forutberegnelighet på dette punkt enn avtaler som går lengre i sin regulering, som f.eks. IKT-U.

Samtidig kan det stilles spørsmål ved om det er heldig å benytte begreper som “indirekte tap” nærmest som en rettslig standard med et allment kontraktsrettslig innhold, når de nærmere undersøkelser altså viser at innholdet av begrepet langt på vei avhenger av hvordan den enkelte avtale fastsetter dette. Det kan stilles spørsmål ved om ikke omfanget av

ansvaret kunne blitt regulert vel så tydelig ved hjelp av en opprømsing av hvilke tapsposter som kan kreves dekket eller er avskåret fra dekning, eventuelt i tillegg til en beløpsbegrensning av erstatningskravets maksimale størrelse.

Ved en slik regulering kunne det med fordel fremgått hvorvidt tapsgruppene fortjenestetap, tap grunnet driftsavbrudd, avsnstap og tap av data kan kreves dekket. I tillegg kunne det med fordel fremgått av avtalene om kostnader ved tiltak for å kompensere for misligholdet og andre tapsbegrensende tiltak er direkte eller indirekte, slik konverteringsregelen i § 67 (3) bokstav a og b gjør for kjøpsavtalene.

Bruken av kontraktsklausuler med ansvarsbegrensninger for indirekte tap er imidlertid så utbredt i kontraktspraksis at det sannsynligvis vil være vanskelig å endre. Bruken av begrepet “indirekte tap” har også en funksjon ved at den kan gi veiledning om hvilke vurderinger som skal ligge til grunn ved kategoriseringen av tapsposter som ikke passer inn i noen av de eksplisitt regulerte tapskategorier.

6 Litteraturliste

Litteratur:

Bergem, John Egil. Konow, Berte-Elen R. Rognlien, Stein. *Kjøpsloven 1988 og FN-konvensjonen 1980 om internasjonale løsekjøp*. Oslo, 2008.

Føyen, Arve. Klüwer, Christine. Madsen, Kristine M. og Wille Elisabeth. *Kontrakter for utvikling av programvare*. 1. utg. Oslo, 2006.

Hagstrøm, Viggo. *Obligasjonsrett*. 1. utg. Oslo, 2003.

Kaasen, Knut. *Petroleumskontrakter*. 1. utg. Oslo, 2006.

Kolrud, Helge Jakob m.fl. *NS 8405 Kommentarutgave*. Oslo,

Krüger, Kai. *Norsk Kontraktsrett*. 1. utg. Bergen, 1989.

Krüger, Kai. *Norsk kjøpsrett*. 4. utg. Eknes, 1999.

Marthinussen, Karl. Giverholt, Heikki. Arvesen, Hans-Jørgen. m.fl. *NS 8405 med kommentarer*. 2. utg. Oslo, 2006.

Selvig, Erling og Kåre Lilleholt. *Kjøpsrett til studiebruk*. 4. utg. Oslo, 2010.

Selvig, Erling. *Kontraktsretten*, i Knophs oversikt over Norges rett, 11. utg 1998.

Torvund, Olav. *Kontraktsregulering - IT-kontrakter*. 1. utg. Oslo, 1997.

Woxholth, Geir. *Avtalerett*. 5. utg. Oslo, 2003.

Rettskildelære. Av Eckhoff, Torstein. Redigert av Helgesen, Jan. 5. utg. Oslo, 2001.

Artikler:

Krokeide, Kjetil. *Erstatningsberegningen ved ineffektive kontrakter*. I Tidsskrift for rettsvitenskap 1979 s. 132.

Rettsavgjørelser:

Rt. 2004 s. 675

Rt. 1981 s. 445

Rt. 1979 s. 676

RG 1988 s. 473

Eidsivating lagmannsretts dom av 3. november 1992

Oslo byretts dom av 7. mai 1976

Voldgiftsdom av 28. april 1972

Lover:

Lov om kjøp av 1988. Nr 27.

Lov om avhending av fast eiendom av 1992. Nr 93.

Lov om opphavsrett til åndsverk m.v. av 1961. Nr 2.

Lovforarbeider:

Ot.prp. nr 80 (1986-1987). *Om A Kjøpslov B Lov om samtykke til ratifikasjon av FN-konvensjonen om kontrakter for internasjonale løsekjøp, vedtatt 11 april 1980.*

NU 1984:5. *Förslag av den nordiska arbetsgruppen för köplagstiftning.*

Nettreferanser:

IKT-Norges hjemmesider om sine standardavtaler:

<http://ikt-norge.no/standardavtaler/>

Dataforeningens hjemmesider om sine standardavtaler:

<http://www.dataforeningen.no/it-kontrakterps2000.160152.no.html>

Difis hjemmesider om Historikk for Statens standardavtaler:

<http://www.difi.no/artikkel/2010/08/historikk>

Ordboktjeneste:

www.ordnett.no

Personlige meddelser:

E-post fra Amund Eriksen, seniorrådgiver i Difi 18.10.12