

JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Magnus Ivarsson

Felansvar vid avtal om IT-tjänster

Jämförelse av vilket ansvar leverantören har för fel i tjänsten vid kommersiella utvecklings- och driftsavtal, enligt olika standardavtal och allmän kontraktsrätt

Examensarbete
20 poäng

Handledare Professor Lars Gorton

Avtalsrätt / IT-rätt

Höstterminen 2000

Sammanfattning

Uppsatsen behandlar leverantörens ansvar för fel vid utförandet av kommersiella utvecklings- och driftstjänster. Grunden för leverantörens felansvar är vad leverantören skall prestera enligt avtalet mellan parterna. Detta framgår i första hand av kravspecifikationen, men även andra faktorer har betydelse för att fastställa avtalad prestation.

Utöver det som parterna särskilt har avtalat har leverantören även en del allmänna skyldigheter som följer av standardavtal och allmän kontraktsrätt. Två av dessa har studerats närmare i detta arbete, nämligen att utföra tjänsten fackmannamässigt och att iaktta omsorg om kundens intressen vid utförandet av uppdraget. Vad kraven på fackmannamässighet och omsorg egentligen innebär framgår inte i någon större utsträckning av standardavtalen eller tillämplig lag, vilket innebär att innehållet i dessa skyldigheter till största delen får fastställas med hjälp av rättspraxis, jämförelser med övrig kontraktsrätt och allmänna skälighetsbedömningar.

Brott mot fackmannamässighet leder i allmänhet till att tjänsten blir felaktig, till skillnad från brott mot omsorgsplikten som i många fall leder till någon annan form av avtalsbrott än fel i tjänsten. Därför blir kravet på fackmannamässighet av större vikt för felbedömningen än kravet på omsorg.

De standardavtal som jag har studerat innehåller långtgående friskrivningar vad gäller leverantörens ansvar för fel och skyldighet att utge skadestånd. Inget av avtalen innehåller dock någon friskrivning från kraven på fackmannamässighet eller omsorg, även om beloppsbegränsningar av skadeståndet är tillämpliga även på de typerna av avtalsbrott. Eftersom kraven på omsorg och fackmannamässighet inte är föremål för friskrivningar i standardavtalen, kan dessa krav vid utförandet av tjänsten enligt min mening att få stor betydelse för leverantörens reella felansvar.

Trots att kunden kan hänvisa till leverantörens plikter att visa omsorg och fackmannamässighet vid utförandet av uppdraget, anser jag att leverantören enligt de flesta standardavtal på områdena för utvecklings- och driftstjänster tar ett påfallande litet ansvar för den egna prestationen. I och för sig har parterna i kommersiella förhållanden stora möjligheter att välja hur ekonomiska risker skall fördelas, utan att det kan anses oskäligt enligt en bedömning i enlighet med 36 § avtalslagen. Jag anser ändå att friskrivningarna är problematiska, dels därför att kunden i praktiken ofta inte är medveten om riskfördelningen, dels därför att kunden generellt får bära kostnaderna av leverantörens oförmåga att fullfölja sin prestation enligt avtalet.

Innehåll

SAMMANFATTNING	1
INNEHÅLL	2
FÖRKORTNINGAR	4
1 INLEDNING	5
1.1 Bakgrund.....	5
1.2 Syfte.....	5
1.3 Metod och material.....	6
1.4 Disposition.....	6
2 AVTAL OM IT-TJÄNSTER	8
2.1 Avtalstyper.....	8
2.1.1 Allmänt.....	8
2.1.2 Utvecklingsavtal.....	10
2.1.3 Driftsavtal.....	11
2.2 Särskilt om standardavtal.....	12
2.2.1 Hur standardavtalet blir en del av det individuella avtalet.....	12
2.2.2 Utfyllning av standardavtal och rättslig bakgrund.....	13
2.2.3 Tolkning och jämkning av standardavtal.....	17
3 FEL	19
3.1 Allmänt.....	19
3.2 Avtalad prestation.....	20
3.2.1 Kravspecifikationen.....	20
3.2.2 Andra faktorer av betydelse för att fastställa avtalad prestation.....	22
3.2.3 Felansvar.....	25
3.3 Fackmannamässighet.....	26
3.3.1 Allmänt.....	26
3.3.2 Vad är fackmannamässighet?.....	27
3.3.3 Är krav på fackmannamässighet en allmän princip?.....	29
3.3.4 Sambandet mellan avtalet och kravet på fackmannamässighet.....	31
3.3.5 Medför bristande fackmannamässighet felansvar?.....	32
3.4 Omsorg.....	33

3.4.1	Allmänt	33
3.4.2	Skyldighet att informera	34
3.4.3	Skyldighet att utföra tilläggssarbete	38
3.4.4	Vårdplikt	38
3.4.5	Övriga skyldigheter	39
3.4.6	Innebär brott mot omsorgsplikten att tjänsten blir felaktig?	40
3.5	Diskussion	42
4	ANSVARSBEGRÄNSNINGAR.....	44
4.1	Allmänt	44
4.2	Begränsning av ansvar för fel.....	44
4.3	Begränsning av skadeståndsansvar.....	48
4.4	Diskussion	51
5	AVSLUTNING.....	53
	BILAGA – UTDRAG UR STANDARDAVTAL	54
	IT-Projekt.....	54
	HamIT 99.....	56
	PROMISE 98	57
	IT-Drift	58
	Elektroniska tjänster	60
	LITTERATUR OCH KÄLLOR	62

Förkortningar

aktiebolagslagen	aktiebolagslagen (1975:1385)
avtalslagen	lagen (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område
brottsbalken	brottsbalken (1962:700)
CISG	United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods
fastighetsmäklarlagen	fastighetsmäklarlagen (1995:400)
försäkringsmäklarlagen	lagen (1989:508) om försäkringsmäklare
HD	högsta domstolen
JT	Juridisk tidskrift vid Stockholms universitet
lagen om handelsagentur	lagen (1991:351) om handelsagentur
kommissionslagen	lagen (1914:45) om kommission
konsumenttjänstlagen	konsumenttjänstlagen (1985:716)
köplagen	köplagen (1990:931)
1905 års köplag	köplagen (1905:38)
räntelagen	räntelagen (1975:635)
skadeståndslagen	skadeståndslagen (1972:207)
SvJT	Svensk juristtidning

Se även under rubriken Standardavtal i innehållsförteckningen

1 Inledning

1.1 Bakgrund

IT-branschen är en ung bransch, som präglas av snabb utveckling och komplexa tjänster. Ur ett ekonomiskt perspektiv är detta positivt. IT-tjänster var det segment av svensk handel som visade högst tillväxt under 1999 (15,6 procent) och tillväxten spås bli fortsatt stor under de närmaste två åren.¹ Ur juridisk synvinkel är det mer problematiskt, eftersom det inte har hunnit utvecklas något stabilt handelsbruk och det inte heller finns någon omfattande rättspraxis eller annan tydlig normbildning på området. Ett stort problem inom branschen är att många avtal sluts helt utan generella avtalsvillkor och att stor osäkerhet råder om vad som gäller i sådana fall.

Den här uppsatsen skall behandla leverantörens felansvar vid vissa kommersiella avtal om IT-tjänster, nämligen utvecklings- och driftstjänster. En *utvecklingstjänst* består vanligen i att leverantören efter uppdrag från kunden utvecklar en produkt, oftast någon form av mjukvara. En *driftstjänst* består i att under viss tid tillhandahålla viss program- eller hårdvara till en kunds IT-system, till exempel ett nätverk eller en webbtjänst.

I Sverige finns det ingen särskild lag för kommersiella avtal om tjänster. Det innebär inte att området saknar regler. Först och främst gäller den allmänna och dispositiva civilrätten, framförallt avtalslagen. Det finns också flera andra lagar som behandlar besläktade avtalstyper som kan användas direkt eller indirekt för att klargöra rättsläget.

Rättsläget är ändå i många avseenden osäkert vid utvecklings- och driftstjänster. Rättsfrågor får lösas utifrån det enskilda avtalet, förekommande parts- eller handelsbruk, analogier till näraliggande lagregler samt allmänna kontraktsrättsliga principer. Parterna kan öka förutsebarheten genom att skriva utförliga avtal eller hänvisa till standardavtal. Det har utvecklats flera standardavtal för den här typen av avtal och dessa kommer att studeras närmare i det följande.

1.2 Syfte

Syftet med uppsatsen är att analysera vilket ansvar leverantören har för fel i tjänsten vid kommersiella utvecklingsavtal och driftsavtal, enligt olika standardavtal jämfört med näraliggande kontraktsrätt uttryckt i författningar, praxis och doktrin.

Avgränsningar kommer att ske efter hand, främst i kapitel 2, avtal om IT-tjänster.

¹ Pressmeddelande från IT-Företagen 2000-02-17, hämtat på <http://www.sito.se/> (2000-02-18 11:17)

1.3 Metod och material

Jag har för avsikt att försöka uppnå mitt syfte genom att studera kommersiella standardavtal om utvecklings- och driftstjänster och jämföra dessa, *dels* med varandra, *dels* med närliggande kontraktsrätt uttryckt genom lagtext, rättsfall, litteratur, tidskriftsartiklar och material på Internet. De standardavtal jag kommer att använda beskrivs närmare i avsnitt 2.1.2 och 2.1.3. Vilka författningar som är användbara diskuteras nedan i avsnitt 2.2.2. Jämförelsen kommer att ske med utgångspunkt från synbara likheter och skillnader och kommer därför att bli osystematisk och odogmatisk till sin karaktär.

I doktrinen saknas heltäckande framställningar inom det område som uppsatsen behandlar. Materialet jag har använt mig av är främst standardavtal för utvecklings- och driftstjänster och litteratur som behandlar allmän kontraktsrätt: Knut Rodhes Obligationsrätt från 1956, Bertil Bengtssons Särskilda avtalstyper från 1976 (8:e kapitlet) och Jan Hellners Speciell avtalsrätt II, Kontraktsrätt, 1 häftet, särskilda avtal från 1996 (7:e kapitlet) och Hellners Köp och avtal: uppsatser 1980-92. För allmän diskussion kring ansvaret för tjänster har jag använt mig av förarbetena till konsumenttjänstlagen (SOU 1979:36 och Prop. 1984/85:110). Vad beträffar området för IT-tjänster har jag haft stor nytta av Hans-Iwan Bratts webb-baserade kommentarer till IT-Företagens avtal på <http://www.itfacts.se> och Anders Christners Kommentarer till IT-branschens standardavtal från 1995. Bratt och Christner har medverkat till utformningen av flera av IT-Företagens standardavtal.

Det finns inte heller särskilt mycket för uppsatsen relevant domstolspraxis. Avsaknaden av tillämplig lag med tillhörande förarbeten och knappheten på domstolspraxis och doktrin gör att framställningen i stora delar bygger på egna slutsatser och tolkningar.

Jag kommer att ange mina slutsatser löpande. Avslutningen kommer därför delvis att bli en sammanfattning av redan redovisade slutsatser.

Jag har valt att använd *hon* som könsneutralt pronomen i tredje person singular i den här uppsatsen.

1.4 Disposition

Efter inledningen följer i andra kapitlet en beskrivning av allmänna förutsättningar för avtal inom IT och en särskild beskrivning av utvecklings- och driftsavtalen. Sedan utvecklas standardavtalens förhållande till det enskilda avtalet och dispositiv rätt.

Tredje kapitlet inleds med en beskrivning av vad leverantören åtar sig att prestera vid utvecklings- och driftsavtal och hur detta åtagande lägger grunden för en eventuell felbedömning. Sedan följer en analys av huruvida leverantören enligt föreliggande standardavtal och gällande rätt har ett ansvar att utföra den avtalade tjänsten fackmannamässigt och att visa omsorg i förhållande till kunden. Jag skall också utreda huruvida avsteg från en eventuell skyldighet att utföra tjänsten fackmannamässigt eller att visa omsorg medför att tjänsten skall anses felaktig.

Fjärde kapitlet behandlar leverantörens möjlighet att begränsa sitt ansvar för kontraktsbrott. Friskrivningar från ansvar för fel och skyldighet att utge skadestånd enligt föreliggande standardavtal kommer att studeras och sedan följer en diskussion om ansvarsbegränsningarnas skälighet.

Uppsatsen avslutas i femte kapitlet med en sammanfattande diskussion kring leverantörens ansvar för fel vid utvecklings- och driftsavtal.

2 Avtal om IT-tjänster

2.1 Avtalstyper

2.1.1 Allmänt

Jag kommer att koncentrera mig på två typer av IT-tjänster mellan näringsidkare, nämligen:

1. *Utveckling* av system och program och
2. *Drift* av programvara och interna nätverk och publika nät (Internet).

Dessa tjänster utförs inom olika former av IT-system, såsom tele- och data-kommunikationssystem, kontors- och dokumentsystem eller datorsystem (hårdvara och program). Det finns en rad andra IT-tjänster som jag inte kommer att ta upp i mitt arbete för att begränsa omfattningen. De viktigaste av dessa är kanske *underhålls-* och *support-tjänster*². En växande sektor av tjänster inom IT är *utbildning*³ och *rådgivning*⁴ inom de områden som angetts ovan. En annan tjänst som kan erbjudas är tillhandahållande av *data-baser*⁵.

Ibland kan det vara svårt att avgöra var gränsen går mellan en vara och en tjänst. Vid avtal som avser båda delar brukar man gå efter vad huvuddelen av avtalet avser. Tillämpat på avtal inom IT-området kan som exempel ges att ett standardprogram är en vara, medan en programprodukt som utvecklats särskilt för en enskild kund är resultatet av en tjänst.⁶ Avtal inom IT utgör ofta vad Lindberg och Westman kallar ”rättsliga hybrider”, vilket innebär att de utgör en kombination av olika rättsfigurer.⁷ Mest påtagligt är att både tjänster och varor ofta säljs som en integrerad produkt (till exempel i systemleveransavtal).

Ett avtal om en utvecklings- eller driftstjänst har ofta flera parter. Jag skall koncentrera mig på två, nämligen *uppdragsgivaren* och *uppdragstagaren*. Dessa kan ha flera olika

² För mer om tjänsten se Lindberg/ Westman, s. 351-363. Tillämpligt standardavtal är Avtal 90 Underhåll.

³ Det kan naturligtvis diskuteras om IT-utbildning skall ses som en IT-tjänst. För en sådan tolkning talar att IT-företagen själva ofta ser IT-utbildningen som en IT-tjänst. Se till exempel <http://www.capgemini.se/corporate/aktiviteter.html> (99-11-24 13:56) och <http://www.wmdata.se/wmwebb/> (99-11-22 15.00)

⁴ IT-Företagen väntas snart utkomma med ett nytt standardavtal som reglerar säljarens *informationsansvar*, IT-Rådgivning. För mer om informationsansvar se Kleineman, Jan, *Rådgivarens informationsansvar – en probleminventering*, SvJT 1998, s. 185.

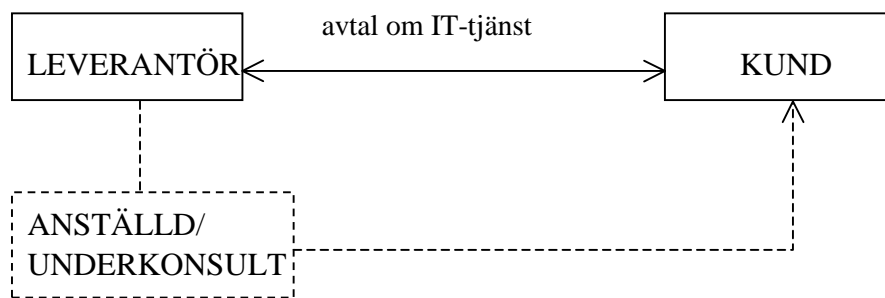
⁵ Det finns ännu inte något svenskt standardavtal på marknaden, men IT-Företagens Elektroniska tjänster kan användas analogt enligt Lindberg/ Westman, s. 348.

⁶ Prop. 1988/89:76, s. 62, Bratt, s. 220 och Lindberg/ Westman, s. 271.

⁷ Lindberg/ Westman, s. 268-269. (Detta är inte unikt för avtal om IT-tjänster, ett annat exempel är entreprenadavtal.)

beteckningar. Uppdragsgivaren kan kallas för köpare eller beställare. Uppdragstagaren kan kallas för säljare, konsult eller producent. Jag skall för enkelhetens skull kalla parterna för *kund* och *leverantör* (av en tjänst). Uppdrag och tjänst kommer att användas som i stort sett synonyma begrepp. Jag kommer att utgå från att både kunden och leverantören är näringsidkare och att det därmed aldrig blir aktuellt med direkt tillämpning av konsumentlagstiftning (däremot kan till exempel konsumenttjänstlagen ha viss indirekt betydelse, vilket kommer att framgå i det följande).

Man kan tänka sig både att leverantören själv utför tjänsten eller att hon anlitat någon annan för uppdraget. Leverantören är därför den som själv eller genom annan utför en utvecklings- eller driftstjänst. Den som utför själva uppdraget kan vara en datatekniker, programmerare eller utbildare.



Modellen är naturligtvis förenklad. Det förekommer ofta vid större IT-projekt att flera IT-konsulter anlitats och att dessa i sin tur anlitat underkonsulter. Det är också relativt vanligt med en projektledare som mer eller mindre knuten till den ena parten. Dessa konstruktioner kan leda till invecklade juridiska problem kring partsrelationer, men faller av utrymmesskäl utom ramen för den här uppsatsen. Även relationen mellan leverantören och hennes anställda och underkonsulter kan bjuda på intressanta arbetsrättsliga och avtalsrättsliga problem som inte kommer att tas upp i detta sammanhang. Jag kommer alltså inte att ta hänsyn till om den som utför uppdraget är anställd av, eller uppdragstagare i förhållande till, leverantören. Slutligen kommer jag att utgå från att svensk rätt skall tillämpas på avtalet mellan parterna.

Avtalet består vanligtvis av flera dokument. De viktigaste av dessa är *kravspecifikationen*, som beskriver vad leverantören i det enskilda uppdraget skall prestera, och *avtalsvillkoren*, som antingen är standardvillkor från någon branschorganisation (nedan standardavtal) eller individuellt utformade villkor. Ett stort problem inom branschen är att många avtal sluts helt utan kravspecifikation eller generella avtalsvillkor och att stor osäkerhet råder om vad som gäller i sådana fall. Några möjliga förklaringar är att det ofta rör sig om komplicerade och föränderliga avtal som är svåra att specificera, att många aktörer i branschen är små företag med knappa resurser, samt att det i det närmaste är branschpraxis med tillämpning av "gentlemens agreement" i avtals-sammanhang.

De flesta standardavtal på området har givits ut av IT-Företagen, som är den näst största branschorganisationen inom Industriförbundet. IT-Företagen håller för närvarande på att

utveckla en ny avtalsserie ”med syfte att svara mot den nya kommersiella verkligheten”.⁸ IT-Företagen hette tidigare Svenska IT-Företagens organisation (SITO) och innan dess Leverantörsföreningen Kontor och Data (LKD).

Det bör noteras att de flesta standardavtal på området är skrivna av branschorganisationer som representerar säljarsidan. Man kan därför diskutera om de är tillräckligt balanserade eller om leverantörens intressen blir bättre tillgodosedda än kundens.⁹ Jag skall återkomma till den frågan nedan (4.4). IT-Företagens standardavtal har skickats ut på remiss till ett stort antal organisationer. Det har därför hävdats att det är mer balanserat än vanliga branschavtal som författats av en part. IT-Företagen ansvarar dock ensamt för utformningen.¹⁰

2.1.2 Utvecklingsavtal¹¹

Ett utvecklingsavtal är ett avtal enligt vilket leverantören får i uppdrag att utveckla en produkt, oftast någon form av mjukvara. Avtalet kan avse både utveckling av en helt ny produkt och modifiering av en standardprogramprodukt. Det faktum att utvecklingsavtalen skall resultera i en produkt skiljer dem från rena konsultuppdrag, som till exempel rådgivningsuppdrag. Det är därför lättare att definiera vilka krav på resultat som kan ställas på ett utvecklingsavtal än på många andra typer av IT-tjänster. I avtalet definieras ofta vilka krav kunden ställer på produkten, vilket innebär att utvecklingsuppdrag vanligen medför funktionsansvar för leverantören.

Det finns för närvarande fyra stora standardavtal som är aktuella på området. IT-Företagen gav i början av året ut avtalet *IT-Projekt* (2000). Avtalet är avsett att användas när leverantören självständigt ansvarar för att genomföra ett uppdrag. Det är anpassat till den allt vanligare situationen att leverantören utvecklar lösningar i projektform och kan användas när leverantören skall skapa ett system, eller utföra vissa andra aktiviteter.¹² Avtalet ersätter ABDAKA 93 och Utveckling 92,¹³ som tidigare var de två största avtalen på området.¹⁴

Nyligen utkom IT-Företagen med ett något mer specialiserat avtal: *Internetprojekt* (2000). Det är avsett att användas vid utveckling av internetjänster, intranät, extranät eller andra liknande tjänster. I de delar som är relevanta för uppsatsen är avtalet i stort sett identiskt med *IT-Projekt*, och jag har därför valt att endast referera till *IT-Projekt* i detta arbete.

⁸ <http://www.sito.se/> (00-02-04 15:41)

⁹ Se till exempel Computer Sweden 2000-08-23, s. 1, 2 och 4.

¹⁰ Bratt, s. 183.

¹¹ Avsnittet bygger på Lindberg/ Westman, s. 333-335.

¹² <http://www.sito.se/> (00-02-04 15:41) (Pressmeddelande 00-02-02).

¹³ Bratt, s. 218.

¹⁴ Lindberg/ Westman, s. 335.

Hamilton & CO Advokatbyrå Stockholm HB har i samarbete med IT-affärer upprättat avtalet *HamIT 99*.¹⁵ Det är ett standardavtal för webbproduktioner av mindre omfattning. HamIT 99 är avsett att vara ett neutralt avtal, det vill säga lika gynnsamt för kund och leverantör.

För framtagande av multimedieprodukter har branschorganisationen PROMISE (Producers of Interactive Media in Sweden) tagit fram avtalet *PROMISE 98*. Avtalet innehåller allmänna villkor som är avsedda att tillämpas när en kund ger en leverantör i uppdrag att framställa en interaktiv produktion och kunden är slutanvändare av produktionen.

2.1.3 Driftsavtal¹⁶

Vid *driftsavtal* består leverantörens tjänst i att tillhandahålla viss program- eller hårdvara till en kund. Leverantören åtar sig vanligen att driva ett IT-system som kunden använder sig av, till exempel ett nätverk eller en webbtjänst. Detta kallas ibland för asp-tjänster, leverantören är en *application service provider*. En viktig skillnad mot utvecklingsavtalet är att driftsavtalet är ett löpande avtal. Leverantören skall inte tillhandahålla en specifik produkt som avslutar uppdraget, utan tillhandahålla vissa specificerade tjänster under en avtalad tidsperiod. Drift av system bedrivs ibland i form av outsourcing¹⁷, vilket medför arbetsrättslig problematik, eftersom viss personal övergår till kunden. Av utrymmesskäl kommer jag inte att gå in på det i mitt arbete. Driften kan antingen vara en nyetablering (ifall kunden inte har någon befintlig drift) eller övertagande ifrån kunden eller en tidigare leverantör. Övertagandet eller av drift regleras vanligen i ett separat övertagandeavtal.

IT-Företagen har nyligen gett ut ett generellt standardavtal för driftsavtal, *IT-Drift* (1999). Avtalet är avsett att användas vid drift av kundens IT-system, antingen driften sker hos kunden på kundens utrustning eller hos leverantören. Kan till exempel användas vid administration av nätverk, webbaserade tjänster och outsourcing.¹⁸ IT-Drift ersätter Allmänna bestämmelser för Avtal om Datatjänster (DS-96).¹⁹

Ett mer specifikt driftsavtal, som också getts ut av IT-Företagen, är *Elektroniska tjänster* (1998). Det används ”vid uppdrag om tillhandahållande av elektroniska tjänster för publika nät och därtill knutna definierade funktioner... Med tillhandahållande av elektroniska tjänster för publika nät avses uppdrag som exempelvis drift av ’webb-hotell’, elektronisk publicering, tillhandahållande av elektronisk anslagstavla eller andra funktioner riktade mot allmänheten eller mot uppdragsgivarens kunder.”²⁰

¹⁵ Avtalet finns att hämta gratis på <http://www.idg.se/itaffarer/webbavtal.html> (00-01-07 15:51).

¹⁶ Avsnittet bygger på Lindberg/ Westman, s. 363-369.

¹⁷ Även kallat serviceentreprenad. Se till exempel <http://www.capgemini.se/corporate/aktiviteter.html> (99-11-24 13:56) och http://www.enator.se/tjanster/tjanster_frameset.htm (99-11-23 10:42).

¹⁸ Bratt, s. 183.

¹⁹ Bratt, s. 183.

²⁰ Preambeln till Elektroniska tjänster.

2.2 Särskilt om standardavtal

2.2.1 Hur standardavtalet blir en del av det individuella avtalet

Enligt Ramberg och Hultmark finns det ingen legaldefinition av standardavtal.²¹ von Post menar i enlighet med Bernitz att definitionen i 10 § lagen (1994:1512) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden, ”avtalsvillkor som inte varit föremål för individuell behandling”, bör kunna äga generell giltighet.²² I det här arbetet har inte definitionen någon avgörande betydelse, eftersom jag kommer att behandla standardavtal som är utgivna av branschorganisationer.

Det vanligaste skälet till att parterna använder sig av standardavtal är att det är för svårt eller tidskrävande att utforma ett tillräckligt uttömmande avtal på egen hand. En kund eller leverantör av en tjänst sluter ofta ett mycket stort antal avtal av liknande slag och då är det rationellt att hänvisa till ett redan existerande standardavtal eller författa ett eget modellavtal.

Frågan blir sedan hur standardavtalet blir en del av enskilda avtalet. Frågan är omtvistad och rättsläget är i många avseenden oklart.²³ Normalt krävs att standardavtalet bifogas eller annars är lätt tillgängligt för den andra avtalsparten för att de skall utgöra avtalsinnehåll, men villkor i standardavtal kan även bli avtalsinnehåll om de utgör partsbruk eller om de är kutym i branschen.²⁴ Adlercreutz menar att hänvisning inte heller behövs när parterna tillhör organisationer som gemensamt utarbetat standardvillkor, eftersom hänvisning i dessa fall bör anses underförstådd.²⁵ Ett problem i det här sammanhanget är att de nya standardavtalen inte finns lätt åtkomliga. IT-företagens standardavtal måste än så länge beställas från branschorganisationen mot en icke obetydlig avgift, något man knappast kan kräva att en kund skall göra för att ta del av villkoren. För närvarande håller dessa standardavtal på att läggas ut på Internet, något som enligt min mening är mycket angeläget för att öka möjligheterna att åberopa klausulerna i de fall som de inte bifogats det enskilda avtalet. En intressant fråga – som jag inte ska fördjupa mig i här – är om tillgänglighet på Internet kan anses innebära att villkoren kommer till allmän kännedom.

Särskilt höga krav på tydlighet ställs när det rör sig om tyngande eller överraskande avtalsklausuler, varmed avses sådana avtalsvillkor som skiljer sig på ett för motparten ogynnsamt sätt från dispositiv rätt eller i branschen sedvanliga standardvillkor.²⁶ I NJA 1975 s. 545 uttalade HD obiter dictum:²⁷

²¹ Ramberg/ Hultmark, s. 113.

²² von Post, s. 41-42.

²³ Se till exempel Adlercreutz, s. 64.

²⁴ För utförligare diskussion se Lehrberg, Avtalsstolkning, s. 53 och Bernitz, s. 32.

²⁵ Adlercreutz, s. 64.

²⁶ För mer härom se Adlercreutz, s. 64, Lehrberg, Avtalsstolkning, s. 53 och Bernitz, s. 36-39.

²⁷ Fallet diskuteras av Lehrberg, Avtalsstolkning, s. 54 och Adlercreutz, s. 65.

Åsidosättande av kontraktsbestämmelse som är upptagen i tryckt standardavtalsformulär och eventuellt insmugen bland många andra, med fin stil tryckta bestämmelser, kan måhända ske i vissa fall, så t ex om bestämmelsen är särskilt betungande för part och hans uppmärksamhet ej särskilt fästs vid bestämmelsen.

Ett annat exempel på att HD behandlar överraskande klausuler restriktivt är NJA 1970 s. 478. I det fallet hade den ena avtalsparten gjort en relativt långtgående friskrivning i samband med bekräftelse av ett avtal. HD lämnade i ett oenigt domslut klausulen utan avseende, trots att medkontrahenten hade underlåtit att invända mot friskrivningen. (Jämför även nedan 2.2.3.)

Ett särskilt problem kan uppstå om parterna hänvisar till olika standardavtal och villkoren i dessa inte stämmer överens med varandra. Detta kallas för ”kolliderande standardavtal” eller ”Battle of the Forms”. Det är oklart vad som gäller i sådana fall och ämnet hamnar utom ramen för den här uppsatsen.²⁸

2.2.2 Utfyllning av standardavtal och rättslig bakgrund

Parterna har inte alltid reglerat alla förhållanden mellan sig genom avtal. Då finns det en ”lucka” i avtalet som behöver fyllas ut. Det sker vanligtvis med hjälp av allmänna regler eller överväganden av juridisk karaktär. I sista hand får domstolen fylla ut avtalet med dispositiva lagregler, partsbruk, handelsbruk och allmänna rättsgrundsatser.²⁹ Utfyllning kan aldrig ske i strid med tvingande rättsregler.³⁰ Tvingande rättsregler (till exempel 36 § avtalslagen) konstituerar alltså en yttersta ram för vad parterna kan avtala och blir normerande även i strid med fastställt avtalsinnehåll.

I Sverige finns det ingen allmän civillag. I stället har man valt att reglera varje rättsområde för sig, vilket har lett till vissa luckor, vissa typer av avtal passar helt enkelt inte in på någon enskild lag. Till exempel finns det ingen specifik lag för tjänster som inte avser konsumentförhållanden, vilket också innebär att det inte finns någon lag som direkt tar sikte på kommersiella avtal om utveckling och drift. Som exempel på andra avtalskonstruktioner som saknar rättslig reglering kan nämnas leasing och franchising.³¹

Varför det är på det här viset råder det delade meningar om. Andersson och Wikman menar att det beror på att lagstiftaren är ”senfärdig”,³² medan Sandgren mer förlåtande menar att det ligger i sakens natur att rättssystemet har en viss tröghet för att garantera stabilitet.³³

²⁸ För mer om kolliderande standardavtal se Adlercreutz, s. 72-75 och Lehrberg, Avtalsstolkning, s. 57-59 med hänvisningar.

²⁹ Lehrberg, Avtalsstolkning, s. 17.

³⁰ Lehrberg, Avtalsstolkning, s. 101.

³¹ Lagutskottet har nyligen i betänkande 1999/2000:LU19 avstyrkt en motion angående finansiell leasing (1999/2000:L902).

³² Andersson/ Wikman, s. 73-74.

³³ Sandgren, s. 62-63.

Frånvaro av lagstiftning behöver inte vara av ondo. Man kan tvärtom hävda att det är bra att lagstiftaren inte "blandar sig i" varje område. Det är möjligt att varje bransch har bäst möjligheter att reglera sina problem själva. Något som talar för detta resonemang är att även på områden där det finns dispositiv lagstiftning används standardavtal då villkoren för branschen inte stämmer med de villkor som dispositiv rätt anger. Standardavtalen blir då en specialreglering för det som är utmärkande för avtalstypen. Hellner menar att lagstiftaren omöjligt kan följa med all utveckling och att sådana försök lätt skulle leda till stagnation.³⁴ Snabb utveckling och flexibilitet är som bekant särskilt utmärkande för IT-branschen och därför skulle området enligt min mening vara svårt att detaljreglera lagstiftningsvägen.

Att det inte finns någon lag som direkt tar sikte på tjänster mellan näringsidkare innebär inte att området saknar regler. Först och främst gäller den allmänna, dispositiva civilrätten, framförallt avtalslagen. Avtalslagen är mycket generellt utformad och kan därför tillämpas på alla förmögenhetsrättsliga avtal. 18:e kapitlet handelsbalken är också generell till sin omfattning, men har ett något mer begränsat tillämpningsområde.

18:e kapitlet i handelsbalken är direkt tillämpligt vid *sysslomannaavtal*. Vilka avtal som skall räknas som sådana är omdiskuterat,³⁵ eftersom lagreglerna är ålderdomliga och svårtolkade. Formuleringen i 1 § "Varder man av annan ombuden, att å dess vägnar något syssla och uträtta" ger inte mycket ledning för att avgöra vem som är syssloman. Förutom uppdrag att utföra en immateriell tjänst,³⁶ anses förtroendeförhållandet mellan parterna vara en viktig del. Sysslomannaavtal innebär ofta att sysslomannen ges i uppdrag att rättshandla på huvudmannens vägnar, men det är antagligen inte ett nödvändigt kriterium för att det skall röra sig om ett sysslomannaavtal.³⁷ Det har också diskuterats om bara uppdrag till fysisk person kan utgöra sysslomannaskap,³⁸ men genom NJA 1992 s. 16 står det klart även uppdrag till juridisk person kan utgöra sysslomannaskap. Sannolikt är kommersiella utvecklings- och driftsavtal i allmänhet inte att anse såsom sysslomannauppdrag i den mening som avses i 18:e kapitlet handelsbalken.

Lagregler som inte är direkt tillämpliga kan tillämpas analogt för att fylla ut avtalet. På det sättet har flera lagar på förmögenhetsrättens område fått ett vidsträckt faktiskt tillämpningsområde.³⁹ Sundberg skriver att en lag som inte utgör formellt bindande rätt får "sin kraft från tyngden av det argument dess *inhåll* och *ställning* i rättssystemet utgör".⁴⁰ 1905 års köplag ansågs tidigare i stor utsträckning uttrycka allmänna rättsgrundsatser. Den nya köplagen bygger i stor utsträckning på CISG och är mer specifik till sin karaktär än den gamla.⁴¹ Huruvida den nya köplagen också uttrycker allmänna rättsgrundsatser är än så

³⁴ Hellner, Köp och avtal, s. 210.

³⁵ Hellner 2:1, s. 200, Bengtsson, s. 149-151 och Tiberg/ Dotevall, s. 26.

³⁶ Det vill säga tjänster som inte är knutna till något fysiskt föremål.

³⁷ Jämför Bengtsson, s. 149-151 och Tiberg/ Dotevall, s. 26.

³⁸ Tiberg/ Dotevall, s. 27 och Hellner 2:1, s. 225.

³⁹ Lehrberg, Avtalsstolkning, s. 145 och Lehrberg, Praktisk juridisk metod, s. 81.

⁴⁰ Sundberg, s. 326.

⁴¹ Se bland annat Ramberg, Köplagen, s. 48-52.

länge oklart och tills vidare får man antagligen nöja sig med att göra försiktiga skälighetsbedömningar. Det finns inte heller någon annan lag som har samma auktoritet på området som 1905 års köplag hade.⁴² Detta är naturligtvis olyckligt om det får till följd att rättssäkerheten blir lidande och här fyller standardavtalen en stabiliserande funktion, eftersom de ökar förutsägbarheten. Därför har det också utvecklats ett stort antal standardavtal på området för IT-tjänster.

Det är inte bara nya branscher som saknar fullständig rättslig reglering. Ett av de mest etablerade standardavtalen för tjänster är AB 92 (allmänna bestämmelser för byggnads-, anläggnings-, och installationsentreprenader). HD har vid flera tillfällen hänvisat till avtalet och lagt det till grund för sina avgöranden, även när parterna inte formellt hänvisat till det vid avtalsslutet. Standardavtalet utgör därför enligt Ramberg och Hultmark handelsbruk och har därmed i princip fått samma ställning som dispositiv lag.⁴³ Frågan om standardavtal kan ge grund för att konstatera handelsbruk är i övrigt omdiskuterad.⁴⁴ Ramberg uppställer som krav att bruket skall ha vunnit erforderlig stadga samt geografisk spridning för att relevant handelsbruk skall anses föreligga.⁴⁵ Adlercreutz menar att standardavtal kan utgöra handelsbruk, men att det inte finns något säkert sätt att avgöra när avtalsvillkor är så etablerade förrän de godkänts av domstolarna.⁴⁶ Bernitz intar en mer kritisk hållning. Han anser att även vitt spridda standardavtal i allmänhet inte utgör handelsbruk.⁴⁷ När det gäller utvecklings- och driftstjänster finns det enligt min mening ännu inte något standardavtal som fått den starka ställning att det kan anses utgöra handelsbruk

Det är viktigt att man skiljer handelsbruk inom en bransch från partsbruk. Om två parter utvecklar en egen praxis sinsemellan, som skiljer sig från branschsedvänja och dispositiv rätt, så gäller den mellan kontrahenterna som partsbruk. Partsbruk gäller framför handelsbruk, som i sin tur går före dispositiv lagstiftning.

Något bör i sammanhanget framhållas om de lagar som behandlar avtalstyper som är besläktade med kommersiella utvecklings- och driftsavtal, och som därför kan användas analogt eller vara till hjälp för att uttolka allmänna rättsprinciper.⁴⁸ Eftersom de flesta av de lagar jag kommer att behandla har som huvudsyfte att skydda konsument eller tredje man får detta dock ska med viss försiktighet, vilket kommer att framgå i det följande.

Att utvecklings- och driftsavtal i allmänhet inte är att anse såsom sysslomannauppdrag i den mening som avses i 18:e kapitlet handelsbalken hindrar naturligtvis inte att man kan dra viktiga analogier till den avtalsformen, eftersom likheten är påtaglig. Dessutom överensstämmer reglerna i 18 kapitlet handelsbalken i stor utsträckning med de allmänna

⁴² Sundberg, s. 326-328.

⁴³ Ramberg/ Hultmark, s. 21, 121-122 och 134-135.

⁴⁴ Lehrberg, Avtalstolkning, s. 85 med hänvisningar.

⁴⁵ Ramberg, Köplagen, s. 160.

⁴⁶ Adlercreutz, s. 69.

⁴⁷ Bernitz, s. 31.

⁴⁸ Lindberg/ Westman, s. 354 och Tiberger/ Dotevall, s. 26-27. Jämför även Prop. 1984/85:110, s. 33.

rättsgrundsatser som finns på området, vilket gör gränsdragningen något mindre väsentlig.⁴⁹ En allmän rättsgrundsats är en sådan princip som återkommer i rättsregler på olika områden och därför utgör grund för rättsanalogier.⁵⁰ Den mest kända är kanske att part har rätt att häva avtal vid motpartens väsentliga kontraktsbrott.⁵¹

Köplagen är aldrig direkt tillämplig på tjänster. Den är dock den viktigaste lagen på obligationsrättens område och det är därför naturligt att göra jämförelser med denna. I vissa fall kan även analogier bli aktuella, även om lagen inte har samma ställning som 1905 års köplag hade (jämför ovan). För de flesta konsumenttjänster är konsumenttjänstlagen tillämplig. Den kan vara till viss ledning för vilka allmänna principer som gäller vid uppdragsavtal mellan näringsidkare, men på grund av det uttalade konsumentintresset blir användbarheten begränsad.⁵² Däremot finns det i förarbetena till konsumenttjänstlagen omfattande principiella diskussioner kring leverantörens ansvar för tjänster, som enligt min mening kan vara till hjälp för att utforska ansvaret för kommersiella tjänster.

Vissa mellanmanskonstruktioner har specialreglerats i lag. Dessa är viktiga i det här sammanhanget, eftersom de innehåller vissa allmänna obligationsrättsliga principer om vilka förpliktelser parter i allmänhet har mot varandra. Det viktigaste av dessa är *kommissionsavtalet*. Kommissionären avtalar i eget namn, men för annans räkning. I och med att kommissionären avtalar i eget namn blir hon bunden av avtalet. I kommissionslagen finns viktiga regler om förhållandet mellan dessa tre parter. Det är främst förhållandet mellan kommissionären och kommittenten som kan vara intressant för analogier till utvecklings- och driftstjänster. Kommissionslagen omfattar endast inköps- och försäljningskommission. Traditionellt brukar man betrakta den traditionella speditorsverksamheten som tjänstekommission. Denna omfattas inte direkt av lagtexten, utan får även den regleras genom analogier.

En annan mellanmanskonstruktion man kan dra analogier till är rättsförhållandet mellan en handelsagent och hennes huvudman. Handelsagenten handlar också på huvudmannens uppdrag, och till skillnad från kommissionären, inte i eget namn, utan i huvudmannens. I förarbetena till lagen om handelsagentur står att bestämmelserna bör kunna tillämpas även vid uppdrag där inslaget av tjänst dominerar.⁵³ Det kan också vara möjligt att dra paralleller till reglerna för fastighetsmäklare och försäkringsmäklare när man behandlar kommersiella utvecklings- och driftsavtal, men detta får göras med viss försiktighet, eftersom reglerna för dessa mäklare är branschspecifika.

Vid studiet av standardavtal är det intressant att notera att de allmänna regler som gäller på området vanligen slås fast i avtalet. Därför kan standardavtalen i sig även vara till hjälp för att utforska gällande rätt.

⁴⁹ Bengtsson, s. 172-173.

⁵⁰ Lehrberg, Avtalsuttolkning, s. 147.

⁵¹ Lehrberg, Praktisk juridisk metod, s. 81.

⁵² Prop. 1984/85:110, s. 33 och Hellner 2:1, s. 84-85.

⁵³ Prop. 1990/91:63, s. 53.

2.2.3 Tolkning och jämkning av standardavtal

Som framgått av föregående avsnitt kan ett avtal fyllas ut med bakomliggande rättsregler och allmänna skälighetsbedömningar i de delar som parterna inte avtalat. Även om parterna har försökt att reglera den aktuella frågan emellan sig genom avtal är det ibland oklart vad som egentligen har avtalats och avtalsinnehållet måste då bli föremål för tolkning. Tolkning sker i hög utsträckning med hänsyn till avtalssituationen, som kan delas upp i språklig, faktisk eller rättslig kontext. Kontextuell tolkning sker mot bakgrund av syftet med avtalet, partsbruk, handelsbruk och liknande faktorer. Ena partens standardvillkor kan också få betydelse för tolkningen av avtalet, särskilt om de stämmer överens med handelsbruk.⁵⁴

En del tolkningsregler kan användas generellt när sammanhanget inte ger tillräckligt underlag för tolkning. Den viktigaste tolkningsregeln vid ensidigt upprättade standardavtal är att en otydlig klausul skall tolkas till nackdel för den part som har utformat avtalet, den så kallade *oklarhetsregeln*. En närliggande princip är att *tyngande och oväntade klausuler skall tolkas restriktivt* (jämför ovan 2.2.1) Dessa metoder kan tillsammans betecknas som *restriktiv tolkning*.

En omstridd tolkningsprincip, som går i motsatt riktning, är *minimiregeln*. Den innebär att en förpliktande viljeförklaring skall tolkas till förmån för den som avgivit förklaringen, det innebär att den presterande parten vid oklarhet om vad som avtalats får prestera det för henne mest förmånliga. Vissa författare hävdar att regeln främst har tillämpning vid ensidiga utfästelser.⁵⁵ Mot det talar att regeln tillämpas i 4 § AB 92.⁵⁶

Om i en och samma handling eller i en och samma i § 3 i detta kapitel nämnd grupp av handlingar förekommer mot varandra stridande uppgifter eller föreskrifter, skall den uppgift eller föreskrift gälla som medför lägsta kostnad för entreprenören, om inte omständigheterna uppenbarligen föranleder annat.

Vid tillverkningsavtal korresponderar minimiregeln med en annan princip, nämligen att prestationen skall vara *lämplig för sitt ändamål*.⁵⁷ Båda principerna får till följd att det blir upp till kunden att bevisa att leverantören skall prestera mer än vad som tydligt har avtalats.

Som jag nämnde i föregående avsnitt konstituerar tvingande lag alltid en yttersta ram för vad parterna kan avtala. Inom avtalsrätten är de viktigaste tvingande reglerna ogiltighetsreglerna i 3 kapitlet avtalslagen. Jag skall i det här arbetet särskilt utforska möjligheterna att använda 36 § avtalslagen, som inte bara är en ogiltighetsregel, utan som framförallt har betydelse för jämkning av oskäligen avtal och avtalsklausuler. Det är främst 1 och 2 stycket som har betydelse här:

⁵⁴ Lehrberg, Avtalsstolkning, s. 86-87.

⁵⁵ Ramberg/ Hultmark, s. 173 och Bernitz, s. 51.

⁵⁶ Citerad av Lehrberg, Avtalsstolkning, s. 138.

⁵⁷ Lehrberg, Avtalsstolkning, s. 138.

Avtalsvillkor får jämkas eller lämnas utan avseende, om villkoret är oskäligt med hänsyn till avtalets innehåll, omständigheterna vid avtalets tillkomst, senare inträffade förhållanden och omständigheterna i övrigt. Har villkoret sådan betydelse för avtalet att det icke skäligen kan krävas att detta i övrigt skall gälla med oförändrat innehåll, får avtalet jämkas även i annat hänseende eller i sin helhet lämnas utan avseende.

Vid prövning enligt första stycket skall särskild hänsyn tagas till behovet av skydd för den som i egenskap av konsument eller eljest intager en underlägsen ställning i avtalsförhållandet

Domstolen har alltså relativt stor frihet att bestämma hur olika faktorer skall inverka för att bestämma oskäligheten i ett avtal eller avtalsvillkor, men som framgår av andra stycket skall domstolen ta särskild hänsyn till om ena parten intar en underlägsen ställning i avtalsförhållandet. Ifall domstolen bedömer ett avtalsvillkor som oskäligt har den vid sidan av att lämna avtalsvillkoret utan avseende möjligheten att ge villkoret ett nytt innehåll genom jämkning. På det sättet kan restriktiv tolkning och jämkning användas som alternativa metoder för att inskränka oskäliga klausuler som inte har framhävts på ett tydligt sätt.

3 Fel

3.1 Allmänt

Det här kapitlet handlar om vilka krav leverantörens prestation skall uppfylla för att inte anses felaktig. För att bestämma vad som är fel måste man först beskriva prestationen och sedan vad som utgör avvikelse från avtalad prestation. Eftersom det i stort sett saknas tvingande regler på området är det främst avtalet som avgör vad som skall gälla mellan parterna. Övriga faktorer som kommer att behandlas är avvikelse från fackmannamässighet och leverantörens bristande omsorg om kundens intressen. Vid bristande uppfyllelse av dessa förpliktelser riskerar leverantören att ådra sig ansvar för kontraktsbrott. Vilka möjligheter leverantören har att inskränka detta ansvar skall jag behandla i nästa kapitel.

Främst kommer det som inom köprätten brukar betecknas som faktiska fel att behandlas. Dessa fel brukar i sin tur delas in i konkreta fel (avvikelse från individuellt bestämd standard) och abstrakta fel (avvikelse från allmän standard). Jag kommer inte att använda dessa termer, men i stort sett kommer betoningen att ligga på vad kunden allmänt kan kräva av leverantören, det vill säga objektiva krav på leverantörens prestation. Jag kommer inte att behandla sakrättsliga och immaterialrättsliga fel i den här uppsatsen och rådfel behandlas endast översiktligt i samband med upplysningsplikten (3.4.2 nedan). Ibland skiljer man mellan fel och brist. *Fel* härrör då till prestationens kvalitet och *brist* till kvantiteten.⁵⁸ Jag kommer på grund av de behandlade tjänsternas natur inte att göra någon skillnad mellan fel och brist i detta arbete.

Enligt köplagen föreligger fel om en vara avviker från vad köparen *med fog kunnat förutsätta*. Avvikelse från köparens befogade förväntningar utgör fel oavsett säljarens vetskap om köparens förväntningar. Felbedömningen enligt köplagen kan grunda sig antingen på vad som särskilt har avtalats eller på en objektiv norm. Jag anser att kundens befogade förväntningar kan vara en lämplig utgångspunkt även vid kommersiella avtal om utveckling och drift.⁵⁹ Analogier till köplagens felregler är mer naturliga vid *utvecklingsavtal* än vid driftsavtal, eftersom avtal om utveckling ligger närmare avtal om köp av en vara.⁶⁰ Vid *driftsavtal* är det inte lika självklart att köplagens felregler kan användas, eftersom det rör sig om ett mer renodlat tjänstestavtal och likheten med ett avtal om köp av en vara är därför inte lika stor. Jag kommer dock att använda begreppet fel även vid denna typ av avtal, eftersom termen är etablerad i föreliggande standardavtal och i konsumenttjänstlagen.

⁵⁸ Se till exempel Håstad, Den nya köprätten, s. 69.

⁵⁹ Kihlman tycks anse att skyddet för köparens befogade förväntningar är en allmän obligationsrättslig regel för felbedömning. Se till exempel Kihlman, s. 287.

⁶⁰ Jämför Lindberg/ Westman, s. 336 och 270-273 samt ovan vid not 6.

3.2 Avtalad prestation

3.2.1 Kravspecifikationen

Vilka krav kunden kan ställa på leverantörens prestation beror främst på vad avtalet går ut på. Leverantörens huvudsakliga förpliktelse är i allmänhet att åstadkomma ett visst resultat. Avviker resultatet från vad som har avtalats eller vad som måste anses avtalat är tjänsten i princip felaktig. Det kan också vara så att leverantören åtar sig att eftersträva att med omsorg eftersträva ett resultat eller att eftersträva bästa möjliga resultat.⁶¹

En viktig skillnad mellan avtal om köp av en vara och köp av en tjänst är att kunden vid köp av tjänster har svårt att bilda sig en uppfattning om leverantörens färdiga prestation vid avtalsstillfället. Vid köp av en vara har köparen ofta goda möjligheter att undersöka varan innan hon ingår avtalet, medan en tjänst i regel inte materialiseras förrän kunden redan är bunden av avtalet. Vid den typ av tjänster som den här uppsatsen behandlar gör sig detta problem i hög utsträckning gällande, eftersom kundens kunskap om tjänsten ofta är mycket liten vilket också påverkar avtalsförhållandet mellan parterna. På grund av att leverantören i många fall har väsentligt större sakkunskap, kan det enligt min mening finnas större anledning att tillämpa konsumenttjänstlagen analogt än vid andra avtal om tjänster mellan näringsidkare.

Beskrivningen av avtalsobjektet genom uppdragsbeskrivningen eller kravspecifikationen är det viktigaste momentet i avtalet, eftersom den är grunden för bedömningen om prestationen är behäftad med fel eller inte. Därför är det mycket viktigt att parterna noggrant specificerar exakt vilken tjänst som leverantören skall utföra, eller som Edmar uttrycker det: "Inget avtal blir bättre än kravspecifikationen!"⁶²

Jag skall börja med att redogöra för *utvecklingsavtal*. I standardavtalet IT-Projekt anges ett förfarande i två steg: Först skall kunden beskriva vilket resultat hon vill att leverantören skall åstadkomma (Uppdragsbeskrivningen) och sedan skall leverantören göra en mer detaljerad beskrivning av vilka krav systemet skall klara (Specifikationen) och hur tjänsten skall genomföras (Projektplanen) (punkt 2.1). Specifikationen och Projektplanen bygger på Uppdragsbeskrivningen och skall kontrolleras och godkännas av kunden inom 15 dagar (punkt 2.3). Om kunden inte framställt anmärkning inom 15 dagar skall Specifikationen anses godkänd av kunden. Godkänner inte kunden Specifikationen har respektive part rätt att säga upp avtalet (punkt 2.4). Det är sedan mot Produktspecifikationen man avgör om produkten är godkänd, vilket framgår av punkt 7.1 och punkt 11.1, 2 stycket.

HamIT 99 innehåller ungefär samma bestämmelser som IT-Projekt. Kunden har en vecka på sig att godkänna, eller inkomma med förändringar till, leverantörens förslag till specifikation. Leverantören har sedan i sin tur en vecka på sig att godkänna ändringarna. Om parterna inte kommer överens inom dessa tidsfrister så förfaller avtalet (punkt 2.1-3).

⁶¹ Rodhe, s. 20.

⁶² Edmar, s. 50.

En viktig skillnad mellan HamIT 99 och IT-Projekt är att kundens passivitet enligt HamIT 99 leder till att avtalet förfaller, medan kundens passivitet leder till att avtal anses slutet enligt leverantörens specifikation enligt IT-Projekt.

I PROMISE 98 anges inte något formaliserat förfarande för hur kravspecifikationen skall upprättas. Däremot finns det en regel som anger att leverantören har tolkningsföreträde i fråga om huruvida arbete omfattas av kravspecifikationen eller ej (3 punkten 2 stycket) Denna bestämmelse kommer att diskuteras i följande avsnitt.

Bratt menar att tvåstegsmodellen är lämplig eftersom parterna först fokuserar på mål och övergripande funktioner och sedan utarbetar projektplanen och specifikationen mer i detalj.⁶³ Jag tycker också att modellen verkar praktisk och jag antar att det är så det går till i praktiken även i de fall då det inte formaliserats i standardavtal. Vid avtal om större IT-tjänster kan kunden vanligen endast beskriva vilka funktionskrav hon har på tjänsten, sällan exakt hur uppdraget skall genomföras.

Modellen bidrar enligt Bratts mening även till att göra ansvarsförhållandena mellan parterna tydligare.⁶⁴ Tyvärr utvecklar inte Bratt närmare i vilket avseende tvåstegsmodellen förtydligar ansvarsförhållandet mellan kunden och leverantören. Jag kan tänka mig att han syftar på att kravet på att kunden skall upprätta en uppdragsbeskrivning kan medföra att leverantören i specifikationen tydligare måste ange i vilken utsträckning de önskade funktionerna verkligen kan uppnås.

Hur man utformar kravspecifikationen är avgörande för vad leverantörens uppdrag egentligen går ut på. Vid utvecklingsavtal åtar sig leverantören som sagt att framställa en produkt. Man kan då antingen göra en teknisk beskrivning av vilken prestanda produkten i olika avseende skall ha eller avtala om vad produkten skall kunna åstadkomma, dess funktion. Funktionsansvar är en betydligt bättre lösning ur kundens perspektiv, eftersom kunden i allmänhet inte är intresserad av den tekniska kapaciteten, utan av att produkten fungerar som hon har tänkt sig. Det är också den mest naturliga lösningen i de fall som kunden inte besitter samma tekniska kunskap som leverantören. Håstad menar att leverantören (åtminstone när det gäller köp av varor) kan få funktionsansvar även om detta inte avtalats ifall kunden inte besitter samma sakkunskap som leverantören.⁶⁵

Specifikationen av tjänsten när det gäller *driftsavtal* går främst ut på att fastställa vilken servicenivå leverantören skall prestera (punkt 15.2 IT-Drift). Tjänsten består vanligen i att tillhandahålla viss program- eller hårdvara och att driva ett IT-system som kunden använder sig av, till exempel ett nätverk eller en webbtjänst. I specifikationen bör parterna precisera vilka applikationer som skall kunna exekveras, vilka operativsystem och databashanterare som skall kunna användas, vilka delar av systemet leverantören skall tillhandahålla

⁶³ Bratt, s. 222.

⁶⁴ Pressmeddelande från IT-Företagen 2000-02-02, hämtat från http://www.24info.com/show_article.dows?art_id=585 (00-02-04 15:32).

⁶⁵ Håstad, Den nya köprätten, s. 71.

(operativsystem, övervakningssystem och så vidare) samt vilka krav på kapacitet och lagringsmöjligheter som ställs på systemet.⁶⁶

Utöver vilka typer av tjänster som tillhandahålls skall vid driftsavtal tillgängligheten regleras. Med detta avses de tidsperioder som kunden har tillgång till systemet, till exempel kan leverantören garantera en tillgänglighet på 99% under den tid systemet är bemannat, 07.00-19.00 måndag till fredag. Det har också betydelse hur lång mätperioden är. Ifall mätperioden är en månad i ovanstående exempel, kan då driften ligga nere i två och en halv timme utan att leverantören gör sig skyldig till avtalsbrott.⁶⁷

Eftersom driftsavtal är varaktiga och förutsättningarna kan förändras över tid är det i dessa fall inte lika lätt att specificera kraven på tjänsten. Det är inte möjligt att i detalj ange hur driften skall utföras under hela perioden och specifikationen måste därför vara mer dynamiskt utformad.⁶⁸

3.2.2 Andra faktorer av betydelse för att fastställa avtalad prestation

Kravspecifikationen är grunden för avtalet, och därmed även för kundens befogade förväntningar på leverantörens prestation. Leverantören vill vanligen endast ansvara för att tjänsten uppfyller de krav som uppställts i kravspecifikationen,⁶⁹ men i regel finns det andra faktorer som påverkar vad som kan anses avtalat mellan parterna och därmed också felbedömningen.

I *driftsavtalet* Elektroniska tjänster bestäms innehållet i leverantörens prestation enligt punkt 1.1 i tre nivåer:

- a) enligt särskild överenskommelse,
- b) vid tidpunkten för avtalets träffande av Leverantören eller för dennes räkning utgivna eller i marknadsföringen använda beskrivningen över Tjänsten,
- c) allmänt tillämpade normer för motsvarande tjänster.

Bratt menar att denna ordning är den som gäller enligt allmänna regler.⁷⁰ Detta är enligt min mening i stort sett riktigt, men det finns anledning att vara något mer nyanserad. Först kan vi titta på *vid marknadsföringen lämnade uppgifter*. (Allmänna normer kommer främst att behandlas i avsnitten 3.3 och 3.4 nedan.) I *utvecklingsavtalet* IT-Projekt finns en bestämmelse som påminner om den i punkt 1.1 b Elektroniska tjänster. I punkt 11.5, 2 stycket IT-Projekt anges att en tjänst är att anse som felaktig då den avviker från "av leverantören eller för dennes räkning utgivna eller i marknadsföringen använda produktbeskrivningar". Det skall påpekas att leverantören inte behöver ha åtagit sig något särskilt

⁶⁶ Lindberg/ Westman, s. 266.

⁶⁷ Exemplet hämtat från Lindberg/ Westman, s. 367.

⁶⁸ Bratt s. 201-202.

⁶⁹ Se till exempel punkt 7.1 PROMISE 98.

⁷⁰ Bratt, s. 204.

juridiskt ansvar genom marknadsföringen (eftersom uppgiften i så fall skulle binda leverantören direkt som ett avtalsvillkor).⁷¹

En liknande felbestämmelse återfinns i 10 § konsumenttjänstlagen och 18 § köplagen. Tjänsten eller varan skall enligt dessa lagar anses som felaktig om prestationen avviker från sådana uppgifter av betydelse för bedömningen av tjänstens eller varans beskaffenhet eller ändamålsenlighet som kan antas ha inverkat på avtalet och som i samband med avtalets ingående eller annars vid marknadsföring har lämnats av leverantören, branschorganisation eller någon i tidigare säljled. I förarbetena till konsumenttjänstlagen framhålls att avvikelserna måste ha betydelse för tjänstens beskaffenhet eller ändamålsenlighet. Det anges vidare att uppgiften måste antas ha inverkat på avtalet för att bestämmelsen skall bli tillämplig.⁷² Det är enligt min mening tydligt att författarna till Elektroniska tjänster och IT-Projekt (som avser driftsavtal respektive utvecklingsavtal) har haft bestämmelserna i konsumenttjänstlagen och köplagen i åtanke. Det är därför sannolikt att motiven till konsumenttjänstlagen kan ha betydelse för tolkningen av de standardavtalen i detta avseende.

I de övriga utvecklings- och driftsavtalen finns det ingen motsvarande regel. Konsumenttjänstlagen har som jag redan nämnt begränsad användbarhet som analog normkälla i och med att bestämmelsen är av konsumentskyddande karaktär. Vad som däremot talar för att en liknande princip är tillämplig är att en motsvarande regel återfinns i köplagen och även har medtagits i två stora standardavtal för de båda avtalstyperna. I och med att tjänster, som jag tidigare angivit, inte är möjliga att granska i förväg på samma sätt som varor, finns det enligt min mening anledning att tillmäta marknadsföringen större betydelse vid avtal om tjänster än vid avtal om köp av varor. Jag menar därför att åtminstone leverantörens egna marknadsföring av en tjänst, både vid utvecklings- och driftsavtal, kan få betydelse för vilken kvalité tjänsten skall hålla för att inte anses felaktig även i de fall då detta inte regleras i direkt tillämpligt standardavtal. Möjligen får undantag härifrån göras om avtal slutits i enlighet med villkoren i *utvecklingsavtalet* PROMISE 98, där leverantörens felansvar i punkt 7.1 uttryckligen begränsas till att avse det som angivits i specifikationen och *driftsavtalet* IT-Drift, där motsvarande undantag görs för det fall särskilt avtal slutits mellan parterna om garanterad servicenivå. Detta ska närmare diskuteras nedan (4.2).

En annan faktor som kan ha betydelse för att fastställa avtalsinnehållet är *uppdragsbeskrivningen*. Uppdragsbeskrivningen kan vara formulerad av kunden eller kunden och leverantören i samråd. Enligt punkt 4.2, 1 stycket i *utvecklingsavtalet* IT-Projekt skall leverantören ”utföra vad som erfordras för att uppfylla Specifikationen samt i övrigt vad som framgår av Uppdragsbeskrivningen.” Det räcker alltså inte enligt IT-Projekt att leverantören utför det som anges i specifikationen för att uppfylla sina skyldigheter enligt avtalet, utan uppdragsbeskrivningen har fortfarande betydelse för att fastställa leverantörens kontraktuella förpliktelser.⁷³ I *utvecklingsavtalet* HamIT 99 och *driftsavtalet* Elektroniska

⁷¹ Jämför Håstad, Den nya köprätten, s. 77.

⁷² Prop. 1984/85:110, s. 193-194.

⁷³ Jämför Bratt, s. 224.

Tjänster anges varken att uppdragsbeskrivningen har betydelse för felansvaret eller att leverantören endast ansvarar för avvikelse från specifikationen. Jag anser att uppdragsbeskrivningen bör kunna ha betydelse som tolkningshjälp för att bestämma leverantörens prestation ifall dessa standardavtal är tillämpliga. I PROMISE 98 och IT-Drift görs som sagt uttrycklig begränsning till att tjänsten endast skall uppfylla de krav som anges i specifikationen.

Det avtalade *priset* är också ägnat att påverka kundens befogade förväntningar. Ett fast, lågt pris minskar kraven på leverantörens prestation. Högt arvode eller löpande räkning ökar på motsvarande sätt kravet på att tjänsten är grundlig och felfri.⁷⁴ En annan viktig faktor är om leverantören har gett *garantier*. Dessa är typiskt sett ägnade att höja kundens förväntningar.⁷⁵ Saknar tjänsten en egenskap som leverantören tillförsäkrat, svarar hon sannolikt oberoende av vållande.⁷⁶ Felbedömningen påverkas också av om leverantören har ett *totalansvar* för leverans eller drift av ett system eller om hon endast ansvarar för en del av ett system. Generellt blir ansvaret större om avtalet går ut på utveckling eller drift av ett helt system som består av flera delar, eftersom leverantören då får ansvar för att delarna fungerar tillsammans, ett helhetsansvar.

Jag har nu gått igenom en rad faktorer som kan påverka kundens befogade förväntningar på tjänstens kvalitet. Gemensamt för dessa faktorer är att de kan beskrivas som en *fördelning av risk* mellan köpare och leverantör. Noggrann beskrivning av avtalsföremålet, högt pris och garantier är typiskt sett ägnade att minska kundens risksfär på leverantörens bekostnad.⁷⁷ Kihlman har sammanfattat detta förhållande i följande grundläggande sats, som jag finner användbar för de typer av avtal som här behandlas:⁷⁸

Köparen står risken för att beskrivningen av avtalsföremålet inte tillräckligt tydligt ger uttryck för hans förväntningar, medan säljaren står risken för att avtalsföremålet inte svarar mot den sålunda gjorda beskrivningen.

För *driftstjänster* finns det en särskild regel i punkt 2.3 IT-Drift. Där anges att tjänsten skall ”utföras enligt de metoder och standarder som leverantören normalt tillämpar”. Av bestämmelsen framgår att leverantören har rätt att själv välja hur tjänsten skall utföras om ingenting annat avtalats. Det kan enligt Bratt motiveras med att leverantören bör få bestämma tjänstens utformning eftersom hon själv är ansvarig för tjänstens kvalitet. Genom att använda likartade metoder i förhållande till alla kunder kan leverantören också uppnå stordriftsfördelar.⁷⁹ Samtidigt krävs att leverantören skall använda normala metoder. Det borde dels innebära att leverantören inte får använda sämre metoder i förhållande till en kund än till andra, dels att leverantören inte får använda nya och oprövade metoder. Det

⁷⁴ Lindberg/ Westman, s. 336.

⁷⁵ Kihlman, s. 154.

⁷⁶ Bengtsson, s. 141.

⁷⁷ Kihlman, s. 154.

⁷⁸ Kihlman, s. 56-57. Uttalandet avser felansvaret enligt köplagen, men är enligt min mening tillämpligt även på avtal om utvecklings och driftstjänster mellan näringsidkare.

⁷⁹ Bratt, s. 178.

finns en liknande regel för *utvecklingsavtal* i 3 punkten 2 stycket PROMISE 98. Där anges att leverantören har tolkningsföreträde i fråga om huruvida arbete omfattas av kravspecifikationen eller ej.

Båda dessa regler innebär i viss mån att leverantören har tolkningsföreträde för hur tjänsten skall utföras i de delar som detta inte särskilt har avtalats. Dessa båda regler kan jämföras med två tolkningsregler som jag har behandlat ovan (2.2.3). Dessa är minimiregeln, det vill säga att den presterande parten vid oklarhet om vad som avtalats får prestera det för henne mest förmånliga, och principen att en prestation skall vara lämplig för sitt ändamål. Båda dessa tolkningsprinciper är ägnade att inskränka leverantörens ansvar för sin prestation. Det är dock, såvitt jag kan bedöma, oklart vilken betydelse de kan få för att bestämma leverantörens ansvar för sin prestation vid avtal om utveckling och drift. Jag anser dock att i vart fall bestämmelsen i PROMISE i påfallande stor utsträckning utformats till leverantörens förmån.

3.2.3 Felansvar

I *utvecklingsavtalen* uttrycks kopplingen mellan kravspecifikationen och fel så att fel föreligger ifall tjänsten inte uppfyller specifikationen (punkt 11.1, 2 stycket IT-Projekt, punkt 6.1 HamIT och punkt 7.1 PROMISE 98). I *driftsavtalet* Elektroniska tjänster knyts felansvaret också till specifikationen (punkt 13.1). I IT-Drift definieras inte fel, men fel tycks föreligga vid avvikelser från avtalad servicenivå (punkt 15.1 och 15.2). I praktiken är därför tjänsten att anse som felaktig då tjänsten avviker från specifikationen även enligt det avtalet.

Som jag diskuterat ovan (3.2.2) är det inte bara kravspecifikationen som utgör avtal mellan parterna, utan även andra faktorer har i allmänhet betydelse för att bestämma avtalets innehåll. I enlighet med allmänna principer leder även sådana avvikelser till att tjänsten blir felaktig, vilket innebär att felbedömningen är beroende av vad avtalet från början går ut på. Om leverantören åtagit sig att åstadkomma en produkt är tjänsten felaktig om resultatet inte uppnåtts. Går avtalet istället ut på att vissa tjänster skall vara tillgängliga för kunden vissa tidsintervall är avvikelser både från avtalad kvalitet och avtalad tillgänglighet att anse som fel.⁸⁰

Om det varken framgår av det individuella avtalet eller tillämpligt standardavtal vilka krav kunden kan ställa på leverantörens prestation kan avtalet bli föremål för tolkning. Jag har gjort en allmän genomgång av tolkningsprinciper beträffande standardavtal ovan (2.2.3) och jag har inte för avsikt att fördjupa mig i tolkning av det individuella avtalet. Då leverantörens ansvar för prestationen inte heller kan fastställas med hjälp av tolkning får ansvaret fastställas av någon abstrakt norm hämtad från principer inom närliggande lagstiftning eller standardavtal.⁸¹ De två viktigaste skall diskuteras i följande två avsnitt, nämligen fackmannamässighet och omsorgsplikt.

⁸⁰ Jämför Håstad, Den nya köprätten, s. 72.

⁸¹ SOU 1979:36, s. 185. Jämför även ovan 2.2.2.

Det kan vara svårt att reglera när tjänsten är ”färdig”, det vill säga när leverans skall anses ha skett. Frågan har främst betydelse för när leverantörens felansvar inträder. Vid *utvecklingsavtal* inträder leverantörens ansvar för fel vid leveranstidpunkten. Det är även viktigt att fastställa leveranstidpunkten för att avgöra när risken för varan går över på leverantören och ifall leverantören befinner sig i dröjsmål. Nyetableringen eller övertagandet av *drift* träder inte i kraft förrän driften fungerar. I definitionerna till IT-Drift anges att ”Startdag för Tjänst = Den dag då en Tjänst är tillgänglig för kunden” Det kan alltså inte bli fråga om felansvar i fall tjänsten aldrig fungerar vid driftsavtal, utan avtalsbrottet får då regleras som dröjsmål.

Särskilt när det gäller utveckling av webb-sidor och multimedieprodukter är det ett vanligt problem att tjänsten aldrig blir riktigt ”färdig”. Även om de funktionella kraven i kravspecifikationen är uppfyllda kan kunden ha synpunkter på utformningen. I PROMISE 98 har man infört ett system med tre nivåer: alfaversion, betaversion och masterversion/slutprodukt. Alfa- och betaversionerna skall testas av kunden och kunden skall då framföra synpunkter. När sedan slutprodukten färdigställts är leveransen i princip fullgjord. Kundens möjligheter att sedan kräva ändringar i slutprodukten har begränsats i avtalet och efter leverans har kunden endast möjlighet att inom 30 dagar reklamera programmeringsfel (jämför 4.2 nedan). Dessa frågor kommer inte att behandlas mer utförligt i den här uppsatsen.

3.3 Fackmannamässighet

3.3.1 Allmänt

Leverantörens primära ansvar är enligt flera standardavtal om IT-tjänster att utföra tjänsten på ett *fackmannamässigt* sätt. IT-Projekt är det *utvecklingsavtal* som mest ingående reglerar denna skyldighet. Enligt punkt 4.2, 3 stycket IT-Projekt skall leverantören utföra arbetet på ett fackmannamässigt sätt. Om tjänsten inte utförts fackmannamässigt blir tjänsten framförallt felaktig (punkt 11.2, 2 stycket), men andra följder är att kunden inte blir skyldig att betala för förberedande arbete (punkt 2.4) och att kunden inte är skyldig att godkänna specifikationen (punkt 7.1, 2 stycket). Även enligt punkt 3.1 HamIT 99 är leverantören skyldig att utföra uppdraget på ett fackmannamässigt sätt. I avtalet finns dock ingen uttrycklig reglering av vad det får för konsekvenser om leverantören inte utför uppdraget på ett fackmannamässigt sätt. I PROMISE 98 nämns ingenting om fackmannamässighet.

IT-Företagen har också i sina båda *driftsavtal* IT-Drift och Elektroniska tjänster angett att leverantören skall utföra uppdraget på ett fackmannamässigt sätt (punkt 2.3 respektive 2 punkten 4 stycket). Det anges dock inte i avtalet huruvida fel föreligger ifall uppdraget inte utförs fackmannamässigt. Nu inställer sig genast en rad frågor. Vad är egentligen fackmannamässighet? Är det samma sak vid utvecklingsavtal och driftsavtal? Är leverantören skyldig att utföra tjänsten fackmannamässigt även om det inte anges i

tillämpligt standardavtal? Medför avsteg från fackmannamässighet att tjänsten är felaktig i de avtal där det inte uttryckligen anges?

3.3.2 Vad är fackmannamässighet?

Jag skall börja med att försöka utreda vad fackmannamässighet är för något. I standardavtalen för utvecklings- och driftstjänster anges inte närmare vad kravet på fackmannamässighet egentligen innebär. Bratt skriver i kommentaren till standardavtalen att kravet på fackmannamässighet innebär att tjänsten skall utföras på ett sätt som inte väsentlig avviker från normal standard vid samma typ av uppdrag.⁸² Utan en angivelse av vad ”normal standard” är för något ger inte heller det någon närmare ledning. Sundberg konstaterar att det är svårt att definiera vilken standard som skall krävas vid datakonsulters utförande av tjänster, eftersom branschen är ung, verksamheten bedrivs på en tekniskt högtstående nivå och utvecklingen går snabbt. Ännu svårare torde det enligt honom vara att konstatera när en avvikelse från normal eller legal standard föreligger. Han menar i vart fall att datakonsulter skall visa ”normal yrkesskicklighet” vid genomförandet av uppdrag.⁸³ Ett sådant krav borde rimligtvis ingå i kravet på fackmannamässighet även vid utvecklings- och driftstjänster. Enligt Christner har kunden bevisbörda för att ett uppdrag inte utförts på ett fackmannamässigt sätt.⁸⁴ Det borde enligt min mening överensstämma med allmänna principer.

Enligt 4 § konsumenttjänstlagen är näringsidkaren skyldig att utföra tjänsten ”fackmässigt”. Bestämmelsen är tvingande till konsumentens förmån.⁸⁵ Någon skillnad mellan ”fackmannamässigt” och ”fackmässigt” torde inte föreligga och jag kommer fortsättningsvis att använda mig av termen fackmannamässighet. Kravet på att tjänsten skall utföras fackmannamässigt skall enligt propositionen till konsumenttjänstlagen bedömas utifrån en objektiv måttstock på grundval av till exempel anvisningar och beskrivningar från olika branscher.⁸⁶

Konsumenttjänstutredningen anser att ”det i praktiken normalt inte möter några större svårigheter att avgöra vad fackmässigheten kräver i olika situationer och på olika områden”.⁸⁷ Som exempel nämns att branschorganisationer ofta ger ut anvisningar, beskrivningar och felsökningsscheman. I betänkandet anges vidare att det i de flesta branscher utarbetats samstämmiga uppfattningar om vad som i olika situationer är fackmässigt på grundval av vad erfarna och kunniga yrkesmän anser vara det riktiga tillvägagångssättet.⁸⁸ Några sådana anvisningar existerar tyvärr inte på de områden som den här uppsatsen behandlar. Jag antar att det beror på ungefär de skäl som Sundberg angav: ung bransch, komplexa tekniska tjänster och snabb utveckling. Det är helt enkelt svårt att ställa

⁸² Bratt, s. 218 och 224.

⁸³ Sundberg, s. 329.

⁸⁴ Christner, s. 161.

⁸⁵ Prop. 1984/85:110, s. 39, 158 och 188.

⁸⁶ Prop. 1984/85:110, s. 157.

⁸⁷ SOU 1979:36, s. 189.

⁸⁸ SOU 1979:36, s. 189.

upp enhetliga krav utan att de blir helt intetsägande. Björklund betonar beträffande konsumententreprenader att kravet på fackmannamässighet ”inte enbart gäller det faktiska arbetsutförandet, utan alla moment i entreprenörens prestation som kan hänföras till entreprenaden”.⁸⁹

Kravet på fackmannamässighet kan jämföras med köplagens felregler. Som jag nämnde i inledningen till detta kapitel grundas köplagens felbedömning på vad kunden med fog kunnat förutsätta (17 § 3 stycket). Felbedömningen kan grunda sig antingen på vad som särskilt har avtalats (17 § 1 stycket) eller på en objektiv norm. Den objektiva normen exemplifieras i 17 § 2 stycket 1 och 2 punkten köplagen:

Om inte annat följer av avtalet, skall varan

- 1. vara ägnad för det ändamål för vilket varor av samma slag i allmänhet används,*
- 2. vara ägnad för det särskilda ändamål för vilket varan var avsedd att användas, om säljaren vid köpet måste ha insett detta särskilda ändamål och köparen har haft rimlig anledning att förlita sig på säljarens sakkunskap och bedömning*

Innehållet i 17 § 2 stycket köplagen är inte uttömmande, utan den generella huvudregeln är vad köparen med fog kunnat förutsätta. Enligt förarbetena till köplagen överlämnas åt rättstillämpningen att avgöra vilka dessa fall är.⁹⁰

Enligt *utvecklingsavtalet IT-Projekt* och *driftsavtalet Elektroniska Tjänster* (punkt 11.5, 2 stycket respektive punkt 1.1 c) kan felbedömningen göras utifrån en objektiv norm som liknar den i köplagen. I de båda avtalen anges att produkten respektive tjänsten skall uppfylla ”allmänt tillämpade normer för motsvarande tjänster”. Regeln är i de båda avtalen uppställd vid sidan av kravet att tjänsten inte skall avvika från vad som följer av att uppdraget skall utföras på ett fackmannamässigt sätt (punkt 11.1, 2 stycket respektive 2 punkten 4 stycket). Det är svårt att utläsa om författarna till avtalen anser att detta är två separata krav på tjänsten eller om kravet på att tjänsten inte ska avvika från allmänt tillämpade normer utgör en del av kravet på fackmannamässighet. Av avtalets systematik tycks avtalsförfattarna i vart fall anse att kraven inte är identiska. Motsvarande reglering saknas i de övriga utvecklings- och driftsavtalen.

Frågan blir då om den objektiva normen enligt köplagen är samma sak som ett krav på fackmannamässighet. Exakt samma sak borde det inte vara fråga om, eftersom kravet enligt köplagen är utformat endast med hänsyn till en produkts kvalitet, medan kravet på en tjänst som innebär *utveckling* vanligtvis kan delas in i ett moment som innebär ”ren tjänst” och ett resultat av tjänsten som materialiseras i en produkt. Än större torde skillnaden vara när det gäller en *driftstjänst*, eftersom tjänsten är mer renodlad och inte resulterar i någon fristående produkt. Det kan dock konstateras att både det objektiva kravet enligt köplagen och kravet på fackmannamässighet är generellt objektiva krav på säljarens respektive leverantörens prestation som går ut på att prestationen skall uppfylla någon slags allmän standard.

⁸⁹ Björklund, s. 37.

⁹⁰ Prop. 1988/89:76 s. 87.

I IT-Företagens nya avtal uppställs särskilda krav på leverantörens *personal*. I dessa anges, både vad beträffar utveckling och drift, vid sidan av kravet att tjänsten skall utföras på ett fackmannamässigt sätt, att leverantörens personal respektive medarbetare skall vara lämpliga, kvalificerade och kompetenta (punkt 4.2, 3 stycket IT-Projekt respektive punkt 2.3 IT-Drift). Motsvarande bestämmelser saknas i HamIT 99 och PROMISE 98. Det innebär att det enligt IT-Företagens avtal inte är tillräckligt att personalen i det enskilda fallet utför tjänsten på ett professionellt sätt, utan personalen måste också generellt ha den kunskap och erfarenhet som krävs för att utföra uppgiften. Frågan blir då om regeln i IT-Projekt och IT-Drift tjänar som en fristående regel eller endast som en kompletterande bestämmelse som anger innehållet i kravet på fackmannamässighet? Enligt Bratt innefattas kravet på att personalen generellt ska vara kompetent i det allmänna kravet på fackmannamässighet.⁹¹ Jag delar den uppfattningen och kommer att utveckla mitt resonemang i nästa avsnitt.

3.3.3 Är krav på fackmannamässighet en allmän princip?

Det kan diskuteras om det är en allmän princip att tjänster skall utföras på ett fackmannamässigt sätt. I motiven till konsumenttjänstlagen anges att näringsidkare redan före lagens tillkomst var skyldig att utföra konsumenttjänster på ett ”fackmässigt tillfredsställande sätt”.⁹² Huruvida denna skyldighet skulle gälla även mellan näringsidkare behandlas inte i propositionen, men konsumenttjänstutredningen anser att ”en tjänst som tillhandahålls i yrkesmässig verksamhet skall utföras på ett fackmässigt sätt”.⁹³ Formuleringen antyder att kravet på fackmannamässighet kan tänkas föreligga även i kommersiella förhållanden. Även Björklund gör uttalanden som tyder på detta.⁹⁴ Konsumenttjänstutredningen framhåller att den allmänna bestämmelsen om fackmannamässighet och omsorg har karaktären av en generalklausul som får betydelse för tolkningen av andra lagrum.⁹⁵

I NJA 1997 s. 44, som gällde utförandet av vissa takarbeten, gjorde HD uttalanden av principiell natur som är intressanta här. Först var det frågan om klausuler i standardavtal som utgjorde avtal mellan generalentreprenör och underentreprenör var tillämpliga mellan beställare och underentreprenör. HD konstaterade att standardavtalet inte gällde mellan parterna. HD anförde vidare: ”Frågan om taket utförts kontraktsevenligt enligt avtalet mellan [kunden] och [underentreprenören] får, som TR:n konstaterat, avgöras genom en bedömning av huruvida arbetena utförts på ett fackmässigt sätt; vid en sådan bedömning kan innehållet i [standardavtalet] ha betydelse.”⁹⁶ Det innebär att standardavtalens reglering av fackmannamässighet har betydelse, även då standardavtalets tillämplighet i det enskilda fallet inte avtalats mellan parterna. I NJA 1992 s. 130, som även det gällde byggnads-

⁹¹ Bratt, s. 218 och 224. Jämför även Björklund vid not 89 ovan.

⁹² Prop. 1984/85:110, s. 38. Jämför även SOU 1979:36, s. 186 och 191.

⁹³ SOU 1979:36, s. 186

⁹⁴ Björklund, s. 36.

⁹⁵ SOU 1979:36, s. 191.

⁹⁶ Ref. s. 57.

entreprenad uttalade Boverket följande: ”En allmän princip torde vara att i de fall beställaren inte givit uttryckliga föreskrifter, t ex beträffande utförandesätt för de i entreprenaden ingående arbetena, föreligger brist eller fel om arbetena inte utförts på fackmässigt sätt.” HD har inte närmare kommenterat Boverkets uttalande i det avseendet. Fallen tyder på att det i vart fall i kommersiella entreprenadavtal finns en generell plikt för leverantören att utföra tjänsten fackmannamässigt.

Enligt min mening finns det inte anledning att göra en annan bedömning när det gäller avtal om IT-tjänster. Jag har visst stöd av Sundberg som anser att datakonsulter har att visa ”normal yrkesskicklighet” vid genomförandet av uppdraget, vilket vad jag förstår är detsamma som ett krav på fackmannamässighet.⁹⁷ Sammanfattningsvis finns det enligt min mening goda skäl att anta att en leverantör av en utvecklings- eller driftstjänst enligt både branschpraxis och allmänna kontraktsrättsliga principer är skyldig att utföra arbetet fackmannamässigt.

Som jag nämnde i föregående avsnitt uppställer IT-Företagens nya avtal krav på att leverantörens personal respektive medarbetare skall vara lämpliga, kvalificerade och kompetenta (punkt 4.2, 3 stycket IT-Projekt respektive punkt 2.3 IT-Drift). Motsvarande bestämmelser saknas i HamIT 99 och PROMISE 98. Jag har i föregående avsnitt angett att jag anser att kravet på att personalen generellt ska vara kompetent innefattas i det allmänna kravet på fackmannamässighet. Jag skall här utveckla skillnaderna mellan utvecklings- och driftsavtal. Vid *utvecklingsavtal* kan tjänsten delas upp i dels huvudförpliktelsen, som vanligen är någon slags produkt eller resultat, dels biförpliktelser som vanligen innebär tjänst av mer renodlad karaktär. Kravet på att personalen generellt ska vara kompetent får enligt min mening större betydelse i de delar som uppdraget avser ”ren tjänst”. Vid utvecklingsavtal påverkas kunden i regel inte i så stor omfattning av hur uppdraget utförs; det är resultatet som är det intressanta. Vid *driftsavtal* kan man inte skilja på utförandet av tjänsten och resultatet på samma tydliga sätt. Enligt min mening blir kravet på att leverantörens personal skall besitta viss kompetens därför viktigare vid driftsavtal än vid utvecklingsavtal.

Sedan blir det fråga om kravet på att personalen skall ha en viss kompetens är en skärpning i förhållande till att enbart ha ett krav på att tjänsten skall utföras på ett fackmannamässigt sätt. Om det inte följer av tillämpligt standardavtal är det enligt min mening svårt att i praktiken tänka sig ett fall där leverantören ställs till svars enbart för att hon utfört tjänsten med personal med otillräcklig kompetens ifall tjänsten ändå har utförts på ett fackmannamässigt sätt när det gäller *utvecklingsavtal*. Det är något lättare att tänka sig att ett motsvarande ansvar döms ut vid utförande av en *driftstjänst*. Då det inte finns regler i det aktuella avtalet tror jag att inkompetent personal främst kan ha betydelse som stöd för att tjänsten inte utförts fackmannamässigt och inte som utgörande ett kontraktsbrott i sig. I enlighet med det anförda kan därför bestämmelsen om personalens generella kompetens i IT-Företagens standardavtal enligt min mening göra det lättare att påvisa en avvikelse från fackmannamässighet.

⁹⁷ Sundberg, s. 329.

3.3.4 Sambandet mellan avtalet och kravet på fackmannamässighet

Fackmannamässighet är, som jag redan nämnt, ett objektiva krav på leverantörens prestation. Diskussion kring objektiva standard kan endast bli aktuell i de fall som parterna inte särskilt reglerat vilken standard avtalsföremålet skall hålla i visst avseende. En väl utformad kravspecifikation minskar alltså utrymmet för att hänvisa till objektiva normer.

Inom ramen för avtalsfriheten måste det vara möjligt att avtala om en tjänst som inte uppfyller normal fackmannamässighet. Ett exempel på detta, som framhölls av konsumenttjänstutredningen, framkom i Svea HovR 1967 V:DT 7. I målet medgav beställaren att lärlingar utförde arbetet vilket medförde ett lågt pris. Hovrätten ansåg det underförstått att samma krav inte kunde ställas på arbetet som under normala omständigheter. Ett liknande exempel inom köprätten är NJA 1952 s. 352. En skrothandlare köpte ett antal motorer av en annan skrothandlare. Motorerna innehöll inte så mycket aluminium som köparen avsett. Köparen kunde dock ej åberopa detta som ett fel, eftersom parterna kommit överens om att varan kunde vara sämre än normalt och köparen kunde då enligt HD inte kräva normal kvalitet.

Konsumenttjänstutredningen föreslog att man skulle göra ett undantag från kravet på fackmannamässighet i de fall som det var skäligt med hänsyn till pris eller andra omständigheter.⁹⁸ I propositionen höll man i och för sig med om att man kan avtala om en tjänst som utifrån allmän fackmannamässig synpunkt inte ter sig tillfredsställande. Det betonades dock att tjänsten ändå skall utföras fackmannamässigt inom ramen för avtalet och därför infördes inte det föreslagna undantaget.⁹⁹ Jag menar att argumenten som framförs i propositionen är riktiga och att de kan tillämpas även på kravet på fackmannamässighet i kommersiella förhållanden. Det innebär att avtalet får en avgörande betydelse för vilken kvalitet tjänsten skall hålla. Ett avtal om en tjänst som inte uppfyller normal standard kan därför främst få betydelse för leverantörens upplysningsplikt eller skyldighet att avråda, något som faller inom omsorgsplikten och som jag skall återkomma till nedan.¹⁰⁰ Såvitt jag kan bedöma torde det för övrigt vara sällsynt att kunden beställer en tjänst som utifrån allmän fackmannamässig synpunkt inte ter sig tillfredsställande vid den typen av avtal som här behandlas.

I förarbetena till konsumenttjänstlagen framförs också att kravet på fackmannamässighet omvänt kan ställas extra högt ifall näringsidkaren utger sig för att vara specialist eller expert, i vart fall om det är fråga om tjänster där särskild skicklighet eller särskilda kunskaper normalt måste tillmätas vikt.¹⁰¹ Det kan jämföras med NJA 1992 s. 58, som gällde ansvar för oaktsam rådgivning. Hovrätten nämner som stöd för att döma rådgivaren

⁹⁸ SOU 1979:36, s.193.

⁹⁹ Prop. 1984/85:110, s. 38-39.

¹⁰⁰ Jämför Prop. 1984/85:110, s. 38 I Prop. s. 158-159 framhålls även att näringsidkaren har bevisbördan för att hon angett för konsumenten att det avtalade utförandet inte uppfyller normal fackmannamässig standard. Huruvida detsamma gäller vid den typ av avtal varom nu är fråga är enligt min bedömning oklart.

¹⁰¹ SOU 1979:36, s.193 och Prop. 1984/85:110, s. 194.

till skadestånd att uppdragsgivarna uppfattat rådgivaren som expert och att rådgivaren måste insett det. HD instämmer i stort i hovrättens dom utan att uttryckligen diskutera expertansvar. Enligt min mening kan den här formen av skärpt ansvar även aktualiseras vid kommersiella avtal om utveckling och drift.

3.3.5 Medför bristande fackmannamässighet felansvar?

I *utvecklingsavtalet* IT-Projekt anges att följderna av att leverantören inte utför tjänsten fackmannamässigt blir att tjänsten är felaktig (punkt 11.1, 2 stycket). I HamIT 99 nämns ingenting om följderna av att en tjänst inte utförs fackmannamässigt och i PROMISE 98 uppställs inte fackmannamässighet som krav. I *driftsavtalen* IT-Drift och Elektroniska Tjänster anges inte huruvida fel föreligger ifall uppdraget inte utförs fackmannamässigt.

Enligt 9 § konsumenttjänstlagen är en tjänst felaktig om den avviker från kravet på fackmannamässighet och i propositionen anges att kravet på fackmannamässighet är centralt för felbedömningen och att utgångspunkten skall tas i resultatet av tjänsten.¹⁰² Jag menar att om man ställer upp ett krav på fackmannamässighet är det naturligt att avvikelser medför att tjänsten anses som felaktig även vid avtal om kommersiella tjänster.

För att en tjänst skall anses felaktig krävs det enligt förarbetena till konsumenttjänstlagen att bristen i fackmannamässighet ger utslag i det slutliga fysiska resultatet av tjänsten. Det innebär att tjänsten inte är felaktig om näringsidkarens arbete leder till ett resultat som är tillfredsställande ur fackmannamässig synpunkt, men arbetet ändå inte utförts på ett fackmannamässigt sätt. En sådan brist i utförandet kan dock leda till prisavdrag eller skadestånd.¹⁰³ Här aktualiseras alltså återigen frågan om huruvida kravet på att en tjänst skall utföras fackmannamässigt även innebär ett krav på att den som utför tjänsten generellt skall ha erforderlig kompetens (jämför 3.3.2 och 3.3.3 ovan). Även om kravet på generell kompetens innefattas innebär det alltså enligt detta resonemang inte att tjänsten blir felaktig.

Det är dock klart att en tjänst kan utföras på ett fackmannamässigt sätt även om önskat resultat inte uppnås.¹⁰⁴ Detta kom till uttryck i NJA 1973 s. 493 som rörde reparation av en fartygsmotor. Reparatören åtgärdade ett funnet fel och provkörde fartygets motor. Efter nio timmars körning gick motorn åter sönder och det visade sig att det fanns ytterligare ett fel på motorn som inte åtgärdats. Det bedömdes som sannolikt att det senare funna felet var mer grundläggande och att det fel som hade åtgärdats i själva verket var ett följdfelet av det mer grundläggande felet. Enligt underrätterna och HD:s majoritet hade reparatören inte brustit i noggrannhet eller gjort sig skyldig till annan försummelse vid utförandet av uppdraget trots att han inte åtgärdat den verkliga orsaken till att motorn inte fungerade. Det

¹⁰² Prop. 1984/85:110, s. 157-158.

¹⁰³ Prop. 1984/85:110, s. 190.

¹⁰⁴ Grobgeld, s. 600 och Prop. 1984/85:110, s. 189.

avgörande är alltså inte resultatet, utan att leverantören har gått fackmannamässigt till väga vid utförandet av tjänsten.¹⁰⁵

3.4 Omsorg

3.4.1 Allmänt

Man kan fråga sig ifall leverantören utöver kravet på fackmannamässighet har en mer generell skyldighet att visa omsorg om kundens intressen. En sådan allmän *omsorgsplikt* stadgas inte i något av de behandlade standardavtalen, men det tycks råda enighet om att det är en allmän obligationsrättslig princip att uppdragstagare har skyldighet att visa omsorg vid utförandet av tjänster.¹⁰⁶ Vad innebär då denna omsorgsplikt? Det är inte alldeles lätt att fastställa och de flesta författare går inte närmare in på vad kravet egentligen innebär. Hellner nöjer sig till exempel med att konstatera att kravet på omsorg ska ställas särskilt högt när uppdragstagaren är ett företag.¹⁰⁷ Rodhe anser att uppdragstagare generellt är skyldiga att *med omsorg* eftersträva det avtalade resultatet eller bästa möjliga resultat. Enligt Rodhe innebär detta att uppdragstagaren måste göra sig skyldig till vållande för att underlåten uppfyllelse skall föreligga.¹⁰⁸

Enligt 4 § konsumenttjänstlagen skall näringsidkaren ”med tillbörlig omsorg ta till vara konsumentens intressen och samråda med denne i den utsträckning som det behövs och är möjligt”. Bestämmelsen är tvingande till konsumentens förmån.¹⁰⁹ I förarbetena framhålls att skyldigheten att visa omsorg inte i första hand rör sig om den omsorg och noggrannhet som näringsidkaren skall visa vid själva utförandet av tjänsten, eftersom det i allmänhet täcks av kravet på fackmannamässighet. Det är istället fråga om den mer allmänna omsorg om motpartens intressen som innebär att leverantören måste ställa sin sakkunskap och yrkeserfarenhet till kundens förfogande och handla lojalt gentemot kundens intressen.¹¹⁰ Konsumenttjänstutredningen anför att omsorgsplikten under alla omständigheter innebär att näringsidkaren inte får göra sig skyldig till slarv eller vårdslöshet när hon utför tjänsten.¹¹¹

I annan lagtext rörande uppdragstagare återfinns liknande bestämmelser. Enligt 12 § fastighetsmäklarlagen skall mäklaren utföras sitt uppdrag ”omsorgsfullt och i allt iakttaga

¹⁰⁵ Se även Prop. 1984/85:110, s. 190.

¹⁰⁶ Rodhe, s. 20-21, SOU 1979:36, s. 186, Prop. 1984/85:110, s. 39, Hellner 2:1, s. 226, Sundberg, s. 329. En del författare (till exempel Hultmark) talar istället om en *lojalitetsplikt*. Jag kommer inte att försöka reda ut eventuella skillnader mellan begreppen, utan koncentrera mig på det materiella innehållet i leverantörens ansvar gentemot kunden och dettas betydelse för felbegreppet.

¹⁰⁷ Hellner 2:1, s. 226.

¹⁰⁸ Rodhe, s. 20. Rodes uttalande är visserligen från 1956, men tycks fortfarande ha aktualitet i och med att det ofta refereras till det i senare doktrin.

¹⁰⁹ Prop. 1984/85:110, s. 188.

¹¹⁰ Prop. 1984/85:110, s. 159.

¹¹¹ SOU 1979:36, s. 189.

god fastighetsmäklarsed”. I 7 § kommissionslagen anges att kommissionären skall tillvarata kommittentens intressen. Bortfraktaren har omsorgsplikt enligt 14:19 sjölagen (1994:1009). I flera aktuella rättsfall har HD betonat att rådgivare har att iaktta ett betydande mått av omsorg.¹¹²

Den omsorgsplikt som regleras i konsumenttjänstlagen är av naturliga skäl mer långtgående än den som leverantören har i kommersiella förhållanden. Jag anser dock att det i grunden rör sig om samma typ av plikt och att konsumenttjänstlagen och dess motiv därför kan vara till stor hjälp även för att fastställa omsorgspliktens innebörd även i kommersiella förhållanden. I lagen har näringsidkarens allmänna skyldighet att med tillbörlig omsorg ta till vara konsumentens intressen konkretiserats i mer precisa regler. Såväl näringsidkarens skyldighet att i vissa fall avråda konsumenten från att låta utföra en tjänst (6 §) som hennes skyldighet att utföra tilläggsarbete (8 §) utgör i lagen särskilt reglerade utslag av näringsidkarens omsorgsplikt. Näringsidkaren har enligt förarbetena till konsumenttjänstlagen även skyldighet att vårda egendom som tillhör konsumenten och att utföra tjänsten på minst kostnadskrävande sätt. Generellt kan framhållas att omsorgsplikten kan få särskilt stor betydelse vid biförpliktelser där parterna inte särskilt avtalat vilka skyldigheter leverantören har.¹¹³

3.4.2 Skyldighet att informera

Hultmark menar att det finns en allmän *upplysningsplikt* i avtalsförhållanden. Hon anser att det i kommersiella avtalsförhållanden inte främst är parternas relativa styrkeförhållande som är avgörande för upplysningsplikten, utan den ena partens bristande sakkunskap och den andra partens insikt.¹¹⁴ Sammanfattningsvis menar Hultmark att upplysningsplikt föreligger under förutsättning:

- att den ena avtalsparten har faktisk kännedom om ett förhållande,
- att hon inser att motparten saknar kännedom om detta förhållande och
- att förhållandet är av betydelse för motparten, samt
- att motparten typiskt sett förväntar sig att få den informationen.¹¹⁵

Näringsidkaren har enligt 6 § konsumenttjänstlagen en skyldighet att *avråda* konsumenten från att låta uppdraget utföras på ett sätt som är oekonomiskt eller på annat sätt olämpligt. Skyldigheten är en precisering av näringsidkarens allmänna skyldighet att *samråda* som följer av 4 §.¹¹⁶ Konsumenttjänstutredningen menade att det var oklart ifall det fanns en motsvarande skyldighet att avråda i konsumentförhållanden före konsumenttjänstlagens tillkomst. Utredningen fann dock att det måste ”anses ligga inom omsorgspliktens ram att en uppdragstagare skall avråda beställaren om tjänsten från fackmässig synpunkt framstår som onyttig, i vart fall i näringsidkar-konsument-relationer där ju sakkunskapen finns hos

¹¹² Se till exempel NJA 1992 s. 58 (särskilt HD:s uttalande s. 65), NJA 1992 s. 243 och NJA 1992 s. 502.

¹¹³ Prop. 1984/85:110, s. 160.

¹¹⁴ Hultmark, s. 70-72.

¹¹⁵ Se till exempel Hultmark, s. 19 och 78.

¹¹⁶ Prop. 1984/85:110, s. 199.

uppdragstagaren, och som regel endast hos honom."¹¹⁷ Hellner menar att en liknande princip kan användas vid kommersiella förhållanden ifall de är någorlunda liknande dem i konsumentavtalen.¹¹⁸

Som jag tidigare nämnt påminner förhållandet mellan näringsidkare vid avtal om utvecklings- och driftstjänster om konsumentförhållanden på det sättet att det ofta endast är leverantören som besitter egentlig sakkunskap. Det finns därför enligt min mening goda skäl att hävda att en skyldighet för leverantören att avråda från ett köp kan ligga inom omsorgsplikten även i kommersiella förhållanden. Större hänsyn måste dock tas till det enskilda fallet. Det är ju möjligt att kunden är ett större företag som besitter nästan lika god sakkunskap som leverantören. I de fall som leverantören inte kan anses ha en direkt skyldighet att avråda, torde hon i vart fall ha en skyldighet att *klargöra* för kunden vad prestationen mer i detalj går ut på. Ramberg och Hultmark ser denna *klargörandeplikt* som en fristående skyldighet.¹¹⁹ Enligt min mening bör klargörandeplikten ses som en del av upplysningsplikten, snarare än en fristående skyldighet.

Gemensamt för avrådningskyldigheten och klargörandeplikten är att leverantören aldrig är skyldig att upplysa en kund om sådana förhållanden som kunden rimligen borde känna till.¹²⁰ I praktiken fyller skyldigheterna ungefär samma funktion vid avtal om utvecklings- och driftstjänster, nämligen att leverantören skall ge kunden så mycket information som är skäligt för att kunden skall få tillräckligt underlag att fatta ett väl avvägt beslut om hon skall ingå avtal eller inte.

I förarbetena till konsumenttjänstlagen anges också att näringsidkarens omsorgsplikt kan användas för att placera bevisbördan. Det innebär att näringsidkaren i regel får bära följderna av sådana oklarheter i avtalsförhållandet som skulle ha kunnat undanröjas genom en kontakt mellan parterna.¹²¹ Ett senare exempel på detta i praxis är NJA 1986 s. 596. I det fallet får säljaren av ett monteringsfärdigt hus bära risken för att köparen (som var konsument) inte hade insett att montering inte ingick i priset. Huruvida motsvarande gäller i kommersiella förhållanden är för mig oklart.

När det gäller *utvecklingsavtal* är det inte svårt att se en tillämpning av leverantörens skyldighet att avråda eller klargöra. Det är möjligt att kunden utifrån sina kunskaper föreslår en lösning som blir onödigt dyr eller som inte kommer att fungera på det sätt som kunden har tänkt sig. Jag menar att det i sådana fall är naturligt att tänka sig att leverantören har en skyldighet att avråda kunden från att låta utföra tjänsten på det sättet. Någon skyldighet att avråda har dock inte medtagits i de utvecklingsavtal som jag har studerat. Antagligen saknas uttryckliga regler om leverantörens skyldighet att avråda för att

¹¹⁷ SOU 1979:36, s. 216.

¹¹⁸ Hellner 2:1, s. 90.

¹¹⁹ Ramberg/ Hultmark, s. 244.

¹²⁰ Jämför Björklund, s. 40-41.

¹²¹ Prop. 1984/85:110, s. 161.

representanter för leverantörssidan är rädda för att det skulle medföra ett alltför långtgående ansvar.

Däremot är leverantören enligt de båda utvecklingsavtalen IT-Projekt och HamIT 99 (punkt 4.1 respektive punkt 3.3) skyldig att *samråda* med kunden vid uppdragets utförande. Jag menar att avtalsförfattarna genom skrivningen medgivit att leverantören genom avtalen får de ovan angivna skyldigheter som följer av upplysningsplikten, det vill säga att klargöra vad tjänsten går ut på och att upplysa om faktorer av betydelse för kunden som leverantören, men inte kunden, känner till, och som kunden typiskt sett förväntar sig att bli informerade om. Avtalsbestämmelserna kan jämföras med näringsidkarens skyldighet att samråda enligt 4 § konsumenttjänstlagen, som utgör en del av näringsidkarens omsorgs- plikt. I motiven framställs skyldigheten att avråda som en del av näringsidkarens skyldighet att samråda.¹²² Det är enligt min mening inte långsökt att leverantören till följd av skyldigheten att samråda även får en skyldighet att även avråda kunden från att låta utföra tjänster som är oekonomiska eller inte medför önskad nytta för kunden.

Vid övriga utvecklingsavtal är det oklart huruvida motsvarande skyldigheter kan följa av branschpraxis eller allmänna kontraktsrättsliga principer. Enligt min mening skulle det vara både rimligt och önskvärt att leverantören även i dessa fall har motsvarande skyldigheter, särskilt med hänsyn till de redan angivna argumenten att kunden dels vanligen besitter mindre kunskap om tjänstens beskaffenhet, och dels i allmänhet förväntar sig att få motsvarande information. Till exempel borde leverantören enligt min mening vara skyldig att upplysa om vissa begränsningar i ett programspråk som kunden inte förväntas känna till, men som är av stor betydelse för henne. Sådana begränsningar kan vara att olika program- språk och operativsystem har olika utvecklingsmöjligheter och att vissa programspråk och operativsystem inte är kompatibla med varandra.

Vid *driftsavtal* gör sig inte leverantörens ansvar att avråda lika naturligt gällande. Eftersom driftsavtal är varaktiga kan motsvarande problematik vid dessa avtal till stora delar regleras genom kundens möjligheter att ändra eller säga upp tjänsten. Genom att kunden har möjlighet att säga upp avtalet om resultatet inte blir som hon har tänkt sig, blir den eventuella skadan inte lika stor som vid ett utvecklingsavtal, där kunden vanligen inte ser resultatet förrän tjänsten är färdig eller nästan färdig. Någon skyldighet att avråda eller allmän skyldighet att samråda finns inte i driftsavtalen. Leverantörens upplysningsplikt bör kunna aktualiseras även vid driftsavtal, men det finns enligt min mening inte någon grund anta att någon skyldighet att avråda skulle följa av branschpraxis eller allmänna principer.

Enligt 11 § konsumenttjänstlagen blir en tjänst felaktig om näringsidkaren *underlåtit att informera om annat förhållande rörande tjänstens beskaffenhet*. Det mest praktiska fallet är eventuella hinder för utnyttjandet av resultatet av tjänsten som beror på föreskrifter av olika slag.¹²³ Bedömningen skall göras med hänsyn till vad som kan fordras av en normalt skicklig och kunnig samt seriöst arbetande fackman inom det område som den ifråga-

¹²² Prop. 1984/85:110, s. 40.

¹²³ Prop. 1984/85:110, s. 200.

varande tjänsten gäller. Det framhålls särskilt att högre krav bör kunna ställas på en näringsidkare som utger sig för att vara specialist på området. Näringsidkarens underlåtenhet att informera får ingen betydelse i de fall konsumenten själv haft kännedom om ett visst förhållande och dess betydelse i sammanhanget.¹²⁴ I ett sådant fall kan näringsidkarens underlåtenhet inte antas ha inverkat på avtalet om tjänsten.

Det är inte svårt att föreställa sig en tillämpning av motsvarande regel vid kommersiella utvecklings- och driftsavtal. Leverantören besitter i allmänhet betydligt större kunskaper om regler beträffande IT-hantering än kunden. Även i de fall som leverantören i praktiken inte besitter större kunskap, är det sannolikt att kunden *förväntar sig* att leverantören gör det. Enligt min mening är dessa förväntningar i allmänhet befogade. Särskilt vid driftsavtal torde anledningen att kunden vänder sig till leverantören vara att kunden inte besitter den kompetens som krävs för att utföra tjänsten. Ett aktuellt exempel är den nya personuppgiftslagen (1998:204) som kraftigt inskränker möjligheterna att publicera personuppgifter på Internet. Om kunden skulle vilja köpa en utvecklings- eller driftstjänst som går ut på åtgärd som senare kommer att strida mot personuppgiftslagen ligger det, enligt min mening, nära till hands att bedöma tjänsten som felaktig med hänsyn till leverantörens omsorgsplikt i nu nämnda hänseende. Det är inte heller ovanligt att leverantör inom IT-branschen betecknar sig själva som IT-expert eller IT-specialister, vilket enligt min mening ger anledning till ökat ansvar även för underlåtenhet att informera.¹²⁵

Leverantören kan vara skyldig att *underrätta* kunden om eventuella förändringar som har betydelse för avtalet. Ett exempel är att leverantören enligt punkt 9.1 IT-Drift är skyldig att meddela kunden så snart ”det är sannolikt att en påtaglig avvikelse kommer att inträffa från överenskommen kvalitet”. I övrigt saknas det regler om skyldighet att underrätta motparten i avtalen.

Enligt 8 § konsumenttjänstlagen är näringsidkaren skyldig att underrätta konsumenten och inhämta anvisningar ifall det framkommer behov av utvidga uppdraget. Även den här skyldigheten utgör en del av näringsidkarens allmänna skyldighet att samråda enligt 4 §.¹²⁶ Vad som skall anses som tilläggsarbete blir av naturliga skäl beroende av vad parterna har avtalat i fråga om omfattningen och innebörden av uppdraget. Det krävs med andra ord att det när en utvecklings- eller driftstjänst utförs framkommer behov av ett arbete som i förhållande till det ursprungliga avtalet utgör ett tilläggsarbete, det vill säga ett arbete som inte kan anses vara omfattat av uppdraget. En motsvarande skyldighet återfinns även i 8 § kommissionslagen. Det finns ingen specificerad skyldighet av motsvarande slag i standardavtalen om utveckling och drift. Enligt min mening finns det goda skäl att anta att skyldigheten att underrätta om det framkommer behov av tilläggsarbete borde utgöra en del av omsorgsplikten även vid kommersiella avtal om utvecklings- och driftstjänster. Särskilt

¹²⁴ Prop. 1984/85:110, s. 201.

¹²⁵ Jämför om specialistansvar 3.3.4 ovan.

¹²⁶ Prop. 1984/85:110, s. 179.

gäller detta vid *driftsavtal* där parterna har ökad skyldighet att uppträda lojalt mot varandra, eftersom det rör sig om ett varaktigt avtal.¹²⁷

3.4.3 Skyldighet att utföra tilläggssarbete

Näringsidkaren är enligt 8 § 3 stycket konsumenttjänstlagen *skyldig* att utföra arbete som inte kan uppskjutas utan allvarlig föra för konsumenten. I förarbetena anges att regeln dels betingas av det enskilda konsumentintresset, dels av att ”allmänna skäl talar ... för att ingrepp bör göras för att rädda liv och *egendom*” (min kursivering).¹²⁸ Konsumenttjänstutredningen menar vidare att en fackman som befinner sig på platsen otvivelaktigt är den som har närmast till hands att ingripa.¹²⁹ Huruvida en motsvarande förpliktelse föreligger generellt i kommersiella förhållanden är enligt Hellner oklart.¹³⁰

En skyldighet att utföra arbete på dessa grunder kan enligt min mening knappast komma i fråga när det gäller *utvecklingsavtal*. Det är svårt att tänka sig fall då kunden skulle riskera allvarliga skador om leverantören inte utför akut tilläggssarbete. När det däremot gäller *driftsavtal* kan man lättare tänka sig en användning av en motsvarande regel. Anledningen till att kunden anlitar någon för att utföra driften av kundens system är ju vanligen att kunden själv inte besitter de sakkunskaper eller resurser som krävs för att utföra tjänsten. Konsumenttjänstutredningens resonemang att en fackman som befinner sig på platsen ligger närmast till hands att ingripa kan enligt min mening användas även när kunden inte är en konsument. På grund av bestämmelsens uttalade konsumentintresse får man dock i kommersiella förhållanden enligt min mening inskränka sig till fall där leverantören inte lyckas nå kunden för instruktioner och det rör sig om risk för betydande skador. Min uppfattning stöds även av att parterna, som jag redan nämnt, har ökad skyldighet att uppträda lojalt mot varandra vid varaktiga avtal (som driftsavtal är).¹³¹ I det här sammanhanget bör det också påpekas att en motsvarande skyldighet för leverantören i många fall kan tolkas in i avtalet mellan parterna ifall parterna inte reglerat situationen uttryckligen. Det finns då ingen anledning att gå omvägen via analog tillämpning av konsumenttjänstlagen.

3.4.4 Vårdplikt

Utvecklings- och driftsavtal förutsätter ofta att kunden lämnar utrustning i leverantörens vård. Frågan är då vilken skyldighet leverantören har att vårda denna egendom. Enligt standardavtalen har leverantören i allmänhet ingen *vårdplikt*. I två avtal anges uttryckligen att leverantören inte något ansvar för kundens utrustning, programvara och data, nämligen *utvecklingsavtalet* HamIT 99 (punkt 7.1-2) och *driftsavtalet* IT-Drift (punkt 11.1).

¹²⁷ Se till exempel Gorton, s. 42 och Hultmark, s. 46-47.

¹²⁸ SOU 1979:36, s. 214.

¹²⁹ SOU 1979:36, s. 214.

¹³⁰ Hellner 2:1, s. 90.

¹³¹ Jämför ovan vid not 127.

Näringsidkaren har enligt 32 § 1 stycket konsumenttjänstlagen en skyldighet att vårda konsumentens egendom.¹³² En motsvarande bestämmelse återfinns även i 72 § köplagen. Konsumenttjänstutredningen menade att en sådan skyldighet redan kunde anses föreligga i analogi med den vårdplikt som gäller vid förvaring av lös egendom¹³³ och i propositionen framhålls särskilt att vårdplikten utgör en del av omsorgsplikten.¹³⁴ Hellner menar att uppdragstagare har vårdplikt precis som när det gäller andra innehavare av annans egendom.¹³⁵ Ramberg anser att den som har annans egendom i besittning normalt har vårdplikt.¹³⁶ Bengtsson menar att uppdragstagare har vårdplikt vid arbete på lös sak och jämför då med vårdplikten vid transportavtal. Han anser vidare att uppdragstagaren i dessa fall får ett presumtionsansvar för egendom som lämnats i hennes vård.¹³⁷ Kommissionären har på motsvarande sätt vårdplikt för kommittentens gods enligt 10 § 1 stycket kommissionslagen.

Rättsläget när det gäller leverantörens vårdplikt vid utvecklings- och driftstjänster är såvitt jag kan bedöma oklart i de fall som det inte framgår av tillämpligt standardavtal. För en sådan plikt talar analogier till de likartade rättsförhållanden som jag angivit. Häremot talar att leverantören inte har ett sådant ansvar i de standardavtal där avtalet uttryckligen tar ställning. I praktiken är ansvaret för kundens egendom en fördelning av ansvar för vem som har att försäkra egendomen. Även om man av preventiva skäl borde lägga ansvaret på leverantören är det i de flesta fall mer praktiskt att kunden står för försäkringarna av sin egendom, något som också tycks ha slagit igenom i standardavtalen.

3.4.5 Övriga skyldigheter

En plikt att *utföra tjänsten på minst kostnadskrävande sätt* följer av förarbetena till konsumenttjänstlagen. Det anges att omsorgsplikten bland annat innebär att ”näringsidkaren, om han för utförandet av en tjänst kan välja mellan olika i och för sig fackmässigt tillfredsställande tillvägagångssätt, inte får välja ett alternativ som med hänsyn till omständigheterna är onödigt dyrt”.¹³⁸ Motsvarande bestämmelse saknas i övrig närliggande lagstiftning och i standardavtalen om utvecklings- och driftstjänster. Det är, såvitt jag kan bedöma, oklart i vilken utsträckning leverantören har denna skyldighet vid utvecklings- och driftsavtal.

En annan fråga är om det omfattas av leverantörens omsorgsplikt att *kunden skall kunna tillgodogöra sig resultatet* av tjänsten. Frågan aktualiserades i NJA 1994 s. 532. Statens provningsanstalt hade gjort vissa test rörande ett tygs ljuskänslighet på uppdrag av en

¹³² Jämför SOU 1979:36, s. 186.

¹³³ SOU 1979:36, s. 219.

¹³⁴ Jämför Prop. 1984/85:110, s. 160.

¹³⁵ Hellner, 2:1, s. 210.

¹³⁶ Ramberg/ Hultmark, s. 244.

¹³⁷ Bengtsson, s. 139-140.

¹³⁸ Prop. 1984/85:110, s. 159.

möbelfirma. Den avgörande frågan i målet var ifall uppdragsgivaren kunde tillgodogöra sig resultatet av tjänsten. Trots att uppdraget hade utförts korrekt blev provningsanstalten skadeståndsskyldig, eftersom resultaten hade presenterats på ett sätt som lätt kunde misstolkas:¹³⁹

Det anförda innebär att provningsanstalten genom en ofullständig redovisning av analysresultaten får anses ha av oaktsamhet föranlett Tufvessonbolaget att välja ett tyg med otillräcklig ljushärdighet. Härigenom har skada uppkommit för Tufvessonbolaget [...] Provningsanstalten är således skadeståndsskyldig gentemot Tufvessonbolaget.

Enligt min mening kan frågor av den här typen aktualiseras vid avtal om *utveckling* av en IT-produkt. Det är möjligt att leverantören utvecklar en produkt som i och för sig uppnår de krav som ställs i kravspecifikationen, men att produkten är svår för kunden att använda. Jag menar att leverantören i sådant fall kanske inte har tagit tillräcklig hänsyn till kundens förutsättningar och därmed inte heller uppfyllt sin allmänna omsorgsplikt. Leverantören har i sådant fall enligt min mening inte uppfyllt sin omsorgsplikt, trots att tjänsten uppfyller de krav som ställts i avtalet mellan parterna.

Enligt punkt 2.2, 4.1 och 19.1 IT-Drift är leverantören skyldig att *medverka vid övertagande och avveckling av drift*. Motsvarande bestämmelse saknas i Elektroniska Tjänster. Enligt min mening är det rimligt att en skyldighet att i skälig omfattning medverka vid övertagande och avveckling av drift ingår i leverantörens omsorgsplikt vid driftstjänster, även om detta inte framgår av tillämpligt standardavtal.

3.4.6 Innebär brott mot omsorgsplikten att tjänsten blir felaktig?

Eftersom standardavtalen om utveckling och drift inte anger något allmänt krav på omsorg, framgår det inte av dessa huruvida avsteg från omsorgsplikten medför att tjänsten blir felaktig. I NJA 1994 s. 532 diskuterade HD vilket ansvar Statens provningsanstalt hade för att presentera resultatet av sin tjänst så att uppdragsgivaren kunde tillgodogöra sig det. HD kom fram till att tjänsten inte var felaktig:¹⁴⁰

”Det kan emellertid inte anses ha styrkts att provningsanstaltens analys utförts annat än i överensstämmelse med vedertagna metoder. Någon grund för att ålägga provningsanstalten skadeståndsskyldighet på grund av felaktigt utförda analyser föreligger därför inte.”

Som jag nämnt i föregående avsnitt blev provningsanstalten ändå skadeståndsskyldig gentemot uppdragsgivaren, eftersom resultatet inte hade presenterats på ett tillfredsställande sätt.

I övrigt finns det inte mycket ledning i praxis eller doktrin och därför är det av intresse att jämföra HD:s slut i nämnda fall med hur frågan har lösts i konsumenttjänstlagen. Näringsidkaren är enligt 6 § konsumenttjänstlagen skyldig att *avråda* en köpare från att låta

¹³⁹ Referatet s. 542-543.

¹⁴⁰ Referatet s. 541.

utföra en tjänst som inte medför rimlig nytta för konsumenten. Brott mot skyldighet att avråda leder enligt 7 § inte till att tjänsten anses som felaktig, utan till att näringsidkaren inte blir berättigad till ersättning för sådant arbete som han borde ha avrått konsumenten från att låta utföra. Om näringsidkaren i *annat fall* än som avses i 6 § underlåter att upplysa konsumenten om något förhållande rörande tjänstens beskaffenhet eller ändamålsenlighet som har betydelse för konsumenten, skall tjänsten dock anses som felaktig enligt 11 §. Som krav uppställs att underlåtenheten kan antas ha inverkat på avtalet.

För att avgöra om fel föreligger måste man alltså enligt konsumenttjänstlagen noga skilja på fall där näringsidkaren åsidosätter sin *avrådningsskyldighet* och fall där näringsidkaren i övrigt inte uppfyller sin *informationskyldighet*. I propositionen diskuterades gränsdragningen relativt ingående.¹⁴¹

I princip bör [7 paragrafen] tillämpas i sådana fall där en åtgärd avseende ett föremål enligt en fackmässig och objektiv bedömning inte kan anses vara till rimlig nytta för konsumenten hur väl åtgärden än utförs och vilket material som än används. Däremot bör reglerna om fel hos tjänsten tillämpas i sådana fall där en åtgärd avseende ett föremål typiskt sett är till rimlig nytta för konsumenten men där resultatet i det enskilda fallet är behäftat med brister till följd av det sätt på vilket åtgärden har utförts eller det material som har kommit till användning. I de fall som skall bedömas enligt felreglerna är det sålunda i princip fråga om brister som kan avhjälpas genom en ny insats av näringsidkaren inom ramen för vad uppdraget har gått ut på, eftersom de är hänförliga till sättet för tjänstens utförande eller till materialet. Härtill kommer vissa kategorier där gränsfall skulle kunna uppkomma men som enligt uttryckliga bestämmelser skall bedömas enligt reglerna om fel, nämligen fall där tjänsten har utförts i strid mot offentlighetsföreskrifter e.d. eller där tjänsten till sin typ är uppenbart otjänlig för sitt huvudsakliga ändamål.

Att tjänsten inte varit till ”rimlig nytta” är ett nödvändigt rekvisit för att leverantören inte skall bli berättigad till ersättning i både konsument- och kommersiella förhållanden. Om kunden har haft nytta av arbetet som leverantören har utfört är hon också skyldig att utge ersättning för detta enligt reglerna om handlande utan uppdrag (*negotiorum gestio*) och läran om obehörig vinst, som bygger på 18:10 respektive 18:3 handelsbalken.¹⁴²

I de fall som näringsidkaren är *skyldig* att utföra tilläggsarbete enligt 8 § blir tjänsten felaktig om näringsidkaren inte begär konsumentens anvisningar och inte heller utför tilläggsarbetet. I andra fall drabbas näringsidkaren i princip av felansvar för en underlåtenhet att utföra tilläggsarbete endast om konsumenten kan visa att hon har lidit ekonomisk skada på grund av underlåtenheten.¹⁴³

I *övriga fall* är tjänsten enligt förarbetena till konsumenttjänstlagen felaktig då bristen i omsorg ger ge utslag i det slutliga fysiska resultatet av tjänsten, vilket omvänt innebär att andra brott mot omsorgsplikten inte medför att tjänsten blir felaktig.¹⁴⁴

¹⁴¹ Prop. 1984/85:110, s. 174. Jämför även lagrådets diskussion 350-351.

¹⁴² För mer utförlig genomgång se Håstad, Tjänster utan uppdrag, s. 33-36.

¹⁴³ Prop. 1984/85:110, s. 182.

¹⁴⁴ Prop. 1984/85:110, s. 190. Jämför även ovan 3.3.5.

Jag menar att diskussionen i propositionen eventuellt är onödigt tillkrånglad. Poängen är att det inte finns någon mening att betrakta en brist som är så grundläggande att den inte är möjlig att avhjälpa som felaktig. Denna slutsats är enligt min mening tillämpligt vare sig det gäller konsumentförhållanden eller kommersiella förhållanden. I de fall som kunden inte har rimlig nytta av tjänsten eller leverantörens bristande omsorg inte resulterar i ett fysiskt resultat kan inte avhjälpan komma i fråga. En sådan brist i utförandet kan dock leda till prisavdrag eller skadestånd.

En annan sak är att en tjänst, i enlighet med vad som gäller angående fackmannamässighet, inte automatiskt blir felaktig enbart på den grunden att den inte har lett till ett för kunden ”positivt” resultat. Det avgörande är istället om leverantören med tillbörlig omsorg tillvaratagit kundens intressen¹⁴⁵

3.5 Diskussion

Vilka krav kunden kan ställa på leverantörens prestation beror främst på vad avtalet går ut på. Kravspecifikationen är grunden för avtalet, och därmed även för kundens befogade förväntningar på leverantörens prestation. Leverantören vill vanligen endast ansvara för att tjänsten uppfyller de krav som uppställts i kravspecifikationen, men jag menar att det i allmänhet finns andra faktorer som påverkar vad som kan anses avtalat mellan parterna och därmed också felbedömningen. Dessa faktorer är främst uppgifter lämnade vid marknadsföringen, uppdragsbeskrivningen, avtalat pris och eventuella garantier från leverantörens sida.

Jag har kommit fram till att leverantören i allmänhet är skyldig både att utföra tjänsten fackmannamässigt och att iaktta omsorg vid utförandet av uppdraget. Man kan naturligtvis ställa sig frågan om det egentligen rör sig om olika krav eller om det rör sig om olika sätt att angripa samma problem. Konsumenttjänstutredningen menar att kravet på fackmannamässighet utgör en del av leverantörens omsorgsplikt: ”omsorgsregeln är en culparegel, där fackmässigheten utgör en väsentlig del av den s.k. aktsamhetsstandarden”.¹⁴⁶ Kravet på fackmannamässighet kan alltså ses som en del av det allmänna omsorgskravet. Jag har valt att behandla de båda skyldigheterna separat, dels eftersom kravet på fackmannamässighet tas upp som en separat skyldighet i flera standardavtal och i konsumenttjänstlagen och dess förarbeten, dels eftersom kravet på fackmannamässighet i väsentliga avseenden skiljer sig från övriga omsorgskrav. Det är dock klart att samma typ av agerande från leverantörens sida kan leda till att leverantören bryter både mot sin skyldighet att utföra tjänsten fackmannamässigt och omsorgsskyldigheten och att gränsdragningen kan vara svår i vissa fall.

Det är oklart vad kravet på *fackmannamässighet* egentligen innebär. Klart är i vart fall att det är ett objektiva krav på utförandet av uppdraget. Betoningen ligger på resultatet, men det finns utrymme för att diskutera kundens befogade förväntningar på själva utförandet,

¹⁴⁵ Jämför ovan 3.3.5 och Prop. 1984/85:110, s. 189-190.

¹⁴⁶ SOU 1979:36, s. 189.

åtminstone när det rör sig om driftstjänster där det är svårt att skilja utförandet av tjänsten från resultatet av tjänsten. Kravet på fackmannamässighet är beroende av vad avtalet egentligen går ut på och därför är det möjligt att avtala om en tjänst som utifrån allmän fackmannamässig synpunkt inte ter sig tillfredsställande. Omvänt kan kraven på tjänsten även ställas högre än normalt ifall leverantören utger sig för att vara specialist eller expert inom området.

Omsorgskravet är antagligen ännu svårare att precisera än kravet på fackmannamässighet. Betoningen ligger inte på resultatet, utan på utförandet av uppdraget. Omsorgsplikten har med andra ord stor betydelse för sådant som inte följer av leverantörens huvudförpliktelse enligt avtalet, så kallade sidoförpliktelser. Antagligen har leverantören en allmän skyldighet att *klargöra* vad tjänsten går ut på och att *upplysa* om faktorer av betydelse för kunden som leverantören, men inte kunden, känner till, och som kunden typiskt sett förväntar sig att bli informerade om. Leverantören är sannolikt även skyldig att *avråda* kunden från att låta utföra tjänster som strider mot föreskrifter. Vid *utvecklingsavtal* menar jag att leverantören även borde ha en skyldighet att avråda kunden från att låta utföra tjänster som är oekonomiska eller inte medför önskad nytta. Leverantören har i allmänhet också skyldighet att *underrätta* kunden om eventuella förändringar som påverkar förutsättningarna för avtalet.

Skyldighet att utföra *tilläggsarbete* kan enligt min mening komma i fråga som en del i kravet på omsorg när det gäller *driftsavtal*, men däremot knappast när det gäller *utvecklingsavtal*. När det gäller *utvecklingstjänster* bör det dessutom krävas att resultatet av tjänsten *presenteras i en form som kunden kan tillgodogöra sig*.

Frågan blir sedan i vilken utsträckning brister i fackmannamässighet och omsorg leder till att tjänsten blir *felaktig*. Generellt krävs att bristen i fackmannamässighet eller omsorg ger utslag i det slutliga fysiska resultatet av tjänsten för att en tjänst skall anses felaktig.

När leverantören inte uppfyller kraven på *fackmannamässighet* resulterar det i allmänhet i ett fysiskt resultat av tjänsten, vilket i dessa fall medför att tjänsten blir felaktig. När det däremot gäller kravet på att den som utför tjänsten generellt skall ha erforderlig kompetens, så leder detta normalt inte till ett fysiskt resultat. Det innebär att även om kravet på generell kompetens innefattas i kravet på fackmannamässighet, så leder inte brott mot den skyldigheten till att tjänsten blir felaktig.

Brott mot *omsorgsplikten* leder i större utsträckning till skada för kunden som inte ger ett fysiskt resultat i tjänsten, vilket innebär att omsorgsplikten får mindre betydelse än fackmannamässighet för felbedömningen. Typfallet är när tjänsten i och för sig uppfyller de krav som har avtalats, men kunden ändå inte kan ha någon nytta av den på grund av leverantörens bristande information. I dessa fall kan avtalsbrottet inte repareras genom avhjälpande, utan får i första hand regleras genom nedsättning av ersättningen.

4 Ansvarsbegränsningar

4.1 Allmänt

Leverantören kan begränsa ansvaret för kontraktsbrott genom olika typer av friskrivningsklausuler. Begränsningarna kan vara generella eller avse vissa typer av fel eller skada, begränsningarna kan också avse skadeståndets storlek eller vilka påföljder som kan göras gällande. Gemensamt för samtliga typer av friskrivningar är att de syftar till att överföra en del av risken för att en tjänst är felaktig från leverantören till kunden.¹⁴⁷

Påföljderna är vanligtvis uttömmande reglerade i standardavtalen och följer i stort sett de i köplagen och konsumenttjänstlagen, vilket innebär att leverantören vanligtvis i första hand ska avhjälpa felet. Om inte avhjälpande sker kan kunden i de flesta fall kräva prisavdrag och, vid allvarligt kontraktsbrott, häva avtalet. Kunden har i allmänhet också rätt att innehålla betalning. Möjligheterna att få skadestånd är däremot ofta starkt begränsade i de flesta standardavtal.

Oskäligen friskrivningsklausuler kan jämkas eller förklaras ogiltiga med stöd av 36 § avtalslagen. Om ansvarsbegränsningarna är svårtolkade kan man ifrågasätta om de över huvud taget är inkorporerade och därmed en del av det enskilda avtalet mellan parterna.¹⁴⁸ Det finns också möjlighet att tolka villkor som är tyngande och oväntade eller otydliga restriktivt respektive till författarens nackdel.¹⁴⁹

4.2 Begränsning av ansvar för fel

Vissa ansvarsbegränsningar är mycket *generella* till sin karaktär. I *utvecklingsavtalet* PROMISE 98 begränsas leverantörens ansvar för fel till att endast gälla de krav som uppställts i kravspecifikationen (punkt 7.1) och i *driftsavtalet* IT-Drift begränsas ansvaret på motsvarande sätt till att endast omfatta avvikelser från garanterad servicenivå (punkt 15.2).

Enligt Ramberg är det tveksamt om det enligt svensk rätt är möjligt att begränsa underlaget för avtalstolkningen.¹⁵⁰ Det anser jag att man inte borde ha möjlighet till, men i de här fallen rör det sig sannolikt om att friskriva sig från ansvar från vad som angivits i uppdragsbeskrivningen och marknadsföringen, vilket torde vara fullt möjligt om man gör det med tillräckligt stor tydlighet och följderna inte anses oskäligen vid en tillämpning av 36 § avtalslagen. Det innebär att uppgifter lämnade vid marknadsföringen och uppdragsbeskrivningen i sig inte kan användas för att bestämma felansvaret. Däremot kan enligt min

¹⁴⁷ Jämför Kihlman, s. 158.

¹⁴⁸ Von Post, s. 227-228 och Bernitz, s. 32-39.

¹⁴⁹ Se 2.2.3 ovan för utförligare genomgång.

¹⁵⁰ Ramberg, Allmän köprätt, s. 225.

mening marknadsföringen och uppdragsbeskrivningen fortfarande få betydelse för *tolkningen av specifikationen*, även om de i sig inte anger kravet på prestationen.

Generella friskrivningar eliminerar inte heller ansvaret för preciserade förpliktelser. Principen slås fast i 19 § 1 stycket 1 punkten köplagen och påminner om lagtolkningsprincipen *lex specialis derogat legi generali*.¹⁵¹ Principen slogs fast i NJA 1993 s. 436, där HD uttalade att en ”allmän friskrivning, gällande allt ansvar för fel, anses dock inte ha någon verkan mot positiva uppgifter”.¹⁵²

Enligt 19 § 1 stycket 2 punkten köplagen är en generell friskrivning inte verksam när :

säljaren före köpet har underlåtit att upplysa köparen om ett sådant väsentligt förhållande rörande varans egenskaper eller användning som han måste antas ha känt till och som köparen med fog kunde räkna med att bli upplyst om, under förutsättning att underlåtenheten kan antas ha inverkat på köpet

Med andra ord har en generell friskrivning ingen verkan mot förhållanden varom säljaren är i ond tro.¹⁵³ Det är oklart huruvida denna regel är användbar utanför köplagens egentliga tillämpningsområde. Enligt min mening torde den i vart fall kunna ha betydelse som norm vid tolkning av en generell friskrivningsklausul. I sådana fall kan även 33 § eller 36 § avtalslagen bli aktuella för att jämka eller ogiltigförklara avtalet.

En ganska naturlig begränsning av ansvaret, som återfinns i de *utvecklingsavtal* som jag studerat, är friskrivning från *fel som beror på kunden*. Den mest generella återfinns i punkt 11.3 b IT-projekt, där det anges att leverantören inte ansvarar för fel som ”förorsakats av kunden företagna ändringar eller ingrepp”. Enligt punkt 11.3 c IT-Projekt och punkt 7.1 b PROMISE 98 ansvarar leverantören inte för fel som beror på att leverantören använt produkten tillsammans med annan utrustning än den leverantören rekommenderat. Leverantören ansvarar enligt punkt 11.3 d IT-Projekt och punkt 7.2, 1 stycket PROMISE 98 inte för fel, som beror på kundens bristande information.

Friskrivningar från fel som beror på kunden är enligt min mening i princip onödiga, eftersom det inte finns någon grund för att kräva skadestånd eller göra andra påföljder gällande om skadan beror på kunden.¹⁵⁴ En liknande bestämmelse, som dock kan ha viss praktisk betydelse återfinns i HamIT 99. Enligt punkt 6.5 har leverantören rätt till ersättning för avhjälpande av fel om det senare framkommer att felet beror på kunden. Enligt Christner har leverantören bevisbördan för att fel beror på kundens felaktiga eller bristfälliga information.¹⁵⁵ Den uppfattningen torde enligt min mening överensstämma med allmänna bevisregler.

¹⁵¹ Kihlman, s. 162-163.

¹⁵² Ref. s. 451.

¹⁵³ Kihlman, s. 323.

¹⁵⁴ Jämför Prop. 1984/85:110, s. 191.

¹⁵⁵ Christner, s. 132.

Leverantören har även möjlighet att friskriva sig från *vissa typer av fel*. I samtliga avtal har leverantören friskrivit sig från *förlust av information*. I *utvecklingsavtalen* (punkt 12.2 IT-Projekt, punkt 7.2, 1 stycket PROMISE 98 och punkt 13.1 HamIT 99) anges endast att leverantören inte ansvarar för förlust av data eller information. Orsaken till att leverantören inte ansvarar för den här typen av skada är enligt Christner att kunden till en relativt låg kostnad har möjlighet att göra säkerhetskopior.¹⁵⁶

I *driftsavtalen* ansvar leverantören som huvudregel inte heller för förlust av information, men undantag görs i punkt 8.1 och 13.5 Elektroniska tjänster för förlust som beror på leverantörens försummelse. I punkt 16.2 IT-Drift har undantaget preciserats till att leverantören ansvarar för förlust av information ”som orsakats av Leverantörens försumlighet att utföra säkerhetskopiering”.

Förlust av information kan vid både utvecklings- och driftsavtal förebyggas genom säkerhetskopiering. Frågan är vilken av parterna som skall bära ansvaret ifall säkerhetskopiering inte utförs. Enligt min mening är det en rimlig lösning att kunden ansvarar för säkerhetskopiering vid utvecklingstjänster och att leverantören ansvarar för säkerhetskopiering vid driftstjänster. I kommersiella förhållanden är det dock upp till parterna att avgöra vem av parterna som skall bära det ansvaret, och friskrivningar torde inte anses oskäligen om de gjorts med tillräckligt stor tydlighet.

Enligt samtliga utvecklings- och driftsavtal utom IT-Drift friskriver sig leverantören från ansvar för *fel som är utan betydelse* för den avsedda användningen och som inte innebär olägenhet, eller endast ringa olägenhet, för leverantören (punkt 11.1, 2 stycket IT-Projekt, punkt 7.1 a PROMISE 98, punkt 6.1 HamIT 99 och punkt 13.1 Elektroniska tjänster). Det är sannolikt en slags minimiregel, som är tänkt att förhindra småtvister. Enligt min mening är det tveksamt ifall friskrivningen har någon praktisk betydelse. Jag ser det inte som sannolikt att kunden med framgång skulle kunna kräva avhjälpande eller skadestånd på grund av ett fel som varken påverkar avsedd användning eller innebär olägenhet för kunden. En något mer preciserad friskrivning av samma slag återfinns i PROMISE 98. Enligt punkt 7.1 ansvarar leverantören endast för *programmeringsfel* som i ej oväsentlig mån påverkar avtalad funktion. Den här friskrivningen har enligt min mening större praktisk betydelse, eftersom felet måste vara knutet till den avtalade funktionen för att kunna göras gällande.

Enligt två av *utvecklingsavtalen* friskriver sig leverantören från ansvar för *fel som beror på tredje man* (punkt 11.3 a IT-Projekt och punkt 7.1, 3 stycket PROMISE 98). Det finns ingen motsvarande bestämmelse i HamIT 99 eller driftsavtalen. Problemet är att kunden och den som tillverkat produkten i dessa fall normalt inte står i något avtalsförhållande till varandra. Kundens möjligheter att göra anspråk gällande mot tillverkaren blir därför starkt begränsade. von Post menar att en klausul som medför att varje möjlighet för leverantören att få ersättning går förlorad är angripbar med stöd av 36 § avtalslagen.¹⁵⁷ Detta kan

¹⁵⁶ Christner, s. 166.

¹⁵⁷ von Post, s. 208.

jämföras med en liknande situation som kan uppstå vid finansiell leasing. von Post, Lundmark och Möller är överens om att en friskrivning av en leasegivare kan betraktas som oskäligen ifall leasetagaren inte har möjlighet att vända sig emot leverantören, medan Hellner anser att rättsläget är oklart.¹⁵⁸ Enligt punkt 11.2 IT-Projekt skall leverantören på kundens begäran överlåta sina rättigheter mot tredje man. Eftersom kundens möjligheter att göra anspråk gällande inte går förlorade genom friskrivningen är klausulen enligt min mening i allmänhet inte möjlig att angripa. Annorlunda förhåller det sig enligt PROMISE 98. Kunden ges genom det avtalet inte någon möjlighet att vända sig direkt mot tredje man. Friskrivningen i PROMISE 98 skulle därför enligt min mening kunna förklaras oskäligen med stöd av 36 § avtalslagen.

När det gäller kraven på *fackmannamässighet* och *omsorg* finns det inte några ansvarsbegränsningar i de standardavtal som behandlas i den här uppsatsen. I punkt 7.1 i *utvecklingsavtalet* PROMISE 98 och punkt 15.2 i *driftsavtalet* IT-Drift begränsas leverantörens ansvar för fel till att endast gälla de krav som uppställts i kravspecifikationen respektive garanterad servicenivå. Enligt min mening utgör inte dessa skrivningar tillräckligt tydliga inskränkningar i leverantörens ansvar för att friskriva leverantören från ansvar för fackmannamässighet och omsorg. De skulle därför genom restriktiv tolkning begränsas till att inte gälla dessa typer av kontraktsbrott. Konsumenttjänstutredningen framhåller att friskrivningar från fackmannamässighet och omsorg i vart fall i konsumentförhållanden skulle vara oskäligen enligt 36 § konsumenttjänstlagen.¹⁵⁹ Det är oklart om sådana friskrivningar generellt skulle anses oskäligen även i näringsidkarförhållanden. Klart är att de skulle kunna anses oskäligen i vissa fall.¹⁶⁰

Risken för att friskrivningarna skulle kunna förklaras oskäligen är antagligen inte den främsta anledningen till att det inte finns några uttryckliga friskrivningar gällande dessa områden. Istället är med stor sannolikhet den avgörande faktorn att sådana friskrivningar inte skulle vara affärsmässigt gångbara. Med ett mer juridiskt betraktelsesätt skulle man även kunna uttrycka det så att det är ett ansvar som säljarsidan har valt att bära. Eftersom det inte finns några uttryckliga friskrivningar i leverantörens skyldighet att visa fackmannamässighet och omsorg i de standardavtal jag har studerat kan dessa skyldigheter enligt min mening bli viktiga faktorer för att bestämma leverantörens reella ansvar för fel. Det skall också påpekas att det i *utvecklingsavtalet* IT-Projekt uttryckligen anges att avvikelser från fackmannamässighet medför att tjänsten blir felaktig (punkt 11.2, 2 stycket).

Kunden måste enligt samtliga standardavtal *reklamera* i rätt tid för att kunna göra anspråk på skadestånd eller andra påföljder. Reklamationsfristen varierar mellan de olika avtalen. Enligt de flesta utvecklings- och driftsavtal skall fel antingen reklameras inom skälig tid eller inom tre månader från leveransdag (punkt 9.4 IT-Projekt, punkt 6.1 HamIT 99, punkt 15.3 IT-Drift och punkt 13.2 Elektroniska tjänster). Dessa bestämmelser kan jämföras med den normala reklamationsfristen enligt 17 § konsumenttjänstlagen och 32 § köplagen som

¹⁵⁸ Se von Post, s. 215-216 med vidare hänvisningar.

¹⁵⁹ SOU 1979:36, s. 192.

¹⁶⁰ Hellner 2:1, s. 94.

är ”skälig tid” efter att köparen bort märka felet, eller högst två år efter att arbetet avslutades (eller att varan avlämnats). Dessa bestämmelser skulle antagligen kunna tillämpas analogt på avtal om utveckling och drift, där parterna inte avtalat om preskriptionstid. Det finns i vart fall ingen anledning att anta att de ovan angivna preskriptionsreglerna kan förklaras oskäligen.

I PROMISE 98 finns en betydligt mer ingripande begränsning i leverantörens ansvar. Enligt punkt 7.1 c ansvarar leverantören inte för andra fel än programmeringsfel som inte upptäcks och reklameras *före leverans*. (Programmeringsfel skall reklameras inom 30 dagar efter leverans.) Bestämmelsen ser vid första anblicken ut att vara extremt sträng mot kunden, men den har sin orsak i hur godkännandeprocessen utformats i avtalet. Som jag berört ovan (3.2.3) har man i PROMISE 98 ett system med tre nivåer: alfaversion, betaversion och masterversion/slutprodukt. Alfa- och betaversionerna skall testas av kunden och kunden skall då framföra synpunkter. När sedan slutprodukten färdigställts är leveransen i princip fullgjord. Eftersom kunden har möjlighet att påverka resultatet under produktionens gång är det enligt min mening rimligt att leverantören har större möjlighet att friskriva sig. Utifrån denna bakgrund anser jag inte heller dessa reklameringsregler vara oskäligen.

4.3 Begränsning av skadeståndsansvar

Leverantören kan också begränsa ansvaret för påföljder. I de utvecklings- och driftsavtal som jag har studerat är framförallt leverantörens skadeståndsansvar ofta starkt begränsat. De övriga påföljderna vid fel (avhjälpande, prisavdrag och hävning) är i stort sett desamma som i köplagen och kommer därför inte att studeras närmare här.

Enligt de flesta standardavtal har leverantören *culpaansvar*, vilket innebär att leverantören är skyldig att ersätta kundens skada ifall den orsakats genom oaktsamhet (12.1 IT-Projekt, punkt 13.1 HamIT 99, punkt 15.1, 3 stycket IT-Drift och punkt 13.5 Elektroniska tjänster). Enligt punkt 7.2, 1 stycket PROMISE 98 är skadeståndsansvaret inte begränsat till de fall som leverantören varit försumlig. Att en sådan regel saknas kan bero på kundens möjligheter att kräva skadestånd på grund av fel är kraftigt begränsade genom andra typer av ansvarsbegränsningar i det avtalet. Det finns i vart fall ingen tydlig skillnad i ansvar mellan utvecklings- och driftsavtal, utan culpaansvar för skadestånd är den generella huvudregeln enligt standardavtalen.

Ansvaret enligt standardavtalen för utvecklings- och driftstjänster kan jämföras med att säljaren enligt 40 § köplagen och 31 § 3 stycket konsumenttjänstlagen har kontrollansvar för fel, vilket innebär att säljaren är ersättningsskyldig för fel om säljaren inte kan visa att felet ”beror på ett hinder utanför hans kontroll som han inte skäligen kunde förväntas ha räknat med vid avtalets ingående och vars följder han inte heller skäligen kunde ha undvikit eller övervunnit”.¹⁶¹ Vid utförande av tjänster är de problem som kan uppstå i mycket högre

¹⁶¹ Citat från 31 § konsumenttjänstlagen.

utsträckning inom leverantörens kontroll än vid köp,¹⁶² vilket medför att leverantören i större utsträckning ansvarar för eventuella fel på tjänster än fel på varor vid tillämpning av kontrollprincipen.

Ansvar är enligt samtliga avtal om utveckling och drift begränsat till *direkt skada* (punkt 12.2 IT-Projekt, punkt 7.2, 1 stycket PROMISE 98, punkt 13.1, 2 mening HamIT 99, punkt 16.2 IT-Drift och punkt 13.6 Elektroniska tjänster). Friskrivningarna formuleras på olika sätt, men avser, såvitt jag kan bedöma, i sak detsamma. Det finns ingen synbar skillnad mellan utvecklings- och driftsavtal i det här avseendet.

Detta kan jämföras med köplagen, där säljaren enligt 27 § 4 stycket respektive 40 § 3 stycket ansvarar för indirekt skada på grund av fel om felet orsakats genom säljarens försummelse. Definitionen av indirekt skada är däremot nästan alltid hämtad från olika delar av 67 § 2 stycket köplagen. Vad som ska klassas som en indirekt skada är därför med all sannolikhet avsett att avgöras enligt samma grunder som enligt köplagen. Även om man använder sig av köplagens definition är det svårt att bestämma vad en indirekt skada egentligen är, till exempel används som kriterium för en indirekt skada att den ”varit svår att förutse”.

Lundmark menar att friskrivning från indirekt skada mellan näringsidkare sällan kan angripas med stöd av 36 §.¹⁶³ von Post anser att man bör göra en nyanserad bedömning och särskilt beakta parts intresse av att kunna överblicka vilken skadeståndsskyldighet som kan bli aktuell.¹⁶⁴ Hellner ställer sig tveksam till absoluta friskrivningar från indirekt skada. Han menar att leverantören borde kunna göras ansvarig vid grov culpa och vid situationer då kunden i praktiken har haft svårt att komma ifrån standardvillkoren.¹⁶⁵ Friskrivning från indirekt skada mellan näringsidkare har prövats i NJA 1979 s. 483. HD konstaterade att friskrivning från indirekt skada kan sägas ”representera en av säljar- och köparintressen godtagen avtalsreglering med synnerligen stor spridning, nationellt och internationellt”. HD anför vidare att det ”fordras tungt vägande skäl” för att en friskrivning från indirekt skada skall betraktas som obillig eller otillbörlig.¹⁶⁶

Sammanfattningsvis innebär detta att säljaren enligt köplagen har kontrollansvar för direkt skada och culpaansvar för indirekt skada vid fel. I de flesta utvecklings- och driftsavtal är ansvarsfördelningen förskjuten så att leverantören har culpaansvar för direkta skador och inget ansvar alls för indirekta skador, vilket omvänt innebär att kunden ansvarar för alla

¹⁶² Jfr. Hellner, Köp och avtal, s. 225.

¹⁶³ Lundmark, s. 346-350.

¹⁶⁴ von Post, s. 209.

¹⁶⁵ von Post, s. 225 med vidare hänvisningar.

¹⁶⁶ Ref. s. 514 respektive 515. Målet anhängiggjordes före ikraftträdandet av 36 § avtalslagen, men domstolen konstaterar att rättsläget före paragrafens införande är ungefär likadant med stöd av grunderna för den numera upphävda 8 § skuldebrevslagen och gjorde därför sin bedömning i ljuset av 36 §.

skador som leverantören orsakar utan att vara culpös och att kunden får bära alla indirekta kostnader av skador som leverantören orsakar.¹⁶⁷

Det är vanligt att *skadeståndets storlek begränsas* i utvecklings- och driftsavtal. Skadeståndet är i flera avtal begränsat till en viss andel av det sammanlagda arvudet för uppdraget. I *utvecklingsavtalen* är skadeståndet begränsat till 20 procent (punkt 12.2 IT-Projekt), 25 procent (punkt 7.2 PROMISE 98) respektive 100 procent (punkt 13.1, 3 meningen HamIT 99) av arvudet för uppdraget. I PROMISE 98 är skadeståndet också begränsat till 25 basbelopp (punkt 7.2, 2 stycket). I *driftsavtalen* punkt begränsas skadeståndsansvaret till 15 procent av årsavgiften för tjänsten (punkt 16.2 IT-Drift) respektive till 6 månaders avgifter för tjänsten samt 2 basbelopp (punkt 13.6 Elektroniska tjänster).

Lundmark anser att det är möjligt att göra relativt långtgående friskrivningar vad beträffar belopp.¹⁶⁸ von Post anser att man bör betrakta begränsningar som är knutna till ett vederlag med misstänksamhet. Dels finns det ingen naturlig koppling mellan skadans storlek och storleken på ett vederlag, dels får den typen av klausuler oftast helt olika konsekvenser för kunden och leverantören.¹⁶⁹ Jag anser att begränsningar till ett visst belopp kan vara motiverat av praktiska skäl. Vanligtvis innebär det visserligen att leverantörens risk minskar på kundens bekostnad, men den typen av ansvarsförskjutning är tillåten mellan näringsidkare. Det blir lättare för leverantören och svårare för kunden att bedöma den ekonomiska risken och att teckna relevanta försäkringar, men det är fortfarande relativt lätt för kunden att värdera betydelsen av en ansvarsbegränsning som avser belopp, och det gäller oavsett om begränsningen är knuten till andel av priset eller avser visst antal basbelopp. Samtidigt anser jag att maxbeloppen ofta är mycket lågt satta och jag frågar mig om detta verkligen är motiverat eller om den typen av friskrivningar sker av slentrian. Jag skall återkomma till den diskussionen i slutet av det här kapitlet.

I samtliga standardavtal görs *undantag* från leverantörens ansvarsgränsningar beträffande skadestånd vid *uppsåt eller grov vårdslöshet* (punkt 12.2 IT-Projekt, punkt 7.2, 1 stycket PROMISE 98, punkt 13.3 HamIT 99, punkt 15.2 och 16.2 IT-Drift och punkt 14.2 Elektroniska tjänster). Anledningen till att man inte friskriver sig ifrån skada som vållats uppsåtligen eller genom grov vårdslöshet är att sådana friskrivningar i regel betraktas som oskäliga.¹⁷⁰ I punkt 13.3 HamIT 99 har dock skadeståndet begränsat till 10 basbelopp även då grov vårdslöshet föreligger. Jag menar att beloppsbegränsningen vid grov vårdslöshet i HamIT 99 med all sannolikhet kan förklaras oskälig med stöd av 36 § avtalslagen.

Samtliga utvecklings- och driftsavtal innehåller *preskriptionsregler*. Skadeståndsanspråk måste enligt avtalen framställas inom tre månader efter att skadan upptäckts (punkt 12.3

¹⁶⁷ Jämför Kihlmans resonemang, s. 295.

¹⁶⁸ Lundmark, s. 346-350.

¹⁶⁹ von Post, s. 209.

¹⁷⁰ von Post, s. 207. När det gäller sakskador kan föreliggande försäkringsmöjligheter ge anledning till undantag. Jämför även NJA 1998 s. 390, där HD ogiltigförklarar Postens friskrivning från ansvar för skada som grundar sig på den egna personalens brottsliga handlande. Se även Lundmark, s. 344-345.

IT-Projekt, punkt 13.4 HamIT 99, punkt 15.3 IT-Drift och punkt 13.8 Elektroniska tjänster) eller ett år efter leverans (punkt 12.3 IT-Projekt och punkt 7.2, 2 stycket PROMISE 98) eller ett år efter att skadan uppkom (punkt 13.4 HamIT 99). Jämfört med att den allmänna preskriptionsregeln på tio år är dessa preskriptionsfrister korta, men man kan även jämföra med den speciella preskriptionsregeln för sysslomän i 18:9 handelsbalken, som är ett år efter slutredovisning. Som preskriptionsavbrott räknas endast att man väcker talan eller laga förfall, som till exempel sjukdom.¹⁷¹ Meningarna har varit delade i doktrinen om i vilka fall bestämmelsen i handelsbalken kan tillämpas. Vissa menar att preskriptionsregeln även gäller för uppdragsavtal som inte är sysslomannaavtal. Hellner anser till exempel att regeln kan tillämpas på alla typer av uppdrag, där uppdragstagaren avger en redovisningsräkning.¹⁷² Trots att rättsläget är osäkert torde det enligt min mening vara klart att ettårs-preskriptionen enligt handelsbalken inte är tillämplig på utvecklings- och driftstjänster. På grund av att det ändå finns vissa likheter med sysslomannaskap och den avtalsfrihet som råder i kommersiella förhållanden finns det enligt min mening inte någon anledning att anta att de ovan angivna preskriptionsreglerna generellt skulle vara oskäliga.

Standardavtal om IT-tjänster innehåller i allmänhet *force majeure*-klausuler som befriar leverantören från ansvar vid oförutsedda händelser. Klausulerna är ofta gemensamma för fall fel och dröjsmål, men i praktiken är det ovanligt att den typen av hinder som befriar från ansvar i *force majeure*-klausuler leder till fel i tjänsten, eftersom *force majeure* oftast innebär att leverans helt uteblir.¹⁷³ Jag kommer därför inte att behandla dessa närmare i den här uppsatsen.

4.4 Diskussion

Friskrivningarna i de standardavtal för utvecklings- och driftstjänster som jag har studerat är i allmänhet inte i sig oskäliga. Jag anser dock att det finns anledning att uppmärksamma hur friskrivningsklausulerna i utvecklings- och driftsavtal samverkar. Eftersom de flesta av avtalen innehåller flera olika typer av begränsningar av leverantörens ansvar, blir leverantörens ansvar i praktiken ofta mycket inskränkt. Även om varje enskild friskrivning är godtagbar kan de i kombination innebära att leverantörens ansvar blir oskäligt litet.

Säljaren har enligt köplagen kontrollansvar för direkt skada och culpaansvar för indirekt skada vid fel. I de flesta utvecklings- och driftsavtal är ansvarsfördelningen förskjuten så att leverantören har culpaansvar för direkta skador och inget ansvar alls för indirekta skador. Omvänt innebär det att kunden ansvarar för alla skador som leverantören orsakar utan att vara culpös och att kunden får bära alla indirekta kostnader av skador som leverantören orsakar. Jag har inte stött på något bärande argument för att kunden skall bära de ekonomiska kostnaderna i de här fallen. Jag frågar mig om det verkligen finns något bra

¹⁷¹ Hellner 2:1, s. 215.

¹⁷² Hellner 2:1, s. 212. Det har tillkommit några rättsfall sedan Hellner deklarerade den ståndpunkten. Se särskilt NJA 1992 s. 16, NJA 1999 s. 52 och HD:s dom T 1883-98, meddelad den 11 januari 2000.

¹⁷³ Hellner, Köp och avtal, s. 238.

skäl, eller om det helt enkelt är så att företrädarna för leverantörssidan har drivit igenom mer ”leverantörsvänliga” avtal.

Bratt hävdar att avtal inte kan vara obalanserade, eftersom parterna kommer överens om pris och andra villkor för avtalet utifrån de förutsättningar som ges i standardavtalet. Om den ena parten känner sig tvingad att ingå avtal på för henne oförmånliga villkor, så är det ett tecken på ojämlikt förhållande mellan parterna och ingenting annat.¹⁷⁴

Jag menar att det kan vara svårt för en som inte är jurist att sätta sig in i vilken riskfördelning villkoren i ett standardavtal medför, inte minst eftersom avtalen ofta ger ett sken av att vara ömsesidigt utformade. Leverantören kan i och för sig skydda sig mot sin ökade risk genom att teckna relevanta försäkringar, men då krävs att kunden har uppfattat hur stort ansvar hon har enligt avtalet. Enligt min mening vore det lättare för leverantören än kunden att teckna försäkringar som täcker följderna av leverantörens avtalsbrott. Dessutom menar jag att det kan vara svårt för kunden att ifrågasätta, eller göra ändringar i, ett färdigt standardavtal, som dessutom ger sken av ömsesidighet. Det kan också vara svårt för kunden att minska priset för en tjänst i den utsträckning som motsvarar den affärsmässiga risken i att inte kunna få ekonomisk ersättning vid ett eventuellt avtalsbrott från motpartens sida, eftersom en diskussion kring leverantörens eventuella kontraktsbrott medför ett misstänkliggörande av henne som rubbar det ömsesidiga förtroende som affärsuppörelsen bygger på.

Jag anser vidare att det vore olyckligt om den här typen av långtgående ansvarsbegränsningar skulle bli allmänt vedertagna, eftersom kunden möjligheter att kräva avtalad prestation av leverantören i praktiken riskerar att bli mycket små. Man kan med fog ställa sig frågan om inte leverantören bör ha ett större ansvar för sina tjänster. Jag kan inte se något skäl till att kunden generellt skall bära kostnaderna av leverantören oförmåga att fullfölja sin prestation enligt avtalet, utan menar tvärtom att det är märkligt att kunden generellt skall bära den ekonomiska risken för leverantörens eventuella misstag.

¹⁷⁴ Bratt, s. 96.

5 Avslutning

Grunden för leverantörens felansvar är avtalet mellan parterna. Vad leverantören skall prestera vid kommersiella avtal om utveckling och drift framgår normalt av kravspecifikationen, men i allmänhet har leverantören även andra skyldigheter enligt standardavtal och gällande rätt. Det är i många avseenden oklart vad dessa förpliktelser mer exakt består i, men parterna har möjlighet att minska utrymmet för den oförutsebarheten genom att så noggrant som möjligt i avtal reglera leverantörens förpliktelser gentemot kunden.

De standardavtal som jag har studerat innehåller långtgående friskrivningar av leverantörens ansvar för fel och skyldighet att utge skadestånd. Inget av avtalen innehåller dock någon friskrivning från kraven på fackmannamässighet eller omsorg, även om beloppsbegränsningar av skadeståndet är tillämpliga även på de typerna av avtalsbrott. Anledningen till detta är sannolikt att en sådan friskrivning inte skulle vara affärsmässigt gångbar, och att leverantörssidan därför, mer eller mindre uttryckligt, valt att bära det ansvaret.

Eftersom kraven på omsorg och fackmannamässighet inte är föremål för friskrivningar i standardavtalen, kan dessa krav enligt min mening få stor betydelse för leverantörens reella felansvar. Brott mot omsorgsplikten leder i många fall inte till att tjänsten blir felaktig, utan till någon annan form av avtalsbrott. Därför blir kravet på fackmannamässighet av större vikt för felbedömningen än kravet på omsorg.

Trots att kunden kan hänvisa till leverantörens plikter att visa omsorg och fackmannamässighet vid utförandet av uppdraget, anser jag att leverantören enligt de flesta standardavtal på områdena för utvecklings- och driftstjänster tar ett påfallande litet ansvar för den egna prestationen. I och för sig har parterna i kommersiella förhållanden stora möjligheter att välja hur ekonomiska risker skall fördelas, utan att det kan anses oskäligt enligt en bedömning i enlighet med 36 § avtalslagen. Jag anser ändå att friskrivningarna är problematiska, dels därför att kunden i praktiken ofta inte är medveten om riskfördelningen, dels därför att kunden generellt får bära kostnaderna av leverantörens oförmåga att fullfölja sin prestation enligt avtalet.

Bilaga – utdrag ur standardavtal

I syfte att underlätta läsningen har jag här samlat de avsnitt ur behandlade standardavtal som jag har hänvisat till.

IT-Projekt

- 2.1 Leverantören skall, baserat på Uppdragsbeskrivningen, ta fram Specifikationen och Projektplanen, såvida dessa inte redan bilagts avtalet. Specifikationen och Projektplanen skall godkännas av kunden enligt punkt 2.3.
- 2.3 Leverantören skall underställa kunden Specifikationen och Projektplanen för godkännande. Kunden skall godkänna Specifikationen och Projektplanen inom 15 dagar, om ej annan tid överenskommits, efter det att han fått del av dessa.
- 2.4 Har inte Specifikationen och Projektplanen godkänts enligt ovan och kan inte parterna därefter komma överens om en godkänd Specifikation samt Projektplan får respektive part skriftligen uppsäga Uppdraget till omedelbart upphörande. Om fast pris har överenskommits för arbetet med Specifikationen samt Projektplanen, skall kunden vid upphörandet betala detta. Om sådan överenskommelse inte träffats, har leverantören rätt till ersättning enligt löpande räkning för utfört arbete. Har leverantören inte utfört arbetet på ett fackmannamässigt sätt, skall leverantören återbetala erhållna betalningar. Därutöver skall kunden inte ha rätt till ersättning. Kunden har rätt att nyttja resultatet som om Uppdraget fullföljts under förutsättning att han fullgjort sina betalningsskyldigheter.
- 4.3 Kunden skall utföra i avtalet angivna åtaganden med för ändamålet lämpliga, kvalificerade och kompetenta medarbetare samt tillräckliga resurser.

Kunden skall lämna korrekta uppgifter för Uppdragets genomförande. Kunden skall vidare granska mottagna handlingar och meddela beslut samt i övrigt genomföra överenskomna åtgärder så att leverantören har möjlighet att följa överenskommen tidsplan.
- 7.1 Kunden skall kontrollera att Systemet uppfyller Specifikationen under en acceptanskontrollperiod omfattande, om annat inte framgår av tidsplanen, 30 dagar före Avtalad dag för Godkännande. Över acceptanskontrollen skall protokoll föras. Kunden har rätt att skjuta på tidsplanen för acceptanskontrollperioden enligt reglerna om ändring av Uppdraget i punkt 3 och med beaktande av punkt 10.

Kunden skall godkänna Systemet då Specifikationen är uppfylld och Systemet ej avviker från vad som kan anses följa av att Uppdraget utförts fackmannamässigt.
- 9.4 Kunden skall, för att inte förlora sin rätt till talan, skriftligen framställa sitt anspråk på ersättning till följd av att försening skett senast tre månader efter det att Faktisk Godkännandedag inträtt.
- 11.1 Leverantören skall med den skyndsamhet omständigheterna kräver avhjälpa sådana fel i Systemet, som dokumenterats vid acceptanskontrollen eller sådana fel som inte bort upptäckas under acceptanskontrollperioden vilka påtalats inom tolv månader efter

Faktisk Godkännandedag. Om leverantören erhållit ersättning för felaktigt utfört arbete skall felet avhjälpas kostnadsfritt.

Med fel menas att Systemet inte uppfyller Specifikationen eller att Systemet avviker från vad som följer av att Uppdraget skall utföras på ett fackmannamässigt sätt. Leverantören ansvarar inte för fel som är utan betydelse för den avsedda användningen och som inte innebär olägenhet för kunden.

11.2 För Produkter som skall levereras enligt avtalet och som är Tredjepartsprodukt gäller Tredjepartsproduktleverantörens felansvarsbestämmelser. Leverantören ansvarar enbart för att framställa kundens krav mot leverantören av Tredjepartsprodukten. Leverantören skall, om så erfordras, på kundens begäran överlåta sina rättigheter mot Tredjepartsproduktleverantören avseende fel i Tredjepartsprodukten till kunden.

11.3 Leverantören s ansvar för fel enligt punkten 11.1 omfattar inte

- a) fel i Tredjepartsprodukt,
- b) fel förorsakade av kunden företagna ändringar eller ingrepp i Produkt eller i Systemet,
- c) fel förorsakade genom kundens användning av Produkt eller Systemet med annan än av leverantören föreskriven utrustning, tillbehör eller systemprogramvara på ett sätt som påverkar Produktens eller Systemets funktion.
- d) fel som beror på att kunden inte lämnat korrekta uppgifter eller urval av testdata eller lämnat felaktiga eller bristfälliga systemförutsättningar.

11.4 Avhjälpande av fel enligt punkten 11.1 sker genom rättelse eller vad avser Produkt, som är programprodukt, genom anvisning om kringgående av felet. Kunden skall för att få återopa fel som leverantören ansvarar för enligt 11.1 anmäla det till leverantören inom skälig tid efter det att han märkt felet. Kunden skall ange och vid behov visa hur felet yttrar sig.

Vid avhjälpande hos kunden skall berörda delar ställas till leverantörens förfogande under därför erforderlig tid. Avhjälpande skall förläggas till leverantörens ordinarie arbetstid. På leverantörens begäran skall representant från kunden närvara vid leverantörens arbete.

11.5 ...

Med fel menas avvikelser från vid tidpunkten för avtalets träffande av leverantören eller för dennes räkning utgivna eller i marknadsföringen använda produktbeskrivningar samt allmänt tillämpade normer för motsvarande produkter. Leverantörens ansvar omfattar inte fel som är utan betydelse för Produktens avsedda användning och som inte innebär olägenheter för kunden.

...

11.7 Om leverantören inte avhjälpit felet med den skyndsamhet som omständigheterna kräver, får kunden skriftligen ge honom en slutlig och skälig frist för avhjälpande. Är felet inte avhjälpit när fristen gått ut, har kunden rätt till sådant avdrag på arvodet för utfört arbete eller i förekommande fall på erlagd ersättning för Produkt som svarar mot

felet och, om leverantören varit försumlig rätt till skadestånd med den begränsning som följer av punkt 12.

- 12.2 Parts skadeståndsansvar skall, utom i fall som avses i punkt 14 och såvida inte uppsåt eller grov vårdslöshet föreligger, vara begränsat till i avtalet angivet belopp. Har ett maximalt sådant belopp ej angivits i avtalet är skadeståndsskyldigheten begränsad till 20 % av ersättningen för Uppdraget, och vid löpande räkning 20 % av beräknad ersättning för Uppdraget. Part ansvarar dock inte, såvida inte uppsåt eller grov vårdslöshet föreligger, i något fall för utebliven vinst eller annan indirekt skada eller förlust inklusive andra partens eventuella ersättningskyldighet gentemot tredje man eller förlust av information.
- 12.3 Part skall framställa skadeståndsansättningsanspråk för att inte förlora sin rätt till talan senast tre (3) månader efter det att parten märkt grunden för kravet, dock senast tolv (12) månader från Faktisk Godkännandedag.

HamIT 99

- 2.1 Producenten skall efter förfrågan från Beställaren skriftligen upprätta offert samt förslag till Specifikation och Avtalad Leveransdag med utgångspunkt i Beställarens behov, önskemål och krav mm rörande Webb-tjänsten och Leveransdag mm. Det åligger härvid Beställaren att tillhandahålla all för Uppdragets genomförande nödvändig information.
- 2.2 Det åligger Beställaren att inom en vecka från mottagandet av under 2.1 angivna handlingar godkänna dessa eller att under samma tid anmäla önskade förändringar. Förslag till förändringar skall beaktas av Producenten som inom en vecka från mottagandet av ändringsförslagen äger godkänna eller avslå dessa. Lämnar Beställaren sitt godkännande eller godkänner Producenten eventuella förändringar skall Uppdragsavtal upprättas.
- 2.3 Kan Parterna inte inom de under 2.2 angivna tidsfristerna enas, är Parterna inte längre bundna av sina viljeförklaringar.
- 3.1 Producenten skall utföra Uppdraget i enlighet med Specifikationen samt i enlighet med i branschen rådande sedvänja och på ett i övrigt fackmannamässigt sätt.
- 3.3 Uppdraget skall utföras i samråd mellan Parterna. Samråd skall ske genom löpande kontakter mellan Företrädarna. Det åligger härvid Beställarens Företrädare att genast framföra de invändningar eller andra påpekanden mot Producentens arbete som kan finnas erforderliga.
- 6.1 Det åligger Beställaren att genast efter Aktivering utföra de egna tester av Webb-tjänsten som Beställaren finner nödvändiga. Beställaren har härvid att undersöka om Webb-tjänsten uppfyller Specifikationen. Avvikelse från Specifikationen ("Fel") får inte åberopas som Fel om meddelande härom inte har lämnats inom skälig tid efter att Beställaren märkt eller bort ha märkt Felet. Lämnar Beställaren inte meddelande om Fel inom TRE /3/ månader från Aktivering, äger Fel inte åberopas mot Producenten. Inte heller får Beställaren åberopa Fel, om Felet saknar betydelse för användningen av

Webb-tjänsten eller om Felet endast innebär ringa olägenhet för Beställaren.

- 6.2 Har Beställaren framfört befogad anmärkning om Fel och beror Felet på Producenten, åligger det Producenten att, med den skyndsamhet som efter omständigheterna bedöms skälig, avhjälpa Felet eller om så är möjligt utan att det påverkar användningen av Webb-tjänsten, att lämna Beställaren anvisning om kringgående av Felet.
- 6.5 Framkommer vid arbetet med avhjälpande av Fel att detta beror på Beställaren eller annan än Producenten, äger Producenten rätt till ersättning i löpande räkning enligt gällande prislista för utfört arbete med avhjälpande av Felet.
- 7.1 Producenten tar inget ansvar för funktionen hos utrustning, programvara eller annat som Beställaren tillhandahåller för Uppdragets fullgörande.
- 7.2 Producenten tar inget ansvar för funktionen hos den av Beställaren anvisade Disken. Det åligger Beställaren att tillse att Disken har sådan teknisk prestanda, programvara, konfiguration mm och tillgänglighet till interna och externa nätverk som Webb-tjänsten erfordrar.
- 13.1 Brister part på grund av vårdslöshet i fullgörandet av Uppdraget, äger den andra parten rätt till skadestånd. Skadestånd utgår för visad direkt skada, dock ej för förlust av data. Skadeståndsansvaret begränsas till ett belopp maximalt motsvarande det för Uppdragsavtalet beräknade eller avtalade arvodet.
- 13.3 Har part på grund av grov vårdslöshet eller uppsåt brustit i fullgörandet av Uppdraget, äger den andra parten rätt till skadestånd för visad direkt och indirekt skada, dock aldrig med mer än vad som motsvaras av TIO /10/ gånger det vid skadans uppkomst gällande prisbasbeloppet enligt lagen (1962:381) om allmän försäkring.
- 13.4 Part går förlustig rätten till skadestånd eller annan ersättning om krav därom inte skriftligen framställs utan dröjsmål och senast inom TRE /3/ månader från det att skadan upptäckts, dock senast inom ett år från skadans uppkomst.

PROMISE 98

3 ...

... Om parterna är oense om tolkningen av Kravspecifikationen gäller Producentens uppfattning framför Beställarens till dess endera parten hänskjuter frågan till PROMISE tekniska nämnd...

- 7.1 Producenten ansvarar endast för att Produktionen motsvarar de funktions- innehålls, kvalitets-, och systemkrav som specificerats i Kravspecifikationen och i eventuella justeringar av Kravspecifikationen. Producentens ansvar omfattar inte programmeringsfel som uppstått efter det att sista Betaversionen testats och därvid påtalade fel åtgärdats, under förutsättning att programmeringsfelen ej i oväsentlig mån påverkar avtalad funktion enligt Kravspecifikationen och att felet upptäcks och reklameras inom trettio (30) dagar efter leverans av Produktionen i enlighet med punkt 4 ovan.

Producentens ansvar omfattar inte;

- a) fel eller brist som är utan betydelse för Produktionens avsedda användning och vilka inte kan anses utgöra olägenhet för Beställaren,
- b) Fel eller brist orsakade genom Beställarens användning av Produktionen tillsammans med annan utrustning eller på annat sätt än som anges i Kravspecifikationen eller i eventuella justeringar av Kravspecifikationen och,
- c) ansvar för fel som inte upptäcks och reklameras innan leverans av Produktionen, med undantag av programmeringsfel beskrivna ovan enligt denna punkt 7.1.

Producentens ansvarsåtagande enligt denna punkt 7 avser inte Tredjepartsprogramprodukter som dessa definieras ovan i punkt 5.1. Producenten friskriver sig allt ansvar för Tredjepartsprogramprodukter.

- 7.2 Producenten ansvarar vidare, med de begränsningar som anges nedan, för den skada som Producenten eller Producentens anställda och underkonsulter kan komma att vålla Beställaren genom fel eller försummelse vid fullgörande av produktionsuppdraget. Skadeståndsansvaret omfattar dock endast direkt skada och inte indirekta skador såsom förlorad handelsvinst eller förväntad besparing. Vidare ansvarar Producenten inte i något fall för förlust av data eller för skador som beror på att Beställaren lämnat felaktiga förutsättningar i Kravspecifikationen eller i godkänd justering till Kravspecifikationen. Denna ansvarsbegränsning skall ej äga tillämpning vid skada som åsamkas uppsåtligen eller genom grov oaktsamhet.

Producentens sammanlagda skadeståndsansvar till följd av produktionsuppdraget är begränsat till det lägre beloppet av tjugofem (25 %) procent av ersättningen eller tjugofem (25) basbelopp...

IT-Drift

- 2.1 Leverantören skall från respektive avtalad startdag tillhandahålla avtalade Tjänster. Tjänsternas innehåll framgår av Specifikationen.
- 2.2 Leverantören skall aktivt medverka i övertagande av driften från kunden eller dennes leverantör i enlighet med punkt 4 nedan. Om något övertagande av drift ej skall ske från kunden eller dennes leverantör utan det är fråga om en nyetablering av en drift, skall punkt 4 i tillämpliga delar äga tillämpning.
- 2.3 Leverantören skall utföra sina åtaganden med för ändamålet lämplig, kvalificerad och kompetent personal. Åtagandena skall utföras på ett fackmannamässigt sätt. Om inget annat angivits i detta avtal skall Tjänsten utföras enligt de metoder och standarder som leverantören normalt tillämpar.
- 3.1 Kunden skall lämna uppgifter för leverantörens arbete vid övertagande/nyetablering av drift, granska handlingar och meddela beslut samt i övrigt fortlöpande lämna de upplysningar som är nödvändiga för att leverantören skall kunna genomföra sina åtaganden enligt Avtalet.

Kunden skall lämna korrekta och erforderliga uppgifter om förhållanden och förutsättningar hos kunden.

- a) Kunden skall lämna leverantören tillgång till de lokaler, utrustning och programvara hos kunden som är erforderliga för utförande av leverantörens åtaganden.
 - b) Kunden skall lämna uppgifter för leverantörens arbete vid övertagande/nyetablering av drift, granska handlingar och meddela beslut samt i övrigt fortlöpande lämna de upplysningar som är nödvändiga för att leverantören skall kunna genomföra sina åtaganden enligt Avtalet.
 - c) Kunden skall lämna korrekta och erforderliga uppgifter om förhållanden och förutsättningar hos kunden.
 - d) Kunden skall ansvara för fel eller brist i Kundens Utrustning eller Kundens Programvara.
 - e) Kunden skall utföra sina åtaganden med för ändamålet kvalificerade, kompetenta medarbetare och tillräckliga resurser och i övrigt utföra de åtaganden i samband med Tjänsten, som anges i Bilaga 2.
- 4.1 Leverantören skall upprätta en aktivitetsplan för leverantörens övertagande av kundens eller dennes leverantörs drift. Kunden skall delta i samband därmed i skälig utsträckning på leverantörens begäran. I aktivitetsplanen skall framgå bl a genomförandet av nödvändig förprojektering, tester och/eller provperioder samt tidsplan. Ersättning för leverantörens arbete med övertagande av drift överenskoms enligt bilaga 6.
- 9.1 Parterna har överenskommit om servicenivåer enligt villkoren i Bilaga 5, vari också skall anges mätmetoder och uppgifter om vad som skall mätas m m. Part som noterat en inträffad påtaglig avvikelse eller att det är sannolikt att en påtaglig avvikelse kommer att inträffa från överenskommen kvalitet, skall så snart som möjligt informera den andra parten om detta och därefter snarast överlämna relevant beskrivning av avvikelsen. Leverantören skall därefter undersöka möjliga orsaker, ansvarighet för det inträffade samt förslag till åtgärder.
- 10.3 Om leverantören förorsakas merarbete eller merkostnader på grund av omständighet som kunden ansvarar för, skall kunden ersätta leverantören för sådant merarbete och sådana merkostnader enligt leverantörens vid tillfället gällande prislista.
- 11.1 Kunden bär risken för Kundens Utrustning, Kundens Programvara och data. Leverantören har ingen skyldighet att ha försäkring för Kundens Utrustning eller Kundens Programvara.
- Leverantören bär risken för Leverantörens Programvara och Leverantörens Utrustning.
- 15.1 Föreligger fel i Tjänsten som leverantören ansvarar för, skall leverantören med den skyndsamhet omständigheterna kräver avhjälpa felet om så är möjligt.
- Kunden har vidare, om han inte kunnat nyttja Tjänsten i väsentliga avseenden till följd av fel i Tjänsten som orsakats av leverantören , rätt att för perioden från anmälan av felet och under den tid bristen föreligger, erhålla en skälig nedsättning av avgiften som hänför sig till Tjänsten.

Har leverantören orsakat felet genom försummelse är leverantören skadeståndsansvarig med den begränsning som framgår av avtalet.

- 15.2 Har parterna träffat överenskommelse om garanterad servicenivå ansvarar vid avvikelser från denna leverantören enbart för vad som anges i villkoren i bilagan om garanterad servicenivå (Bilaga 5). Därutöver har kunden ingen rätt till skadestånd eller annan ersättning på grund av avvikelse från servicenivån, såvida inte uppsåt eller grov vårdslöshet föreligger.
- 15.3 Kunden må göra gällande påföljder enligt punkt 15 endast om kunden givit leverantören meddelande därom senast 90 dagar efter att kunden märkt, eller bortmärka grunden för kravet.
- 16.2 Skulle skadeståndsansvar uppstå skall, utom i fall som avses i punkt 13 och såvida inte uppsåt eller grov vårdslöshet föreligger, parts skadeståndsansvar per kalenderår vara begränsat till direkt skada till ett sammanlagt belopp om 15 % av årsavgiften för berörd Tjänst i fråga. Part ansvarar dock, såvida inte uppsåt eller grov vårdslöshet föreligger, inte i något fall för utebliven vinst eller annan indirekt skada eller förlust inklusive andra partens eventuella ersättningsskyldighet gentemot tredje man.

Leverantören ansvarar dock inte för förlust av information utom vad avser sådan förlust av information som orsakats av leverantörens försumlighet att utföra säkerhetskopiering enligt Specifikation för Tjänsten.

19.1 ...

Leverantören skall även i skälig omfattning assistera kunden vid överföring av driften från leverantören till annan av kunden anvisat företag för att bidra till att en sådan överföring kan ske med så liten störning som möjligt för kunden. Leverantören har rätt till skälig ersättning för sådant arbete enligt leverantörens gällande prislista.

Elektroniska tjänster

- 1.1 Med avtalad specifikation menas överenskommen omfattning av Tjänsten samt funktionella och andra krav enligt nedan:
- enligt särskild överenskommelse,
 - vid tidpunkten för avtalets träffande av Leverantören eller för dennes räkning utgivna eller i marknadsföringen använda beskrivningen över Tjänsten,
 - allmänt tillämpade normer för motsvarande tjänster.

Vid motstridigheter mellan a), b) och c) gäller de sinsemellan i angiven ordning.

2 Leverantören åtar sig att

- tillhandahålla Tjänsten enligt avtalad specifikation,
- säkerställa att endast information som har överförts enligt punkt 6.1 angivna behöriga avsändare införs i Tjänsten samt att inom rimlig tid införa sådan överförd information,

- inom rimlig tid överföra information som lämnats av Användare, när en sådan funktion avtalats, till Uppdragsgivarens behöriga mottagare eller av honom definierade mottagare av information eller på annat sätt göra information tillgänglig för Uppdragsgivaren i enlighet med avtalet,
 - utföra Tjänsten på ett fackmannamässigt sätt.
- 8.1 Leverantören är inte ansvarig för förlust eller förvanskning av den information som förmedlas elektroniskt genom Tjänsten, såvida inte Leverantören ansvarar för detta enligt punkt 13.5.
- 13.1 Leverantören ansvarar enligt bestämmelserna nedan i denna punkt 13 för fel i Tjänst som består i att den inte uppfyller avtalad specifikation. Leverantörens ansvar omfattar inte fel som är utan betydelse för Tjänstens avsedda användning och som inte skäligen kan anses innebära annat än ringa olägenhet för Uppdragsgivaren. Leverantörens ansvar omfattar inte fel som är orsakat av att Leverantören utnyttjat sin rätt enligt punkterna 3, 9.5 och 11.
- 13.2 Uppdragsgivaren skall anmäla fel i Tjänsten till Leverantören inom skälig tid efter det att felet upptäckts...
- 13.5 Har Uppdragsgivaren inte kunnat nyttja Tjänsten på avsett sätt till följd av fel i Tjänsten som Leverantören ansvarar för, har Uppdragsgivaren rätt att för perioden från anmälan och under den tid bristen föreligger, erhålla en nedsättning av avgiften som hänförs till Tjänsten och som svarar mot felets omfattning. Krav på nedsättning skall framföras senast två månader efter utgången av den period för vilken ersättning begärts.
- 13.6 Leverantörens skadeståndsansvar skall, såvida inte uppsåt eller grov vårdslöshet föreligger, vara begränsat till direkta förluster per avtalsår till ett sammanlagt belopp av 6 månaders avgifter för Tjänsten, dock högst ett belopp om 2 gånger det vid tiden skadans uppkomst gällande basbeloppet. Med basbelopp menas basbelopp enligt Lagen [1962:381] om allmän försäkring.
- 13.8 Uppdragsgivaren må göra gällande påföljd enligt ovan endast om Uppdragsgivaren givit Leverantören meddelande därom, senast 90 dagar efter det att Uppdragsgivaren märkt eller bort märka grunden för kravet.
- 14.2 Uppdragsgivarens skadeståndsansvar skall, såvida inte uppsåt eller grov vårdslöshet föreligger, vara begränsat till direkta förluster per avtalsår till ett sammanlagt belopp av 6 månaders avgifter för Tjänsten, dock högst ett belopp om 2 gånger det vid tiden skadans uppkomst gällande basbeloppet. Med basbelopp menas basbelopp enligt Lagen [1962:381] om allmän försäkring.

Litteratur och källor

Offentligt tryck

- SOU 1979:36 Konsumenttjänstlag
- Prop. 1984/85:110 Om konsumenttjänstlag
- Prop. 1988/89:76 Ny köplag
- Prop. 1990/91:63 Om handelsagentur.
- Bet. 1999/2000:LU19 Finansiell leasing

Övrig litteratur

- Adlercreutz, Axel, *Avtalsrätt II*, 4:e uppl., 1996; citeras Adlercreutz.
- Andersson, Jan och Wikman, Lotta, *Aktiebolagsrätten* ur Kunskapsföretaget i ett rättsligt perspektiv, Claes Sandgren (red.), 1995; citeras Andersson/ Wikman.
- Bengtsson, Bertil, *Särskilda avtalstyper I*, 2:a upplagan, 1976; citeras Bengtsson.
- Björklund, Gunnar, *Konsumententreprenader: konsumenttjänstlagens inverkan på byggsektorn*, 2:a upplagan, 1997; citeras Björklund.
- Bratt, Hans-Iwan, se Internet nedan.
- Bernitz, Ulf, *Standardavtalsrätt*, 6:e uppl., 1993, samt supplement, 1995; citeras Bernitz.
- Christner, Anders, *Kommentarer till IT-branschens standardavtal*, 1995; citeras Christner.
- Edmar, Malin med flera, *Internetpublicering – en juridisk vägledning*, 1999; citeras Edmar.
- Gorton, Lars, *Loyalty in Contractual Relations* ur International Trade Legislation in the Baltic Region, Utrikesdepartementet, Stockholm, 2000; citeras Gorton.
- Grobgeld, Lennart i Karnov 1999/2000, s. 599-608; citeras Grobgeld.
- Hed, Olle, se Standardavtal nedan.
- Hellner, Jan, *Köp och avtal: uppsatser 1980-92*, 1992; citeras Hellner, Köp och avtal.
- Hellner, Jan, *Speciell avtalsrätt II. Kontraktetsrätt, 1 häftet. Särskilda avtal*, tredje upplagan 1996; citeras Hellner 2:1.
- Hellner, Jan, *Speciell avtalsrätt II, Kontraktetsrätt, 2 häftet. Allmänna ämnen*, tredje upplagan, 1996; citeras Hellner 2:2.
- Hultmark, Christina, Upplysningsplikt vid ingående av avtal, 1993; citeras Hultmark.
- Håstad, Torgny, *Den nya köprätten*, 1998; citeras Håstad, Den nya köprätten.
- Håstad, Torgny, *Tjänster utan uppdrag*, 1973; citeras Håstad, Tjänster utan uppdrag.
- Kihlman, Jon, *Fel: särskilt vid köp av lös och fast egendom*, 1999; citeras Kihlman.
- Kleineman, Jan, *Rådgivarens informationsansvar – en probleminventering*, SvJT 1998, s. 185; citeras Kleineman.
- Lehrberg, Bert, *Avtalstolkning*, 1998; citeras Lehrberg, Avtalstolkning.
- Lehrberg, Bert, *Praktisk juridisk metod*; citeras Lehrberg, Praktisk juridisk metod.
- Lindberg, Agne, Westman, Daniel, *Praktisk IT-rätt*, andra upplagan, 1999; citeras Lindberg/ Westman.

Lundmark, Torsten, *Om friskrivningsklausuler i särskilt datakonsultavtal och liknande avtal* ur Kunskapsföretaget i ett rättsligt perspektiv, Claes Sandgren (red.) 1995; citeras Lundmark.

Post, Cleas-Robert von, *Studier kring 36 § avtalslagen: med inriktning på rent kommersiella förhållanden*, 1999; citeras Von Post.

Ramberg, Jan, *Allmän köprätt*, kompendieutgåva, 1999; citeras Ramberg, Allmän köprätt.

Ramberg, Jan, *Köplagen*, 1995; citeras Ramberg, Köplagen.

Ramberg, Jan, Hultmark, Christina, *Allmän avtalsrätt*, 5:e upplagan, 1999; citeras Ramberg/Hultmark.

Rodhe, Knut, *Obligationsrätt*, 1956; citeras Rodhe.

Sandgren, Claes (red) *Kunskapssamhället och rättssystemet* ur Kunskapsföretaget i ett rättsligt perspektiv, 1995; citeras Sandgren.

Sundberg, Hans, *Datakonsulters skadeståndsansvar* ur Kunskapsföretaget i ett rättsligt perspektiv, Claes Sandgren (red.) 1995; citeras Sundberg.

Tiberg, Hugo, Dotevall, Rolf, *Mellanmansrätt*, 9:e upplagan, 1997; citeras Tiberg/Dotevall.

Standardavtal

Hamilton & CO Advokatbyrå i samarbete med IT-affärer; citeras HamIT 99.

IT-Företagen: Elektroniska tjänster (1998); citeras Elektroniska tjänster.

IT-Företagen: IT-Drift (1999); citeras IT-Drift.

IT-Företagen: Projekt (2000); citeras IT-Projekt.

IT-Företagen: Internetprojekt (2000); citeras Internetprojekt

Producenter av interaktiva medier: PROMISE 98 Allmänna villkor; citeras PROMISE 98.

HamIT 99 finns att hämta på <http://www.idg.se/itaffarer/webbavtal.html> (00-01-07 15:51).
IT-Företagens och PROMISE:s avtal beställs från respektive branschorganisation.

Rättsfall

NJA 1952 s. 352
NJÄ 1970 s. 478
NJÄ 1973 s. 493
NJÄ 1975 s. 545
NJÄ 1979 s. 483
NJÄ 1992 s. 16
NJÄ 1992 s. 58
NJÄ 1992 s. 130
NJÄ 1992 s. 243

NJA 1992 s. 502
NJÄ 1993 s. 436
NJÄ 1994 s. 532
NJÄ 1997 s. 44
NJÄ 1998 s. 390
NJÄ 1999 s. 52
HD:s dom T 1883-98, meddelad den 11 januari 2000

Internet

24info (pressmeddelanden inom IT) http://www.24info.com/show_article.dows?art_id=585
(00-02-04 15:32)

Cap Gemini <http://www.capgemini.se/corporate/aktiviteter.html> (99-11-24 13:56)

Enator http://www.enator.se/tjanster/tjanster_frameset.htm (99-11-23 10:42)

IT-Facts, Webb-bok skriven av Bratt, Hans-Iwan (lösenord krävs)

<http://www.itfacts.se/sida3.asp?nr=96> (00-01-24 13:31); citeras Bratt, s. 96.

<http://www.itfacts.se/sida3.asp?nr=178> (99-11-25 13:58); citeras Bratt, s. 178.

<http://www.itfacts.se/sida3.asp?nr=183> (99-11-24 16:07); citeras Bratt, s. 183.

<http://www.itfacts.se/sida3.asp?nr=201> (99-11-25 14:03); citeras Bratt, s. 201.

<http://www.itfacts.se/sida3.asp?nr=202> (99-11-25 14:02); citeras Bratt, s. 202.

<http://www.itfacts.se/sida3.asp?nr=204> (99-12-08 13:52); citeras Bratt, s. 204.

<http://www.itfacts.se/sida3.asp?nr=218> (99-11-25 10:22); citeras Bratt, s. 218.

<http://www.itfacts.se/sida3.asp?nr=220> (00-01-24 13:18); citeras Bratt, s. 220.

<http://www.itfacts.se/sida3.asp?nr=222> (00-02-04 15:24); citeras Bratt, s. 222.

<http://www.itfacts.se/sida3.asp?nr=224> (00-02-04 15:19); citeras Bratt, s. 224.

Sito <http://www.sito.se> (1999-12-08 15:41)

WM-Data <http://www.wmdata.se/wmwebb/> (99-11-22 15.00)

Övriga källor

Computer Sweden 2000-08-23