



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Martina Blomberg

Räckvidden av ansvarsbegränsningar i kommersiella avtal

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Eva Lindell Frantz

Termin för examen: VT13

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRKORTNINGAR	3
1 INLEDNING	4
1.1 Bakgrund	4
1.2 Syfte och frågeställningar	4
1.3 Metod och material	5
1.3.1 Allmänt om ämnet	5
1.3.2 Metod och material	5
1.4 Avgränsingar	8
1.5 Disposition	10
1.6 Några centrala begrepp	10
2 ALLMÄNT OM FRISKRIVNINGSKLAUSULER	12
2.1 Inledning	12
2.2 Avtalsfrihet en begränsad huvudregel	12
2.3 En beskrivning av friskrivningsmekanismen	13
2.3.1 Bakgrund	13
2.3.2 Innebörden av friskrivning	13
2.3.3 Friskrivningens funktion	14
2.3.4 Olika typer av friskrivningar	14
2.4 Behovet av att kontrollera friskrivningsklausuler	15
2.4.1 Allmänna synpunkter	15
2.4.2 Utformning och placering	15
2.4.3 Bristande skälighet	15
2.4.4 Betydelsen av standardvillkor	16
2.5 Öppen och dold kontroll	16
2.6 Arbetets fortsatta framställning	16
3 DEN ÖPPNA KONTROLLEN I KPMG-DOMEN	17
3.1 Inledning	17
3.2 Om KPMG-domen	17

3.3	Skiljenämndens oskälighetsbedömning	17
3.3.1	Utgångspunkten är en rimlig riskavvägning och inte graden av culpa	17
3.3.1.1	Domskäl	17
3.3.1.2	Analys	18
3.3.1.3	Sammanfattning	23
3.3.2	Uppdragstagarens befogade intresse av skydd	24
3.3.2.1	Domskäl	24
3.3.2.2	Analys	24
3.3.2.3	Sammanfattning	29
3.3.3	Andra metoder för att begränsa risker	29
3.3.3.1	Domskäl	29
3.3.3.2	Analys	30
3.3.3.3	Sammanfattning	33
3.3.4	Rimliga krav på uppdragstagarens tecknande av ansvarsförsäkring	34
3.3.4.1	Domskäl	34
3.3.4.2	Analys	34
3.3.4.3	Sammanfattning	39
3.3.5	Uppdragsgivarens möjlighet att skydda sig genom exempelvis försäkring	40
3.3.5.1	Domskäl	40
3.3.5.2	Analys	40
3.3.5.3	Sammanfattning	41
3.3.6	Kontraktsbrottets karaktär	42
3.3.6.1	Domskäl	42
3.3.6.2	Analys	42
3.3.6.3	Sammanfattning	43
3.4	Omständigheternas betydelse för helhetsbedömningen	43
3.5	Partsställningens betydelse för tillämpningen av 36 § AvtL	44
3.6	Slutsatser om domens förenlighet med gällande rätt	45
4	EN BESKRIVNING AV MOLNTJÄNSTER	46
4.1	Inledning	46
4.2	Innebörden av molntjänst	46
4.2.1	Allmänt	46
4.2.2	Fördelar	46
4.2.3	Risker	47
4.3	Exempel på ansvarsbegränsningar i avtal om molntjänster	47
4.3.1	Cloud Computing version 2010	47
4.3.2	Microsoft Office 365	48
5	ANSVARSBEGRENSNINGAR I MOLNTJÄNSTAVTAL I LJUSET AV KPMG-DOMEN	49
5.1	Inledning	49
5.2	Oskälighetsbedömning av ansvarsbegränsningar i molntjänstavtal	49
5.2.1	Utgångspunkten är en rimlig riskavvägning och inte graden av culpa	49
5.2.2	Uppdragstagares befogade intresse av skydd	50
5.2.3	Andra metoder för att begränsa risker	52
5.2.4	Rimliga krav på uppdragstagarens tecknande av försäkring	55
5.2.5	Uppdragsgivarens möjlighet att skydda sig genom exempelvis försäkring	57

5.2.6 Kontraktsbrottets karaktär	58
5.3 Sammanfattning av KPMG-domens tillämplighet i molntjänstavtal	59
6 SAMMANFATTANDE SLUTSATSER	60
6.1 KPMG-domen	60
6.2 Avtal om molntjänster	61
6.3 KPMG-domens betydelse för rättstillämpningen	62
BILAGA A	63
KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	64
RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	69

Summary

To what extent is it reasonable to exclude one's liability in a contractual relationship? This is a key issue addressed in this paper. The answer depends on a desire to maintain a balance between the principles of *pacta sunt servanda* and *freedom of contract* on one hand, and the need to counteract the unfairness of contractual relations on the other.

A ruling that has created new breeding ground for the discussion regarding the scope of limitation of liability in commercial contracts is an arbitral award that was announced in December 2010 between the companies KPMG and Profilgruppen. The arbitral tribunal found the agreed limitation of liability clause unreasonable under the § 36 of the Swedish Contracts Act. In its decision the tribunal departed from the traditional method of deciding the upholding of a limitation of liability clause, where the determination is based on the degree of negligence, and instead made an overall assessment balancing the contractual risks. In this assessment the contractor's legitimate need of protection was weighed against whether a reduction of risks could have been achieved by other means, the insurance situation on both sides and the nature of the breach of contract.

The award between KPMG and Profilgruppen has created new conditions in order to determine the scope of limitation of liability in commercial contracts. Furthermore it clarifies how the § 36 of the Swedish Contracts Act can be applied to a contract between commercial parties. The ruling thus provides guidance on the question of the extent to which it is reasonable to exclude one's liability in a contractual relationship.

The issue discussed is relevant to any type of commercial contract. A service whose usage is spreading amongst businesses is *cloud computing*, a form of IT-services delivered to businesses through a network. The fact that *cloud contracts* often contain extensive limitation of liability clauses entails the need of examining the reasonable scope of limiting one's liability in this type of contractual agreement. Based on the principles set out in the ruling between KPMG and Profilgruppen this has been another central key issue discussed in this paper.

The method and principles set out by the arbitral tribunal of the KPMG-award appears to be, in my opinion, an appropriate solution to determine the reasonableness of a limitation of liability clause in contracts regarding cloud services. This view is based on the idea that an examination of the balancing of risks of the contract should lead to more reasonable results for both parties than if the decision of upholding such a clause is based on the degree of negligence. In the overall assessment of the allocation of risks between the parties one must take into account that the cloud service provider has a legitimate interest in limiting the responsibility for extensive damages. This must be weighed against the fact that the customer's ability to anticipate the risks allocated to him, as a result of a limitation of liability clause, are often limited. Consequently, if the cloud provider has failed in clarifying the requirements and limitations of the mission stipulated in the contract this should affect the unfairness of a limitation of liability clause since this has an immediate impact on the client's possibilities to take preventive measures.

Sammanfattning

I vilken utsträckning är det rimligt att friskriva sig från ansvar i ett kontraktsförhållande? Detta är en central fråga som behandlas i denna uppsats. Svaret på frågan är beroende av en strävan att upprätthålla en balans mellan å ena sidan principerna om *pacta sunt servanda* och *avtalsfrihet*, och behovet av att motverka oskälighet i avtalsförhållanden å andra sidan.

Ett avgörande som skapat ny grogrund för diskussionen kring frågan om räckvidden av ansvarsbegränsningar i kommersiella avtal är en skiljedom som meddelades i december 2010 mellan företagen KPMG och Profilgruppen ("KPMG-domen"). Avgörandet resulterade i att den avtalade ansvarsbegränsningen jämkades med stöd av 36 § AvtL, då den enligt skiljenämnden bedömdes som oskälig. Skiljenämnden frångick den traditionella metoden, där man utgår från graden av vårdslöshet för att avgöra en ansvarsbegränsnings upprätthållande, för att istället göra en riskavvägning utifrån en helhetsbedömning. I sin oskälighetsbedömning vägde skiljenämnden uppdragstagarens befogade intresse av skydd mot huruvida en begränsning av risker hade kunnat åstadkommas på annat sätt, försäkringsförhållandena på bägge parternas sidor samt kontraktsbrottets karaktär.

Skiljedomen mellan KPMG och Profilgruppen har, enligt vad jag funnit, dels skapat nya förutsättningar för att avgöra var gränsen bör gå för hur långt parter i ett kommersiellt avtal tillåts begränsa sitt ansvar, dels tydliggör den hur 36 § AvtL kan tillämpas på ett avtal mellan kommersiella aktörer. Domen ger således vägledning i frågan om i vilken utsträckning det är rimligt att friskriva sig från ansvar i ett kontraktsförhållande.

Frågan om räckvidden av ansvarsbegränsningar är relevant i alla kommersiella avtal. En tjänst vars utbredning ökar är *molntjänster*, vilket är en form av IT-tjänst som tillhandahålls av en molnleverantör till företag via internet. De ofta långtgående friskrivningarna från ansvar i avtal om molntjänster medför att det finns ett behov av att undersöka rimligheten av ansvarsbegränsningar i denna typ av avtal. Räckvidden av ansvarsbegränsningar i avtal om molntjänster har, med utgångspunkt i KPMG-domen, varit ytterligare en central diskussion i denna uppsats.

Mina slutsatser, i fråga om KPMG-domens tillämplighet i avtal om molntjänster, är att den riskavvägningssmetod som skiljenämnden tillämpade framstår som en lämplig lösning för att avgöra rimligheten av en ansvarsbegränsning i avtal om molntjänster. En riskavvägning borde nämligen leda till rimligare resultat för bägge parter än om graden av vårdslöshet får avgöra en ansvarsbegränsnings upprätthållande. I denna helhetsbedömning gäller, som utgångspunkt, att molnleverantören har ett befogat intresse av att begränsa sitt ansvar för omfattande skadeståndsanspråk. Detta måste dock vägas mot den omständigheten att kundens möjligheter att förutse de risker som en ansvarsbegränsning övervältrar på denne ofta begränsas. Således bör en oskälighetsbedömning framförallt påverkas av huruvida molnleverantören hade kunnat tydliggöra avtalets förutsättningar och begränsningar för att på så vis möjliggöra för kunden att vidta förebyggande skyddsåtgärder.

Förkortningar

AvtL	Lag om avtal m.m.
CMR	Convention on the Contract for the international Carriage of Goods by Road (Genève, 19 maj 1956)
CISG	United Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980)
DCFR	Draft Common Frame of Reference
EU	Europeiska Unionen
FAL	Försäkringsavtalslagen (2005:104)
HD	Högsta Domstolen
IaaS	Infrastructure as a Service
IDG	International Data Group
IT	Informationsteknik
JT	Juridisk Tidskrift utg. vid Stockholms universitet
KöpL	Köplag (1990:931)
MFL	Marknadsföringslag (2008:486)
MSB	Myndigheten för samhällsskydd och beredskap
NE	Nationalencyklopedin
NJA	Nytt Juridiskt arkiv avdelning I
PaaS	Platform as a Service
PAL	Produktansvarslag (1992:18)
Prop	Proposition
SaaS	Software as a Service
SKL	Skadeståndslag (1972:207)
SLA	Service Level Agreement
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk Juristtidning
VTL	Lag (1974:610) om inrikes vägtransport

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Den 22 december 2010 meddelades en skiljedom mellan företagen Profilgruppen och KPMG, ("KPMG-domen"). I domen behandlades bland annat frågan om huruvida en ansvarsbegränsning kunde bedömas som oskälig och därför borde jämkas med stöd av 36 § AvtL. Efter att domen klandrats har den blivit offentlig.

KPMG-domen har fått stor uppmärksamhet i juridiska kretsar av flera anledningar. En av dessa är att det råder brist på aktuella avgöranden gällande frågor i kommersiella avtalsförhållanden eftersom tvister oftast avgörs genom skiljeförfarande eller genom förlikning. En annan anledning är att skiljenämnden justerar den avtalade riskfördelningen mellan parterna och gör därmed ett avsteg från principerna om avtalsfrihet och pacta sunt servanda. Vidare gör skiljenämnden en oskälighetsbedömning baserad på en riskavvägning utifrån en helhetsbedömning istället för att tillämpa den traditionella metoden där grov vårdslöshet eller uppsåt ovillkorligen leder till genombrott av en ansvarsbegränsning. Domen ger också vägledning för tillämpningen av 36 § AvtL i kommersiella avtalsförhållanden gällande bedömningen av en avtalsklausulstyp där praxis ger föga vägledning. En bidragande faktor till att domen har fått stor betydelse är skiljemännens status; Stefan Lindskog är avdelningsordförande i Högsta Domstolen, Axel Calissendorf och Eric M. Runesson är båda högt ansedda jurister på avtals- och kontraktsrättens område.

KPMG-domen kommer att ligga till grund för denna uppsats. För att ge analysen av domen ett praktiskt perspektiv kommer den oskälighetsbedömning som skiljenämnden gjorde att appliceras på ett annat avtalsområde än det som KPMG-domen avsåg. Förhoppningen är att detta perspektiv ska ge uppsatsen ett mervärde genom att domens eventuella betydelse för andra avtalstyper kommer att belysas. Den jämförande analysen är inriktad på avtal om molntjänster. Fenomenet molntjänster är en form av IT-tjänst som tillhandahålls över internet och kan liknas vid outsourcing (uppdrag på entreprenad), då den i praktiken går ut på att kunden förlägger hela, eller delar av, sin IT-verksamhet hos molnleverantören.¹ När det i fackpress och andra sammanhang skrivs om molntjänster lyfts ofta avtalen fram som en riskfaktor. Anledningen till detta är bland annat de ofta långtgående friskrivningarna som molnleverantörerna för in i sina standardavtal. Molntjänstavtal framstår därför som ett lämpligt och intressant val av avtalstyp när det kommer till att undersöka under vilka förutsättningar en ansvarsbegränsning i ett kommersiellt avtalsförhållande kan bedömas som oskälig.

1.2 Syfte och frågeställningar

Syftet med denna uppsats är att utreda i vad mån KPMG-domen kan anses skapa nya förutsättningar för att bedöma oskäligheten av en ansvarsbegränsning i kommersiella avtal.

¹ Hellström, R, s. 40.

Den övergripande frågeställningen som kommer att vara vägledande för arbetet är i vad mån de faktorer som går att utläsa ur KPMG-domen kan ligga till grund för en oskälighetsbedömning av ansvarsbegränsningar i andra avtalstyper och då med särskilt fokus på avtal om molntjänster.

Uppsatsen avser att besvara följande frågor,

- Vilka omständigheter låg till grund för skiljenämndens bedömning av ansvarsbegränsningens oskälighet i avtalet mellan KPMG och Profilgruppen?
- Hur förhåller sig dessa bedömningsgrunder till gällande rätt?
- I vad mån är det möjligt att applicera dessa bedömningsgrunder på andra avtalstyper, med fokus på avtal om molntjänster?

Översiktligt kommer även frågor om friskrivningsklausulens funktion, behovet av att kontrollera dem och vilka metoder för kontroll som finns att tillgå att behandlas.

1.3 Metod och material

1.3.1 Allmänt om ämnet

Denna uppsats tar sikte på den kommersiella avtalsrätten. Den grundläggande rättskällan på detta område är avtalet mellan parterna. Lagstiftningen på området är av generell karaktär, med undantag för vissa avtalstyper där speciallagstiftning gör sig gällande. Lagregler ger därför begränsad vägledning när det gäller att besvara de frågeställningar som berörs i denna uppsats. Även förarbeten ger föga vägledning. Av denna anledning är rättspraxis och därtill kommenterad doktrin viktiga rättskällor när det kommer till att bedöma innehållet i den gällande rätt som utreds här. Med hänsyn till att tvister i kommersiella avtal ofta avgörs genom skiljedom råder det dock viss brist på avgöranden i domstol, särskilt vad gäller avgöranden från HD och särskilt vad gäller bedömningen av en ansvarsbegränsnings oskälighet.² Således är det motiverat att även beakta skiljedomsavgöranden i den mån dessa finns att tillgå. Problemet med skiljedomar är emellertid att de är just skiljedomar. De har i sig ett begränsat prejudikatvärde. För det fall att man vill stödja sig på innehållet i en skiljedom med argumentet att denna utgör ett uttryck för gällande rätt, och att den därmed kan ligga till grund för rättstillämpningen, fordras att denna analyseras i förhållande till de rättskällor som finns att tillgå.

1.3.2 Metod och material

I analysen av hur KPMG-domen förhåller sig till gällande rätt har jag i huvudsak använt mig av rättspraxis, doktrin och förarbetena till 36 § AvtL. I viss mån har även lagtext och förarbeten på angränsande rättsområden, såsom skadestånds- och försäkringsrätten, beaktats.

² Lundmark, T, (1995), s. 346, Lehrberg, B, s. 52.

I svensk rätt har förarbeten större betydelse än i exempelvis EU-rätt. Att säga att förarbetena är bindande är dock att gå för långt, det kan finnas skäl som talar såväl för som emot att följa innehållet i förarbeten.³ 36 § AvtL är en lagbestämmelse vars innehåll lagstiftaren har överlämnat till domstolen att utforma. Förarbetena ger viss vägledning i detta avseende men är, i likhet med 36 § AvtL i sig, vagt utformade och öppnar därmed upp för olika tolkningar. Då jag dragit slutsatser om innehållet i gällande rätt utifrån nämnda förarbeten har jag tillämpat en extensiv tolkning av dessa. I de fall jag använt mig av lagtext och förarbeten inom andra rättsområden har jag kommenterat eventuella svagheter med en sådan metod direkt i texten.

Vad gäller ansvarsbegränsningars oskälighet i kommersiella avtal är detta, utifrån vad jag funnit, något som endast i begränsad utsträckning har behandlats i rättspraxis. Framför allt råder det brist på senare avgöranden från HD, något som bör beaktas i förhållande till de rättsfall som omfattas av denna undersökning.

Urvalet av rättsfall bygger på hur praxis har kommenterats i doktrinen och på vilka fall som där ansetts utgöra ledande prejudikat på området. Med hänsyn till att rättsfallen fortfarande omnämns i doktrinen, och att det saknas modernare avgöranden att luta sig mot i arbetet med att uttolka gällande rätt, får fallen som ligger till grund för denna uppsats anses ha prejudikatvärde. Även om rättsfallen har en stark ställning som rättskälla på den kommersiella avtalsrättens område kvarstår den omständigheten att prejudikatbundenheten är relativ och inte absolut. Då det inte råder någon formell bundenhet i förhållande till prejudikat i svensk rätt kan avgöranden frångås.⁴ Vid avgörandet av KPMG-domens förenlighet med rättspraxis, såsom uttryck för gällande rätt, bör det därför beaktas att de principer som härletts ur rättsfallen inte är bestående på samma sätt som bestämmelser i lag. Svagheten i att dra generella slutsatser om innehållet i gällande rätt utifrån rättspraxis är också att ett rättsfall många gånger är resultatet av de speciella omständigheterna i det enskilda fallet.⁵ När jag dragit slutsatser utifrån olika rättsfall har jag därför kommenterat eventuella brister som jag ser i fråga om fallets prejudikatvärde för den här uppsatsens frågeställningar.

Med hänsyn till det begränsade utbudet av traditionella rättskällor avseende oskälighetsbedömningar av ansvarsbegränsningar i kommersiella avtal har doktrinen fått en särskilt framträdande plats i denna uppsats. Då doktrinen inte är en rättskälla *per se* saknar den auktoritativ betydelse. Ett enskilt verk eller en enskild författare kan dock uppnå sådan status att verket eller författarens åsikter får stor betydelse för rättstillämpningen, antingen såsom uttolkare av gällande rätt (*de lege lata*), eller genom att ge rekommendationer på vad rätten bör vara (*de lege ferenda*). Huruvida en juridisk bok uppnår status såsom rättskälla av hög dignitet är beroende av bokens ålder, bredd och tillförlitlighet.⁶ Flertalet av de författare, till vilka uppsatsen hänvisar, så som Jan Hellner, Jan Kleineman, Jan Ramberg, Bertil Bengtsson för att nämna några, har varit med och utarbetat både nationell och internationell rätt på området. De har alla även varit verksamma under lång tid. Deras åsikter får därmed anses utgöra, om än inte gällande, så åtminstone tillförlitliga tolkningar av gällande rätt, samt väl underbyggda rekommendationer på vad rätten bör vara. Jag har dock försökt anlägga ett kritiskt

³ Lehrberg, B, s. 129ff.

⁴ Lehrberg, B, s. 142.

⁵ Lehrberg, B, s. 144.

⁶ Lehrberg, B, s. 168ff.

perspektiv i denna framställning. I den mån en författares åsikter, eller mina slutsatser utifrån dessa, kan anses bristfälliga i något avseende kommenteras detta löpande i uppsatsen.

Flertalet av de böcker jag använt mig av i denna uppsats kan sägas utgöra standardverk på avtalsrättens område rent generellt. För att ge min analys ett djupare perspektiv har litteraturen kompletterats med artiklar från juridiska tidskrifter vilka i större utsträckning behandlar denna uppsats frågeställningar. Flertalet av artiklarna är ålderstigna varför de skulle kunna anses inaktuella. Den omständigheten att det hänvisas till flertalet av dessa artiklar i mer aktuella artiklar och modernare litteratur gör dem, enligt min uppfattning, ändå användbara i besvarandet av denna uppsats frågeställningar.

Utgångspunkten för urvalet av relevanta källor bland doktrinen har varit två artiklar, författade av Christina Ramberg och Christina Blomkvist, där KPMG-domen kommenterats mot bakgrund av respektive författares syn på gällande rätt. Författarna har främst hänvisat till andra författare vilket lett mig vidare i mitt sökande efter källor. Databaserna Zeteo och Karnov har också använts, relevanta sökord har varit, ”ansvarsbegränsning”, ”tjänsteavtal”, ”outsourcing”, ”friskrivning”, ”beloppsbegränsning”, ”IT-tjänster” och ”molntjänst”. Min grundläggande förståelse för fenomenet friskrivningar bygger till stor del på Thorsten Lundmarks avhandling, ”Friskrivningsklausuler giltighet och räckvidd”. Denna är visserligen från 1996, men då det hänvisas till denna i modernare böcker och artiklar antas den vara aktuell även för denna uppsats.

Internationell rätt, såsom UNIDROIT, PECL samt DCFR, har beaktats i begränsad omfattning och då endast som stöd för tolkning av svensk rätt.

När jag i uppsatsen hänvisar till KPMG-domen gör jag detta genom att hänvisa till den hovrättsdom⁷ varigenom KPMG-domen blev klandrad och där skiljedomen är bifogad som bilaga.

Avsaknaden av traditionella rättskällor vad gäller avtal om molntjänster har gjort att materialet i denna del av uppsatsen är något begränsat. Detta är i sig en brist. Som jag beskriver i uppsatsen är molntjänster en form av IT-tjänst, och då särskilt outsourcingtjänster. Av denna anledning har jag i viss mån använt mig av rättskällor där frågor om traditionella IT-tjänster diskuteras och analyseras och utifrån dessa dragit paralleller till avtal om molntjänster. Till grund för min förståelse för fenomenet molntjänst och för avtalstypen molntjänstavtal ligger i första hand kommentaren till IT&Telekomföretagens standardavtal ”Cloud Computing” version 2010 författad av Anders Christner och Tobias Edvardsson. För att få ett mer kritiskt perspektiv på tjänsten och särskilt på molntjänstavtalens utformning har jag använt mig av fackpress, såsom IDG, rapporter från Dataföreningen samt Myndigheten för Samhällsskydd och Beredskap.

En svaghet i min metod är att de skillnader och likheter som föreligger mellan rådgivningsavtal, dvs. den avtalstyp som behandlas i KPMG-domen, och avtal om

⁷ HovR T 1085-11.

molntjänster, på grund av utrymmesskäl, inte har utretts i tillräcklig mån. Frågan berörs dock i viss mån löpande i framställningen. En annan svaghet i detta sammanhang skulle kunna sägas vara valet av att tillämpa KPMG-domen på avtal om molntjänster i sig. Denna svaghet vägs, enligt min mening, upp av att frågan om ansvarsbegränsningars räckvidd är särskilt aktuell i avtal om molntjänster med hänsyn till de långtgående ansvarsbegränsningar som denna typ av avtal ofta innehåller.

I den del av uppsatsen där själva fenomenet molntjänst beskrivs, ges en exemplifiering av hur ansvarsbegränsningar i molntjänstavtal kan vara utformade. De avtal som valts ut antas ha en tillräckligt utbredd användning och är, utifrån min egen efterforskning, representativa vad gäller utformningen av vanligt förekommande ansvarsbegränsningar i avtal om molntjänster. En brist i att tillämpa KPMG-domen på dessa ansvarsbegränsningar är att de i sin utformning i viss mån skiljer sig åt i förhållande till den klausul som var föremål för bedömning i KPMG-domen.

Betydelsen av försäkringsmöjligheter är något som berördes i KPMG-domen. Genom förfrågningar hos försäkringsbolagen IF och Trygg Hansa har jag fått en bild av hur försäkringssituationen ser ut för en molnleverantör. Valet av försäkringsbolag bygger på en rekommendation från en av författarna av IT&Telekomföretagens standardavtal samt på ett antagande om respektive bolags storlek på marknaden. De förfrågningar jag har gjort hos respektive försäkringsbolag är inte tillräckliga för att dra några slutsatser om vilka försäkringsmöjligheter en molnleverantör har generellt sett eller hur dessa bör påverka riskfördelningen i avtalen. Förfrågningarna syftade enbart till att ge en bild av försäkringsutbudet. Undersökningen kan därför ur empirisk synvinkel sägas ha vissa brister i detta avseende.

1.4 Avgränsingar

Uppsatsen avser inte att utreda vilka faktorer som kan ligga till grund för en oskälighetsbedömning av ansvarsbegränsningar i kommersiella avtal rent generellt. Denna avgränsning motiveras dels av det faktum att frågan om en oskälighetsbedömnings innehåll varierar beroende på vilken avtalstyp och situation det rör sig om, dels för att en sådan utredning av utrymmesskäl troligtvis inte skulle leda till några resultat av större substans. Avsikten är således att utreda i vad mån den oskälighetsbedömning som gjordes i KPMG-domen kan tillämpas på motsvarande vis vid bedömningen av andra avtalstyper och då specifikt avseende avtalstypen molntjänster. Den omständigheten att även andra aspekter än de som prövades i domen kan få betydelse vid en oskälighetsbedömning av en ansvarsbegränsning bortses därför ifrån i denna uppsats. Generella principer avseende oskälighetsbedömningen i kommersiella avtal kommer endast att beröras översiktligt.

Andra juridiska frågeställningar som avtalstypen molntjänster ger upphov till, såsom ansvar för personuppgiftshantering i molnet och frågor om intrång, kommer inte att behandlas i denna uppsats. Intrångsfrågor i avtal om molntjänster regleras separat från andra frågor om kontraktsbrott och med ett där sammankopplat obegränsat skadeståndsansvar.⁸ Frågor om ansvarsbegränsningars oskälighet torde därför inte aktualiseras i dessa situationer.

⁸ Jfr. Christner, A, Edvardsson, T, s. 103.

Undersökningen kommer endast fokusera på ”molnleverantörens” (naturagäldenären) friskrivning från ansvar, dels för att det var uppdragstagarens ansvar som aktualiserades i KPMG-domen, dels för att det är denna form av ansvar som oftast torde aktualiseras. Denna uppfattning bygger på att en uppdragsgivares ansvar i de flesta fall endast omfattar betalning varför frågeställningarna avseende eventuella ansvarsfriskrivningars skälighet inte framstår som lika relevanta och intressanta i detta avseende. Vidare kommer undersökningen endast behandla ansvarsbegränsningar, det vill säga klausuler där en parts skadeståndsansvar är begränsat till ett visst belopp på ett eller annat sätt, en procentsats eller en andel. Avgränsningen motiveras av att det var denna typ av klausul som skiljenämnden hade att bedöma i KPMG-domen. Således utesluts andra påföljdsfriskrivningar och force majeure-klausuler samt andra former av friskrivningar.

Uppsatsen kommer inte att behandla frågor om inkorporering av villkor i det enskilda avtalet eller metoder för tolkning av avtal. Utgångspunkten för undersökningen är således att det inte råder några tveksamheter kring bevisfrågor och att tvisten enbart gäller huruvida ansvarsbegränsningen är oskäligen eller ej. Dock kommer jag att något översiktligt redogöra för andra kontrollmetoder än jämkning eller åsidosättande enligt 36 § AvtL.

Uppsatsen tar sikte på de faktorer som skiljenämnden i KPMG-domen tog fasta på när den bedömde huruvida den avtalade ansvarsbegränsningen borde upprätthållas eller ej. Frågor om vad som borde blivit rättsföljden av skiljenämndens oskälighetsbedömning kommer inte att beröras, detta för att frågan är alltför beroende av vad parterna i målet yrkade och att det i dagsläget inte finns något givet svar på vad som bör vara rättsföljden av en jämkning. Av denna anledning kommer jag varken att utreda eller diskutera huruvida det resultat som domen ledde fram till var rimligt.

Frågor som berör skiljemannarätt samt frågor av processrättsligkaraktär kommer inte att behandlas i denna framställning. I den mån sådana aspekter har betydelse för besvarandet av uppsatsens frågeställningar kommenterar jag detta.

Uppsatsen kommer endast att behandla svensk rätt. Viss jämförelse med internationell rätt kommer dock att göras. Visserligen har internationell rätt fått större betydelse för den svenska avtalsrätten i och med Sveriges tillträde till CISG del II (avtalsdelen) och genom förslaget till en gemensam civilrättslig kodifikation inom EU (DCFR). Även Kommissionens förslag till en gemensam europeisk köplag bör bidra till denna utveckling. Avgränsningen motiveras dock av att inte heller internationell rätt ger något tydligt svar på frågan hur en ansvarsbegränsnings oskälighet bör bedömas i kommersiella avtal. Ytterligare en anledning till denna avgränsning är att det råder viss oklarhet om i vilken utsträckning internationell rätt bör beaktas när svensk rätt ska tolkas och tillämpas.

I den del av uppsatsen som behandlar tillämpligheten av KPMG-domen på molntjänstavtal kommer jag enbart att behandla situationer där ett skadeståndsanspråk grundar sig i bristande tillgänglighet till tjänsten och förlust av data som lagrats i molnet. Denna avgränsning motiveras av att det oftast är denna typ av kontraktsbrott som kan föranleda stora förluster för en användare av en molntjänst.

1.5 Disposition

Denna uppsats är, utöver detta inledande kapitel, indelad i ytterligare fem kapitel. Det första av dessa fem kapitel, dvs. kapitel två, är av deskriptiv karaktär och behandlar friskrivningsmekanismen generellt. Kapitlet avser att ge en grundläggande förståelse för friskrivningens funktion och innebörd samt klargöra varför det finns ett behov av att kontrollera denna typ av klausuler.

Kapitel tre behandlar KPMG-domen. Efter en kort presentation av domen övergår jag till att analysera skiljenämndens oskälighetsbedömning. Kapitlet är uppdelat efter antalet bedömningsgrunder som skiljenämnden beaktade. Varje bedömningsgrund analyseras således var för sig. Att helt avskilja respektive analys från varandra låter sig dock inte göras och vissa korsreferenser kan förekomma. Varje delanalys avslutas med ett avsnitt där jag sammanfattar de slutsatser jag kommit fram till. Kapitlet avslutas med tre fristående avsnitt vari jag diskuterar de enskilda omständigheternas betydelse för helhetsbedömningen, det faktum att skiljenämnden inte nämner partsställningen samt kommenterar mina slutsatser avseende domens förenlighet med gällande rätt.

I kapitel fyra övergår uppsatsen till avtal om molntjänster. Kapitlet syftar till att ge en översiktlig och grundläggande förståelse för fenomenet molntjänster. I kapitlet ges även exempel på ansvarsbegränsningar från två olika molntjänstavtal. Dessa exempel avser enbart att ge en bild av hur ansvarsbegränsningar i denna typ av avtal kan vara utformade.

I kapitel fem sker en direkt tillämpning av KPMG-domen på avtal om molntjänster utifrån de slutsatser som jag kommit fram till i kapitel tre. I likhet med dispositionen i kapitel tre är kapitel fem indelat efter de omständigheter som skiljenämnden beaktade i sin oskälighetsbedömning. Även här sker vissa hänvisningar och referenser till föregående avsnitt.

Med hänsyn till att uppsatsen löpande analyserar, och tar ställning till, de frågeställningar som ligger till grund för arbetet kommer ingen avslutande analys att ges i uppsatsens sista kapitel. Det sjätte och sista kapitlet är enbart en sammanfattning av de slutsatser som uppsatsen tidigare resulterat i, både vad gäller KPMG-domen i sig och dess betydelse för oskälighetsbedömningen av ansvarsbegränsningar i avtal om molntjänster. Kapitlet avslutas med en kommentar om min uppfattning om domens betydelse för rättstillämpningen i fråga om att bedöma en ansvarsbegränsnings oskälighet i ett kommersiellt avtal.

1.6 Några centrala begrepp

När det i denna uppsats talas om *ansvarsbegränsningar* avses klausuler varigenom en avtalspart begränsar sitt skadeståndsansvar till att avse ett visst belopp, en viss procentsats eller en andel.

Innebörden av begreppet *molntjänst* förklaras utförligt i uppsatsens fjärde kapitel. Med *molntjänst* avses i denna uppsats ett avtal varigenom en leverantör av en molntjänst tillhandahåller tjänsten i fråga till en kund. Begreppet *avtal om molntjänst* förkommer

också som benämning på detta. Leverantören av en molntjänst benämns i denna uppsats *molnleverantör*. Den som är mottagare av molntjänsten benämns *kund* eller *användare*. *Moln* är i sig en benämning på föreställningen om att man förlägger funktioner och information i en dataserver som bara existerar ”någonstans” i ”cyberrymden” (internet). I själva verket är ett *moln* lokaliserat till ett eller flera fysiska datacenter, dock utan att användaren av *molntjänsten* vet var det som förläggs i *molnet* befinner sig eller hur det hanteras.

I uppsatsen dras i vissa fall paralleller mellan molntjänster och *outsourcing* av IT-tjänster. Den svenska betydelsen av begreppet *outsourcing* är ”uppdrag på entreprenad” och innefattar, i likhet med molntjänster, många olika typer av tjänster. Med *outsourcing* avses i denna uppsats att ett företag, ”kunden”, ger ett annat företag, ”IT-leverantören”, i uppdrag att driva hela, eller delar av, kundens IT-verksamhet.

Begreppet *service level agreement (SLA)*, vilket förekommer i uppsatsen fjärde och femte kapitel i samband med att molntjänstavtal behandlas, utgör en benämning på en typ av avtal som anger till vilken *servicenivå* molnleverantören ska tillhandahålla molntjänsten. Avtalet bifogas ofta till huvudavtalet för tjänsten. *Servicenivån*, vilken regleras i en *SLA*, anger i vilken utsträckning molntjänsten ska vara tillgänglig för kunden samt i vilken utsträckning kunden ska ha tillgång till kundsupport.

Bristande tillgänglighet till molntjänsten förekommer som begrepp på en typ av kontraktsbrott på molnleverantörens sida och innebär att kunden av olika anledningar inte kan använda den tjänst som tillhandahålls av molnleverantören. *Förlust av data* är även det en form av kontraktsbrott på molnleverantörens sida och innebär att kunden förlorar information (dokument, filer, bilder och dylikt) som denne har lagrat i *molnet*.

2 Allmänt om friskrivningsklausuler

2.1 Inledning

I följande kapitel ges en beskrivning av friskrivningsmekanismen i kommersiella avtal. En översiktlig redogörelse görs för innebörden av friskrivningsklausuler, vad de fyller för funktioner och varför det finns ett behov av att kontrollera denna typ av klausuler samt vilka metoder för kontroll som finns att tillgå. Detta avsnitt avser endast att presentera vissa bakomliggande faktorer som krävs för förståelse av uppsatsens huvudsakliga frågeställning.

2.2 Avtalsfrihet en begränsad huvudregel

I svensk rätt gäller som huvudregel principen om avtalsfrihet. Denna frihet innefattar en rätt att ingå eller att inte ingå avtal, att välja vem man vill avtala med och slutligen vad som skall utgöra avtalets innehåll. Den som önskar ingå ett avtal är i princip fri att göra detta på de villkor som passar dennes behov och ändamål. Som utgångspunkt gäller således att parterna själva vet bäst och har förmåga att ta tillvara sina intressen.⁹ Principen gör sig särskilt gällande i kommersiella avtal där tvingande regler är av begränsad omfattning.¹⁰

Avtalsfriheten är dock inte utan begränsningar. I vissa situationer har lagstiftaren ansett att parterna av olika anledning inte kan eller bör kunna fritt disponera över avtalet. Detta kan avse situationer där lagstiftaren velat skydda en svagare part, såsom i avtal mellan konsumenter och näringsidkare, men också i situationer där avtalet får konsekvenser vilka ansetts icke önskvärda ur lagstiftarens perspektiv.¹¹ Framförallt sätter tvingande lagstiftning och generella regler så som 36 § AvtL en gräns för hur långt parterna får gå i avtalsfrihetens namn. Då kommersiella avtal inte omgärdas av tvingande lagstiftning i större mån¹² är det i huvudsak 36 § AvtL med dess vida tillämpningsområde som kontrollerar att avtalsfriheten inte utnyttjas på ett icke önskvärt sätt.¹³

I enlighet med principen om avtalsfrihet är det tillåtet för parter att avtala om begränsningar av skyldigheter och rättigheter genom friskrivningsklausuler.¹⁴

⁹ Ramberg, J & Ramberg, C, (2010), s. 29ff, 175f.

¹⁰ Lundmark, T, (1996), s. 79.

¹¹ Ramberg, J & Ramberg, C, (2010), s. 29ff, 175f.

¹² Undantag gäller för vissa avtalstyper, se bland annat Försäkringsavtalslag (2005:104), Lag (1978:599) om avbetalningsköp mellan näringsidkare m.fl., Sjölag (1994:1009), Lag (1974:610) om inrikes vägtransport, CMR-konventionen vilken gäller så som svensk lag, se Lag (1969:12) med anledning av Sveriges tillträde till konventionen den 19 maj 1956 om fraktavtalet vid internationell godsbefordran på väg.

¹³ Lundmark, T, (1996) s. 79, 111, 215.

¹⁴ Lundmark, T, (1996), s. 86.

2.3 En beskrivning av friskrivningsmekanismen

2.3.1 Bakgrund

Friskrivningsklausuler har sedan länge varit en del av både det svenska rättsystemet och andra nationella rättssystem. Trots friskrivningarnas långa historia och omfattande användning finns det varken i svensk eller i nordisk rätt någon lagreglering som behandlar friskrivningsklausuler rent generellt. Istället har friskrivningsklausulen i dess moderna form vuxit fram genom utformningen av olika standardavtal.¹⁵

2.3.2 Innebörden av friskrivning

Vad som kännetecknar en friskrivningsklausul är som ovan nämnts inte definierat i lag. Viss ledning kan dock fås i förarbetena till generalklausulen 36 § AvtL, speciallagstiftning¹⁶ samt i internationella artikelsamlingar.¹⁷

Enligt Generalklausulutredningen¹⁸ innefattar begreppet friskrivningsklausul flera olika typer av villkor. Utredningen presenterar friskrivningens innebörd genom att beskriva de olika klausultypernas utformning. Någon närmre diskussion om friskrivningens generella betydelse ges dock inte.¹⁹

I art. 7.1.6 UNIDROIT Principles sägs att med friskrivningsklausuler ("exemption clauses") avses "a clause which limits or excludes one party's liability for non-performance" samt "...or which permits one party to render performance substantially different from what the other party reasonably expected".²⁰

Ulf Bernitz beskriver friskrivningsklausuler som villkor "genom vilka den ena parten friskriver sig från eller begränsar ansvar eller förpliktelser som annars skulle ha åvilat honom enligt dispositiv rätt".²¹ Enligt Thorsten Lundmark används begreppet ofta slentrianmässigt utan att dess närmare innebörd förklaras men när så sker ligger förklaringen ofta i linje med den beskrivning Bernitz ger. Lundmark menar också att saken kan uttryckas som att "genom friskrivningen förändras förutsättningarna för att kontraktsbrott ska anses föreligga eller för att påföljder på grund av kontraktsbrott ska kunna göras gällande" och därmed bortfaller också, helt eller delvis, den friskrivne partens ansvar. Friskrivningen medför härigenom, oavsett slag, att motparten förlorar rätten att göra gällande påföljder för kontraktsbrott som denne annars haft rätt till enligt dispositiv rätt.²² Jan och Christina Ramberg formulerar innebörden av friskrivningar som att naturagälldenären vill begränsa sitt ansvar för det fall att prestationen inte stämmer överens med avtalet. Friskrivningen begränsar således motpartens rätt att kräva påföljder för kontraktsbrott.²³

¹⁵ Lundmark, T, (1996), s. 34, Bernitz, U, (2008), s. 21.

¹⁶ Se fotnot 12.

¹⁷ Lundmark, T, (1996), s. 34.

¹⁸ SOU 1974:83.

¹⁹ SOU 1974:83, s. 174f

²⁰ Jfr. art. 8:109 PECL, "Remedies for non-performance may be excluded or restricted...".

²¹ Bernitz, U, (2008), s. 21.

²² Lundmark, T, (1996), s. 34-35.

²³ Ramberg, J & Ramberg, C, (2010), s. 212.

2.3.3 Friskrivningens funktion

Anledningen till varför en part i ett avtal vill friskriva sig varierar. Det kan handla om en generell motvilja mot att bära ansvaret i visst hänseende eller till att överhuvudtaget vilja utsätta sig för risker. Anledningen kan också vara mer konkret. En part kan vilja begränsa risken för att drabbas av kostnader vars omfattning inte går att förutse vid avtalsslutet. Den part som är obenägen att påta sig risker beaktar då sannolikheten för riskens inträffande och kostnaderna som detta skulle medföra och väger detta mot kostnaden för att undvika risken. Dessa omständigheter påverkas i sin tur av vem parten är, dennes möjligheter till spridning av risken och vad risken går ut på.²⁴

Göran Skogh gör en åtskillnad mellan riskplacering vid vådaskador och riskplacering vid påverkbara risker. De senare avser risker vilka kan anses ligga inom en parts kontrollsfär. Vid påverkbara risker bör riskplaceringen enligt Skogh påverkas av vem av parterna som är ”bäst försäkringsgivare” och vem av parterna som har ”bäst förmåga att förhindra en skadas uppkomst”.²⁵ Med detta synsätt fyller friskrivningsklausuler funktionen av att utgöra ett medel för främjande av effektiviteten i transaktioner genom att den part som har störst möjlighet att förebygga en risk, att bära kostnaderna för dess inträffande eller generellt kan sägas ha bäst förutsättningar att bära risken, får svara för denna.²⁶ Enligt Lundmark fyller friskrivningsklausuler funktionen av ett avtalsinstrument vars användande leder till en omfördelning av riskerna i ett avtal i förhållande till vad som annars skulle gälla enligt dispositiv rätt.^{27, 28} Friskrivningsklausuler fyller även den funktionen att de skapar förutsebarhet genom att parterna redan vid avtalsingåendet vet vilka risker, och därmed vilka eventuella kostnader, som avtalet medför. Enligt Jan Ramberg är det just denna funktion som försvarar systemet med ansvarsbegränsningar.²⁹

2.3.4 Olika typer av friskrivningar

Det finns olika typer av friskrivningar samt olika sätt att kategorisera dessa. Thorsten Lundmark delar in friskrivningar i friskrivningar från olika former av vårdslöshet, friskrivning från kontrollansvar, friskrivning från kvalitet och friskrivning från påföljder.³⁰ Generalklausulutredningen delar in friskrivningar i villkor där säljare eller annan friskriver sig från ansvar för kvalitén på försåld prestation, eller villkor varigenom part friskriver sig från skadeståndsskyldighet, så kallad ansvarsfriskrivning, alternativt begränsar skadeståndets storlek, så kallad ansvarsbegränsning.³¹ Vissa författare, så som Lundmark och Jan och Christina Ramberg, hänför friskrivningar som begränsar avtalsparts skadeståndsansvar till påföljdsfriskrivningar.³² Huruvida denna eller någon annan indelning är mest lämplig har ingen betydelse för denna uppsats. Vad som däremot måste förtydligas är att uppsatsen i efterföljande kapitel tar sikte på

²⁴ Lundmark, T, (1996), s. 77-78.

²⁵ Skogh, G, s. 33-35.

²⁶ Lundmark, T, (1996), s. 77-78, Skogh, G, s. 35.

²⁷ Med dispositiv rätt, ur ett nordiskt perspektiv, avses inte enbart lagstiftning utan även rättspraxis, handelsbruk eller annan sedvänja samt, där det förekommer, partsbruk, se Lundmark, T, (1996), s. 40.

²⁸ Lundmark, T, (1996), s. 78.

²⁹ Bernitz, U, (2008) s. 22, Ramberg, J, (1999), s. 387.

³⁰ Lundmark, T, (1996), s. 131-211.

³¹ SOU 1974:83, s. 174f.

³² Lundmark, T, (1996), s. 195, Ramberg, J & Ramberg, C, (2010), s. 214f.

friskrivningsklausuler som på ett eller annat sätt begränsar parts skadeståndsansvar. Dessa friskrivningsklausuler kallas ofta för ansvarsbegränsningar.³³

2.4 Behovet av att kontrollera friskrivningsklausuler

2.4.1 Allmänna synpunkter

Det finns, som nämnts ovan,³⁴ ett behov av att försöka förhindra vissa negativa effekter av en oinskränkt avtalsfrihet. Användningen av friskrivningsklausuler som leder till klart oförmånliga avtal för ena parten skapar ett behov av kontroll av sådana klausuler.³⁵ Därmed är inte sagt att varje friskrivningsklausul som leder till ett förmånligare resultat för den ena parten bör föranleda ett ingripande i avtalsförhållandet.³⁶ Enligt Thorsten Lundmark och Ulf Bernitz måste en avvägning göras där principerna om rättvisa och skälighet ställs mot behovet av upprätthållandet av principen om avtalsfrihet och avtalets bindande verkan.³⁷ Enligt Lundmark kan frågan om en friskrivningsklausuls räckvidd också bedömas mot den riskfördelning i avtalet som klausulen innebär och om denna leder till en effektiv fördelning av resurser.^{38 39}

2.4.2 Utformning och placering

Ett skäl till varför det kan finnas ett behov av att kontrollera friskrivningsklausuler är att klausulen i fråga har en otydlig utformning. Detta gäller särskilt då avtalet tillhandahålls av den friskrivande parten. Det kan handla om att klausulen ges en undanskymd plats i avtalet eller att den har formulerats på ett missvisande sätt.⁴⁰

2.4.3 Bristande skälighet

En princip om total avtalsfrihet som tillåter ett okontrollerat användande av friskrivningsklausuler kan leda till oskäliga resultat i avtalsförhållandet. Särskilt stor är risken för detta i icke jämbördiga avtalsförhållanden. Lundmark menar att en rättsordning som tillåter avtal som leder till ett oskäligt gynnande av ena parten på motpartens bekostnad riskerar att urholka förtroendet för rättsordningen, något som kan leda till minskad effektivitet. I fallet med friskrivningsklausuler blir detta extra tydligt. Om den friskrivande parten tillåts övervältra alla risker med avtalet på motparten innebär det i realiteten att avtalet endast blir bindande åt ena hållet. En rättsordning som tillåter sådana klausuler med hänvisning till principer om avtalsfrihet och avtalets bindande verkan förlorar med största sannolikhet sin tilltro samt medför att principerna förlorar sin funktion såsom främjare av transaktionseffektivitet.⁴¹

³³ Lundmark, T, (1996), s. 209, SOU 1974:83, s. 174f.

³⁴ Se avsnitt 2.2.

³⁵ Lundmark, T, (1996), s. 46, 86-87, 96.

³⁶ Prop. 1975/76:81, s. 119, Adlercreutz, Gorton, I, s. 316.

³⁷ Lundmark, T, (1996), s. 46, 86-87, Bernitz, U, (2008), s. 140.

³⁸ Se beträffande diskussion om betydelsen av rättsekonomiska överväganden för friskrivningsklausulers räckvidd Lundmark, T, (1996), s. 44ff.

³⁹ Lundmark, T, (1996), s. 43-53, jfr. Ramberg, J, (1999), s. 387ff.

⁴⁰ Lundmark, T, (1996), s. 87-88.

⁴¹ Lundmark, T, (1996), s. 88-89.

2.4.4 Betydelsen av standardvillkor

Standardavtal och -villkor⁴² medför större eller mindre inskränkningar i avtalsfriheten genom att den individuella förhandlingsprocessen minimeras eller helt uteblir. Detta medför inte nämnvärda problem i den mån avtalet ifråga utgör ett *agreed document*⁴³ där båda parterens intressen har vägts in i avtalet. Om däremot ett standardavtal är upprättat av den ena parten medför det ofta ett ensidigt gynnande av denne. Parternas styrkeförhållanden är i detta sammanhang en viktig faktor.⁴⁴ Förekomsten av standardavtal var även ett av argumenten som vid införandet av 36 § AvtL anfördes för att tillåta en jämkning av otillbörliga avtalsvillkor i rent affärsmässiga relationer.⁴⁵

2.5 Öppen och dold kontroll

Det finns olika metoder för kontroll av friskrivningsklausuler.⁴⁶ I sin rättskipande verksamhet tillämpar domstolen framförallt en öppen eller dold kontroll.⁴⁷

Den öppna kontrollen innebär att domstolen jämkar eller åsidosätter ett avtalsvillkor på grund av dess oskälighet. Detta sker främst med stöd av generalklausuler som 36 § AvtL, men kan också ske med stöd av allmänna rättsprinciper.⁴⁸ Utgångspunkten för en bedömning enligt generalklausulen är att den tar ett helhetsgrepp på avtalet och avtalssituationen både vid avtalsskrivandet och efter.⁴⁹

Med dold kontroll avses metoder varigenom domstolen antingen tillämpar en restriktiv tolkning av friskrivningsklausuler eller bedömer dessa som icke införlivade i avtalet för att komma runt dem.⁵⁰ Genom användandet av dold kontroll behöver domstolen inte uttryckligen ta ställning till huruvida ett villkor har ett otillbörligt innehåll.⁵¹

2.6 Arbetets fortsatta framställning

Skiljenämnden i KPMG- domen tillämpade en öppen kontroll av den i avtalet mellan de tvistande parterna intagna ansvarsbegränsningen. Följande del av uppsatsen tar sikte på skiljenämndens valda tillvägagångssätt för kontroll av en friskrivningsklausul.

⁴² Se Bernitz, U, (2008), för vidare läsning om innebörden av standardavtal.

⁴³ Avtal som förhandlats fram mellan företrädare för bägge parter, se Bernitz, U, (2008) s. 18.

⁴⁴ Lundmark, T, (1996), s. 91-95, Bernitz, U, (1972), s. 404.

⁴⁵ SOU 1974:83, s. 110-111, Bernitz, U, (2008), s. 131.

⁴⁶ Metoderna är inte uteslutande tillämpliga för kontroll av friskrivningsklausuler, se Lundmark, T, (1996), s. 96f.

⁴⁷ Andra metoder är tvingande civilrättslig lagstiftning och marknadsrättsliga metoder, se Bernitz, U, (2008), s. 28ff för vidare läsning.

⁴⁸ Adlercreutz, A, Gorton, L, II, s. 107, 116.

⁴⁹ SOU 1974:83, s. 183.

⁵⁰ Adlercreutz, A, Gorton, L, II, s. 107.

⁵¹ Wilhelmsson, T, s. 39

3 Den öppna kontrollen i KPMG-domen

3.1 Inledning

I detta kapitel kommer skiljedomen mellan KPMG och Profilgruppen att studeras. Varje enskild omständighet som skiljenämnden beaktade i sin oskälighetsbedömning kommer att analyseras var för sig. I respektive analys kommer att undersökas vad det var som skiljenämnden fäste vikt vid, och varför, samt hur respektive bedömningsgrund förhåller sig till gällande rätt. Analyserna syftar vidare till att utreda dessa olika bedömningsgrunders tillämplighet för en liknande bedömning avseende andra avtalstyper.

3.2 Om KPMG-domen

I december 2010 avkunnades en skiljedom mellan KPMG AB ("uppdragstagaren") och Profilgruppen AB ("uppdragsgivaren"). Tvisten gällde resultatet av en finansiell due diligence som Profilgruppen hade uppdragit åt KPMG att utföra avseende ett målbolag i Tyskland. Efter att uppdraget var utfört och efter att Profilgruppen hade förvärvat målbolaget i Tyskland förlorade bolaget i Tyskland hela sitt värde på grund av ett borgensåtagande som man åtagit sig för ett utländskt dotterbolag. KPMG hade inte uppmärksammat borgensåtagandet i sin rapport. Profilgruppen förvärvade målbolaget för 1 700 000 euro och året därpå såldes det för 1 euro.⁵² Uppdragsavtalet, som hänvisade till KPMG:s allmänna bestämmelser, innehöll en ansvarsbegränsning som innebar att KPMG:s ansvar för samtliga skador var begränsat till ett belopp motsvarande det dubbla arvodet, vilket uppgick till drygt 400 000 kronor.⁵³ Skiljenämnden ansåg att ansvarsbegränsningen var oskäligt låg och jämkade den uppåt till 8 miljoner kronor (20 gånger arvodet). Sedan skiljedomen klandrats har den blivit offentlig^{54, 55}.

3.3 Skiljenämndens oskälighetsbedömning

3.3.1 Utgångspunkten är en rimlig riskavvägning och inte graden av culpa

3.3.1.1 Domskäl

Skiljenämnden konstaterade inledningsvis att den typ av ansvarsbegränsning som beloppsbegränsningen i fråga utgjorde kan brytas igenom. En av anledningarna till att genombrott bör kunna ske är att den avtalsbrytande parten orsakat skadan genom grov vårdslöshet. Dock menade skiljenämnden att det är oklart vilka ageranden som faller

⁵² Se skiljedomen, s. 2.

⁵³ Se skiljedomen, s. 2.

⁵⁴ HovR T 1085-11.

⁵⁵ Se skiljedomen, s. 41-43.

under begreppet grov vårdslöshet. Bidragande orsak till detta kan enligt skiljenämnden vara att begreppet förekommer i flertalet olika sammanhang och att dess innebörd beror på den typsituation det förekommer. För att avgöra frågan om en ansvarsbegränsnings åsidosättande bör enligt skiljenämnden en bedömning göras ”med utgångspunkt i, inte främst hur klandervärd skadegöraren är utan vad som med hänsyn till samtliga omständigheter framstår som en rimlig (eller, sett från andra hållet, orimlig) riskavvägning”.⁵⁶

3.3.1.2 Analys

I svensk rätt har sedan länge ansetts gälla en princip om att en friskrivning från grov vårdslöshet och uppsåt inte är möjlig. Förekomsten av grov vårdslöshet har således varit avgörande för en friskrivningsklausuls åsidosättande.⁵⁷ Det väsentliga vid tillämpningen av denna princip har varit att dra en gräns mellan vårdslöshet och grov vårdslöshet.⁵⁸ Denna gränsdragning anses i sig vara svår att göra varför principens lämplighet som kontrollinstrument kan ifrågasättas.⁵⁹ Vidare är frågan om principens giltighet och räckvidd omdiskuterad i doktrin vilket även det kan anses medföra viss osäkerhet om, och huruvida, den ska tillämpas i en viss avtalsituation.⁶⁰

Ulf Bernitz är en anhängare av principen om att man inte kan friskriva sig från grov vårdslöshet eller uppsåt. Han menar att det är ”en viktig, okodifierad rättsprincip i svensk civilrätt” att man inte kan friskriva sig från ansvar för skador som man orsakar genom grov vårdslöshet och att detta gäller generellt i både kommersiella avtal och konsumentavtal.⁶¹

Axel Adlercreutz ställer sig däremot tveksam till om förekomsten av grov vårdslöshet ovillkorligen leder till en friskrivningsklausuls ogiltighet. Dock menar Adlercreutz att 36 § AvtL råder visst bot på denna oklarhet genom att lagrummet möjliggör en bedömning av friskrivningens skälighet med beaktande av övriga omständigheter utöver graden av culpa.⁶²

Jan och Christina Ramberg ifrågasätter principen om att man inte kan friskriva sig från grov vårdslöshet. De menar att i de fall då parterna genom försäkringar överflyttat risken för skada och förlust på ena parten bör denna riskfördelning upprätthållas. Med andra ord menar de att i den mån en sådan princip gäller generellt bör den inte upprätthållas undantagslöst.⁶³ Jan Ramberg menar vidare att en riktning de lege ferenda bör gå mot att friskrivningars giltighet bör bedömas utifrån mer objektiva konstaterbara förhållanden och deras rättekonomiska betydelse. Enligt Ramberg bör en friskrivningsklausul upprätthållas utom för de fall där en part medvetet utsätter motparten för risker genom att begå ett grovt avtalsbrott. Ramberg motiverar detta med att ansvarsbegränsningar fyller en viktig funktion i fråga om att skapa förutsebarhet

⁵⁶ Se skiljedomen, s. 38.

⁵⁷ SOU 1974:83, s. 176, Lundmark, T, (1996), s. 133.

⁵⁸ Bernitz, U, (2008), s. 96.

⁵⁹ Ramberg, J & Ramberg, C, (2010), s. 215; Bernitz, U, (2008), s. 96, Hellner, J, m.fl, (2011), s. 242.

⁶⁰ Lundmark, T, (1996), s. 57, särskilt not 157.

⁶¹ Bernitz, U, (2008), s. 96, 159.

⁶² Adlercreutz, A, Gorton, L, II, s. 117.

⁶³ Ramberg, J & Ramberg, C, (2010), s. 215.

avseende ansvarets omfattning.⁶⁴ Som framgår nedan anser Christina Blomkvist att Rambergs uttalande bör kunna tas till intäkt för att han anser att friskrivningsklausuler inte bör upprätthållas i något fall av grov vårdslöshet.⁶⁵ I ett annat sammanhang säger dock Ramberg att det finns situationer då en ansvarsbegränsning inte bör upprätthållas trots att det inte förekommit någon grov vårdslöshet på den friskrivne partens sida. Och omvänt bör det finnas situationer då en ansvarsbegränsning kan upprätthållas trots att den friskrivne parten agerat grovt vårdslöst eller uppsåtligt. Ledning för bedömningen bör enligt Ramberg tas i kriterierna för 36 § AvtL.⁶⁶ Detta förändrade synsätt är en nödvändighet enligt Ramberg. Han menar att en fastlåsning vid begreppen grov vårdslöshet och uppsåt leder till en ”icke godtagbar förenkling” av vilka gränser som ska gälla avseende en tillåten ansvarsbegränsning.⁶⁷ Christina Blomkvists tolkning av Rambergs uttalande kan med hänsyn till detta ifrågasättas.

Även Jan Hellner har uttalat en viss skepticism i förhållande till jämkning av en ansvarsbegränsning baserad på en argumentation om möjligheten att friskriva sig från ansvar vid grov vårdslöshet. Hellner har ansett att även andra omständigheter bör tillmätas betydelse vid bedömningen av en ansvarsbegränsnings upprätthållande.⁶⁸ Denna ståndpunkt intas även i Generalklausulutredningen, där Hellner var ansvarig utredningsman, vari sägs att frågan om en ansvarsbegränsnings åsidosättande bör kunna bedömas inte enbart utifrån en culpabedömning utan med stöd av en mer nyanserad tillämpning.⁶⁹ Hellner tycks dock ha ansett att det inte är möjligt att friskriva sig från sitt eget uppsåtliga handlande.⁷⁰ Visserligen sägs i propositionen⁷¹ till 36 § AvtL att en part *i princip* (kurs. här) inte ska kunna friskriva sig från skadeståndsansvar vid uppsåt eller grov vårdslöshet. Dock sägs att det bör kunna finnas möjlighet till jämkning även vid en mindre grad av försummelse.⁷² Med hänsyn till dessa uttalanden, och till att propositionen säger sig dela Generalklausulutredningens uppfattning, kan det således inte uteslutas att förarbetena ställer sig bakom skiljenämndens utgångspunkt för oskälighetsbedömningen.⁷³ I vart fall kan förarbetena inte sägas tala emot en sådan ståndpunkt.

Praxis kan också sägas ge stöd för den av skiljenämnden valda utgångspunkten för oskälighetsbedömningen i form av en rimlig riskavvägning. I NJA 1979 s. 483 (”Bergman & Bevingfallet”) hade HD att bedöma oskäligheten (eller obilligheten) av en friskrivningsklausul som visserligen för sin giltighet gjorde undantag för grov vårdslöshet. I sina domskäl konstaterade HD att någon grov vårdslöshet inte kunde läggas den kontraktsbrytande parten (Bergmanbolaget) till last. Därefter övergick HD till att göra en bedömning av friskrivningsklausulens oskälighet. I sin

⁶⁴ Ramberg, J, (1999), s. 387-389.

⁶⁵ Blomkvists tolkning vinner stöd i speciallagstiftning och de däri givna definitionerna av grov vårdslöshet, jfr. FAL samt Sjö- och Transportlagstiftning, se exempelvis prop. 2003/04:150, s. 214 vari sägs att med grov vårdslöshet ”likställs handlande i vetskap om att betydande skaderisk förelåg”.

⁶⁶ Ramberg, J, (2007), s. 515.

⁶⁷ Ramberg, J, (2007), s. 517.

⁶⁸ Hellner, J, (1998/99), s. 155-157, Hellner, J, m.fl. (2011), s. 242.

⁶⁹ SOU 1974:83, s. 183.

⁷⁰ Hellner, J, (1998/99), s. 155-157.

⁷¹ Prop. 1975/76:81, ”Med förslag om ändring i lagen (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område, m.m.”.

⁷² Prop. 1975/76:81, s. 144.

⁷³ Prop. 1975/76:81, s. 144.

oskälighetsbedömning gjorde HD, likt skiljenämnden i KPMG-domen, en helhetsbedömning av avtalsrelationen och analyserade huruvida avtalsvillkoren ledde till en rimlig riskfördelning mellan parterna.⁷⁴ Rättsfallet vittnar enligt Dan Lindmark om att domstolen mycket väl kan företa en jämkning av ett avtalsvillkor mellan två kommersiella aktörer baserat på vad Lindmark kallar en ”balansteori”.⁷⁵ Utifrån domskälen i Bergman & Bevingfallet och Lindmarks analys drar jag slutsatsen att friskrivningsklausulen hade kunnat jämkas, vilket dock inte blev fallet, även utan förekomsten av, och till och med utan resonemang om förekomsten av, grov vårdslöshet.⁷⁶

Visserligen utgör Bergman & Bevingfallet ett drygt 30 år gammalt rättsfall vilket eventuellt minskar dess prejudikatvärde. Vidare tillkom fallet i nära anslutning till införandet av 36 § AvtL då restriktivitet präglade tillämpningen av lagrummet inte minst i kommersiella avtal. Av denna anledning kan rättsfallets värde generellt sett ifrågasättas. Med hänsyn till att fallet fortfarande i doktrinen betraktas som ett betydelsefullt rättsfall i fråga om friskrivningsklausulers räckvidd anser jag, trots det sagda, att det är relevant även för denna uppsats.⁷⁷ HD:s restriktiva användning av 36 § AvtL i Bergman & Bevingfallet kan emellertid inte anses prejudicerande idag.⁷⁸

Inte heller internationell rätt är enig när det kommer till att sätta gränserna för en ansvarsbegränsnings räckvidd. I DCFR III.-3:105 stadgas att parter inte kan friskriva sig från skadestånd vid grov vårdslöshet. I PECL nämns däremot ingenting om att friskrivning från grov vårdslöshet inte är möjligt. Istället ställs krav på att en ansvarsbegränsning ska vara förenligt med ”Good faith and fair dealing”, art. 8:109, jfr. 1:102, 1:201. Detsamma gäller enligt UNIDROIT Principles vari stadgas att en friskrivningsklausul inte får göras gällande om det är ”grossly unfair to do so”, jfr. art. 7.1.6.

Christina Ramberg har kommenterat KPMG-domen i en artikel i Juridisk Tidskrift.⁷⁹ Ramberg anser att skiljenämnden i sitt avgörande överger den traditionella metoden där grov vårdslöshet på den skadeståndsskyldiges sida medför att en ansvarsbegränsning åsidosätts. Istället har skiljenämnden använt en metod baserad på en helhetsbedömning av ansvarsbegränsningens skälighet utifrån principerna i 36 § AvtL. Ramberg menar, i likhet med skiljenämnden, att denna metod leder till smidigare lösningar eftersom den tillåter domstolen att bedöma huruvida en ansvarsbegränsning är oskälig och, om så anses vara fallet, jämkas begränsningen till en skälig nivå. En argumentation baserad på grov vårdslöshet leder däremot enbart till två resultat. Antingen sker ett genombrott av

⁷⁴ Se NJA 1979 s. 483, s. 515.

⁷⁵ Lindmark, D, s. 284.

⁷⁶ Rättsfallet har i doktrin ansetts tala för att domstolarna inte gärna ingriper i kommersiella avtalsförhållanden, se Lindmark, D, ”Om jämkning av kommersiella avtal” för hans kritik mot detta synsätt.

⁷⁷ Se Lindmark, D, s. 285, André, M, s. 536, Lundmark, T, (1996) s. 114, Ramberg, J & Ramberg, C, (2010), s. 178, 215, Adlercreutz, A, Gorton, L, I, s. 312, 215, se särskilt not 386 med hänvisning till Lindmark, D, ”Om jämkning av kommersiella avtal”, Bernitz, U, (2008), s. 55, 158.

⁷⁸ Jfr. NJA 1989 s. 346 där HD använt en i motsats i Bergman & Bevingfallet ”generös” tillämpning av 36 § AvtL, fallet har kritiserats av just denna anledning, se nedan avsnitt 3.3.2.2.

⁷⁹ ”Skiljedom om jämkning av ansvarsbegränsning, reklamation, rådgivaransvar, skadeståndsberäkning och prisavdrag”, JT 2010/11 nr 4.

ansvarsbegränsningen vilket medger skadelidande full ersättning, eller så sker det inte vilket lämnar skadelidande med ingenting utöver ansvarsbegränsningen.^{80 81}

Domen har också kommenterats av Christina Blomkvist.⁸² Till skillnad från Christina Ramberg ställer sig Blomkvist kritisk till skiljenämndens synsätt, hon ifrågasätter även Rambergs analys av domens framtida konsekvenser för hanteringen av ansvarsbegränsningar i kommersiella avtal. Enligt Blomkvist bör det fortsättningsvis krävas att den skadeståndsskyldige vidtagit någon form av medvetet eller kvalificerat klandervärt risktagande på motpartens bekostnad för att ett åsidosättande av en ansvarsbegränsning ska kunna komma i fråga. Blomkvist vill således upprätthålla ett krav på grov vårdslöshet eller uppsåt som kriterium för att genombrott ska kunna aktualiseras. Blomkvist tycks framföra denna åsikt i relation till den kommersiella avtalsrätten som helhet. Vad gäller just uppdragsavtal av rådgivningskaraktär skulle ett frångående från kravet på grov vårdslöshet eller uppsåt, enligt Blomkvist, leda till en uppluckring avseende genombrott av ansvarsbegränsningar och därmed minskad förutsebarhet. Uppdragstagare skulle då troligtvis tvingas ta mer betalt för att täcka höjda försäkringspremier samt tvingas vidta tids- och kostnadskrävande riskidentifieringsåtgärder i uppdragets inledningsfas. Sådana åtgärder och de konsekvenser de skulle medföra är, enligt Blomkvist, inte motiverade eftersom det aldrig går att förutse alla risker som kan aktualiseras i en due diligence undersökning av ett målbolag.⁸³ Till stöd för sin uppfattning anför Blomkvist Jan Rambergs uttalanden, vilka refererats tidigare i detta avsnitt, om krav på medvetna risktaganden för att genombrott av en ansvarsbegränsning ska kunna ske. Blomkvists tolkning av Rambergs uttalande kan dock ifrågasättas med hänvisning till Rambergs tidigare redovisade ståndpunkt i fråga om möjligheten att upprätthålla en ansvarsbegränsning vid grov vårdslöshet.

Blomkvist är vidare av den uppfattningen att skiljenämnden i KPMG-domen i själva verket ansett att KPMG handlat grovt vårdslöst.⁸⁴ Mycket i skiljenämndens domskäl talar även för en sådan tolkning. Bland annat ansåg skiljenämnden att KPMG ”grovt åsidosatt sin pedagogiska plikt”⁸⁵ samt att KPMG:s handlande inte bara ”måste anses oaktsamt, utan också att underlåtenheten helt enkelt innebär att KPMG fundamentalt åsidosatt sitt uppdrag i det aktuella hänseendet”.⁸⁶ Dessa uttalanden kan å ena sidan tala för att skiljenämnden anser att en ansvarsbegränsnings åsidosättande trots allt förutsätter förekomsten av grov vårdslöshet. Å andra sidan säger skiljenämnden, som Christina Ramberg påpekar, att frågan om en ansvarsbegränsnings åsidosättande inte främst ska avgöras utifrån hur klandervärd skadegöraren har varit, vilket kan anses tala mot en sådan tolkning.⁸⁷

⁸⁰ Ramberg, C, (2010/11), s. 930, jfr. skiljedomen, s. 41.

⁸¹ Här kan dock tilläggas att om det sker ett genombrott och det skulle anses oskäligt betungande att ålägga kontraktsbrytaren fullt ansvar bör detta kunna jämkas i analogi med SKL 6 kap 2 §. Lagrummet ska dock tillämpas som en sista utväg när andra skadeståndsregler leder till orimliga konsekvenser, se Bengtsson, B, Strömbäck, E, (2011), kommentar till 6 kap 2 § SKL.

⁸² ”Med vederbörlig omsorg – en skiljedom om due diligence”, JT 2011/12, nr 2.

⁸³ Blomkvist, C, s. 309-310.

⁸⁴ Blomkvist, C, s. 308, se särskilt not 27.

⁸⁵ Se skiljedomen, s. 32.

⁸⁶ Se skiljedomen, s 30.

⁸⁷ Se skiljedomen, s. 38.

Kanske ska domskälen i KPMG-omen tolkas som att skiljenämnden inte velat ta ställning till vad som är att anse som grov vårdslöshet. En annan tolkning är att skiljenämnden velat undvika ett genombrottsresonemang av en ansvarsbegränsning baserat på grov vårdslöshet då detta traditionellt sett hade lett till att KPMG fått bära hela ansvaret för Profilgruppens skada, ca 18 miljoner kronor, vilket lett till en orimlig riskfördelning åt andra hållet.⁸⁸ För det fall att skiljenämnden i realiteten bedömt KPMG:s agerande som grovt vårdslöst har skiljenämnden i sitt avgörande, enligt min mening, använt sig av en metod för kontroll av en ansvarsbegränsning där grov vårdslöshet inte nödvändigtvis leder till att en ansvarsbegränsning helt åsidosätts. Istället är den grova culpan en del i en jämkningsbedömning. Denna typ av metod tycks även Christina Ramberg förespråka. Enligt henne ska en domstol i sin helhetsbedömning, likt den skiljenämnden gör i KPMG-omen, ta hänsyn till bland annat hur klandervärd den avtalsbrytande parten varit.⁸⁹

Twisten i KPMG-omen gällde ett rådgivningsavtal. Frågan är om denna typ av avtal är så särpräglade att skiljenämndens domskäl vad gäller tillvägagångssättet för att avgöra en ansvarsbegränsnings upprätthållande, genom en riskavvägning istället för att låta graden av culpa följa avgörandet, inte bör tillämpas i fråga om andra kommersiella avtal. Som redovisats ovan finns det tvingande regler gällande vissa avtalstyper, så som försäkringsavtal och avtal inom sjö- och transporträtten, där förekomsten av grov vårdslöshet är avgörande för en ansvarsbegränsnings åsidosättande. För dessa avtalstyper har KPMG-omen inget prejudikatvärde, i här diskuterat avseende. Frågan är också om nämnda specialreglering vilar på en sådan principiell grund att de får anses avspegla vad som bör vara gällande rätt för hela det kommersiella avtalsrättsliga området eller möjligtvis för delar av detta. En utförlig undersökning av detta låter sig inte göras inom ramen för detta arbete men en kort analys ska dock göras. Då det är fråga om speciallagstiftning kan särskilda skäl tala för en avvikande eller preciserad reglering på dessa områden. Vad gäller försäkringsavtal är risken för fingerade försäkringsfall ett starkt argument till varför förekomsten av grov vårdslöshet leder till försäkringsansvarets bortfall, jfr. 4 kap 5 §, 8 kap 11 § FAL.⁹⁰ Av denna anledning bör FAL:s regler om den grova culpans betydelse för försäkringsansvaret inte anses ha giltighet för andra avtalstyper. Inom Sjö- och transporträtten, jfr. 38 § VTL, 9 kap 4 §, 13 kap 33 § SjöL, har betydelsen av grov vårdslöshet i ansvarshänseende varit omdiskuterad. Vidare bygger reglerna i viss mån på internationella konventioner där förekomsten av försäkringar haft stor betydelse.⁹¹ Jan Hellner har dock varit av den uppfattningen att dessa regler bör kunna tjäna som allmänna riktlinjer avseende friskrivningsklausuler.⁹² Enligt Generalklausulutredningen finns det inget som hindrar att en prövning av en ansvarsbegränsning enligt 36 § AvtL sker med beaktande av de ändamålsöverväganden som ligger bakom den tvingande lagstiftningen.⁹³

Det huvudsakliga argumentet för en objektiv riskavvägning som metod för att avgöra en ansvarsbegränsnings upprätthållande tycks vara att det är oklart vilka ageranden som faller in under begreppet grov vårdslöshet. Ett annat argument är att en riskavvägning

⁸⁸ Jfr, domskälen s. 41, ”spörsmålet blir då binärt, antingen håller begränsningen, eller så håller den inte”.

⁸⁹ Ramberg, C, (2010/11), s. 929.

⁹⁰ Jfr. NJA 1989 s. 346, s. 354.

⁹¹ Ramberg, J, (1999), s. 387.

⁹² Hellner, J, m.fl., (2011), s. 120.

⁹³ SOU 1974:83, s. 183.

leder till rimligare resultat då den möjliggör jämkning av en ansvarsbegränsning. Enligt min mening bör dessa argument göra sig gällande även i fråga om andra kommersiella avtal än rådgivningsavtal.

I doktrinen tycks betydelsen av grov culpa för en ansvarsbegränsnings oskälighet genomgående diskuteras ur ett generellt perspektiv utan koppling till specifika avtalstyper. Visserligen förespråkar Jan Ramberg en oskälighetsbedömning som inte baserar sig på grov vårdslöshet i samband med diskussioner om ansvarsbegränsningars räckvidd inom sjö- och transporträtten. Dock poängterar Ramberg att diskussionen har betydelse även utanför transporträttens område.⁹⁴ Att Ramberg kritiserar den sjö- och transporträttsliga speciallagstiftningen kan eventuellt anföras som ett argument till stöd för att dessa regler inte bör ges för stor betydelse för andra avtalstypers del. Ramberg framför även nämnda ståndpunkt i mer generella sammanhang som i sin och Christina Rambergs lärobok i Allmän avtalsrätt.⁹⁵ Av detta drar jag slutsatsen att Jan Ramberg förespråkar en metod där en riskavvägning baserad på en helhetsbedömning får vara avgörande för en ansvarsbegränsnings oskälighet istället för graden av culpa även då fråga är om andra avtalstyper. Vidare är 36 § AvtL tillämplig på alla avtalstyper.⁹⁶ Vad som sägs i förarbetena om att lagrummet medger en mer nyanserad tillämpning än eftersökandet av grov vårdslöshet får därför anses gälla generellt inom den kommersiella avtalsrätten. Enligt min uppfattning bör därför en oskälighetsbedömning generellt sett bygga på objektiva riskavvägningar istället för att grunda sig på ett försök att fastställa gränsen mellan enkel och grov vårdslöshet. Detta bör åtminstone gälla i den mån en viss avtalstyp inte faller under specialreglering eller där motsvarande skäl som ligger bakom specialreglering gör sig gällande.

3.3.1.3 Sammanfattning

Skiljenämnden i KPMG- domen valde att i sitt avgörande ta utgångspunkt i en helhetsbedömning baserad på en riskavvägning istället för i en bedömning av graden av culpa. Denna metod vinner enligt min mening visst stöd i doktrinen. Som ett ytterligare stöd för skiljenämndens tillvägagångssätt kan anföras 36 § AvtL i sig. Lagrummet möjliggör just helhetsbedömningar av avtalsvillkors oskälighet och ställer inte heller krav på förekomsten av culpa hos skadevållaren för dess tillämplighet. Dock är culpa något som kan beaktas inom ramen för helhetsbedömningen. Visserligen sägs i förarbetena till lagrummet att det är vanskligt att veta när en ansvarsbegränsning ska jämkas. Dock sägs att så bör kunna ske.⁹⁷ I domskälen anför skiljenämnden att ”man inte *främst* ska ta hänsyn till hur klandervärd skadegöraren är” (kurs. här).⁹⁸ Christina Ramberg menar att detta talar för att ett vårdslöst handlande är relevant men inte ensamt avgörande.⁹⁹ Även Bergman & Bevingfallet kan sägas tala i denna riktning. Enligt min mening bör även en analogi från 6 kap 2 § SKL kunna stödja den uppfattning att förekomsten av grov vårdslöshet kan bli en del av en jämningsbedömning. Lagrummet, som Enligt Bertil Bengtsson bör kunna tillämpas i kontraktsförhållanden,

⁹⁴ Ramberg, J, (1999), s. 388.

⁹⁵ Ramberg, J & Ramberg, C, (2010), s. 215.

⁹⁶ Dock särskilt på sådana avtal där det råder obalans i partställningen. Detta utgörs dock inte av en särskild avtalstyp.

⁹⁷ SOU 1974:83, s. 182f.

⁹⁸ Se skiljedomen, s. 38.

⁹⁹ Ramberg, C, (2010/11), s. 929.

möjliggör nämligen en jämkning av skadestånd oavsett om detta grundar sig på uppsåtligt eller oaktsamt skadevållande.^{100 101}

Å ena sidan anser jag mig inte fullt ut funnit stöd i gällande rätt för det av skiljenämnden i KPMG-domen valda tillvägagångssättet för att bedöma en ansvarsbegränsnings upprätthållande. Å andra sidan finns det, enligt min tolkning av rättskällorna ovan, inga direkta hinder mot ett sådant tillvägagångssätt. Utifrån den analys som gjorts ovan anser jag att övervägande skäl talar för att det är rimligt att graden av culpa inte ensamt bör vara avgörande för huruvida en friskrivningsklausul ska upprätthållas, förutom i de avtal där lagstiftning talar för en sådan metod. Istället borde graden av culpa utgöra en del i en helhetsbedömning av en ansvarsbegränsnings oskälighet baserad på en riskavvägning och där resultatet kan bli antingen jämkning eller åsidosättande.

3.3.2 Uppdragstagarens befogade intresse av skydd

3.3.2.1 Domskäl

I den riskavvägning som skiljenämnden företog i KPMG-domen anfördes att en professionsaktör har ett befogat intresse av att skydda sig mot risker och kostnader som följer av enklare förbiseenden och misstag vilka utgör en naturlig del i aktörens verksamhet. Detta gäller enligt skiljenämnden även om åtgärderna i fråga kan anses vårdslösa.¹⁰² Huruvida den skadeståndsskyldige skulle anses ha ett befogat intresse av att skydda sig mot de risker som föranlett skadeståndsskyldigheten bedömde skiljenämnden mot bakgrund av ett antal omständigheter.¹⁰³

3.3.2.2 Analys

Skiljenämndens ståndpunkt, att en professionsaktör har ett befogat intresse av skydd från vissa risker med avtalet, har stöd hos Jan och Christina Ramberg. Enligt deras uppfattning är friskrivningsklausuler ett viktigt redskap för naturagäldenärer generellt för att kunna överblicka den risk som ett avtal innebär. I rådgivningsavtal, vilka KPMG-domen rör, motiveras en friskrivning från ansvar av att en rådgivare inte kan förutse omfattningen av de skador ett felaktigt råd kan orsaka för en klient.¹⁰⁴ Enligt Jan Ramberg försvaras systemet med ansvarsbegränsningar generellt av just behovet av förutsebarhet i fråga om ansvarets omfattning och är inte en fråga om att skapa skäligena kompromisser.¹⁰⁵

Även Jan Kleineman framhåller behovet av ansvarsbegränsningar i just rådgivningsavtal. Till stöd för detta anför Kleineman den riskexponering som ett rådgivningsavtal kan innebära för rådgivaren. För att inte rådgivaren ska behöva vidta alltför stora arbetsinsatser eller ta in ett stort antal reservationer med svårsläpiga avtal till

¹⁰⁰ Bengtsson, B, (2012), Karnov online, kommentar till 6 kap. 2 § SKL.

¹⁰¹ Med hänsyn till att skadeståndsansvar för rena förmögenhetsskador vid kontraktsbrott bygger på allmänna skadeståndsrättsliga principer är det dock inte givet att 6 kap. 2 § SKL är tillämplig i här diskuterad situation.

¹⁰² Se skiljedomen, s. 39.

¹⁰³ Se skiljedomen, s. 39.

¹⁰⁴ Ramberg, J & Ramberg, C, (2010), s. 212.

¹⁰⁵ Ramberg, J, (1999), s. 387.

följd bör ”raka” ansvarsbegränsningar få förekomma. Kleineman menar att om man inte godtar friskrivningsklausuler i kommersiella avtal ”skulle grundvalen för denna disciplin ifrågasättas”.¹⁰⁶

Stefan Lindskog, som var ordförande i skiljenämnden i KPMG-domen, förespråkar att en jämkning med stöd av 36 § AvtL i första hand bör ske utifrån ”rättsekonomiska argument”¹⁰⁷ och att ”principen om att avtal ska hållas måste bjuda ett betydande jämningsmotstånd”.¹⁰⁸ Lindskog framför detta synsätt i sin recension av Andreas Norlén’s avhandling ”Oskälighet och 36 § Avtalslagen”¹⁰⁹. I denna intar Norlén ståndpunkten att en oskälighetsbedömning enligt 36 § AvtL bör bygga på värdeetiska argument (eller etiska avvägningar).¹¹⁰ En sådan grund för jämkning som Norlén förespråkar leder enligt Lindskog till alltför låga krav på när jämkning av ett avtalsvillkor bör ske.¹¹¹ Lindskog lyfter här fram tillitsprincipen till stöd för att jämkning inte bör komma i fråga eftersom att motparten (som motsätter sig en jämkning) har rätt att, med stöd av tillitsprincipen, förlita sig på avtalet.¹¹² Lindskogs ståndpunkt i detta avseende, särskilt med hänsyn till domskälen i KPMG-domen, kan tolkas som att en ansvarsbegränsning som utgångspunkt bör upprätthållas för att bland annat tillgodose behovet av att kunna förutse riskerna i avtalet.

Betydelsen av förutsebarhet som stöd för en ansvarsbegränsnings upprätthållande lyfts även fram i förarbetena till 36 § AvtL. Generalklausulsutredningen framhåller att den skadeståndsskyldiges behov av att kunna ”överblicka och i förväg kalkylera med de förlustrisker som kontraktsbrott kan ådraga denne” måste beaktas vid en bedömning av en ansvarsbegränsnings oskälighet.¹¹³

Behovet för avtalsparter att genom olika friskrivningsklausuler begränsa sitt ansvar är också ett argument som har lyfts fram i praxis när HD haft att bedöma oskäligheten av sådana avtalsvillkor i kommersiella avtalsförhållanden. I Bergman & Bevingfallet anförde HD att ett av motiven till användandet av ansvarsbegränsningar är behovet av att vid avtals ingående ”kunna bedöma de ekonomiska riskerna som bland annat garantiåtaganden rörande ofta komplicerade industriprodukter” innebär. HD framhöll att förutsebarheten avseende de ekonomiska riskerna är nödvändig för att ”de skall på rätt sätt kunna vägas in vid prissättning av produkter och serviceåtaganden”.¹¹⁴ Fallets betydelse som stöd för skiljenämndens domskäl i KPMG-domen kan ifrågasättas då Bergman & Bevingfallet avsåg köp av en vara (bensinpumpar) medan KPMG-domen gällde ett avtal om tjänst. Fallet omnämns dock i diskussioner om friskrivningsklausulens räckvidd i kommersiella avtal generellt och inte enbart rörande

¹⁰⁶ Kleineman, J, (2001/02), s. 632, 635.

¹⁰⁷ Se Lundmark, T, (1996), s. 44 särskilt not 105 för innebörden av, och vidare läsning om, ämnet rättsekonomi.

¹⁰⁸ Lindskog, S, s. 279, särskilt not 10.

¹⁰⁹ Norlén, A, (2004).

¹¹⁰ Se Norlén, A, ”Oskäligheten och 36 § Avtalslagen” för vidare läsning om betydelsen av värdeetiska argument till grund för ingripanden i avtalsförhållanden.

¹¹¹ Lindskog, S, s. 301.

¹¹² Lindskog, S, s. 289, se särskilt not 38.

¹¹³ SOU 1974:83, s. 183, Prop. 1975/76:81, s. 144.

¹¹⁴ Se NJA 1979 s. 483, s. 514.

avtal om köp av varor. Rättsfallet får därför anses ha prejudikatvärde även för denna uppsats del.¹¹⁵

Dan Lindmark menar att HD:s domskäl i Bergman & Bevingfallet i denna del bygger på rättsekonomiska resonemang och teorier om lämpliga riskfördelningar i avtal.¹¹⁶ Enligt de rättsekonomiska teorierna till vilka Lindmark hänvisar ska en avtalad riskfördelning upprätthållas med motiveringen att denna har beaktats vid prissättningen och i parternas ageranden i övrigt. Ett ingripande i riskfördelningen innebär enligt dessa teorier en oönskad justering av prissättningen. Enligt Lindmark kan det dock ifrågasättas huruvida rättsekonomiska överväganden är en lämplig utgångspunkt vid en oskälighetsprövning avseende avtalade riskfördelningar i form av ansvarsbegränsningar. Anledningen till detta är enligt Lindmark att problem uppstår då en av parterna inte aktivt beaktat och prissatt den risk som avtalet medför, vilket ofta kan bli fallet när det råder obalans i avtalsförhållandet på ett eller annat sätt. Förekomsten av standardavtal kan ofta tala för en sådan obalans, i vart fall om dessa upprättats ensidigt av den friskrivande parten.¹¹⁷ En onyanserad och ensidig riskfördelning som tillkommit under omständigheter vilka inte kan sägas stå i överensstämmelse med förutsättningarna på en fungerande marknad, eller som Thorsten Lundmark nedan kallar en ”perfekt marknad”¹¹⁸ bör enligt Lindmark kunna bedömas som oskälig eller orimlig av domstolen.¹¹⁹ Jag tolkar Lindmarks analys som att avtalsparter har ett befogat behov av skydd mot risker vilka följer av avtalet men att den omständigheten att en risk beaktats i avtalet inte i sig gör skyddet i fråga befogat och därmed skäligt.

Mathias André ifrågasätter behovet av att underlätta för säljaren i dennes prissättning som argument för att upprätthålla en avtalad riskfördelning. Det relevanta enligt André bör istället vara att få veta ”vem av parterna som effektivast eller till lägst kostnad kan undvika sådana kostnader som villkoret avser”.¹²⁰ Med hänvisning till återigen rättsekonomiska teorier ansluter sig Lindmark till Andrés synsätt i detta avseende. Lindmark menar att frågan om ett skydd är befogat inte enbart avgörs på den grund att risken är beaktad i avtalet utan att detta bör vägas mot vem av parterna som till lägst kostnad kan göra en uppskattning av risken, kan uppskatta de ekonomiska konsekvenserna om den aktuella risken realiserar och har möjlighet att eliminera eller minimera de negativa verkningarna genom försäkring, (till frågan om betydelsen av försäkring återkommer uppsatsen till i det senare). Lindmark menar att HD:s domskäl i Bergman & Bevingfallet ger uttryck för att det är just en sådan avvägning som domstolen har gjort.¹²¹ Bergman & Bevingfallet, såsom det har analyserats och tolkats av Lindmark, kan därmed sägas stå i överensstämmelse med den metod som skiljenämnden i KPMG-domen använde. Lindmark och Andrés synsätt kan i detta avseende också föranleda slutsatsen att de menar att förutsebarheten i avtalsförhållandet

¹¹⁵ Jfr. Lindmark, D, s. 285, André, M, s. 536, Lundmark, T, (1996), s. 114, Ramberg, J & Ramberg, C, (2010), s. 178, 215, Adlercreutz, A, Gorton, L, I, s. 312, 215, se särskilt not 386 med hänvisning till Lindmark, D, ”Om jämkning av kommersiella avtal”, Bernitz, U, (2008), s. 55, 158.

¹¹⁶ Jfr. med Lindskogs resonemang om rättsekonomiska argument till grund för en oskälighetsbedömning ovan.

¹¹⁷ Om betydelsen av standardavtal för behovet av kontroll av friskrivningsklausuler se avsnitt 2.4.3.

¹¹⁸ På en ”perfekt marknad” råder jämvikt, fullständig konkurrens, fullt ut informerade parter, avsaknad av transaktionskostnader, se Lundmark, T, (1996) s. 47.

¹¹⁹ Lindmark, D, s. 290f.

¹²⁰ André, M, s. 536.

¹²¹ Lindmark, D, s. 290f.

inte enbart avser att tjäna den friskrivne parten utan även den part som genom ansvarsbegränsningen får bära risken.

Denna tolkning av Lindmark och Andrés resonemang får stöd hos Rolf Dotevall. Enligt Dotevall utmärks 36 § AvtL av en viss vaghet som kan medföra svårigheter för en part att förutse utgången i det enskilda fallet. Dock menar Dotevall att förutsebarheten inte enbart innefattar möjligheten att kunna bedöma utgången i en tvist eller att veta att vad som överenskommits mellan parterna ska bestå under alla omständigheter. Förutsebarheten innefattar även att andra typer av förväntningar hos parterna ska överensstämja. Dessa förväntningar grundar sig ofta, enligt Dotevall, ”i de värderingar och de vanor som är rådande inom de grupper där parterna hör hemma”. Vad som är skäligt får därför bedömas utifrån en parts rättmätiga förväntan på avtalet.¹²²

Även Thorsten Lundmark diskuterar betydelsen av rättekonomiska argument vid tillämpningen av 36 § AvtL. Enligt Lundmark talar denna typ av argument för att ett avtal ska upprätthållas i den mån det tillkommit under förhållanden som anses stå i nära överensstämmelse med den ”perfekta marknadens”. Den omständighet att den ”perfekta marknaden” sällan existerar medför dock enligt Lundmark att sådana argument bör få betydelse så som stöd eller komplettering till andra argument i en oskälighetsbedömning enligt 36 § AvtL. Lundmark menar vidare att den ”perfekta marknaden” kan tjäna som referenspunkt vid en oskälighetsbedömning. I den mån förhållandena i det enskilda avtalsförhållandet avviker från den ”perfekta marknadens” kan detta utgöra omständigheter som talar för att en avtalad riskfördelning är oskälig.¹²³

Ett annat rättsfall som nämns i diskussioner om behovet av att friskriva sig och möjligheten därtill är NJA 1987 s. 692. I fallet gjorde HD ett uttalande *obiter dictum*, vilket visserligen begränsar uttalandets betydelse, men som av vissa författare har tolkats som ett stöd för att ansvarsbegränsande klausuler kan vara befogade med hänsyn till att en rådgivare annars har svårt att förutse avtalets risker.¹²⁴ HD sa i fallet att en värderingsman även ansvarar i förhållande till tredje man ”såvida inte förbehåll om frihet från sådant ansvar gjorts i intyget”.¹²⁵

Även i ett annat omdiskuterat¹²⁶ rättsfall, NJA 1989 s. 346 som handlade om jämkning av ett kommersiellt försäkringsavtal, tycks HD föra ett resonemang som kan sägas likna skiljenämndens ovan. Den riskfördelning som följde av avtalet ansågs ”vila på en rationell grund”¹²⁷ vilket kan tolkas som att försäkringsbolaget som utgångspunkt hade ett befogat intresse av att skydda sig mot den bortavtalade risken. Trots detta fann HD att andra omständigheter medförde att riskfördelningen ansågs oskälig och att behovet av skydd därför inte var befogat. Vissa författare tycks dock anse att HD i fallet beaktat ömmande skäl och därmed i för stor utsträckning bortsett från vad i denna uppsats uppfattas som ”rättekonomiska argument” i enlighet med de resonemang som förts

¹²² Dotevall, R, s. 445.

¹²³ Lundmark, T, (1996), s. 47-52.

¹²⁴ Ramberg, C, (2005), s. 132, Kleineman, J, (1998), s. 205, Kleineman, J, (1994/95), s. 702.

¹²⁵ Se NJA 1987 s. 692, s. 703.

¹²⁶ Se Kleineman, J, (1989/90), s. 103 för en kritisk diskussion om HD:s tillämpning av 36 § AvtL, jfr.

Bengtsson, B, (2005), s. 158, särskilt not 12 samt Ramberg, J & Ramberg, C, (2010), s. 178f.

¹²⁷ Se NJA 1989 s. 346, s. 354.

ovan.¹²⁸ Oavsett denna kritik vill jag med detta rättsfall poängtera att HD i sin tillämpning av 36 § AvtL tycks resonera utifrån den friskrivne partens intresse av skydd och väger detta mot andra omständigheter för att avgöra om friskrivningen är befogad.

I sin kommentar till KPMG-domen vidhåller Christina Ramberg att det finns ett behov av förutsebarhet i kontraktsförhållanden. Enligt Ramberg har uppdragstagaren ett legitimt behov av att kunna förutse vilka risker avtalet innebär. Utgångspunkten vid en riskavvägning av detta slag bör därför enligt Ramberg vara att den avtalade beloppsbegränsningen ska hållas.¹²⁹

Christina Blomkvist nämner också förutsebarheten som ett argument för upprätthållandet av ansvarsbegränsningar. Framförallt utgör, enligt Blomkvist, förutsebarheten ett argument för att höga krav ska ställas för att genombrott av en ansvarsbegränsning ska kunna ske. Blomkvist menar att det ur kommersiell synpunkt bör råda stor försiktighet i rättstillämpningen vid bedömningen av huruvida avsteg från vad parterna har avtalat bör göras och principen om *pacta sunt servanda*.¹³⁰

I rådgivningsavtal kan det, som ovan nämnts, vara svårt för en rådgivare att veta vilka skador, och omfattningen av dessa, som ett felaktigt eller annars bristfälligt råd kan leda till för uppdragsgivaren. Vidare kan en bristfällig uppfyllelse av avtalet på uppdragstagarens sida många gånger leda till omfattande kostnadsförluster för uppdragsgivaren vilka vida överstiger uppdragsarvodet.¹³¹ Behovet av förutsebarhet kan därför i denna typ av avtal anses vara stort. Liknande argument kan dock anföras för andra typer av avtal och situationer. Som exempel kan nämnas fall där produktansvar aktualiseras.¹³² Avtal om annonspublicering är ett annat sådant exempel. I dessa avtal föreligger enligt Thorsten Lundmark en betydande felrisk med hänvisning till att verksamheten bedrivs i stor skala.¹³³ I ett fall från Marknadsdomstolen¹³⁴, MD 1995:3, framhölls just detta argument till stöd för en ansvarsbegränsnings upprätthållande i avtal om annonspublicering.¹³⁵

Lundmark menar att avtalstypen kan vara en omständighet som påverkar bedömningen av huruvida en friskrivning bör tillåtas. Dock framhåller Lundmark att denna omständighet inte ensamt borde vara avgörande för frågan om räckvidden av en ansvarsbegränsning.¹³⁶

¹²⁸ Kleineman, J, (1989/90), s. 106, Bengtsson, B, (2005), s. 157, Ramberg, J & Ramberg, C, (2010), s. 178f.

¹²⁹ Ramberg, C, (2010/11), s. 929.

¹³⁰ Blomkvist, C, (2011/12), s. 310.

¹³¹ Kleineman, J, (2001/02), s. 632.

¹³² Enligt det EU-direktiv, (Rådets direktiv 85/374/EEG av den 25 juli 1985 om tillnärmning av medlemsstaternas lagar och andra författningar om skadeståndsansvar för produkter med säkerhetsbrister), som ligger till grund för PAL finns en möjlighet för medlemsländerna att lagstifta om en beloppsbegränsning i syfte att skydda den skadeståndsskyldige från omfattande produktansvar. Sverige har dock inte gjort detta med hänvisning till den möjlighet till skadeståndsjämknings som ges i 6 kap 2 § SKL, jfr. Prop. 1990/91:197, s. 42.

¹³³ Lundmark, T, (1996), s. 208.

¹³⁴ Prövningen av avtalsvillkoret skedde utifrån 1 § Lag (1984:292) om avtalsvillkor mellan näringsidkare, de båda lagrummen motsvarar i stor utsträckning varandra, jfr. Hellner, J, (1984), s. 765.

¹³⁵ Se MD 1995:3, s. 4.

¹³⁶ Lundmark, T, (1996), s. 208ff.

Utifrån Lundmarks resonemang, och den analys som gjorts, drar jag slutsatsen att vissa typer av avtal medför ett större behov för naturagälldenären av att kunna förutse de ekonomiska riskerna som avtalet innebär. En sådan gränsdragning skulle kunna vara avtal som innebär att även ett mindre kontraktsbrott kan medföra oöverskådliga konsekvenser som kan vara långt mer omfattande än vederlaget för avtalsobjektet. Som jag återkommer till i kapitel 5 kan molntjänstavtal eventuellt falla inom denna kategori.

3.3.2.3 Sammanfattning

Enligt min mening vinner skiljenämndens uppfattning att avtalsparter som utgångspunkt kan ha ett befogat intresse av att skydda sig från de risker som avtalet medför stöd i både doktrin, praxis och lagstiftning. I rättskällorna anförs till stöd för detta resonemang behovet av förutsebarhet vilket i sin tur ska möjliggöra för parterna att kunna göra kostnadsberäkningar utifrån sitt ansvar och därmed förhandla om pris. Ett renodlat rättsekonomiskt resonemang skulle dock, enligt vad vissa författare framfört, leda till att så fort parterna beaktat en risk i avtalet och reglerat denna genom en ansvarsbegränsning, så står sig den i avtalet fastlagda riskfördelningen med hänvisning till behovet av förutsebarhet. Det kan dock ifrågasättas huruvida parterna de facto kalkylerat en risk i förhållande till priset och därmed huruvida förutsebarheten bör tillmätas så stor betydelse vid en bedömning av en friskrivningsklausuls räckvidd. För det fall att parterna i ett avtal inte företagit någon aktiv prissättning utifrån avtalad eller bortavtalad risk bör det kunna vara en omständighet som, enligt min mening, talar för att förutsebarheten inte bör vara ett argument som tillmäts alltför stor betydelse till stöd för en friskrivningsklausuls upprätthållande. Det är en annan fråga huruvida något sådant går att bevisa.

Som ett ytterligare argument mot ett strikt upprätthållande av bortavtalade risker i syfte att skapa förutsebarhet kan anföras att förutsebarheten rimligtvis även bör verka till förmån för den part som på grund av en ansvarsbegränsning påtagit sig en risk. Har denne inte haft möjlighet att faktiskt förutse vilka risker som avtalet medför, på grund av bristande information eller avsaknaden av förhandlingsutrymme, såsom ofta är fallet vid standardavtal, borde detta vara argument som gör att behovet av förutsebarhet för den friskrivande parten inte står sig, och att en ansvarsbegränsning därför skulle kunna jämkas. Den omständigheten att parterna allokerat risker genom en ansvarsbegränsning medför nämligen inte nödvändigtvis att bägge parter haft samma förutsättningar att beakta risken och därmed värdera dess konsekvenser. Som framförts i doktrinen talar dessa omständigheter dels mot ett renodlat rättsekonomiskt resonemang, dels för att andra omständigheter bör beaktas vid en oskälighetsbedömning.

3.3.3 Andra metoder för att begränsa risker

3.3.3.1 Domskäl

För att avgöra om KPMG:s intresse av skydd var befogat undersökte skiljenämnden huruvida en riskbegränsning hade kunnat åstadkommas på annat sätt än genom en ansvarsbegränsning. Detta skulle enligt skiljenämnden ha kunnat uppnås genom att uppdraget i avtalet hade givits en tydlig precisering avseende dess förutsättningar och begränsningar. Om detta hade kunnat åstadkommas är det en omständighet som, enligt

skiljenämnden, talar mot att en ansvarsbegränsning i form av ett takbelopp bör godtas.¹³⁷

3.3.3.2 Analys

KPMG hävdade att uppdraget hade en mer begränsad omfattning än vad som framgick av själva uppdragsbrevet till vilket KPMG:s rapport genomgående hänvisade, medan motparten hävdade motsatsen.¹³⁸ Skiljenämnden menade dock att det inte fanns något stöd för KPMG:s uppfattning om avtalets begränsade omfattning och att Profilgruppens uppfattning om vad avtalet omfattade var befogad.¹³⁹ Därmed konstaterade skiljenämnden att KPMG, i egenskap av professionsaktör, hade kunnat åstadkomma en tydligare precisering av uppdragets omfattning för att därigenom begränsa sin risk. Till detta kommer att ansvarsbegränsningen i fråga var generell utformad, avsedd att omfatta alla slags skador vilket enligt skiljenämnden förstärkte klausulens oskälighet.¹⁴⁰

Enligt Generalklausulutredningen bör det vara möjligt att vid en oskälighetsbedömning beakta omständigheter vid avtalets tillkomst även när dessa inte är att betrakta som klandervärda ageranden.¹⁴¹ ¹⁴² Motivuttalandet kan anses ge stöd för skiljenämndens ståndpunkt om att man i en oskälighetsbedömning bör fästa vikt vid omständigheter vid avtalets tillkomst, så som otydliga avtalspreciseringar eller missvisande avtalsformuleringar, och detta oavsett om omständigheterna beror på ett klandervärt agerande. Det sagda kan anses innebära att det bör bedömas som oskäligt att en part ska kunna friskriva sig från ansvar för en risk som denne enligt motpartens befogade uppfattning bär oavsett den friskrivne partens klandervärda eller icke klandervärda ageranden.

Tydliga avtal som metod för att begränsa en uppdragstagares ansvar i rådgivningsavtal förespråkas av Jan Kleineman. En tydlig precisering av uppdraget medför, enligt Kleineman, att en indirekt friskrivning kommer till stånd. Detta är ett effektivare alternativ än användandet av generella friskrivningar eftersom dessa ofta kan komma att jämkas eller åsidosättas med stöd av 36 § AvtL.¹⁴³

Christina Ramberg lyfter också fram denna metod som ett alternativ till användandet av ansvarsbegränsningar. Vad gäller rådgivningsavtal ger en tydlig precisering av vad uppdraget innefattar uppdragsgivaren dels en förståelse för det som förmedlas, dels fungerar det som en ansvarsbegränsning för uppdragstagaren genom att denne säger ”jag har gjort detta men inte mer”.¹⁴⁴ Enligt Jan och Christina Ramberg får friskrivningsklausuler full effekt genom att naturaborgenären preciserar avtalsobjektet och ger friskrivningsklausulen en konkret och tydlig utformning.¹⁴⁵ Detta uttalande

¹³⁷ Se skiljedomen, s. 39.

¹³⁸ Se skiljedomen, s. 23f.

¹³⁹ Skiljenämnden tycks här ha tillämpat culpamodellen för att tolkningsvis bestämma avtalets innehåll, se Adlercreutz, A, Gorton, L, II, s. 134 för vidare läsning om culpamodellen som tolkningsmetod.

¹⁴⁰ Se skiljedomen, s. 23-30, 38ff

¹⁴¹ SOU 1974:83, s. 133f.

¹⁴² Detta uttalande i förarbetena rör inte friskrivningsklausuler specifikt utan tar sikte på oskälighetsbedömningen generellt.

¹⁴³ Kleineman, J, (1998), s. 205f, Kleineman, J, (1994/95), s. 702ff.

¹⁴⁴ Ramberg, C, (2005), s. 125-132.

¹⁴⁵ Ramberg, J & Ramberg, C, (2010), s. 213ff.

stödjer skiljenämndens kritiska syn på KPMG:s ”globala ansvarsbegränsning” omfattande alla typer av skador.

Ett rättsfall som belyser vikten av att uppdragstagare tydligt preciserar och avgränsar sina uppdrag, är NJA 2001 s. 878. Målet gällde en värderingsmans ansvar i förhållande till annan än uppdragsgivaren som kommit att förlita sig på ett av värderingsmannen utfärdat värderingsutlåtande avseende en fastighet. Värderingsmannen ansågs ha förfarit vårdslöst i utförandet av sitt uppdrag.¹⁴⁶ I målet hade värderingsmannen begränsat sitt ansvar genom att i värderingsutlåtandet ange att utlåtandet var ”avsett att ligga till grund för tvist”. HD konstaterade att även om begränsningen brast i klarhet så borde den ha föranlett den som förlitade sig på intyget, i förevarande fall en bank, att, genom en förfrågan hos värderingsmannen, förvissa sig om huruvida utlåtandet var lämpligt att användas vid kreditgivning.¹⁴⁷ Av denna anledning ansågs värderingsmannens ansvar inte omfatta den för banken uppkomna skadan. I fallet var det alltså fråga om att avgöra huruvida skadeståndsskyldighet förelåg och på vilken grund sådan skyldighet uppkom. Till skillnad från KPMG-domen gällde det inte för HD att ta ställning till en ansvarsbegränsnings oskälighet. Även om fallen skiljer sig åt i detta avseende kan 2001 års fall ändå anses ge visst stöd för att en tydlig precisering av uppdraget är en lämplig metod för att avgränsa motpartens befogade tillit till det som förmedlas och på så vis åstadkomma en tydlig ansvarsbegränsning.

Ytterligare ett rättsfall kan anföras till stöd för denna slutsats. I NJA 1987 s. 692, som diskuterats ovan,¹⁴⁸ behandlades samma frågeställning som i 2001 års fall. HD fann där att grund för skadestånd förelåg då tredje mans tillit till värderingsutlåtandet ansågs befogad. I fallet hade inte värderingsutlåtandets användningsområde begränsats till skillnad från 2001 års fall.¹⁴⁹ Någon begränsning av uppdragstagarens ansvar ansågs därför inte åstadkommen.¹⁵⁰

Rättsfallens betydelse för frågan om en ansvarsbegränsnings räckvidd är begränsad eller till och med intetsägande. Fallen kan dock anses illustrera, och tala för vikten av, att en uppdragstagare tydligt preciserar sitt uppdrags förutsättningar och avgränsningar för att på så vis begränsa sitt ansvar. En slutsats, om än långsökt sådan, är att om HD i de båda fallen haft att bedöma oskäligheten av en ansvarsbegränsning hade frågan om huruvida värderingsmännen kunnat tydliggöra sitt uppdrag och värderingsutlåtandets användningsområde fått betydelse vid oskälighetsbedömningen.

Ett rättsfall som däremot tydligt belyser betydelsen av uppdragets precisering för en friskrivningsklausuls räckvidd är NJA 1971 s. 36. Fallet gällde frågan om skadeståndsskyldighet för ett garageföretag för stöld av fordon som stått parkerat i garaget. I målet prövades omfattningen av garageföretagets uppdrag och räckvidden av en friskrivningsklausul. HD ansåg att det kvitto, som kunden erhöll vid parkeringstillfället, på grund av dess formulering, samt garageanordningarna i övrigt gav kunden en befogad uppfattning att viss kontroll skulle utövas av företaget vid

¹⁴⁶ Se NJA 2001 s. 878, s. 885.

¹⁴⁷ Se NJA 2001 s. 878, s. 887.

¹⁴⁸ Se avsnitt 3.3.2.2.

¹⁴⁹ För en utförlig analys av domarnas prejudiciella betydelse för skadeståndsrätten se Kleineman, J, ”Om den befogade tillitens skadeståndsrättsliga relevans”, JT 2001/02, s. 625.

¹⁵⁰ Se NJA 1987 s. 692, s. 702f.

utlämnandet av bilen. Därmed ansågs avtalet mellan garageföretaget och dess kunder ha inneburit ett åtagande för företaget att utöva en viss kontroll. Den friskrivningsklausul som fanns intagen på baksidan av kvittot, och som friade garageföretaget från ansvar för skada på grund av stöld, ansågs därför inte tillämplig för det ifrågavarande kontraktsbrottet.¹⁵¹

Axel Adlercreutz menar att det ovan nämnda rättsfallet illustrerar en princip om att det inte ska vara möjligt att åta sig en förpliktelse och samtidigt friskriva sig från allt ansvar för dess fullgörande. Enligt Adlercreutz föreligger det då ”en grundläggande motstridighet i avtalet som inte kan tolereras”. Adlercreutz menar att om den grundläggande förpliktelsen åsidosatts hjälper det inte att åberopa en friskrivningsklausul. Adlercreutz menar dock att det är osäkert huruvida svensk rättspraxis ger uttryck för nämnda princip rent generellt, men oavsett hur det är med den saken kan problemet enligt Adlercreutz åtkommas med stöd av 36 § AvtL.¹⁵² I 1971 års fall säger HD att det inte spelade någon roll för avgörandet hur friskrivningsklausulen skulle tolkas eftersom garageföretaget inte kunde friskriva sig från det uppdrag som det enligt domstolens bedömning hade åtagit sig.¹⁵³ ¹⁵⁴ Med hänvisning till HD:s ståndpunkt i detta avseende menar Adlercreutz att rättsfallet borde kunna ses som en tillämpning av en princip om gränser för möjligheten till friskrivning.¹⁵⁵

Det problem som Adlercreutz här formulerat knyter även an till vad som i tidigare avsnitt diskuterats avseende upprätthållandet av friskrivningar med hänvisning till behov av förutsebarhet i avtalsförhållandet. Vad jag i tidigare avsnitt förespråkade är att även motparten till den friskrivande parten har ett behov av förutsebarhet och att en friskrivningsklausul rimligtvis även bör verka för att åstadkomma detta.¹⁵⁶ 1971 års fall och Adlercreutz analys av detta kan anses stödja ett sådant synsätt. Vidare får rättsfallet och vad Adlercreutz sagt om detta anses illustrera betydelsen av att uppdraget ges en tydlig innebörd för att en friskrivningsklausul ska kunna bedömas som skälig och därmed anses ge stöd för skiljenämndens ståndpunkt om betydelsen av ett tydligt preciserat uppdrag. Vad Adlercreutz uttalat i detta avseende får vidare anses stödja skiljenämndens uppfattning i KPMG-domen om vad konsekvensen blir av att tillåta ansvarsbegränsningen i den uppkomna situationen. Skiljenämnden säger i domen att en konsekvens av att tillåta ansvarsbegränsningen blir att avtalsbalansen sätts åt sidan genom att kraven på KPMG:s prestation urholkas.¹⁵⁷

Bergman & Bevingfallet kan eventuellt också stödja skiljenämndens uppfattning i KPMG-domen om att det i en oskälighetsbedömning av en ansvarsbegränsning bör beaktas huruvida denna leder till att kraven på naturagälldenärens prestation urholkas. I Bergman & Bevingfallet ansåg HD att ansvarsbegränsningen visserligen begränsade köparens rätt till skadestånd men att detta uppvägdes av andra möjliga påföljder i avtalet

¹⁵¹ Se NJA 1971 s. 36, s. 36.

¹⁵² Adlercreutz, A, Gorton, L, II, s. 119.

¹⁵³ Se NJA 1971 s. 36, s. 36.

¹⁵⁴ Se Bernitz, U, (2008), s. 86 angående fallets prejudiciella betydelse för regler om tolkning av standardavtal.

¹⁵⁵ Adlercreutz, A, Gorton, L, II, s. 120.

¹⁵⁶ Se avsnitt 3.3.2.3.

¹⁵⁷ Se skiljedomen, s. 40.

så som hävning och avhjälpande på säljarens bekostnad.¹⁵⁸ Det anförda kan sägas tala för att HD ansåg att kraven på den friskrivne parten inte urholkades.

Betydelsen av alternativa metoder för att begränsa risker för en ansvarsbegränsnings räckvidd borde gälla för alla andra avtalstyper. Både rättsekonomiska och mer rättvisebaserade argument kan anföras till stöd för denna uppfattning. Med ett rättsekonomiskt synsätt leder tydliga avtal till effektiva resursfördelningar genom att bägge parter kan förutse vilka risker som åläggs dem genom avtalets utformning och därmed kan de vidta lämpliga åtgärder för att förebygga dessa. Sett med rättviseglasögon leder tydliga avtal till ökade möjligheter för bägge parter att bedöma avtalets risker under i möjligaste mån samma förutsättningar. Jag kan inte se varför dessa argument enbart skulle göra sig gällande i rådgivningsavtal eller andra liknande avtal av uppdragskaraktär. Vad som däremot kan anföras är att det, beroende på avtalstyp, bör kunna ställas mer eller mindre höga krav i fråga om avtalets precisering. Detta bör i sin tur påverka vilken betydelse denna omständighet bör tillmätas i en oskälighetsbedömning. I de fall där naturagäldenären anses ha ett särskilt stort behov av att skydda sig från risken för omfattande skadeståndsansvar bör det, enligt min uppfattning, ställas högre krav på att avtalets förutsättningar och begränsningar preciseras. Rådgivningsavtal tillhör, som ovan framförts, denna kategori av avtal.

Enligt Kleineman bör det ställas krav på en uppdragstagare i ett rådgivningsavtal i fråga om att precisera ”omfattningen av dennes uppdrag, hur han gått tillväga för att genomföra detsamma, samt även en beskrivning av dess syfte och därmed ett försök att fastställa dess användbarhet”.¹⁵⁹ Anledningen till att dessa krav bör ställas tycks, mot bakgrund av domskälen i KPMG-domen, vara att syftet med avtalet annars går förlorat då uppdragsgivaren annars förtas möjligheten att dra rimliga slutsatser utifrån det som förmedlas.¹⁶⁰ Av denna anledning bör det å ena sidan läggas särskilt stort ansvar på uppdragstagaren i fråga om att tydliggöra avtalets förutsättningar och begränsningar i rådgivningsavtal. Följaktligen bör brister i detta avseende tillmätas särskilt stor betydelse i en oskälighetsbedömning. Å andra sidan är utformandet av rådgivningsuppdraget ofta präglad av uppdragsgivarens specifika instruktioner. Detta skulle kunna vara en omständighet som minskar uppdragstagarens ansvar för avtalets utformande. Vilket ansvar som läggs på uppdragstagaren respektive uppdragsgivaren beror på omständigheterna i det enskilda fallet. En utgångspunkt för denna bedömning kan, enligt min mening, vara huruvida avtalets syfte går förlorat på grund av bristande tydlighet i fråga om dess förutsättningar och begränsningar.

3.3.3.3 Sammanfattning

De rättskällor som ovan presenterats och analyserats får enligt min mening anses stödja skiljenämndens ståndpunkt om att en ansvarsbegränsnings skälighet bör påverkas av huruvida en riskbegränsning hade kunnat åstadkommas på annat sätt, exempelvis genom att uppdraget givits en tydligare precisering.

I doktrinen betonas vikten av att en uppdragstagare tydligt preciserar omfattningen av det uppdrag som denne påtar sig eftersom att detta leder till en för alla parter tydlig

¹⁵⁸ Se NJA 1979 s. 483, s. 514f.

¹⁵⁹ Kleineman, J, (1994/95), s. 703f.

¹⁶⁰ Se skiljedomen, s. 25, jfr. Kleineman, J (1994/95), s. 713.

ansvarsbegränsning. I detta sammanhang poängteras betydelsen av att uppdraget i sig och förekommande ansvarsbegränsning definieras tydligt för att åstadkomma en effektiv riskfördelning. Om ett avtals omfattning bedöms som otydligt och detta är förenat med en global ansvarsbegränsning är det något som enligt de ovan refererade författarna talar emot det begränsade ansvarets upprätthållande. Även enligt praxis tycks avtalets precisering ha haft stor betydelse för huruvida den skadevållande parten åstadkommit en effektiv och skälig ansvarsbegränsning. Detta resonemang tydliggör också vad som tidigare förespråkats om att en ansvarsbegränsning bör skapa förutsebarhet för bägge parterna. I den mån ena parten förtas möjligheten att förutse och bedöma vissa av avtalets risker och motparten samtidigt tillåts friskriva sig från ansvar för ifrågavarande risker kan det leda till en obalans i avtalet som enligt doktrin och praxis inte kan anses rättfärdigad.

Frågan är dock vem som bär ansvaret för att uppdraget blir tydligt preciserat. Enligt skiljenämnden i KPMG- domen var det KPMG som i egenskap av professionsaktör bar ansvaret för uppdraget gavs en tydligare precisering, särskilt då KPMG:s uppfattning inte hade stöd i avtalet. Frågan om vem som bär ansvaret för avtalets utformande kan inte närmre utredas här. För det fallet att den part som utformat avtalet också är den som frias från ansvar genom en ansvarsbegränsning bör brister i avtalets utformande kunna beaktas inom ramen för en oskälighetsbedömning.

Ett annat problem som uppstår i diskussioner om krav på tydligt utformade avtal är vilka krav som bör ställas i det enskilda fallet. Då avtals utformande medför transaktionskostnader¹⁶¹ och att alltför omfattande arbete med att utforma avtal därför inte i alla lägen framstår som effektivt eller motiverat kan troligtvis inte alltför långtgående krav ställas på avtalskrivarna.¹⁶² En bedömning får troligtvis göras från fall till fall. Möjligtvis kan det i denna bedömning beaktas hur komplicerat avtalsobjektet är och huruvida naturagäldenären har utnyttjat ett övertag i informationshänseende vid avtalets utformande.

3.3.4 Rimliga krav på uppdragstagarens tecknande av ansvarsförsäkring

3.3.4.1 Domskäl

I sin bedömning av huruvida ansvarsbegränsningen var befogad tog skiljenämnden även hänsyn till att en professionsaktör har ett befogat intresse av att ”skydda sig mot anspråk av en sådan storleksordning att ett försäkringsskydd, om det ens går att åstadkomma, inte framstår som motiverat med hänsyn till kostnaden eller till den normala verksamhetsomfattningen”.¹⁶³

3.3.4.2 Analys

Skiljenämnden ansåg att den avtalade ansvarsbegränsningen på cirka 800 000 kronor var satt till en nivå som inte ens var i närheten av KPMG:s naturliga nivå på skydd

¹⁶¹ Med transaktionskostnader avses sökkostnader, kostnader för att genomföra förhandlingar, skriva och utforma avtalet samt kostnader för att kontrollera att avtalet fullföljs, se Skogh, G, s. 25.

¹⁶² Skogh, G, s. 25f.

¹⁶³ Se skiljedomen, s. 39.

genom ansvarsförsäkring.¹⁶⁴ Även av denna anledning ansåg skiljenämnden att ansvarsbegränsningen i fråga inte var rimlig.

Vilken betydelse möjligheterna till, eller förekomsten av, försäkringar bör ha vid skadeståndsbedömningar generellt är omdiskuterad. Frågan bottenar bland annat i den grundläggande skadeståndsrättsliga diskussionen om vilken funktion skadeståndet bör fylla, den preventiva eller den reparativa, och vilka effekter förekomsten av försäkring får på framförallt den preventiva effekten. För det fall att ansvarsförsäkringen ges betydelse vid en skadeståndsbedömning menar vissa författare att det hämmar skadeståndets preventiva effekt eftersom att den sänker kraven på naturagäldenärens prestation.¹⁶⁵

Förekomsten av, och möjligheten till att teckna, försäkringar är en omständighet som lyfts fram i Generalklausulutredningen och som enligt denna bör påverka bedömningen av en ansvarsbegränsnings skälighet. Särskilt gäller detta den skadeståndsskyldiges möjligheter att täcka skadeståndet genom ansvarsförsäkring.¹⁶⁶

Enligt Bertil Bengtsson är det sällan som frågan om ansvarsförsäkringens betydelse för skadestånd i kontraktsförhållanden berörs i doktrin och praxis. I de flesta fall när så görs sker det endast översiktligt.¹⁶⁷ Bengtsson drar slutsatsen att försäkringsargumentet enligt gällande rätt inte spelar någon väsentlig roll i detta sammanhang, i vart fall inte sett till HD:s inställning. Detta är enligt Bengtsson anmärkningsvärt med hänsyn till ansvarsförsäkringens ökade utbredning. Av bland annat denna anledning menar Bengtsson att frågan om ansvarsförsäkringens betydelse för skadeståndsfrågor bör bli föremål för större debatt.¹⁶⁸ Vidare anser Bengtsson att ”när det gäller utformningen av skadeståndsansvaret i kontraktsförhållanden kan det inte sakna betydelse om det finns praktiska möjligheter att försäkra det, samspelet med avtalsvillkoren kan komplicera förhållandet, men man kan inte gärna bortse från frågan”.¹⁶⁹ Vad Bengtsson här anför kan tolkas som att vid en bedömning av skadeståndets omfattning i kontraktsförhållanden bör ansvarsförsäkringen få betydelse rent generellt.

Jan Kleineman anser att användningen av försäkringsmöjligheter generellt är ett bättre sätt att begränsa sitt ansvar än genom olika ansvarsbegränsande klausuler. I bedömningen av vad som är ett skäligt skadestånd bör därför enligt Kleineman beaktas inte bara vilken ansvarsförsäkring skadevällaren har utan även vilka försäkringsmöjligheter denne har haft. I detta ingår att beakta vilken möjlighet skadevällaren haft att överblicka sitt försäkringsbehov och där Kleineman, med hänvisning till Bengtsson, menar att det ställs högre krav på större företags förmåga i detta avseende.¹⁷⁰ För vissa yrkesgrupper gäller ett krav på tecknande av en

¹⁶⁴ Enligt Christina Ramberg var det oklart i målet hur stor ansvarsförsäkring KPMG hade och vad konsulter i branschen har, men enligt henne är 500 miljoner en rimlig nivå på ansvarsförsäkring för konsulter som KPMG, se Ramberg, C, (2010/11), s. 930.

¹⁶⁵ Se Bengtsson, B, (2012), särskilt s. 67ff, där han redogör för denna diskussion.

¹⁶⁶ SOU 1974:83, s. 183.

¹⁶⁷ Bengtsson, B, (2012), s. 59, 79.

¹⁶⁸ Bengtsson, B, (2012), s. 72-79.

¹⁶⁹ Bengtsson, B, (2012), s. 79.

¹⁷⁰ Kleineman, J, (1998), s. 205f.

ansvarsförsäkring såsom advokater, revisorer och mäklare.¹⁷¹ För dessa grupper kan det enligt Kleineman antas att åtminstone de främsta i respektive bransch har ansvarsförsäkringar som motsvarar det bästa som marknaden har att erbjuda. Förekomsten av sådan försäkring medför, enligt Kleineman, att det i princip inte finns någon anledning att jämka det ansvar som åläggs professionsaktören.¹⁷² Kleinemans uttalande skulle kunna tolkas som att parter inte heller bör avtala bort sitt ansvar genom ansvarsbegränsningsklausuler i den mån ansvaret i själva verket täcks av förekommande ansvarsförsäkring. Kleinemans synsätt, att även försäkringsmöjligheter bör få betydelse, skulle dock, enligt min uppfattning, leda till att domstolen ställer ett indirekt krav på företag att fullt ut utnyttja dess försäkringsmöjligheter. Detta framstår som ett något långtgående och ingripande krav.

Christina Ramberg instämmer med skiljenämnden i KPMG-domen och anser att försäkringsfrågan är en viktig faktor för att bedöma skäligheten av en ansvarsbegränsningsnivå. Ramberg framhåller dock att frågan om vilken betydelse en ansvarsförsäkring bör få i en oskälighetsbedömning av en ansvarsbegränsningsklausul inte är klarlagd i varken lag eller rättspraxis.¹⁷³ Även Harald Ullman menar att det är osäkert vad som gäller enligt svensk rätt i fråga om ”avtalsparters försäkringsskydd eller avsaknad av försäkringsskydd medför jämkning av en avtalad ansvarsfriskrivning eller annan ansvarsregel”.¹⁷⁴ Jan och Christina Ramberg framhåller i ett annat sammanhang att för de fallen då parterna valt att kanalisera ansvaret till en av parterna genom försäkring är det en omständighet som bör medföra att en ansvarsbegränsning står sig, även vid förekomsten av grov vårdslöshet.¹⁷⁵

Torsten Lundmark anser att möjligheten för avtalsparter att skydda sig från skadeståndsanspråk genom försäkring bör påverka oskälighetsbedömningen av en ansvarsbegränsningsklausul.¹⁷⁶

Trots den prejudikatstorka som råder avseende betydelsen av ansvarsförsäkringar som Bengtsson påpekat finns det åtminstone två rättsfall där HD beaktat försäkringsfrågan i sin oskälighetsbedömning enligt 36 § AvtL. I det redan nämnda Bergman & Bevingfallet påpekade HD att ett väsentligt skäl till att begränsa säljarens ansvar, och därmed ett skäl för att upprätthålla en avtalad ansvarsbegränsning, var om köparen (skadelidande) hade större möjligheter att genom försäkring skydda sig mot de förluster som friskrivningen tog sikte på.¹⁷⁷ I NJA 1998 s. 390, ”Diamantfallet”, konstaterade HD att ”försäkrings- och kanaliseringssynpunkter” skulle kunna medföra en ansvarsförskjutning till den skadevällande partens förmån. Dock ansåg HD att försäkring på den skadelidandes sida trots allt inte vägde upp det oskäligen i att tillåta en ansvarsbegränsning på den skadevällande partens sida med hänsyn till att skadan var orsakad genom uppsåtligt handlande.^{178 179}

¹⁷¹ Se ”Vägledande regler om god advokatsed”, reviderad senast december 2012, s. 10, (hämtas på Advokatsamfundets hemsida), 27 § Revisorslag (2001:883), 6 § 2 p. Fastighetsmäklarlag (2011:666).

¹⁷² Kleineman, J, (1998), s. 205ff.

¹⁷³ Ramberg, C, (2010/11), s. 930f.

¹⁷⁴ Ullman, H, s. 216f.

¹⁷⁵ Ramberg, J & Ramberg, C, (2010), s. 215, jfr. Ramberg, J, (2007), s. 516.

¹⁷⁶ Lundmark, T, (1996), s. 115.

¹⁷⁷ Se NJA 1979 s. 483, s. 514, domen har dock kritiserats för att det i målet inte var utrett huruvida köparen hade möjlighet att försäkra sig mot risken.

¹⁷⁸ Se NJA 1998 s. 390, s. 398.

Förekomsten av ansvarsförsäkring är ett av argumenten som lyfts fram till stöd för att en jämkning av ett skadeståndsansvar enligt 6 kap. 2 § SKL inte bör förekomma, förutsatt att försäkringen täcker det uppkomna ansvaret.¹⁸⁰ ¹⁸¹ 6 kap. 2 § SKL skiljer sig dock från 36 § AvtL på olika sätt och en direkt parallell mellan lagrummen, med hänvisning till att de båda utgör jämningsbestämmelser låter sig troligtvis inte göras. SKL är dock tillämplig i kontraktsförhållanden, jfr. 1 kap 1 § SKL¹⁸², och en jämförelse görs därför här. I förarbetena till 6 kap 2 § SKL sägs att i den mån ett skadeståndsansvar täcks av en ansvarsförsäkring hos den skadeståndsskyldige kan ett skadestånd aldrig anses oskäligt betungande.¹⁸³ Att ge en ansvarsförsäkring samma avgörande betydelse vid en oskälighetsbedömning enligt 36 § AvtL framstår enligt min mening som en allt för snäv tillämpning av generalklausulen. Även Harald Ullman tycks vara av denna uppfattning.¹⁸⁴ En analogi från lagrummet kan dock anses stödja uppfattningen att förekomsten av en ansvarsförsäkring, som i det enskilda fallet täcker en uppkommen skada, bör kunna bidra till att bedöma en ansvarsbegränsningsklausul som oskälig enligt 36 § AvtL. I alla fall i de situationer då klausulen vida understiger det belopp som försäkringen täcker. Resonemanget kan anses få stöd hos Jan Hellner som, visserligen med hänvisning till 3 kap 6 § SKL, ansett att det skulle vara en orimlig tillämpning att först jämkna en avtalsbestämmelse med stöd av 36 § AvtL för att sedan modifiera resultatet med stöd av en annan jämningsbestämmelse.¹⁸⁵ Det framstår då som rimligare att beakta försäkringsförhållandena inom ramen för den första jämningsbedömningen med stöd av 36 § AvtL.

I KPMG-domen anförde skiljenämnden att rimliga krav på tecknande av försäkring skulle ställas på uppdragstagaren och att rimligheten fick bedömas utifrån kostnaden för försäkring eller till den normala verksamhetens omfattning.¹⁸⁶ Detta synsätt stämmer enligt min mening överens med vad Göran Skogh anser vara en lämplig riskfördelning avseende de risker som han kallar påverkbara¹⁸⁷. Enligt Skogh bör riskplaceringen avseende risker som ligger inom endera partens kontrollfär, påverkas av vilken av parterna som är bäst försäkringsgivare och vilken av parterna som har bäst förmåga att förhindra skadans uppkomst. Den som är bäst försäkringsgivare avgörs utifrån den av parterna som har möjlighet att till lägst kostnad försäkra sig mot risken, antingen genom försäkring eller genom ”självförsäkring”¹⁸⁸. Föreligger det konflikt mellan dessa två faktorer får de enligt Skogh vägas mot varandra.¹⁸⁹ Med Skoghs synsätt är KPMG, i den uppkomna situationen, att anse som den som borde bära risken eftersom KPMG haft bäst möjlighet att försäkra sig mot den uppkomna skadan och samtidigt varit den som

¹⁷⁹ Domen har kritiserats av Hellner, J, (1998/99), och Ramberg, J, (2007) för att HD förbigått betydelsen av försäkring.

¹⁸⁰ Bengtsson, B, Strömbäck, E, Zeteo online, Skadeståndslag (1972:207), 6 kap 2 §, kommentar 6:2.1, 6:2.2, version den 1 januari 2011 (fjärde uppl.).

¹⁸¹ Samma gäller ifråga om barns ansvar och psykiskt sjuka, se 2 kap 4, 5 §§, 3 kap. 6 § SKL.

¹⁸² Bernitz, U, (2008), s. 145, not 48.

¹⁸³ Prop. 1975:12, s. 176.

¹⁸⁴ Ullman, H, s. 216.

¹⁸⁵ Hellner, J, (1998/99), s. 158.

¹⁸⁶ Se skiljedomen s. 39.

¹⁸⁷ Se avsnitt 2.3.3.

¹⁸⁸ Företag av viss storlek eller viss struktur kan i förväg kalkylera med och sprida risker inom exempelvis en koncern eller på aktiemarknaden, se Göran Skogh, s. 31, detta kan också uttryckas som ett resultat av ”de stora talens lag”.

¹⁸⁹ Skogh, G, s. 33ff.

haft bäst möjlighet att förhindra skadans uppkomst. Detta genom att dels tydligt ange uppdragets ramar (se diskussion om andra metoder för ansvarsbegränsning ovan), dels utföra uppdraget i enlighet med avtalet. I fallet ansågs högre ansvarskrav kunna ställas på KPMG med hänsyn till att företaget, enligt skiljenämndens uppfattning, hade tillgång till betydligt mer omfattande skydd genom ansvarsförsäkring. Detta kan enligt min mening tolkas som att skiljenämnden bedömt ansvarsbegränsningen oskälig då den i praktiken fick som konsekvens att den minskade incitamenten för KPMG att förebygga den risk som företaget dels hade bäst möjligheter att kontrollera, dels hade skydd mot i form av en ansvarsförsäkring.

En annan tolkning kan vara att skiljenämnden sett det som orimligt att Profilgruppen skulle betala ett pris för en tjänst, vilket eventuellt påverkats av KPMG:s premie för ansvarsförsäkringen, utan att kunna få ta del av det skydd som ansvarsförsäkringen syftade till att ge.¹⁹⁰ Mot detta kan ställas frågan om premien de facto påverkat KPMG:s prissättning generellt och om tillgången till ansvarsförsäkring vid eventuella prissförhandlingar överhuvudtaget påverkat parterna. Skulle Profilgruppen ha förhandlat till sig ett förmånligt pris kan det kanske antas att avståendet från möjligheten att tillgodogöra sig skyddet av KPMG:s ansvarsförsäkring varit en bidragande orsak. Den avtalade ansvarsbegränsningen ger då uttryck för att Profilgruppen accepterat ett begränsat skydd i utbyte mot ett lågt pris, och försäkringsförhållandena bör i ett sådant fall inte påverka oskälighetsbedömningen. Detta hypotetiska resonemang förutsätter dock att parterna fört aktiva förhandlingar och medvetet tagit ställning till både premier och ansvarsskydd i förhållande till pris. Som i tidigare avsnitt diskuterats är ytterligare en förutsättning att bägge parter haft tillräcklig information och kunskap för att kunna aktivt beakta dessa omständigheter. Det kan troligtvis ifrågasättas huruvida en sådan medvetenhet har präglat avtalsförhandlingarna, särskilt med hänsyn till att ansvarsbegränsningen i fråga var intagen i KPMG:s allmänna bestämmelser. En praktiskt viktig fråga i detta sammanhang är vem som bär ansvaret för att dessa frågor blir utredda och vilka beviskrav som bör ställas. Det har inte funnits utrymme för att utreda dessa frågor här.

Inom vissa yrkesgrupper har ansvarsförsäkringen såpass stor betydelse för skadestandsfrågan att den har blivit föremål för lagstiftning. De yrkesgrupper som ovan nämnts är alla att hänföra till kategorin tjänsteleverantörer. Behovet av ansvarsförsäkring för dessa yrken har ansetts nödvändig med hänvisning till behovet av skydd för uppdragsgivaren och då särskilt till skydd för konsumenter.¹⁹¹ Frågan är om, och i så fall vilken, betydelse ansvarsförsäkringsfrågan bör tillmätas för en avtalad ansvarsbegränsning i andra typer av avtal. Enligt Generalklausulutredningen är det svårt att avgöra när en ansvarsbegränsningsklausul bör bedömas som oskälig och därför åsidosättas eller jämkas. Dock sägs att vid en sådan bedömning kan den särskilda lagstiftning som finns på vissa områden beaktas och då i synnerhet de ändamålsöverväganden som ligger bakom lagstiftningen.¹⁹² Det finns inte utrymme för att i denna uppsats närmre utreda vilka skäl och ändamålsöverväganden som ligger bakom den lagstiftning där tvingande regler ålägger vissa professionsaktörer en skyldighet att teckna ansvarsförsäkringar. Dock kan konstateras att i den mån dessa ändamålsöverväganden gör sig gällande även för andra avtalstypers del kan det utgöra

¹⁹⁰ Jfr. Bengtsson, B, (2012), s. 74.

¹⁹¹ Prop. 1984/84:16, s. 10, prop. 1994/95:14, s. 33-37.

¹⁹² SOU 1974:83, s. 183.

ett argument till stöd för att förekomsten av, och möjligheten till, ansvarsförsäkring bör vara en omständighet som kan beaktas vid en oskälighetsbedömning av en ansvarsbegränsning. Den omständigheten att det i förarbetena till 36 § AvtL sägs att försäkringar bör få betydelse för oskälighetsbedömningen av en ansvarsbegränsning, utan att koppla detta uttalande till en särskild avtalstyp, talar också för att ansvarsförsäkringsfrågan bör kunna ingå i oskälighetsbedömningen oavsett avtalstyp.

Enligt Bengtsson bör frågan om ansvarsförsäkringens betydelse för skadeståndsbedömningar aktualiseras i en mängd olika typer av avtal. Han nämner särskilt avtal om immateriella tjänster, upplevelsetjänster och olika arrangemang. Harald Ullman tycks vara av den uppfattningen att när det gäller att avgöra frågan om försäkringens betydelse för avtalade ansvarsbegränsningar finns det inga generella svar. Istället får man se till varje bransch och den försäkringspraxis som finns där samt de i branschen vanligt förekommande riskerna för att avgöra vilka försäkringskrav som kan ställas på parterna i ett avtal.¹⁹³

3.3.4.3 Sammanfattning

Utifrån den lagstiftning och doktrin, samt i viss mån den praxis, som har redovisats här, och de resonemang som förts utifrån dessa rättskällor, anser jag att det finns stöd i gällande rätt för att förekomsten av, och möjligheten till, ansvarsförsäkring bör kunna få betydelse vid en oskälighetsbedömning av en ansvarsbegränsningsklausul. Enligt min uppfattning framstår det dock som ett långtgående ingripande från domstolens sida att beakta försäkringsmöjligheter då detta ställer ett indirekt krav på företag att fullt ut utnyttja tillgängliga försäkringar.¹⁹⁴ I förlängningen skulle detta också leda till att det blir försäkringsbranschen som sätter gränsen för vad som är skäligt eller ej, något som kan ifrågasättas ur lämplighetshänseende. Dessa omständigheter talar enligt min mening för att det är de faktiska försäkringsförhållandena som ska beaktas inom ramen för oskälighetsbedömningen.

Det är inte min uppfattning att försäkringsförhållandena bör beaktas generellt i alla situationer och för alla avtalstyper. En bedömning får göras från fall till fall. Vilken betydelse ansvarsförsäkringen bör få i det enskilda fallet är, som Christina Ramberg påpekat, således oklart och har inte utretts här. Vissa omständigheter bör dock kunna tjäna som utgångspunkter för denna bedömning. Den skadevållande partens faktiska försäkringsförhållanden bör rimligtvis utredas. I den mån den skadevållande parten har tillgång till skydd via ansvarsförsäkring som vida överstiger den avtalade ansvarsbegränsningen är detta en omständighet som, i likhet med jämningsbedömningen enligt 6 kap 2 § SKL, bör påverka en oskälighetsbedömning enligt 36 § AvtL. För det fall att även försäkringsmöjligheter ska beaktas bör en domstol, i sin bedömning av vilka krav som kan ställas på den skadevållande parten i försäkringshänseende, utgå från den för avtalstypen rådande branschpraxisen vad gäller tillgången, och den normala nivån, på försäkringsskydd.¹⁹⁵ Detta bör följaktligen innebära att försäkringsförhållandenas betydelse för oskälighetsbedömningen bör

¹⁹³ Ullman, H, s. 217.

¹⁹⁴ Här kan också tilläggas att det inte råder kontraheringsplikt på företagsförsäkringssidan.

¹⁹⁵ Frågor om vem som bör bära ansvaret för att försäkringsförhållandena blir utredda är av processrättslig karaktär. Denna typ av frågeställningar är uteslutna från denna undersökning och utreds därför inte närmre här.

variera beroende på avtalstypen i fråga. En ytterligare aspekt som har betydelse för huruvida försäkringsfrågan bör tillmätas någon betydelse i en oskälighetsbedömning är, enligt min uppfattning, huruvida parterna aktivt beaktat försäkringsförhållandena vid utformandet av avtalet.

3.3.5 Uppdragsgivarens möjlighet att skydda sig genom exempelvis försäkring

3.3.5.1 Domskäl

I sin riskavvägning beaktade skiljenämnden i KPMG-domen även ”uppdragsgivarens möjligheter att skydda sig mot sådan skada som föranlett det ifrågavarande anspråket, t.ex. genom att teckna försäkring”.¹⁹⁶

3.3.5.2 Analys

Skiljenämnden ansåg att KPMG, som enligt skiljenämnden själv hade möjlighet att skydda sig genom ansvarsförsäkring, genom sitt agerande betagit Profilgruppen möjligheten att skydda sig mot den ifrågavarande riskens följder. Skiljenämnden syftar troligtvis i detta sammanhang på den omständigheten att KPMG, genom att inte tydliggöra uppdragets förutsättningar och begränsningar, skapat en för Profilgruppen ”dold dissens i en viktig del av avtalet vilket lett till att Profilgruppen tagit en för dem okänd risk när de baserade sitt beslut om att förvärva målbolaget på KPMG:s rapport”.¹⁹⁷

Som framgått i föregående avsnitt beaktade HD köparens försäkringsmöjligheter i Bergman & Bevingfallet. HD konstaterade att köparen hade bättre möjligheter att genom försäkring skydda sig mot de förluster som friskrivningsklausulen tog sikte på. Detta ansågs utgöra skäl för att begränsa säljarens ansvar i förhållande till den inträffade skadan. I Diamantfallet utgjorde däremot förekomsten av försäkring på den skadelidandes sida inte skäl nog att tillåta en avtalad ansvarsbegränsning.¹⁹⁸

Enligt Torsten Lundmark borde köparens avsaknad av försäkringsmöjligheter vara en faktor som påverkar bedömningen av en ansvarsbegränsnings skälighet.¹⁹⁹ Detta anser jag talar för skiljenämndens hänsynstagande till den skadelidandes försäkringsmöjligheter i sin bedömning av ansvarsbegränsningen.

När det gäller att bedöma uppdragsgivarens möjligheter att skydda sig genom exempelvis försäkring tycks skiljenämnden i KPMG-domen beaktat, inte bara huruvida uppdragsgivaren generellt haft möjlighet att skydda sig från den uppkomna skadan, utan huruvida denne de facto haft en sådan möjlighet. Skiljenämnden tycks ha ansett att Profilgruppen inte haft en sådan möjlighet eftersom att företaget, på grund av KPMG:s handlande, inte insett att det bar ansvaret för den ifrågavarande risken och därför bort skydda sig från denna. Enligt Harald Ullman kan det eventuellt tänkas, för det fallet att uppdragsgivaren inte tecknat försäkring och uppdragstagaren bort upplysa denne om

¹⁹⁶ Se skiljedomen, s. 39.

¹⁹⁷ Se skiljedomen s. 41f.

¹⁹⁸ Se avsnitt 3.3.4.2.

¹⁹⁹ Lundmark, T, (1996), s. 208ff.

försäkringsbehovet, att en avtalad ansvarsbegränsning kan komma att underkännas.²⁰⁰ Mot detta synsätt kan anföras att det inte råder kontraheringsplikt i kommersiella försäkringsförhållanden varför det kan bli problematiskt att lägga ansvaret på uppdragstagaren för att denne brustit i en sådan informationsplikt. Denna omständighet talar för att det är de faktiska försäkringsförhållandena som bör tillmätas betydelse.

När det gäller att bedöma möjligheten för ”motparten” till den part som friskrivit sig att skydda sig från vissa risker med avtalet tycks det vidare som att skiljenämnden ansett att inte bara försäkringsmöjligheter ska beaktas utan även tillgången till andra skyddsmöjligheter.²⁰¹ Vilka dessa andra åtgärder är får antagligen bedömas från fall till fall och framförallt beroende på avtalstypen ifråga. För Profilgruppens del hade en sådan annan åtgärd varit att själv utreda de förhållanden som, om KPMG:s uppfattning om avtalets omfattning varit riktig, föll utanför KPMG:s utredningsuppdrag.

Enligt min mening bör även de argument som i föregående avsnitt anförts till stöd för att försäkringsmöjligheterna på den friskrivne partens sida kunna anföras till stöd för den omständigheten att skiljenämnden i sin oskälighetsbedömning beaktat försäkrings- och skyddsmöjligheterna på den skadelidandes sida.²⁰² Följaktligen får en bedömning göras utifrån den skadelidandes faktiska försäkrings- och skyddsmöjligheter i den enskilda avtalssituationen men också utifrån tillgången på skydds- och försäkringsmöjligheter i branschen.

3.3.5.3 Sammanfattning

Av det anförda dras slutsatsen att skiljenämndens ståndpunkt, om att uppdragsgivarens skydds- och försäkringsmöjligheter bör beaktas inom ramen för en oskälighetsbedömning, vinner stöd i gällande rätt. Enligt min tolkning bör bedömningen omfatta dels vilka krav som kan ställas på skadelidande generellt vad gäller exempelvis tecknande av försäkring, dels om den skadelidande har haft en faktisk möjlighet att vidta skyddsåtgärder i den enskilda situationen.²⁰³ Detta är till exempel inte möjligt om den skadelidande i fråga inte bort inse att denne bar den risk som en ansvarsbegränsning övervältrade på denne så som var fallet i KPMG-domen.

Detta kan sägas knyter an till vad jag tidigare förespråkade om behovet av att bägge parter ges en möjlighet att förutse de risker som avtalet innebär för dessa för att på så vis ska kunna vidta riskförebyggande åtgärder. Saknas möjlighet till sådan förutsebarhet borde det heller inte kunna medföra att parten i fråga ska drabbas av riskens konsekvenser med hänvisning till att denne inte vidtagit riskförebyggande åtgärder. Särskilt inte som i KPMG-domen, då den friskrivne parten är den som har bäst möjlighet att förebygga riskens inträffande samt att försäkra sig mot dess konsekvenser.

²⁰⁰ Ullman, H, s. 215.

²⁰¹ Se skiljedomen, s. 40.

²⁰² Se avsnitt 3.3.4.2.

²⁰³ Frågan om hur, och av vem, dessa förhållanden bör utredas är av processrättslig karaktär och kommer därför inte att besvaras i denna undersökning.

3.3.6 Kontraktsbrottets karaktär

3.3.6.1 Domskäl

Ytterligare en omständighet som skiljenämnden i KPMG-domen beaktade i sin oskälighetsbedömning var ”skyddsändamålet med den åsidosatta normen liksom normens rättsliga fundament och karaktär”. Det var enligt skiljenämnden relevant att beakta ”om en skada beror på att uppdragstagaren inte fullgjort ett centralt åtagande (underlåtenheten må vara oavsiktlig sålunda att den beror på ett förbiseende) eller om det rört sig om en på allmänna lojalitetsgrundsatser vilande förpliktelse av mer perifer natur”.²⁰⁴

3.3.6.2 Analys

Skiljenämnden menade att den underlåtenheten som ansågs ligga KPMG till last, att inte redogöra för och utvärdera vissa förhållanden angående målbolagets åtaganden gentemot ett dotterbolag, låg i uppdragets kärnområde. Underlåtenheten var direkt kopplad till uppdragsförhållandets grundläggande syfte. Enligt skiljenämnden har en uppdragstagare inte något befogat behov av att ansvarsbegränsa sig från den typen av underlåtenhet. Det saknade betydelse att uppdragstagaren hade missuppfattat vad uppdraget omfattade.²⁰⁵

Skiljenämndens domskäl kan sägas ge uttryck för vad Torsten Lundmark kallar en ”civilrättslig proportionalitetsprincip”. Denna innebär att kontraktsbrottet och dess påföljd ”bör stå i rimligt förhållande till varandra”.²⁰⁶ I den mån en ansvarsbegränsning orsakar en diskrepans mellan dessa kan det vara en omständighet som bör beaktas inom ramen för en oskälighetsbedömning.²⁰⁷

Lundmarks princip och skiljenämndens beaktande av kontraktsbrottets karaktär knyter även an till den diskussion som förts ovan om att en friskrivning bör bedömas som oskälig när den leder till att kraven på naturagäldenärens prestation urholkas.²⁰⁸ Utifrån denna ståndpunkt skulle slutsatsen kunna dras att när det rör sig om kontraktsbrott riktade mot mindre centrala delar av uppdraget rubbas inte balansen nödvändigtvis i samma utsträckning som vid kontraktsbrott riktade mot uppdragets grundläggande delar. Inte heller bör det då framstå som motiverat att naturagäldenären bär ett ansvar för omfattande skador vilka är ett resultat av kontraktsbrott av mindre allvarligt slag. Detta skulle nämligen kunna sägas leda till den omvända situationen, att kraven på naturagäldenären blir ur ett både ekonomiskt och rättvisebaserat synsätt omotiverat högt ställda vilket rubbar balansen i avtalet i omvänd riktning. Skadevällaren har därför, som ovan konstaterats, ett befogat intresse av att skydda sig mot denna typ av kontraktsbrott.²⁰⁹ Eller som skiljenämnden uttryckte det så är det befogat för en uppdragstagare att skydda sig mot konsekvenserna av ”mindre förbiseenden och misstag

²⁰⁴ Se skiljedomen s. 39.

²⁰⁵ Se skiljedomen s. 39f.

²⁰⁶ Som exempel på detta kan hänvisas till att hävning av ett avtal förutsätter ett väsentligt kontraktsbrott. Hävning utgör en långtgående påföljd och bör som sådan stå i rimlig proportion till kontraktsbrottet, jfr. 25, 39 §§ KöpL.

²⁰⁷ Lundmark, T, (1996), s. 199.

²⁰⁸ Se avsnitt 3.3.3.2.

²⁰⁹ Se avsnitt 3.3.2.2.

vilka har ett naturligt samband med verksamheten”. Skiljenämnden ansåg också att en ansvarsbegränsning kan vara rimlig beträffande en viss skada men orimlig i förhållande till en annan skada.²¹⁰

Det kan diskuteras om inte skiljenämndens här intagna ståndpunkt, att det har betydelse för oskälighetsbedömningen huruvida ”uppdragstagaren inte fullgjort ett centralt åtagande” egentligen är ett annat sätt att uttrycka att kontraktsbrottet är att likna vid ett grovt vårdslöst handlande. Om så är fallet skulle det eventuellt kunna tolkas som att skiljenämnden i slutändan fäst stor vikt vid graden av vårdslöshet som ligger skadevällaren till last. Dock kvarstår den omständigheten att skiljenämnden i domskälen uttryckligen säger sig inte vilja ge graden av culpa en avgörande betydelse för frågan om ansvarsbegränsningens upprätthållande. Jag drar därför slutsatsen att i den mån den skadelidande hade blivit kompenserad genom exempelvis försäkringsskydd hade ansvarsbegränsningen eventuellt kunnat anses skälig trots att skiljenämnden menat att kontraktsbrottet inneburit ett grovt vårdslöst åsidosättande av avtalets förpliktelser.²¹¹

Att skiljenämnden i sin oskälighetsbedömning beaktar vilken karaktär kontraktsbrottet har borde vara en omständighet som har relevans för en oskälighetsbedömning oavsett avtalstyp. Särskilt om detta är ett annat sätt, eller ett kringgående av, att bedöma graden av vårdslöshet som ligger skadevällaren till last.

3.3.6.3 Sammanfattning

Att kontraktsbrottets karaktär bör ingå i en oskälighetsbedömning av en ansvarsbegränsning framstår enligt min mening som dels förenligt med gällande rätt, dels som en viktig omständighet för att avgöra huruvida det uppstår en obalans i avtalsförhållandet med anledning av kontraktsbrottet i fråga. Obalans i avtalsförhållandet uppkommer nämligen då en ansvarsbegränsning medför att kraven på en naturagäldenärs prestation urholkas. Då ett kontraktsbrott tar sikte på mer centrala delar av avtalet innebär det rimligtvis större konsekvenser för den skadelidande. Följaktligen uppstår det då en större diskrepans mellan en ansvarsbegränsning och den skada som den skadelidande åsamkats. Diskrepansens storlek kan anses tala för att en ansvarsbegränsning är att bedöma som oskälig.

3.4 Omständigheternas betydelse för helhetsbedömningen

I detta kapitel har varje omständighet som skiljenämnden i KPMG-domen beaktade i sin oskälighetsbedömning analyserats var för sig. Det är svårt, och har inte varit uppsats syfte, att uttala sig om vilken betydelse de enskilda omständigheterna bör tillmätas för helhetsbedömningen. Frågan får, enligt min mening, besvaras utifrån förhållandena i varje enskilt fall. Skiljenämnden i KPMG-domen har, enligt min uppfattning, fäst stor vikt vid att avtalssituationen inte i tillräcklig mån möjliggjort för ”motparten” till den friskrivne parten att förutse de risker som ansvarsbegränsningen övervältrade på denne.

²¹⁰ Se skiljedomen, s. 40.

²¹¹ Här kan tilläggas att det i nedsättningsbedömningen i försäkringssammanhang som princip gäller att storleken på avdraget påverkas av huruvida försäkringstagaren åsidosatt ett centralt villkor eller om åsidosättandet tagit sikte på ett mindre viktigt villkor, jfr. 8 kap. 11 § FAL.

Detta har i sin tur lett till att ”motparten” tagit en för denne okänd risk och därmed förhindrats att skydda sig från risken i fråga. Den omständigheten att KPMG ansågs ha större möjligheter att skydda sig genom försäkring har enligt min tolkning av domskälen varit en förstärkande faktor i bedömningen av ansvarsbegränsningens oskälighet. Det har inte ingått i denna undersökning att diskutera det resultat som skiljenämnden kom fram till. De faktorer som beaktades i KPMG-domen, och som här analyserats, utgör inte en uttömmande uppräkningslista av relevanta omständigheter att beakta inom ramen för en riskavvägning.²¹² De särskilda omständigheterna i det enskilda fallet, och avtalstypen i fråga, avgör vad som kan ingå i en sådan riskavvägning.

3.5 Partsställningens betydelse för tillämpningen av 36 § AvtL

36 § AvtL syftar främst till att ge skydd åt konsumenter eller andra som befinner sig i underlägsen ställning genom att förhindra att obalansen i partsförhållandet leder till oskäliga avtalsvillkor till den underlägsne partens nackdel.²¹³ Enligt Dan Lindmark visar det tidigare diskuterade Bergman & Bevingfallet att en underlägsen ställning inte nödvändigtvis definieras utifrån parternas omsättningssiffror. Istället kan det handla om ett övertag i fråga om förhandlingsutrymme, vilket i och för sig kan vara en direkt konsekvens av företagets olika storlek. Förhandlingsutrymmets storlek kan enligt Lindmarks analys av rättsfallet också påverkas av avtalsförhållandets karaktär i sig samt huruvida avtalet är ett ensidigt eller gemensamt upprättat standardavtal där bägge parter intressen vägt in.²¹⁴ Skiljenämnden i KPMG-domen diskuterade inte direkt huruvida det förelåg en obalans i parternas styrkeförhållanden och som därmed påverkade oskälighetsbedömningen av den avtalade ansvarsbegränsningen. Dock säger skiljenämnden att det åvilar KPMG ett särskilt ansvar att klargöra avtalets innebörd med hänsyn till att KPMG:s ställning så som professionsaktör.²¹⁵ Detta skulle kunna vara ett annat sätt att uttrycka att Profilgruppen befinner sig i underlägsen ställning med hänsyn till att Profilgruppen haft sämre möjligheter att bedöma uppdragets omfattning. En annan, och kanske troligare, tolkning är att skiljenämnden bedömt parterna jämbördiga och därför inte beaktat frågan överhuvudtaget. Denna tolkning innebär, enligt min mening, att skiljenämndens domskäl kan anses illustrera vilka omständigheter en domstol kan beakta i en oskälighetsbedömning av en ansvarsbegränsning då parterna är jämsställda, i vart fall då de inte är att anse som icke jämsställda i den mening som avses i 36 § AvtL. KPMG-domen kan härmed anses tala för att en domstol bör kunna göra ingripanden i ett avtalsförhållande med stöd av 36 § AvtL trots att det inte råder någon obalans i partsställningen.

²¹² Se skiljedomen, s. 39.

²¹³ SOU 1974:83, s. 16, jfr. 2 st. 36 § AvtL.

²¹⁴ Lindmark, D, s. 285.

²¹⁵ Se skiljedomen s. 40.

3.6 Slutsatser om domens förenlighet med gällande rätt

För det första talar KPMG-domen för att graden av vårdslöshet inte per automatik bör vara avgörande för en ansvarsbegränsnings upprätthållande. I min analys har jag undersökt om skiljenämndens metod, att göra en riskavvägning baserad på helhetsbedömning av samtliga omständigheter, är förenlig med gällande rätt. Enligt vad jag funnit strider inte denna metod mot gällande rätt. Den vinner dock inte fullt ut stöd i rättskällorna. Anledningen till detta tycks vara att det framstår som främmande att inte låta graden av vårdslöshet vara avgörande för en ansvarsbegränsnings upprätthållande. Utifrån här beaktade rättskällor talar dock, enligt min mening, mycket för att en domstol bör ha möjlighet att jämka en avtalad ansvarsbegränsning oavsett graden av vårdslöshet. Graden av culpa bör därför ingå i en helhetsbedömning men inte ensamt vara avgörande för en ansvarsbegränsnings upprätthållande. Detta tillvägagångssätt lämpar sig dock inte, enligt vad jag funnit utrett, för alla kommersiella avtalstyper. I vissa fall hindrar tvingande lagstiftning att den tillämpas.

För det andra belyser KPMG-domen vilka omständigheter som en domstol kan beakta inom ramen för en oskälighetsbedömning enligt 36 § AvtL av en ansvarsbegränsning mellan två kommersiella aktörer. Dock utesluter domen inte att andra faktorer kan få betydelse i en sådan bedömning. De förhållanden som skiljenämnden tog fasta på är, enligt vad jag funnit, förenliga med gällande rätt och bör således kunna beaktas inom ramen för motsvarande bedömning i andra avtalstyper. Jag ställer mig dock kritisk mot att, i fråga om försäkringsförhållanden, betydelse för oskälighetsbedömningen, även försäkringsmöjligheter ska beaktas. Det har inte funnits utrymme att i uppsatsen fullt ut utreda huruvida omständigheterna i fråga inte bör tillmätas betydelse för en viss avtalstyp på grund av skillnader i förhållande till rådgivningsavtal, som KPMG-domen behandlade. Detta kan ses som en brist i undersökningen. Denna brist vägs i viss mån upp av det faktum att de i skiljedomen beaktade omständigheterna är av generell karaktär och inte, enligt min uppfattning, i avgörande mån särskilt förknippade med rådgivningsavtal.

4 En beskrivning av molntjänster

4.1 Inledning

I detta kapitel ges inledningsvis en översiktlig redogörelse för fenomenet molntjänster. Vidare ges en exemplifiering på ansvarsbegränsningar i avtal om molntjänster. Redogörelsen avser dock inte att ge en heltäckande bild av vare sig fenomenet molntjänster eller avtalstypens utformning utan syftar endast till att ge viss grundläggande förståelse för tjänsten. I kapitlet används begreppen leverantör och uppdragstagare synonymt och syftar på tillhandahållaren av molntjänsten. Detsamma gäller kund och uppdragsgivare som syftar på användaren av molntjänsten.

4.2 Innebörden av molntjänst

4.2.1 Allmänt

Molntjänster är en form av leverans av IT-resurser som tillhandahålls kunder via internet. Det finns ingen enhetlig definition av fenomenet molntjänst då tjänsten varierar beroende på leverantör och användningsområde.²¹⁶ Genom användandet av molntjänster kan företag²¹⁷ förlägga hela eller delar av sin IT-verksamhet hos en molnleverantör.²¹⁸ Molntjänster kan därför sägas vara en form av outsourcing.²¹⁹ En skillnad mellan avtal om molntjänster och outsourcingavtal är dock att användaren av molntjänsten, till skillnad från en aktör som ”outsourcar” en del av sin verksamhet, sällan har vetskap eller kontroll över var de program eller data som placeras i molnet befinner sig rent fysiskt.²²⁰ En annan skillnad är att tjänsten ofta är standardiserad för att samma resurser ska kunna användas av flera kunder.²²¹ Exempel på tjänster som kan erhållas via ett moln är lagring av data, arbetsplatstjänster som ordbehandlingsprogram, affärssystem eller ekonomisystem.

4.2.2 Fördelar

För ett företag innebär användandet av molntjänster flera fördelar. Finansiella fördelar fås genom att ett företag slipper investera i egna IT-resurser i form av servrar, operativsystem eller program samt kostnaderna för drift och underhåll av IT-systemet.²²² Molntjänster medför också flexibilitet på så vis att företaget kan anpassa

²¹⁶ Hellström, R, (2011), s. 37, Christner, Edvardsson, s. 11.

²¹⁷ Molntjänster erbjuds även privatpersoner.

²¹⁸ Tjänstetyperna delas ofta in i tillhandahållande av program (SaaS), plattformar för att utveckla program på (PaaS), samt infrastrukturer (IaaS), se Hellström, R, (2011), s. 37, Christner, Edvardsson, s. 13f.

²¹⁹ Hellström, R, (2011), s. 40.

²²⁰ Hellström, R, (2011), s. 37.

²²¹ Hellström, R, (2011), s. 37.

²²² Priset för en molntjänst kan ligga runt 100-200 kronor per månad och användare, för en prisjämförelse se följande tjänster, Google Apps for Business, <<http://www.google.com/intl/sv/enterprise/apps/business/pricing.html>>, Microsoft 365, <<http://www.microsoft.com/sv-se/office365/compare-plans.aspx>> (2012-12-27).

användningen av molntjänsten efter behov. Således kan ett företag begränsa sina IT-kostnader då behovet av en viss molntjänst minskar, något som inte kan uppnås om ett företag har gjort egna IT-investeringar eftersom kostnaderna för dessa är de samma oavsett om resurserna utnyttjas eller inte.²²³

Andra fördelar som nämns vid marknadsföringen av molntjänster är säkerhet och effektivitet. Molnleverantörernas tekniska expertis och resurser medför, åtminstone enligt dem själva, säkrare IT-system- och hantering än vad de flesta företag på egen hand har kapacitet att åstadkomma. Effektiviteten består bland annat i att molntjänsten förenklar kommunikation och samarbete och därmed produktiviteten då ett företags IT-system kan nås från vilken plats som helst så länge det finns en nätverkstillgång.^{224 225}

4.2.3 Risker

Molnleverantörerna marknadsför molntjänster som ett säkert alternativ. Dock kvarstår de risker som hotar alla IT-system i form av hackers, virus, bristande internetuppkoppling och tekniska avbrott. Skulle molnleverantörens servrar eller internetkoppling sluta fungera innebär det att kunden inte kommer åt sina filer, system eller program som tillhandahålls genom molntjänsten.²²⁶ Kundens övertro på säkerheten i molntjänster och bristande kunskap om tjänsten utgör också en risk.²²⁷ Ett fall som visar på riskerna med molntjänster är IT-haveriet som drabbade IT-leverantören Tieto under 2011. Cirka 50 av Tietos kunder berördes, detta innebar att flertalet av kundernas verksamhet, däribland myndigheter och apotek, låg nere under en längre period. Även förlust av data drabbade flera av företagets kunder.²²⁸

I dessa situationer kan avtalen innebära en risk då många leverantörer av molntjänster begränsar sitt ansvar för bristande tillgänglighet och för förlust av data.²²⁹

4.3 Exempel på ansvarsbegränsningar i avtal om molntjänster

4.3.1 Cloud Computing version 2010

Standardavtalet Cloud Computing²³⁰ består av ”Allmänna bestämmelser Cloud Computing”, ”Särskilda bestämmelser för Leverantörens Applikation” samt ”Villkor Servicenivåer för Cloud Computing”. Enligt punkten 20.2 i ”Allmänna bestämmelser” är parts²³¹ skadeståndsansvar begränsat till ett belopp om sammanlagt 15 procent av årsavgiften för den berörda tjänsten per kalenderår för direkt skada förutom vid fall av

²²³ Christner, Edvardsson, s. 15, Wallström, M, (2012:1).

²²⁴ Söderlind, M, (2011), CIO Sweden, (2012:1).

²²⁵ <<http://www.google.com/intl/sv/enterprise/apps/business/benefits.html>>, <<http://www.microsoft.com/sv-se/office365/office-online-services.aspx>> (2012-12-27).

²²⁶ Appel, M, (2011).

²²⁷ CIO Sweden, (2012:2).

²²⁸ MSB, (2012), s. 7, 22.

²²⁹ Cloud Sweden (2011:2), s. 4, Sundkvist, F, (2011), Danielsson, L, (2012).

²³⁰ Standardavtalet är framtaget av IT&Telekomföretagen.

²³¹ Bestämmelsen är i denna del tillämplig på både leverantörens och kundens skadeståndsansvar.

grov vårdslöshet.²³² Vidare sägs att leverantören inte ansvarar för förlust av data utom i fråga om förlust som orsakats av leverantörens försumlighet att utföra säkerhetskopiering eller lagring enligt Specifikation för Tjänsten.²³³ Enligt punkten 19.2 kan parterna avtala om servicenivåer, dvs. avtala om i vilken utsträckning tjänsten ska vara tillgänglig. Detta kan förenas med prisavdrag eller vite vid bristande uppfyllelse av den avtalade servicenivån. Kunden har dock inte rätt till skadestånd eller annan ersättning. En avtalad servicenivå ses således inte som en garanti vars icke uppfyllande är skadestandsgrundande.²³⁴

4.3.2 Microsoft Office 365

Molntjänsten Microsoft Office 365 är en kontorslösning som tillhandahålls av företaget Microsoft samt dess återförsäljare, såsom Telia, till företagskunder via internet. Vid köp av tjänsten hos Telia gäller ”TeliAs Allmänna Villkor för elektroniska kommunikationstjänster till företag”.²³⁵ Enligt punkten 12 i Telias avtal utgår skadestånd för direkta skador orsakade av vårdslöshet. Ansvar per kalenderår är dock begränsat till ett belopp motsvarande 15 procent av den årliga fasta avgiften för tjänsten. Med den årliga fasta avgiften avses faktiska betalade avgifter för de senaste tolv månaderna. Skada på grund av förlust av data ger dock inte rätt till skadestånd. Begränsningen av skadestandsansvaret gäller inte vid fall av grov vårdslöshet eller uppsåt. Då leverantören inte når upp till de avtalade servicenivåerna enligt Servicenivåavtalet (SLA) gäller att kunden enbart kan få ersättning genom avdrag med viss procentsats på månadsavgiften.²³⁶

²³² Exempel på när grov vårdslöshet föreligger är enligt kommentaren till standardavtalen då leverantören bytt ut erfaren personal mot oerfaren personal, se Christner, Edvardsson, s. 102f.

²³³ Christner, Edvardsson, s. 102f.

²³⁴ Christner, Edvardsson, s. 86, 99.

²³⁵ Telia, Allmänna Bestämmelser, (2009).

²³⁶ Telia, Särskilda bestämmelser, (2009).

5 Ansvarsbegränsningar i molntjänstavtal i Ijuset av KPMG-domen

5.1 Inledning

I detta kapitel ska undersökas i vad mån de omständigheter som skiljenämnden i KPMG-domen beaktade i oskälighetsbedömningen av en ansvarsbegränsning kan tillämpas i motsvarande bedömning i avtal om molntjänster. Uppsatsen avser inte att besvara frågan vad som utgör en oskälighetsbegränsning i avtal om molntjänster. Undersökningen kommer i det följande utgå från hur en ansvarsbegränsning kan komma att bedömas i förhållande till risken för bristande tillgänglighet och förlust av data. Som synes ovan är ersättningsmöjligheterna för just dessa kontraktsbrott starkt begränsade.

5.2 Oskälighetsbedömning av ansvarsbegränsningar i molntjänstavtal

5.2.1 Utgångspunkten är en rimlig riskavvägning och inte graden av culpa

Avgörande för frågan om en ansvarsbegränsnings räckvidd är enligt skiljenämnden i KPMG-domen inte huruvida en skada orsakats genom grov vårdslöshet. Istället bör en värdering göras av vad som kan anses utgöra en rimlig riskavvägning utifrån en helhetsbedömning av samtliga omständigheter i fallet. Skiljenämnden motiverade detta synsätt med att det dels är oklart vad som faller in under begreppet grov vårdslöshet, dels med att resultatet leder till smidigare avvägningar av vad som utgör en rimlig riskfördelning i ett avtal.

Enligt min mening framstår det som lämpligare, att avgöra en ansvarsbegränsnings oskälighet genom en riskavvägning utifrån samtliga omständigheter istället för att avgöra oskäligheten utifrån graden av culpa, även i fråga om avtal om molntjänster. Min uppfattning grundar sig i att problematiken om var gränsen går mellan enkel respektive grov vårdslöshet även aktualiseras i avtal om molntjänster. En annan anledning är att ett och samma grovt vårdslösa handlande på molnleverantörens sida drabbar flertalet, om inte alla, leverantörens kunder simultant. En metod där ett grovt vårdslöst handlande ovillkorligen leder till en ansvarsbegränsnings åsidosättande skulle därmed kunna medföra oöverskådliga, och kanske förödande ekonomiska konsekvenser för leverantören.²³⁷ Som ovan diskuterats kan det ha varit så som skiljenämnden i KPMG-domen resonerade.²³⁸ I avtalsexemplen ovan görs det dock undantag från molnleverantörens begränsade ansvar vid fall av grov vårdslöshet. Kundens rätt till ersättning i andra fall är starkt begränsad.

²³⁷ Cloud Sweden (2011:2), s. 9.

²³⁸ Se avsnitt 3.3.1.2.

Om domstolen istället tillåts göra en riskavvägning utifrån en helhetsbedömning av varje enskild avtalsrelation skulle troligtvis rimligare resultat kunna uppnås.²³⁹ En ansvarsbegränsning borde, enligt min mening, sett till samtliga omständigheter kunna framstå som mer eller mindre oskäligen i olika avtalsförhållanden även om molnleverantören genom ett och samma grovt vårdslösa handlande orsakat kunderna skada. Jag kan tänka mig att vissa av en molnleverantörs kunder, med hänsyn till storlek och verksamhetstyp, har bättre skyddsmöjligheter än kunder av mindre storlek, både i fråga om försäkringsskydd men också andra skyddsåtgärder. Även den varierande grad av information och företagskompetens på det tekniska området som kundföretagen besitter borde kunna anföras till stöd för min uppfattning. Ett företag med kunskap och kompetens på det IT-tekniska området har bättre förutsättningar att förstå molnleverantörens verksamhet, samt tjänsten i fråga, och därmed att bedöma riskerna som är förenade med dessa och företa förebyggande åtgärder än ett företag där sådan kunskap och kompetens helt saknas.²⁴⁰ Dessa omständigheter borde enligt min mening kunna motivera att en domstol undviker att ge förekomsten av grov vårdslöshet en sådan ovillkorlig effekt att molnleverantören åläggs ett obegränsat skadeståndsansvar. En helhetsbedömning av samtliga omständigheter skulle också leda till att en kund får större möjligheter till rimlig ersättning än om graden av vårdslöshet får falla avgörandet för en ansvarsbegränsnings upprätthållande. En domstol bör således fokusera på att utreda det enskilda avtalsförhållandets riskfördelning, i likhet med skiljenämnden i KPMG-domen, och utifrån denna bedömning avgöra en ansvarsbegränsnings oskälighet och därmed om denna bör jämkas.

I exemplen på ansvarsbegränsningar ovan görs, som ovan nämnts, undantag från ansvarsbegränsningen vid fall av grov vårdslöshet. Enligt författarna till Cloud Computing utgör standardavtalet branschpraxis.²⁴¹ Det ska dock framhållas att den omständigheten att ett standardavtal har en utbredd användning inte nödvändigtvis medför att det utgör branschpraxis, samt att branschpraxis i sig inte behöver innebära att praxisen i fråga är lämplig.²⁴² Att standardavtalet, som påstås utgöra branschpraxis, medger full ersättning vid grov vårdslöshet bör därför inte hindra det resonemang jag fört ovan.

5.2.2 Uppdragstagares befogade intresse av skydd

Utgångspunkten för den riskavvägning som skiljenämnden i KPMG-domen företog ansågs vara att uppdragstagaren har ett befogat intresse av skydd mot vissa risker och kostnader som följer av enklare förbiseenden och misstag vilka utgör en naturlig del i aktörens verksamhet. Enligt min uppfattning tillhör avtal om molntjänster, i likhet med rådgivningsavtal, en typ av avtal där naturagäldenärens, molnleverantören, behov av skydd från vissa risker och kostnader är särskilt befogat. En anledning till detta är att en molnleverantörs tillhandahållande av tjänsten till sina kunder ofta sker genom ett och

²³⁹ En brist i detta resonemang är att detta visserligen kan leda till många tvister och många avtal att ta ställning till. Mot detta kan anföras att alla molnleverantörens kunder, med hänsyn till de omständigheter som framförts här, bör drabbas av skador av varierande storlek. Följaktligen borde inte samtliga avtal leda till tvist i fråga om omfattningen av molnleverantörens ansvar.

²⁴⁰ Cloud Sweden (2011:2), s. 4.

²⁴¹ Christner, A, Edvardsson, T, s. 3.

²⁴² Lindmark, D, s. 293f, Bernitz, U, (2008), s. 43.

samma tekniska system. Den stora risken för leverantören ligger i att samma enkla förbiseende eller misstag ofta påverkar samtliga av leverantörens kunder som utnyttjar tjänsten i molnet. Detta, i kombination med de låga priser till vilka leverantörer tillhandahåller molntjänster, medför en risk för omfattande, och för leverantören, oförutsebara konsekvenser till följd.²⁴³ Krav på ett obegränsat eller mycket långtgående ansvar för leverantören riskerar vidare att drabba kunden i form av prishöjningar.²⁴⁴

Som anfördes i analysen i kapitel tre, avseende uppdragstagarens befogade behov av skydd, bör en ansvarsbegränsning åstadkomma förutsebarhet i fråga om avtalets risker och riskplacering för både den part som friskriver sig och dennes motpart. Argument mot ett upprätthållande av en avtalad ansvarsbegränsning är, som jag förespråkade i analysen, om ”motpartens” möjligheter att förutse de risker som avtalet innebär begränsats på grund av bristande information, eller förståelse för det som avtalet avser, eller att förhandlingsutrymmet på annat sätt blivit begränsat. Molntjänster är till stor del standardiserade vilket minskar utrymmet för individuella förhandlingar. Den omständigheten att molnleverantörer vanligen tillhandahåller egna standardvillkor, vilka ofta är förmånliga för leverantören, bidrar också till ett för ”motparten” begränsat förhandlingsutrymme.²⁴⁵ Vidare bygger molntjänster just på, och marknadsförs med argumentet, att kunden inte behöver ha kunskap om den IT som ligger bakom tjänsten utan att kunden enbart behöver ansluta sig till tjänsten.²⁴⁶ En leverantör skulle som exempel kunna använda ”gammal” teknik eller liknande utan att kunden förstår vilken betydelse det kan ha för olika risker.²⁴⁷ Detta skulle enligt min mening kunna medföra att kundens möjligheter att förstå och förutse riskerna med avtalet begränsas. Detta är omständigheter som bör kunna beaktas när en domstol har att bedöma huruvida en molnleverantör i det enskilda fallet har ett befogat intresse av att begränsa sitt ansvar genom en ansvarsbegränsning.

Till stöd för detta resonemang kan anföras att den arbetsgrupp som arbetar med juridiska frågor inom sammanslutningen Cloud Sweden²⁴⁸ (”Cloud Sweden”) anser att det är nödvändigt att kunden sätter sig in i specifikationen för tjänsten samt det egna företagets behov av densamma. Detta för att kunden ska kunna avgöra vilka krav som bör ställas på leverantörens tillhandahållande av tjänsten och de risker som avtalet därmed innebär för denne. Kunden ges på så vis förutsättningarna för att själv kunna vidta riskförebyggande åtgärder.²⁴⁹ Ett företag utan den tekniska kompetensen att göra sådana behovsanalyser och riskutvärderingar får dock som jag anført ovan begränsade möjligheter att överhuvudtaget bedöma vilka krav denne bör ställa på molnleverantören.

²⁴³ Enligt Generalklausulutredningen är det dock inte befogat att begränsa sitt skadeståndsansvar till ett belopp motsvarande det vederlag som tillfaller den ersättningsskyldige med hänvisning till att ersättningen ofta blir väldigt låg i förhållande till de sannolika förlusterna. Detta gäller särskilt när den ersättningsskyldige har en obetydlig förtjänst på varje särskild transaktion men istället utför en mängd transaktioner, se SOU 1974:83, s. 184. Detta resonemang skulle kunna appliceras på avtal om molntjänster.

²⁴⁴ Cloud Sweden (2011:2), s. 2f, s. 9, Akenine, D, (2012).

²⁴⁵ Cloud Sweden (2011:2), s. 4-9.

²⁴⁶ <<http://www.microsoft.com/sv-se/office365/what-is-office365.aspx>> (2013-01-30),

<<http://www.google.com/intl/sv/enterprise/apps/business/benefits.html>> (2013-01-30).

²⁴⁷ Wallström, M (2012:2), Cloud Sweden, (2011:1), s. 5.

²⁴⁸ Sveriges största oberoende kompetensnätverk kring frågor som rör Cloud Computing, en sammanslutning som drivs av Dataföreningen, <<http://cloudsweden.se/>> (2013-01-24).

²⁴⁹ Cloud Sweden (2011:2), s. 4.

Molnleverantörernas presentation av tjänsten kan i detta avseende förstärka risken för en sådan konsekvens.

5.2.3 Andra metoder för att begränsa risker

Skiljenämnden i KPMG- domen ansåg att det i en oskälighetsbedömning av en ansvarsbegränsning skulle beaktas huruvida en riskbegränsning hade kunnat åstadkommas på annat sätt än genom en ansvarsbegränsning. Detta hade enligt skiljenämnden kunnat åstadkommas genom att KPMG tydligare preciserat uppdraget avseende dess förutsättningar och begränsningar. Brister i detta avseende skulle kunna leda till att motparten, till den part som friskrivit sig, förtas möjligheten att förutse de risker som ansvarsbegränsningen övervältrar på denne. En ansvarsbegränsning skulle då kunna leda till att kraven på naturagäldenärens prestation urholkas.²⁵⁰ Som anfördes i analysen bör kraven ställas särskilt högt i de fall då naturagäldenären har ett stort behov av att skydda sig från risken för omfattande skadeståndsansvar. Vidare bör beaktas i vad mån avtalets syfte går förlorat genom att avtalets omfattning inte tillräckligt tydligt preciserats.

Att leverantörens grundläggande ansvar inte urholkas är något som enligt arbetsgruppen inom Cloud Sweden bör beaktas vid utformningen av ansvarsbegränsningar i avtal om molntjänster.²⁵¹ Med hänsyn till att en molnleverantör, som ovan anförts, har ett befogat behov av att begränsa risken för alltför omfattande skadeståndsansvar, i likhet med uppdragstagaren i ett rådgivningsavtal, bör det enligt min mening kunna ställas höga krav när det kommer till att tydligt precisera uppdragets förutsättningar och begränsningar.

Thorsten Lundmark menar, med hänvisning till rättsekonomiska teorier, att aktörer ofta underskattar sannolikheten för att låga risker ska realiseras och att möjligheterna att göra ”en korrekt riskbedömning” påverkas av den omgivning som risken uppträder och av hur risken presenteras. Detta är omständigheter som enligt Lundmark medför att parterna förhindras att agera rationellt och därmed avtala om effektiva riskfördelningar. Dessa omständigheter talar också för att förhållandena avviker från den ”perfekta marknadens” och kan därmed anföras till stöd för att en korrigering i avtalsförhållandet bör göras.²⁵² Detta stödjer mitt resonemang om att höga krav bör ställas på leverantören i fråga om uppdragets precisering i avtal om molntjänster. Enligt min mening begränsas nämligen kundens möjligheter att bedöma risken för bristande tillgänglighet och förlust av data av att leverantören marknadsför molntjänsten som ett säkert, effektivt och enkelt alternativ till kundens egen IT-verksamhet. Om inte molnleverantören på ett tillräckligt tydligt sätt presenterar de risker som användandet av molntjänsten innebär, och vilka åtgärder som leverantören eller kunden kan och bör vidta för att förebygga dessa, kan det enligt min mening leda till att kunden underskattar de risker som molntjänsten innebär. Detta kan i sin tur leda till att kraven på molnleverantörens prestation urholkas.²⁵³ Mot detta kan visserligen anföras att parter i kommersiella

²⁵⁰ Se avsnitt 3.3.3.2.

²⁵¹ Cloud Sweden (2011:2), s. 9.

²⁵² Lundmark, T, (1996), s. 50f.

²⁵³ Detta får vägas mot vad som kan anses utgöra företagshemligheter på molnleverantörens sida.

Upplysningar om vilka standarder leverantören använder sig av samt vilka skyddsåtgärder kunden kan vidta torde dock inte riskera att falla inom kategorin företagshemligheter.

avtalsförhållanden själva ansvarar för de risker som ett avtal innebär i större omfattning än exempelvis konsumenter. Vissa avtalstyper innebär dock ett större risktagande än andra. I avtal av spekulativ karaktär förväntas exempelvis parterna ta större risker.²⁵⁴ Användandet av molntjänster innebär inte i sig en affärsmässig risk för kunden. Tvärtom går tjänsten ut på att trygga och effektivisera kundens verksamhet. Mot bakgrund av detta bör, enligt min uppfattning, den omständigheten att avtalet kunnat ges en tydligare precisering få stor betydelse för en oskälighetsbedömning eftersom att syftet med avtalet annars riskerar att inte uppfyllas.

Frågan vem som bör bära ansvaret för tydligheten och vilka krav på precisering av uppdragets förutsättningar och begränsningar som bör ställas diskuterades också i analysen i kapitel tre. Dessa frågor gör sig även gällande i avtal om molntjänster. Enligt skiljenämnden i KPMG-domen ålåg det KPMG, i egenskap av professionsaktör, att tydligt precisera uppdragets förutsättningar och begränsningar. I avtal om molntjänster borde ett liknande resonemang kunna föras avseende molnleverantörer med hänsyn till deras position som professionsaktör.

Det är dock svårt att veta vilka krav som bör ställas på en molnleverantör med hänsyn till att den dispositiva rätt, från vilken leverantören friskriver sig, inte är given.²⁵⁵ I detta sammanhang kan dras en parallell till outsourcingtjänster²⁵⁶ och IT-konsulttjänster generellt.²⁵⁷ Denna typ av avtal tillhör kategorin datakonsultavtal²⁵⁸. I avtal om leverans av IT-tjänster har det ibland anförts att uppdragstagaren, med hänsyn till tjänstens komplexitet och uppdragstagarens expertis på området, har en skyldighet att sätta sig in i kundens behov av tjänsten samt att varna denne om det finns risk för att tjänsten inte kommer uppfylla kundens behov.²⁵⁹ Jag tolkar detta som att uppnåendet av nämnda krav är en förutsättning för att syftet med avtalet ska uppfyllas och kan, i enlighet med det som framförts ovan, sägas utgöra en likhet med rådgivningsavtal av den typ som KPMG-domen avsåg. Vidare är avtal om IT-tjänster, i likhet med molntjänstavtal men till skillnad från rådgivningsavtal av här diskuterat slag, av långvarig karaktär. Detta bör aktualisera en mer långtgående lojalitetsplikt mellan parterna än i avtal där långvarigheten saknas.²⁶⁰ Dessa argument borde göra sig gällande även i avtal om molntjänster, särskilt med hänsyn till att kunden ofta invaggas i tron att molntjänsten är ett tryggt alternativ till dennes egen IT-verksamhet. Liknande krav, vad gäller tydligt utformade avtal och upplysning om risker och möjliga riskförebyggande åtgärder, som ställs på IT-tjänstleverantörer generellt borde därför, enligt min uppfattning, kunna ställas på leverantörer av molntjänster. Dessa omständigheter talar för att det i en oskälighetsbedömning bör beaktas huruvida molnleverantören hade kunnat åstadkomma en ansvarsbegränsning på annat sätt.

²⁵⁴ Bernitz, U, (2008), s. 144, Lundmark, T, (1996), s. 210.

²⁵⁵ För en diskussion om tillämplig lag för IT-konsulttjänster se Sundberg, Hans, ”Datakonsulters skadeståndsansvar”, s. 325ff, Ramberg, C, (2005), s. 152.

²⁵⁶ För vidare läsning om outsourcing se Lindqvist, T, Ståhl, F, s. 546.

²⁵⁷ Hellström, R, s. 40f, Lindqvist, T, Ståhl, F, s. 547.

²⁵⁸ Detta begrepp innefattar olika typer av avtal så som rena rådgivningsavtal, utveckling av programvara (tillverkningsavtal), underhåll av befintliga system hos kund (arbete på annans sak), försäljning av existerande program (försäljning av lös egendom), jfr. Sundberg, H, (1995), s. 324.

²⁵⁹ Ramberg, C, (2005), s. 151ff, Sundberg, H, (1995), s. 324.

²⁶⁰ Ramberg, C, (2005), s. 153, Ramberg J & Ramberg, C, (2010), s. 37.

Enligt författarna till standardavtalet Cloud Computing måste det finnas en specifikation över varje molntjänst, jfr. 5.1 ”Allmänna Bestämmelser”. För det fallet att parterna vill att molnleverantören ska ansvara för lagring eller säkerhetskopiering av kundens information eller data ska detta framgå av specifikationen. I annat fall åligger det inte leverantören ett sådant ansvar.²⁶¹ Författarna menar dock att det ligger i kundens intresse ”att inte endast veta vad tjänsten innehåller utan även till vilken tjänstenivå (det vill säga kvalité) som tjänsten levereras”.²⁶² Detta kan tolkas som att standardavtalen Cloud Computing ställer krav på att kunden är den som ska se till att uppdragets förutsättningar och begränsningar blir tydligt preciserade. Med hänsyn till det som redogjorts för hitintills är jag dock av den uppfattningen att det åligger leverantören att tydliggöra detta för kunden. Brister leverantören i detta avseende bör det, enligt min mening, kunna påverka bedömningen av en ansvarsbegränsnings oskälighet.

Exakt vilka krav som ska ställas i fråga om tydlighet är inte givet och torde få avgöras från fall till fall. När det gäller ansvar för bristande tillgänglighet i molntjänstavtal är det enligt den juridiska arbetsgruppen inom Cloud Sweden av grundläggande betydelse att det i avtalet tydligt framgår vilka krav som ställs på tjänsten. Detta görs oftast i en särskild SLA. I detta sammanhang är det viktigt att kunden är medveten om, och allra helst aktivt ställer krav på, vilka säkerhetsstandarder och säkerhetsåtgärder som leverantören enligt avtalet ska tillämpa för tjänsten i fråga. Det bör också framgå av avtalet att leverantören tillämpar etablerade standarder på området och utför arbetet på ett fackmannamässigt sätt. Utformningen och nivån på respektive säkerhetsåtgärd bör styras av kundens behov utifrån resultatet från kundens analys av de risker och krav som dennes verksamhet innebär.²⁶³ Enligt myndigheten för samhällsskydd och beredskap²⁶⁴ bör leverantörer av IT-drift av olika slag ”erbjuda sina kunder olika nivåer av redundans²⁶⁵ så att kunden själv kan välja vilken risk den är beredd att ta”.²⁶⁶ Daniel Akenine²⁶⁷ anser att det är orimligt att molnleverantören ska ansvara för kundens förluster vid bristande tillgänglighet. Lösningen på problemet med nedtid²⁶⁸ är enligt Akenine att parterna har avtalat om strategier och planerade lösningsåtgärder.²⁶⁹ Den juridiska arbetsgruppen inom Cloud Sweden anser dock att leverantören bör ersätta kunden utan större begränsningar med hänsyn till att det är leverantören som kontrollerar tjänstens utformning och utförande.²⁷⁰ Robert Hellström, advokat på Advokatfirman Fylgia, menar att kundens behov av tillgänglighet är något som ”behöver övervägas vid bestämmandet av om vissa datorprogram eller visst data överhuvudtaget ska vara placerad i en molntjänst eller om en annan lösning är att föredra”.²⁷¹ Parterna bör även avtala om graden av tillgänglighet gällande kundsupport.²⁷²

²⁶¹ Christner, A, Edvardsson, T, s. 72.

²⁶² Christner, A, Edvardsson, T, s. 86.

²⁶³ Cloud Sweden (2011:2), s. 8.

²⁶⁴ MSB utvärderade det tidigare nämnda Tieto-haveriet och diskuterar i rapporten riskerna med att IT-verksamhet samlas på samma ställen istället för att vara utspritt på olika platser.

²⁶⁵ ”redunda’ns, inom elektrotekniken närvaro av extra komponenter utöver dem som krävs för en apparats normala funktion ("både hängslen och livrem"). Viss feltolerans kan därigenom uppnås”, (NE).

²⁶⁶ MSB, (2012), s. 37.

²⁶⁷ Nationell teknikchef på Microsoft samt medlem i ledningsgruppen för Cloud Sweden.

²⁶⁸ Den tid då en IT-tjänst inte är tillgänglig.

²⁶⁹ Akenine, D, (2012).

²⁷⁰ Cloud Sweden (2011:2), s. 7.

²⁷¹ Hellström, R, s. 39.

²⁷² Computer Sweden, (2012).

Vad gäller risken för förlust av data bör parterna i första hand klargöra i avtalet vad som avses med förlust av data och vem av parterna som ska bära ansvaret för detta. Enligt den juridiska arbetsgruppen inom Cloud Sweden bör kunden överväga om hela, eller delar av, tjänsten ska omfatta alternativa infrastrukturer²⁷³ då detta skapar en redundans.²⁷⁴ Parterna kan också avtala om huruvida leverantören ska vidta säkerhetsåtgärder i form av säkerhetskopiering och återställningsåtgärder och till vilken grad detta ska ske.²⁷⁵

De åtgärder som nämnts ovan påverkar priset. Kunden kanske bedömer åtgärderna som icke nödvändiga med hänsyn till värdet av det som placeras i molnet. Alternativt kanske kunden anser sig själv kunna vidta tillräckliga skyddsåtgärder. Genom att ovanstående frågor och åtgärder lyfts fram i avtalsförhandlingarna, eller genom att leverantören på annat sätt informerar kunden om riskerna, ges åtminstone kunden möjlighet att värdera dessa och de förebyggande åtgärder som står till buds.²⁷⁶ För det fall att tjänsten är standardiserad och förhandlingsutrymmet begränsat eller helt uteslutet är det, enligt min uppfattning av det som redogjorts för ovan, särskilt viktigt att uppdragets förutsättningar och begränsningar preciseras. Om avtalet brister i detta hänseende är det en omständighet som enligt min mening bör påverka bedömningen av huruvida en riskbegränsning hade kunnat åstadkommas på annat sätt än genom en ansvarsbegränsning.

Enligt analysen i kapitel tre har det också betydelse huruvida avtalet i övrigt kompenserar kunden när ersättningsmöjligheterna är begränsade. I avtalen ovan har kunden rätt till prisavdrag, och vite om detta särskilt har avtalats, vid bristande tillgänglighet. Med hänsyn till de låga pris som kunden betalar för tjänsten leder troligtvis inte dessa alternativa kompensationsmöjligheter till ett balanserat resultat för alla typer av skador. Eventuellt kan vitet anses ha viss preventiv effekt.

5.2.4 Rimliga krav på uppdragstagarens tecknande av försäkring

I sin bedömning av den avtalade ansvarsbegränsningen mellan KPMG och Profilgruppen beaktade skiljenämnden KPMG:s försäkringsmöjligheter och vilka krav som kunde ställas på företaget i försäkringshänseende. Utifrån analysen av denna bedömningsgrunds innebörd och hur den förhåller sig till gällande rätt drog jag slutsatsen att förekomsten av, och möjligheterna till, försäkring borde få betydelse vid bedömningen av en ansvarsbegränsnings oskälighet. Enligt min mening bör dock enbart de faktiska försäkringsförhållandena beaktas.²⁷⁷ Det har inte funnits utrymme att i den här uppsatsen utreda vilken betydelse försäkringen bör få i det enskilda fallet. Enligt Harald Ullman går det inte att dra några generella slutsatser om försäkringens betydelse för ansvarsbegränsningars räckvidd utifrån tillgången till den allmänna

²⁷³ Ett företags IT-infrastruktur är de "vägar" som skall användas av företagets IT-system och som är den grundläggande struktur och det fundament varpå man bygger IT-verksamheten.

²⁷⁴ Cloud Sweden (2011:2), s. 8.

²⁷⁵ Cloud Sweden (2011:2), s. 8.

²⁷⁶ Cloud Sweden (2011:2), s. 7f, Ullman, H, s. 33.

²⁷⁷ I analysen ställde jag mig tveksam till att möjligheten att skydda sig genom försäkring bör beaktas rent generellt.

företagsförsäkringens eftersom denna saknar branschknytning. Istället får man beakta gällande branschpraxis för varje enskild avtalstyp vilka är anpassade efter den specifika branschens risker.²⁷⁸

Molnleverantörer faller under samma företagskategori i försäkringshänseende som "traditionella" IT-tjänstekonsulter och Dataföretag.²⁷⁹ Vid bedömningen av vad som utgör branschpraxis avseende försäkringar i fråga om molnleverantörer får man därför beakta den samlade branschen av tillhandahållande av IT-tjänster.

I analysen i kapitel tre anfördes att försäkringsförhållandena bör kunna påverka oskälighetsbedömningen om ansvarsbegränsningen är satt till ett belopp som vida understiger uppdragstagarens skydd genom försäkring. Vid en första anblick kan det tyckas som att ansvarsbegränsningarna i avtalsexemplen i föregående kapitel är lågt satta (15 procent av årsavgiften) och att dessa torde vida understiger leverantörens normala försäkringsskydd.²⁸⁰ Problemet med molntjänster är, till skillnad från avtal där tjänsten enbart riktar sig till en uppdragsgivare såsom var fallet i KPMG-domen, att ett stort antal kunders skadeståndsanspråk ska täckas av leverantörens försäkringsskydd vid ett och samma tillfälle. Även om ansvarsbegränsningarna i respektive molntjänstavtal understiger försäkringsbeloppet är risken att de sammanlagda skadeståndsanspråken når upp till, eller vida överstiger, försäkringsbeloppet i fråga. Det kan med hänsyn till risken för omfattande skadeståndsanspråk och begränsade försäkringsmöjligheter eventuellt anföras att leverantören har så kallad riskaversion.²⁸¹ Detta kan vara en omständighet som medför att försäkringsförhållandena inte bör tillmätas alltför stor betydelse för en oskälighetsbedömning i avtal om molntjänster.

En annan aspekt som i analysen i kapitel tre ansågs ha betydelse för frågan om försäkringens betydelse är om den part som friskrivit sig är den som både är den som har bäst försäkringsmöjligheter och den som har bäst förutsättningar att förebygga risken i fråga. I molnavtal torde det vara leverantören som är den som har bäst förutsättningar att förhindra risken för bristande tillgänglighet och förlust av data.²⁸² Detta eftersom det är leverantören som utövar kontroll över tjänstens utformning och hantering. Med hänsyn till molnleverantörens antagna riskaversion uppstår dock frågan om molnleverantören verkligen är den som har bäst möjligheter att skydda sig genom försäkring mot de skador som kan drabba kunden vid bristande tillgänglighet och förlust

²⁷⁸ Ullman, H, s. 217.

²⁷⁹ Förfrågan hos försäkringsbolagen IF och Trygg Hansa, gjord den 5 februari 2013 per telefon, se bilaga A för frågor och svar.

²⁸⁰ Försäkringsbolaget Trygg Hansa erbjuder en tilläggsförsäkring för datakonsulter som gäller ansvar för ren förmögenhetsskada upp till 500 000 eller mer, se <<http://www.trygghansa.se/SiteCollectionDocuments/Foretag/F00901.pdf>>, IF:s professionsansvarsförsäkring uppgår till ett försäkringsbelopp om två miljoner kronor eller mer, se <http://www.if.se/web/se/sitecollectiondocuments/commercial/bransch/produktblad/it_dataforetag_31584.pdf> (2013-02-05).

²⁸¹ Skogh, G, s. 29ff.

²⁸² Här kan tilläggas att det torde vara enklare för kunden att överblicka kostnaderna av att information försvinner eller att tjänsten inte nås under viss tid, vilket kan anses rättfärdiga molnleverantörens att begränsa sitt ansvar genom en ansvarsbegränsning, (jfr. transporträtten där detta resonemang ligger bakom utformningen av ansvarsbegränsningar, se Ramberg, J, (1999)). Mot detta kan anföras att för det fall att kundens möjligheter, i enlighet med resonemanget i avsnitt 5.2.3, att förutse de faktiska riskerna som ansvarsbegränsningen övervältrar på denne begränsas, kan det leda till att kunden förtas möjligheten att förebygga riskerna i fråga.

av data. Om en ansvarsbegränsning är utformad med beaktande av bägge parter försäkringsmöjligheter är det dock en omständighet som enligt analysen i kapitel tre bör medföra att även en lågt satt ansvarsbegränsning står sig. Det bör då undersökas huruvida parterna tagit hänsyn till försäkringsförhållandena vid utformandet av avtalet. Då molnleverantörer ofta tillhandahåller ensidigt upprättade standardavtal är det en omständighet som talar emot att försäkringsfrågan haft betydelse vid både prissättning och riskfördelningen i avtalet. Enligt försäkringsbolaget IF bör dock IT-konsulter samordna sitt försäkringsskydd med avtalen med kunden.²⁸³ Med hänsyn till molntjänstleverantörens antagna riskaversion anser jag att det, i enlighet med Harald Ullmans ovan framförda ståndpunkt, bör åligga leverantören en upplysningsplikt i förhållande till motparten om att denne bör ordna med försäkringsskydd på sin sida. Brister i detta avseende bör kunna få betydelse i en oskälighetsbedömning av en ansvarsbegränsning.²⁸⁴

5.2.5 Uppdragsgivarens möjlighet att skydda sig genom exempelvis försäkring

I sin bedömning av huruvida avtalet innebar en rimlig riskfördelning mellan parterna beaktade skiljenämnden i KPMG-domen uppdragsgivarens möjligheter att skydda sig mot risken som föranlett den uppkomna skadan genom exempelvis tecknande av försäkring. I analysen i kapitel tre argumenterades för att det inte bara bör beaktas huruvida uppdragsgivaren generellt haft en möjlighet att vidta försäkrings- eller andra skyddsåtgärder. Det bör också beaktas huruvida denne faktiskt haft en sådan möjlighet i det enskilda fallet. En förutsättning för att en uppdragsgivare ska anses kunna ha en sådan reell möjlighet är att avtalet tillräckligt klart och tydligt klargör att uppdragsgivaren bär riskansvaret ifråga eller om avtalsförhandlingarna i övrigt upplyst uppdragsgivaren om ifrågavarande riskers existens och innebörd. En annan förutsättning är att marknaden tillhandahåller försäkringsskydd motsvarande risken.

Det finns inte utrymme att i denna uppsats utreda vilka försäkringsmöjligheter en molntjänstanvändare har tillgång till i fråga om att skydda sig mot risken för skada på grund av bristande tillgänglighet eller förlust av data. Generellt kan dock sägas, med hänvisning till Thorsten Lundmark, att om parterna aktivt placerat en aktuell risk på ena parten med hänsyn till att denne har möjlighet att skydda sig genom försäkring är det en omständighet som enligt Lundmark talar mot att en ansvarsbegränsning är oskäligen även i avtal av datakonsultkaraktär.²⁸⁵ Detta kan tolkas som att Lundmark menar att för det fall att kunden inte haft tillgång till försäkringsskydd är det något som bör beaktas inom ramen för en oskälighetsbedömning. Detta kan också anses stödja min uppfattning om att det enbart är de faktiska försäkringsförhållandena som bör beaktas.

Som ovan nämnts bör även uppdragsgivarens möjligheter att vidta andra skyddsåtgärder än försäkringsskydd påverka bedömningen av en ansvarsbegränsnings oskälighet. För en molnanvändares del kan sådana åtgärder bestå i säkerhetskopieringsåtgärder, strategier för hantering av bristande tillgänglighet till tjänsten samt andra praktiska åtgärder vilka kan minska konsekvenserna av att kunden inte har tillgång till tjänsten i

²⁸³ Uliana, C, (2010).

²⁸⁴ Se avsnitt 3.3.5.2.

²⁸⁵ Lundmark, T, (1995), s. 346f.

fråga. Utifrån Göran Skoghs teorier om kontrollansvar är det dock, enligt min mening, viktigt att beakta att molnleverantören är den som har bäst förutsättningar att förebygga risken för att molntjänsten inte nås. Detta eftersom att det är leverantören som utslutande kontrollerar tjänstens utformning och tillhandahållande till kunden.

En omständighet som skiljenämnden fäste vikt vid i KPMG- domen var att uppdragsgivaren tagit en för dem okänd risk när denne baserade sitt beslut om förvärv av målbolaget på KPMG:s rapport. Av denna anledning kunde inte de skyddsmöjligheter som uppdragsgivaren hade kunnat vidta läggas denne till last. Ett liknande resonemang kan anföras gällande användaren av en molntjänst. För det fall att molnleverantören inte i tillräcklig mån klargör tjänstens förutsättningar och begränsningar, och kunden samtidigt saknar kunskap för att bedöma ifrågavarande risker, kan det hävdas att kunden tar en för dem okänd risk när de förlägger delar av sin IT-verksamhet i molnet. Det kan anses något långsökt att påstå, som görs i föregående avsnitt, att det åligger en molnleverantör en upplysningsplikt i fråga om att motparten bör skydda sig genom försäkring. Särskilt om det inte finns några försäkringsmöjligheter i praktiken. Det borde däremot anses mindre långsökt att ålägga molnleverantören en upplysningsplikt i fråga om vilka andra skyddsåtgärder, såsom säkerhetskopiering och dylikt, som en kund bör vidta för att minska risken för förlust av data och bristande tillgänglighet. Brister i detta avseende bör enligt min mening påverka oskälighetsbedömningen av en ansvarsbegränsning.

5.2.6 Kontraktsbrottets karaktär

Enligt skiljenämnden i KPMG- domen hade det betydelse för oskälighetsbedömningen av den avtalade ansvarsbegränsningen om den skadevållande handlingen innebar ett åsidosättande av ett centralt åtagande eller om det rörde sig om en handling som vilade på allmänna lojalitetsgrundsatser av mer perifer natur. I analysen av denna bedömningsgrund anfördes att i den mån en ansvarsbegränsning medför att ett kontraktsbrott och dess påföljd inte står i rimlig proportion till varandra är det en omständighet som kan medföra att en ansvarsbegränsning kan bedöms som oskälig. Konsekvensen av att en uppdragstagare tillåts friskriva sig från fullgörandet av centrala delar av uppdraget borde bli att det uppstår en orimlig obalans mellan kontraktsbrott och påföljd eftersom att kraven på den friskrivne partens prestation urholkas. Denna aspekt framhålls i rekommendationerna från den juridiska arbetsgruppen inom Cloud Sweden gällande utformningen av ansvarsbegränsningar i avtal om molntjänster. Kontraktsbrottets karaktär bör följaktligen få betydelse i en oskälighetsbedömning av en ansvarsbegränsning i avtal om molntjänster.²⁸⁶

Vad som utgör en molntjänsts centrala delar får bedömas från fall till fall beroende på tjänstens innehåll. Som anförts i analysen bör i detta avseende beaktas vad ”motparten”, med befogad anledning, uppfattar som uppdragets förutsättningar och begränsningar. I den mån ”motparten” har en befogad uppfattning om att parterna har avtalat om att en molntjänst ska innefatta vissa åtgärder eller nå upp till vissa standarder bör det kunna bedömas som oskäligt om leverantören kan friskriva sig från ansvar för uppdragets fullgörande i detta avseende.

²⁸⁶ Cloud Sweden (2011:2), s. 9.

5.3 Sammanfattning av KPMG-domens tillämplighet i molntjänstavtal

Det tillvägagångssätt som skiljenämnden i KPMG-domen tillämpade utgör, enligt min uppfattning, även en lämplig metod för att avgöra en ansvarsbegränsning upprätthållande i ett molntjänstavtal. Detta eftersom en molnleverantör, i likhet med KPMG i KPMG-domen, som utgångspunkt har ett befogat behov av skydd samtidigt som omständigheterna ofta begränsar kundens möjligheter förutse de risker som en ansvarsbegränsning övervältrar på denne. En helhetsbedömning av samtliga omständigheter leder då till rimligare resultat för bägge parter, jämfört med en metod där graden av vårdslöshet leder till att en ansvarsbegränsning helt åsidosätts eller upprätthålls. Å ena sidan kan det hävdas att förutsebarheten i fråga om ansvarets omfattning för molnleverantören begränsas genom denna metod. Å andra sidan bör även, som jag genomgående förespråkade i denna framställning, kundens behov av förutsebarhet i avtalsförhållandet beaktas. Genom att göra en helhetsbedömning tillåts en domstol att ta denna omständighet i beaktande i avgörandet av en ansvarsbegränsnings oskälighet.

De omständigheter som skiljenämnde beaktade i sin oskälighetsbedömning bör, som utgångspunkt, kunna ligga till grund för motsvarande bedömning i avtal om molntjänster. Som tidigare framförts ifrågasätter jag rimligheten i att beakta försäkringsmöjligheter i avgörandet av en ansvarsbegränsnings skälighet. Vad gäller avtal om molntjänster vidhåller jag detta synsätt. Dessutom ställer jag mig tveksam till om molnleverantörens faktiska försäkringsförhållanden bör beaktas i alltför stor utsträckning med hänvisning till att skyddet i fråga troligtvis är tänkt att täcka leverantörens ansvar för flertalet skadefall vid samma tillfälle. Det väsentliga i oskälighetsbedömningen är, enligt min mening, i likhet med bedömningen i KPMG-domen om en riskbegränsning hade kunnat åstadkommas genom att molnleverantören tydligare preciserat tjänstens förutsättningar och begränsningar. Med hänsyn till att avtalssituationen ofta riskerar att leda till att kunden förtas möjligheten att förutse de risker som en ansvarsbegränsning övervältrar på denne bör det ställas höga krav på leverantören i detta avseende. Detta särskilt då leverantören, som i fallet med molntjänstavtal, har ett befogat intresse av att skydda sig från risken för omfattande skadeståndsansvar.

Enligt min uppfattning bör även andra omständigheter kunna få betydelse i fråga om molntjänstavtal. Exempel på detta är att kunden hamnar i en underlägsen ställning då denne ofta saknar tillräcklig information och förståelse för tjänsten samt att molnleverantören ofta tillhandahåller ensidigt upprättade standardavtal. Dessa omständigheter utgör, enligt min uppfattning, förstärkande argument, och inte nödvändigtvis avgörande sådana, i en riskavvägning.

6 Sammanfattande slutsatser

6.1 KPMG-domen

En ambition med denna uppsats har varit att med utgångspunkt i KPMG-domen belysa hur en oskälighetsbedömning av en ansvarsbegränsning i ett avtal mellan kommersiella aktörer kan gå till. Med hänsyn till att KPMG-domen är en skiljedom har en viktig del i denna uppsats varit att utreda och analysera domen i förhållande till gällande rätt. Skiljedomen har löpande analyserats under arbetets gång. I detta avsnitt ska jag därför summera och belysa de centrala slutsatser som jag kommit fram till.

I bedömningen av huruvida den avtalade ansvarsbegränsningen borde upprätthållas frångick skiljenämnden i KPMG-domen den traditionella metoden där en domstol först fastställer graden av culpa och där grov vårdslöshet ovillkorligen leder till en ansvarsbegränsnings åsidosättande. Istället gjorde skiljenämnden en riskavvägning utifrån en helhetsbedömning av hela avtalet och avtalsförhållandet för att avgöra om den avtalade ansvarsbegränsningen orsakade en obalans som inte kunde anses rimlig. Detta ställningstagande kan vid en första anblick ses som att skiljenämnden tar ställning i den omdiskuterade frågan huruvida en friskrivning från grov vårdslöshet överhuvudtaget är möjlig. Det är dock oklart vad skiljenämnden ansett om KPMG:s handlande och därmed är det svårt att dra några slutsatser om hur skiljenämnden ställer sig i nämnda fråga. Skiljenämnden har, enligt min uppfattning, inte velat ge graden av vårdslöshet en avgörande effekt då detta, traditionellt sett, antingen skulle lett till att den skadelidande parten fått ersättning i begränsad utsträckning eller att den skadevällande parten ålagts ett obegränsat ansvar. En annan tolkning är att skiljenämnden visserligen ansett att KPMG agerat grovt vårdslöst men att skiljenämnden inte önskat ge den grova vårdslösheten någon avgörande effekt med hänsyn till att detta enligt skiljenämnden skulle leda till ett orimligt resultat för skadevällarens del.

I sin bedömning av avtalets riskfördelning tog skiljenämnden utgångspunkt i att en uppdragstagare har ett befogat behov av att skydda sig från risken för omfattande skadeståndsansvar i viss utsträckning. Skiljenämnden vägrade detta behov mot ett antal omständigheter för att avgöra om den begränsning, av uppdragstagarens ansvar, som gjorts genom ansvarsbegränsningen var befogad och därmed skälig. Det väsentliga i denna avvägning tycks ha varit huruvida "motparten" haft möjlighet att, utifrån avtalssituationen, förutse de risker som avtalet genom ansvarsbegränsningen övervältrade på denne och därigenom kunnat vidta förebyggande skyddsåtgärder. En grundläggande förutsättning för att detta skulle kunna uppnås tycks enligt skiljenämnden ha varit huruvida avtalet tillräckligt tydligt klargjort uppdragets omfattning. I detta sammanhang har skiljenämnden lagt ansvaret för avtalets utformning på KPMG med hänsyn till att KPMG är en vad skiljenämnden kallar professionsaktör. En annan omständighet som enligt skiljenämnden hade kunnat väga upp för den obalans som ansvarsbegränsningen orsakade var ifall parterna fördelat riskerna med avtalet i förhållande till försäkringssituationen på bägge sidor. Och omvänt hade ansvarsbegränsningen kunnat bedömas som oskälig, vilket också blev fallet, med hänsyn till KPMG:s tillgång till försäkringsskydd. Enligt min tolkning av gällande rätt bör det i sammanhanget beaktas vem av parterna som har bäst förutsättningar att

förebygga den ifrågavarande risken. Om en part både är den som har bäst skydd genom försäkring och är den som har störst möjligheter att förebygga risken i fråga är det omständigheter som talar mot att den parten bör kunna begränsa sitt ansvar i allt för stor utsträckning.

6.2 Avtal om molntjänster

Ytterligare en ambition med denna uppsats har varit att analysera avtalstypen molntjänstavtal ur ett riskfördelningsperspektiv mot bakgrund av KPMG-domen. Syftet har inte varit att besvara frågan vad som utgör en skälig ansvarsbegränsning i avtal om molntjänster. Istället bygger uppsatsen, utifrån oskälighetsbedömningen i KPMG-domen, på en analys av under vilka förutsättningar en ansvarsbegränsning i molntjänstavtal kan bedömas som oskälig.

Som utgångspunkt har en molnleverantör ett särskilt befogat intresse av att skydda sig från risken för omfattande skadeståndsanspråk. Molnleverantörer får därför anses ha goda skäl att begränsa sitt ansvar för skador som kunder lider på grund av bristande tillgänglighet till tjänsten och förlust av data. Den omständigheten att molntjänster i sig syftar till att tillhandahålla säkerhet och effektivitet i kundens verksamhet, i kombination med att kunden inte ska behöva ha kunskap om IT-verksamheten bakom tjänsten, riskerar att leda till att kunden tar en för denne okänd risk. Detta resonemang förstärks av att tjänsterna många gånger är standardiserade och att kunden saknar tillräcklig förståelse för tjänsten. Dessa omständigheter medför, enligt min mening, att kundens möjligheter att förutse riskerna med tjänsten, och därmed avtalet, begränsas. I likhet med situationen i KPMG-domen kan detta leda till en orimlig obalans i avtalet genom att kunden förhindras att vidta förebyggande skyddsåtgärder mot de risker som en ansvarsbegränsning övervältrar på denne, samtidigt som kraven på molnleverantören att förebygga riskerna blir låga.

Med hänsyn till att leverantören, som ovan nämnts, har ett befogat behov av skydd bör det enligt min uppfattning ställas höga krav på denne i andra avseenden för att väga upp för den obalans som en ansvarsbegränsning kan orsaka. Dessa krav bör bestå i att molnleverantören får bära ett ansvar för att avtalet tydligt preciserar tjänstens förutsättningar och begränsningar. I detta ansvar bör det ingå ett visst mått av krav på leverantören i fråga om upplysning om risker förknippade med molntjänster och vilka åtgärder som kan vidtas på både leverantörens och kunden sida för att förebygga dessa. De förebyggande åtgärderna kan bestå i olika försäkringslösningar men också andra säkerhetsåtgärder förknippade med tjänsten. Till stöd för att molnleverantören bör åläggas ett ansvar kan anföras att molntjänstavtalet, i likhet med andra IT-tjänsteavtal, ofta är av långvarig karaktär. Det bör av denna anledning kunna ställas vissa krav i lojalitetshänseende vad gäller upplysning om risker och metoder för att förebygga dessa. Att molnleverantören bör bära ett ansvar för att avtalets förutsättningar och begränsningar blir tydligt preciserade motiveras också av att denne, i likhet med KPMG i KPMG-domen, är att anse som en professionsaktör. Ställs inte dessa krav på molnleverantören blir konsekvensen, enligt min uppfattning, att syftet med avtalet riskerar att gå förlorat.

Det väsentliga vad gäller ansvarsbegränsningar generellt tycks vara att se till att kraven på den friskrivne partens prestation inte urholkas. En ansvarsbegränsning kan således

vägas upp av andra påföljder i ett avtal. Utifrån de molntjänstavtal jag tagit del av i denna uppsats tycks de påföljder som erbjuds kunden vid bristande tillgänglighet och förlust av data inte nämnvärt kompensera de potentiella förlusterna. Således bör obalansen i ett avtal om molntjänster, orsakad av långtgående ansvarsbegränsningar, enligt min uppfattning i första hand vägas upp av förebyggande åtgärder.

6.3 KPMG-domens betydelse för rättstillämpningen

KPMG-domen är i sig inte rättsskapande i likhet med ett avgörande från HD. Domen bör trots detta, enligt vad jag funnit, kunna ge vägledning för rättstillämpningen.

Vad avser det tillvägagångssätt som skiljenämnden i KPMG-domen tillämpade för att avgöra en ansvarsbegränsnings upprätthållande är jag av följande uppfattning. Att utgå från en riskavvägning utifrån samtliga omständigheter istället för att utgå från graden av culpa vinner inte, som jag tidigare kommit fram till, fullt ut stöd i rättskällorna. Enligt min tolkning strider dock inte det av skiljenämnden tillämpade tillvägagångssättet mot gällande rätt. Denna otydlighet medför, enligt min mening, att KPMG-domen skapar nya förutsättningar för att bedöma en ansvarsbegränsnings räckvidd i kommersiella avtal. Skiljedomen bör åtminstone få betydelse så som verktyg i diskussionen om vad som bör vara innehållet i gällande rätt avseende ansvarsbegränsningars upprätthållande.

När det gäller de omständigheter vilka skiljenämnden i KPMG-domen ansåg borde få betydelse för en oskälighetsbedömning anser jag att beaktandet av dessa är förenligt med gällande rätt. Vad skiljedomen åstadkommer i detta avseende är, enligt min mening, ett förtydligande av vilka omständigheter som kan beaktas inom ramen för 36 § AvtL. Vidare anser jag att skiljedomen visar på hur 36 § AvtL kan tillämpas i ett avtal mellan två kommersiella aktörer där det inte råder någon obalans i partsställningen.

Bilaga A

Förfrågan hos försäkringsbolagen IF och Trygg Hansa, företagsförsäkringar, den 5 februari 2013

Frågor:

1. Erbjuder ni särskilda försäkringar till leverantörer av molntjänster eller faller dessa inom kategorin ITkonsulter/Dataföretag?
2. Vad har leverantörer av molntjänster för skydd mot skadeståndsanspråk från kund?

Svar:

IF

1. Nej, molnleverantörer är av samma riskslag som datakonsulter.
2. Det ingår en professionsansvarsförsäkring i försäkringen för IT-företag. Försäkringspremierna kan variera beroende på omsättning och försäkringsbelopp, och vi kan göra individuella riskbedömningar. Vissa kunder vill ha mer skydd.

Trygg Hansa

1. Nej, de faller inom datakonsultförsäkringen.
2. Konsultansvar och skydd för anspråk grundat på ren förmögenhetsskada utgör tilläggstjänster. Vi gör en individuell riskbedömning utifrån bland annat omsättning. Vill man ha en professionsansvarsförsäkring får man utöka försäkringsskyddet.

Käll- och litteraturförteckning

Böcker

Adlercreutz, Axel & Gorton, Lars, *Avtalsrätt. 1*, 13., [rev.] uppl., Juristförlaget, Lund, 2011.

Adlercreutz, Axel & Gorton, Lars, *Avtalsrätt. 2*, 6., [uppdaterade] uppl., Juristförlaget, Lund, 2010.

Bengtsson, Bertil, *Karnov online*, Skadeståndslagen (1972:207), 6 kap. 2 §, kommentar uppdaterad per 1 juli 2012.

Bengtsson, Bertil & Strömbäck, Erland, *Zeteo online*, Skadeståndslagen (1972:207), 6 kap. 2 §, kommentar 6.2.1., uppdaterad 1 januari 2011.

Bernitz, Ulf, *Standardavtalsrätt*, 7., [omarb.] uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2008.

Christner, Anders & Edvardsson, Tobias, *Cloud Computing: [en handledning och kommentar till IT&Telekomföretagens standardavtal Cloud Computing version 2010]*, s.n., [Sverige, 2011].

Hellner, Jan, Hager, Richard & Persson, Annina H., *Speciell avtalsrätt II: kontraktsrätt. H. 2*, Allmänna ämnen, 5., [rev.] uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2011.

Lehrberg, Bert, *Praktisk juridisk metod*, 6., [uppdaterade och omarb.] uppl., Institutet för bank- och affärsjuridik (IBA), Uppsala, 2010.

Lundmark, Thorsten, *Friskrivningsklausuler: giltighet och räckvidd : särskilt om friskrivning i kommersiella avtal om köp av lös egendom = [Exemption clauses] : [validity and scope] : [especially about exemption clauses in commercial contracts for the sale of goods]*, Iustus, Diss. Umeå : Univ., Uppsala, 1996.

Norlén, Andreas, *Oskälighet och 36 § avtalslagen*, Avdelningen för rätt och rättsfilosofi, Linköpings universitet [distributör], Diss. Linköping : Linköpings Universitet, 2004, Linköping, 2004.

Ramberg, Christina, *Kontraktstyper*, 1. uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2005.

Ramberg, Jan & Ramberg, Christina, *Allmän avtalsrätt*, 8., [rev.] uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2010.

Skogh, Göran, *Marknadens villkor: normer, köprätt, konsumenträtt samt etablerings- och produktkontroll i samhällsvetenskaplig belysning*, Timbro, Stockholm, 1982.

Ullman, Harald, *Försäkring och ansvarsfördelning: om förhållandet mellan försäkring och kommersiella leverans- och entreprenadavtal: version II*, Iustus, Uppsala, 2006.

Wilhelmsson, Thomas, *Standardavtal: om avtalsbundenhet och oskäligen avtalsvillkor*, 2 uppl., Juristförbundets förl., Helsingfors, 1995.

Artiklar

André, Mathias, ”Strukturer i 36 § avtalslagen”, I: *Svensk Juristtidning*, 1986, s. 526.

Bengtsson, Bertil, ”Försäkringsavtalet och 36 § avtalslagen”, I: Flodgren, Boel (red.), *Avtalslagen 90 år: aktuell nordisk rättspraxis*, 1. uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2005.

Bengtsson, Bertil, ”Ansvarsförsäkringen och rättspolitikerna”, I: Andersson, Håkan, *Uppsatser om skadeståndsansvar och ansvarsförsäkring*, Jure, Stockholm, 2012.

Bernitz, Ulf, ”Utvecklingen mot en standardavtalsrätt I. Standardavtalen i rättstillämpningen”, I: *Svensk Juristtidning*, 1972, s. 401.

Blomkvist, Christina, ”Med vederbörlig omsorg – en skiljedom om due diligence”, I: *Juridisk Tidskrift*, 2011/12, nr 2, s. 299.

Dotevall, Rolf, ”Ekvivalensprincipen och jämkning av långvariga avtal”, I: *Svensk Juristtidning*, 2002, s. 441.

Hellner, Jan, ”Avtals- och köprätt under 1900-talet”, I: *Svensk Juristtidning 1984* s. 755.

Hellner, Jan, ”Stulna diamanter”, I: *Juridisk Tidskrift*, 1998/99, nr 1, s. 150.

Hellström, Roger, ”På molnfronten intet nytt? Vissa rättsliga aspekter på molntjänster”, I: *Ny Juridik*, 2:11, s. 37.

Kleineman, Jan, ”Om den befogade tillitens skadeståndsrättsliga relevans”, I: *Juridisk Tidskrift*, 2001/02, nr 3, s. 625.

Kleineman, Jan, ”Rådgivares informationsansvar”, I: *Svensk Juristtidning*, 1998, s. 185.

Kleineman, Jan, ”Tekniska konsulter skadeståndsansvar för vilseledande information”, I: *Juridisk Tidskrift*, 1994/95, nr 4, s. 702.

Kleineman, Jan, ”Jämkning av försäkringsavtal med stöd av 36 § avtalslagen”, I: *Juridisk Tidskrift*, 1989/90, nr 1, s. 103.

Lindmark, Dan, ”Om jämkning av kommersiella avtal”, I: Flodgren, Boel (red.), *Avtalslagen 90 år: aktuell nordisk rättspraxis*, 1. uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2005.

Lindskog, Stefan, ”Oskälighetsbegreppet i 36 § Avtalslagen – synpunkter på en doktorsavhandling”, I: *Juridisk Tidskrift*, 2005/06, nr 2, s. 275.

Lindqvist, Thomas, Ståhl, Fredrik, ”Outsourcing av IT-tjänster ur ett övertagande perspektiv”, I: *Juridisk Tidskrift*, 2003/04, nr 3, s. 546.

Lundmark, Thorsten, ”Om friskrivningsklausuler i särskilt datakonsultavtal”, I: Sandgren, Claes & Andersson, Anderz (red.), *Kunskapsföretaget i ett rättsligt perspektiv: [bolagsrätt, arbetsrätt, familjerätt, immaterialrätt, avtalsrätt, köprätt, skadeståndsrätt, skatterätt]*, 1. uppl., Fritze, Stockholm, 1995.

Ramberg, Christina, ”Skiljedom om jämkning av ansvarsbegränsning, reklamation, rådgivaransvar, skadeståndsberäkning och prisavdrag”, I: *Juridisk tidskrift*, 2010/11, nr 4, s. 918.

Ramberg, Jan, ”Ansvarsbegränsning – en fråga om skälighet eller praktikabilitet”, I: Hellner, Jan & Nordenson, Ulf K. (red.), *Festskrift till Ulf K. Nordenson*, 1. uppl., Carlsson Law Network, Stockholm, 1999.

Ramberg, Jan, ”Ansvarsfriskrivning och försäkring”, I: Lindell-Frantz, Eva (red.), *Festskrift till Lars Gorton*, Juristförlaget, Lund, 2007.

Sundberg, Hans, ”Datakonsulters skadeståndsansvar”, I: Sandgren, Claes & Andersson, Anderz (red.), *Kunskapsföretaget i ett rättsligt perspektiv: [bolagsrätt, arbetsrätt, familjerätt, immaterialrätt, avtalsrätt, köprätt, skadeståndsrätt, skatterätt]*, 1. uppl., Fritze, Stockholm, 1995.

Offentligt tryck

Generalklausulutredningen, *Generalklausul i förmögenhetsrätten: betänkande = [A general provision empowering the courts to set aside improper contract terms]*, LiberFörlag/Allmänna förl., Stockholm, 1974

Sverige. Regeringen., *Regeringens proposition 1975:12 med förslag till lag om ändring i skadeståndslagen (1972:207), m.m.: beslutad den 16 januari 1975*, Stockholm, 1975

Sverige. Regeringen., *Regeringens proposition 1975/76:81 med förslag om ändring i lagen (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område m.m.: beslutad den 16 oktober 1975*, Stockholm, 1975

Sverige. Regeringen., *Regeringens proposition 1983/84:16 om fastighetsmäklare: beslutad den 25 augusti 1983*, Stockholm 1983

Sverige. Regeringen., *Regeringens proposition 1990/91:197 om Produktskadelag: beslutad den XX juni 1991*, Stockholm, 1991

Sverige. Regeringen., *Regeringens proposition 1994/95:14 Ny fastighetsmäklarlag: beslutad den 8 september 1994*, Stockholm, 1994

Sverige. Regeringen., *Regeringens proposition 2003/04:150 Ny försäkringsavtalslag: beslutad den 19 maj 2004*, Stockholm, 2004

EU-rätt

Rådets direktiv 85/374/EEG av den 25 juli 1985 om tillnärmning av medlemsstaternas lagar och andra författningar om skadeståndsansvar för produkter med säkerhetsbrister

Elektroniska källor

Akenine, Daniel (2012). *Vad gör du under de 0,1 procent då molnet inte finns*. Stockholm: Dataföreningen Kompetens. Tillgänglig: <http://www.dfkompetens.se/trendspaning/veckans-it-strategiska-spaning/2012-03-20_upptid/index.xml> (2013-01-30)

Appel, Martin (2011). *Här är riskerna med nätets ”molntjänster”*. Stockholm: International Data group. Tillgänglig <<http://www.idg.se/2.1085/1.405490/har-ar-riskerna-med-natets-molntjanster>> (2012-12-27).

Advokatsamfundet, *Vägledande regler om god advokatsed*, Reviderad, senast december 2012, http://www.advokatsamfundet.se/Documents/Advokatsamfundet_sv/Advokatetik/Vagledande%20regler%20med%20kommentarer%20december%202012.pdf, (hämtades den se i not).

CIO Sweden (2012). *8 av 10 företag använder molntjänster*. Stockholm: International Data Group. Tillgänglig: <<http://www.idg.se/2.1085/1.480194/8-av-10-foretag-anvander-molntjanster>> (2013-02-02).
[Cit. CIO SWEDEN (2012:1)]

CIO Sweden (2012). *Dålig koll på säkerheten i molnet*. Stockholm: International Data Group. Tillgänglig: <<http://www.idg.se/2.1085/1.482716/dalig-koll-pa-sakerheten-i-molnet>> (2013-02-02).
[Cit. CIO Sweden (2012:2)]

Cloud Sweden, Dataföreningen, *Frågor att beakta inom infrastruktur vid anskaffning och användning av molntjänster, Riktlinjer*, version 1.0, 2011-03-14, <http://cloudsweden.files.wordpress.com/2011/12/infrastrukturfragor_ver_1-0.pdf>, (2013-01-24).
[Cit. Cloud Sweden (2011:1)]

Cloud Sweden, Dataföreningen, Juridikgruppen, *Rättsliga frågor vid flytten till molnet – en checklista*, version 1.0, 2011-05-11, <http://cloudsweden.files.wordpress.com/2011/12/juridisk_checklista_fc3b6r_molnavta1_version_10.pdf> (2013-01-24).
[Cit. Cloud Sweden (2011:2)]

Computer Sweden (2012). *Rätt moln svarar visst*. Stockholm: International Data Group. Tillgänglig: <<http://www.idg.se/2.1085/1.482615/ratt-moln-svarar-visst>> (2013-02-02).

Danielsson, Lars (2012). *Läcka avslöjar Oracles molnavtal*. Stockholm: International Data Group. Tillgänglig: <<http://www.idg.se/2.1085/1.483113/lacka-avslojar-oracles-molnavtal>> (2012-12-22).

Myndigheten för samhällsskydd och beredskap (2012). *Reflektioner kring samhället skydd och beredskap vid allvarliga IT-incidenter, En studie av konsekvenserna i samhället efter driftsstörningen hos Tieto i november 2011*. <<https://www.msb.se/RibData/Filer/pdf/26170.pdf>> Tillgänglig: (2012-12-22).

Sundkvist, Frida (2011). *Tieto garanterar inte ersättning*. Stockholm: International Data Group. Tillgänglig: <<http://www.idg.se/2.1085/1.419027/tieto-garanterar-inte-ersattning>> (2012-12-22).

Söderlind, Mikael (2011). *Tuffa frågor till tre molnleverantörer*. Stockholm: International Data Group. Tillgänglig: <<http://www.idg.se/2.1085/1.378908/tuffa-fragor-till-tre-molnleverantorer/sida/1/inledning>> (2012-12-27).

Telia (2009). *Telias Allmänna Villkor för elektroniska kommunikationstjänster till företag*. Tillgänglig: <<http://www.telia.se/docs/villkor/telias-allmanna-villkor-foretag.pdf>> (2012-12-27).

Telia (2009). *Särskilda villkor för Office 365 tjänster*. Tillgänglig: <<http://www.telia.se/docs/villkor/sarskilda-villkor-of365tjanster.pdf>> (2012-12-27).

Uliana, Caroline (2010). *Så kan IT-konsulter minska förlusterna vid ansvarsskada*. Företagade.se. Tillgänglig: <<http://www.foretagande.se/sa-kan-it-konsulter-minska-forlusterna-vid-ansvarsskada/>> (2013-02-04).

Wallström, Martin (2012:1). *Molnavtal sågas*. Stockholm: International Data Group. Tillgänglig: <<http://www.idg.se/2.1085/1.481325/molnavtal-sagas>> (2012-12-27).

Wallström, Martin (2012:2). *Köp inte molnet i säcken*. Stockholm: International Data Group. Tillgänglig: <<http://cloud.idg.se/2.16150/1.438690/kop-inte-molnet-i-sacken>> (2013-01-30).

Rättsfallsförteckning

Högsta Domstolen

NJA 1971 s. 36
NJA 1979 s. 483
NJA 1987 s. 692
NJA 1989 s. 346
NJA 1998 s. 390
NJA 2001 s. 878

Hovrätterna

HovR T 1085-11

Marknadsdomstolen

MD 1995:3

Skiljedomsavgöranden

KPMG ./ Profilgruppen