



Specialeafhandling: Leverandørens grove uagtsomhed i it- udviklingsaftaler

Fagområde: IT-kontraktret
Problemformulering: Afhandlingen har til formål at analysere og vurdere hvornår en leverandør i en it-udviklingsaftale har handlet groft uagtsomt i relation til rækkevidden af klausuler om ansvarsbegrænsning og -fraskrivelse. Afhandlingen vil særligt have fokus på grænsen mellem simpel og grov uagtsomhed ("den nedre grænse").

Navn	KU-brugernavn
Philip Valdemar Schmidt	Xsh326

Vejleder: Professor Henrik Udsen	Antal tegn: 138.226
---	----------------------------

Må benyttes på Det Kongelige Bibliotek (sæt kryds).	
Må ikke benyttes på Det Kongelige Bibliotek (sæt kryds).	X

Studerende på Cand. soc i jura (sæt kryds)	
Studerende på Cand. jur (sæt kryds)	X

Afleveringsdato: 30. maj 2024	Karakter:
--------------------------------------	------------------

Abstract

The thesis aims at analysing and assessing when a supplier has acted with gross negligence in relation to limitation of liability clauses in IT development contracts.

Overall, the thesis concludes that for a supplier to have acted with gross negligence, the conduct has to entail a significant deviation from normal responsible conduct, where the conduct is highly blameworthy. There is a high threshold for a conduct to be deemed highly blameworthy, and the assessment will in all cases rely on a specific overall assessment of the conduct. The conduct must be assessed based on the individual contractual obligations and the general standard for practitioners in the profession. It is concluded that there does not exist an explicit requirement for the supplier to have acted disloyal, but the high threshold entail that a conduct exceeding the threshold, also can be deemed as disloyal. It is further concluded that it will aggravate the suppliers obligations, if the system is critical for the customer and the supplier is aware hereof by the time the parties agree to the contract.

It can be an indication of gross negligence, if there is a significant breach of contract. However, there is, generally, a considerable distinction between conduct and breach of contract. Nonetheless, in certain cases, the scale of the breach may be included in the assessment of the negligence, e.g. in case of a breach of an obligation of means (in Danish: *indsatsforpligtelse*). In all cases, however, material breach does not automatically equate to gross negligence, as the legal assessments are different in nature.

When assessing the conduct, nothing notable is gained by distinguishing between primary and secondary obligations. Breach of a secondary obligation is not generally less blameworthy, simple because it is a secondary obligation. Instead, focus should be on whether the conduct is blameworthy in light of the agreement as a whole and whether the risk of the loss incurred is evident.

It is not improbable that a court may include the nature of the limitation of liability when assessing the negligence, as the court may want to find the legal basis for setting aside the clause in the parties' agreement.

Furthermore, it can be included in the assessment, if the customer to an extent can be blamed for the difficulties in the project.

Indholdsfortegnelse

ABSTRACT	2
KAPITEL 1. INDLEDNING	5
1.1 Introduktion	5
1.2 Problemformulering	6
1.3 Metode.....	6
1.3.1 Den retsdogmatiske metode.....	6
1.3.2 Den obligationsretlige metode	8
1.4 Afgrænsning	9
KAPITEL 2. INTRODUKTION TIL ANSVARSBEGRÆNSNINGER OG - FRASKRIVELSER I IT-UDVIKLINGSAFTALER	11
2.1 Det almindelige erstatningsretlige udgangspunkt og skyldgraderne	11
2.2 De erstatningsretlige hensyn og formål	13
2.3 Karakteristika for it-udviklingsaftaler.....	14
2.4 Definitionen af en ansvarsbegrænsning	16
2.4.1 Klausulens retsfaktum og retsfølge.....	17
2.5 Formålene med ansvarsbegrænsninger.....	18
KAPITEL 3. HVORNÅR FORELIGGER DER GROV UAGTSOMHED?.....	20
3.1 Ansvarsnormen	20
3.1.1 Krav om en stærkt bebrejdellesværdig adfærd	20
3.1.2 En høj tærskel	21
3.2 En kritisk ydelse for kunden	25
3.2.1 Problemstilling.....	25
3.2.2 Kritisk ydelse som moment i vurdering.....	25
3.2.3 Tidspunktet for kendskabet til ydelsens kritiske karakter	30
3.2.4 Opsummering	31
3.3 Betydningsfulde svigt i kontraktmæssig opfyldelse.....	31
3.3.1 Problemstilling.....	31
3.3.2 Betydningsfulde svigt som indikation på grov uagtsomhed	32
3.3.3 Kan betydningsfulde svigt indgå i en uagtsomhedsvurdering?.....	33
3.3.4 Opsummering	47
3.4 Misligholdelse af en central aftaleforpligtelse (hoved- og biforpligtelser).....	48
3.4.1 Problemstilling.....	48
3.4.2 Ikke generelt mindre bebrejdellesværdigt	48
3.4.3 Opsummering	52

3.5	Ansvarsbegrænsningens karakter	53
3.5.1	Problemstilling.....	53
3.5.2	Kan ansvarsbegrænsningens karakter indgå i vurderingen?	53
3.5.3	Opsummering	56
3.6	Betydningen af kundens egen skyld, herunder manglende medvirken	57
3.6.1	Problemstilling.....	57
3.6.2	Egen skyld som moment i vurderingen	57
3.6.3	Hvor stor betydning har momentet?	64
3.6.4	Opsummering	65
3.7	Krav om illoyalitet?.....	66
3.7.1	Problemstilling.....	66
3.7.2	Illoyalitet i vurderingen	66
3.7.3	Stilles der krav om illoyalitet?	72
3.7.4	Opsummering	77
3.8	Har nogen elementer større vægt end andre?	78
3.8.1	Indledning	78
3.8.2	Den indbyrdes rangorden.....	78
KAPITEL 4.	KONKLUSION	81
KAPITEL 5.	LITTERATURLISTE	84
5.1	Litteratur	84
5.1.1	Juridiske bøger.....	84
5.1.2	Bogkapitler	87
5.1.3	Trykte domssamlinger	87
5.1.4	Juridiske tidsskrifter	87
5.1.5	Andre bøger/udgivelser	89
5.2	Afgørelser.....	89
5.2.1	Danske domme	89
5.2.2	Danske voldgiftskendelser.....	89
5.2.3	Norske domme og kendelser	90
5.3	Standardkontrakter	90
5.4	Hjemmesider.....	91
5.5	Retsforskrifter	91
5.6	Lovforarbejder	91
5.7	Øvrigt materiale	91

Kapitel 1. Indledning

1.1 Introduktion

Det er almindeligt at der i udviklingsaftaler opstår uenighed om aftalens indhold, hvilket er en iboende risiko, når to parter indgår aftale om hel eller delvis udvikling af noget, der ikke findes på aftaletidspunktet. I større og komplekse it-projekter er det nærmest uundgåeligt, at der undervejs i forløbet vil opstå tvister.¹ Opstår der en tvist, og kan denne ikke løses ved forlig, vil den part, der mener at medkontrahenten har misligholdt aftalen, normalt undersøge hvilke misligholdelsesbeføjelser parten kan gøre brug af. Har parten lidt et tab, vil denne undersøgelse normalt også vedrøre muligheden for at kræve erstatning.

I takt med at danske virksomheder er blevet mere og mere digitaliserede, er de potentielle tab ved en leverandørs misligholdelse under udvikling af et it-system også blevet betydeligt større. Potentielt kan en leverandør fx blive mødt med meget store erstatningskrav for tabt omsætning, hvis udviklingen forsinkes.

Imidlertid indeholder langt de fleste it-udviklingsaftaler bestemmelser, der søger at begrænse eller helt fraskrive parternes mulige erstatningsansvar (såkaldte ansvarsbegrænsnings- og fraskrivellesklausuler).

For at sikre en vis rimelig risikoafvejning mellem parterne, følger det sædvanligvis eksplicit af aftalen, at klausulen ikke finder anvendelse hvis tabet er forvoldt ved grov uagtsomhed eller forsæt.² Dette er fx tilfældet for alle standardkontrakterne på it-udviklingsområdet, jf. K01 (pkt. 18), K02 (pkt. 21) og K03 (pkt. 29). I praksis er det derfor særdeles vigtigt fastslå om leverandøren har handlet groft uagtsomt, da dette almindeligvis giver mulighed for at tilsidesætte klausulen.

¹ Jf. Henrik Udsen: *It-kontraktret* (2020), side 43.

² Det er i øvrigt også omdiskuteret, hvorvidt det overhovedet er muligt at fraskrive sig ansvaret for grov uagtsomhed. Se fx Henrik Udsen: *It-kontraktret* (2020), side 236 f.; Mads Bryde Andersen: *Grundlæggende aftaleret* (2021), side 498 f.; Arve Føyen m.fl.: *Kontrakter for udvikling av programvare* (2006), side 491 f.

1.2 Problemformulering

Denne afhandling tager sit udgangspunkt i følgende problemformulering:

Afhandlingen har til formål at analysere og vurdere hvornår en leverandør i en it-udviklingsaftale har handlet groft uagtsomt i relation til rækkevidden af klausuler om ansvarsbegrænsning og -fraskrivelse. Afhandlingen vil særligt have fokus på grænsen mellem simpel og grov uagtsomhed ("den nedre grænse").

1.3 Metode

1.3.1 Den retsdogmatiske metode

Afhandlingen benytter den retsdogmatiske metode (*de lege lata*), der går ud på at:

*" [...] identificere og finde de for besvarelsen af juridiske spørgsmål vedrørende gældende ret relevante retskilder, hvis der er flere retskilder af relevans, at afveje dem over for hinanden, og gennem fortolkning og argumentation at tillægge dem en mening, der kan rummes inden for den retskilde- og fortolkningslære, der må anses for en del af gældende ret."*³

Almindeligvis betragtes retsafgørelser som en væsentlig retskilde, for at fastlægge gældende ret, og dette gælder særligt også inden for obligationsretten.⁴ En væsentlig metodisk udfordring i denne afhandling er, at tvister i it-udviklingsaftaler i stor grad afgøres ved voldgift, hvorfor problemstillingerne sjældent forelægges for de danske domstole. For at løse denne metodiske udfordring, vil der søges inspiration i fremmed ret, herunder særligt retspraksis fra Norge. Afhandlingen har imidlertid hverken til formål at foretage en komparativ analyse, eller fastlægge gældende ret i Norge. Det er udelukkende formålet at fastlægge gældende dansk ret. Fremmed ret er ikke en direkte retskilde i dansk ret, men når retspraksis fra Norge alligevel inddrages i betydeligt omfang, skyldes det, at fremmed ret e.o. kan benyttes som fortolkningsbidrag til at fastlægge

³ Jf. Ruth Nielsen i T. Riis & J. Trzaskowski (Red.): *Skriftlig jura* (2020), side 321.

⁴ Jf. Peter Blume: *Juridisk Metodelære* (2009), side 66.

gældende dansk ret, hvis naturligvis forudsætter kongruens mellem landenes retstradition og grundlæggende hensyn mv.⁵

Når retspraksis fra særligt Norge inddrages, skyldes det, at der blandt de nordiske lande tidligere har været et betydeligt nordisk samarbejde, hvilket har ført til, at mange problemstillinger på det obligationsretlige område behandles ens.⁶ Som udtrykt af *Henrik Udsen*, er der et tæt ”slægtsskab” mellem obligationsretten i de nordiske lande.⁷ Relevansen af retspraksis fra Norge forstærkes kun af, at tilslutningen til voldgift ikke er ligeså stor i Norge, hvorfor en større mængde retspraksis er tilgængelig.⁸

Afhandlingen inddrager også juridiske litteratur. Der er ikke enighed om hvorvidt juridisk litteratur udgør en egentlig retskilde, fordi forfatteren ikke har den fornødne legitimitet til at skabe ret.⁹ Der er da også åbenbart at en dommer ikke er bundet af litteraturen. Derimod kan juridisk litteratur i hvert fald anses som *retskildelignende*, eftersom den kan bidrage til hvordan gældende ret skal forstås, da litteraturen normalt selv har haft et retsdogmatisk formål. Litteraturen kan i denne forstand inddrages som led i den juridiske argumentation.¹⁰ Det er netop til dette formål, den juridiske litteratur vil blive inddraget i afhandlingen, dvs. den juridiske litteratur vil blive benyttet til at underbygge afhandlingens konklusioner og argumentationer.

Afhandlingen har ikke til formål, at fremsætte retspolitiske holdninger. Enhver udtalelse om hvordan et givent forhold bør opfattes/forstås er derfor alene fremsat, for at fastlægge gældende dansk, herunder fx for at sætte norsk retspraksis i dansk perspektiv eller for at fremdrage grænserne for

⁵ Jf. Peter Blume: *Retssystemet og juridisk metode* (2020), side 279.

⁶ Jf. Peter Blume: *Retssystemet og juridisk metode* (2020), side 279. Se tilsvarende Mads Bryde Andersen i TfR, vol. 133, 1/2020, s. 39-72: *Nordisk formueret mellem pragmatisme og principfasthed* (2020), side 53 ff. Se tilsvarende Mads Bryde Andersen: *Lærebog i Obligationsret* (2020), side 86 f.

⁷ Jf. Henrik Udsen: *It-kontraktret* (2020), side 48 f. Se tilsvarende Mads Bryde Andersen i TfR, vol. 133, 1/2020, s. 39-72: *Nordisk formueret mellem pragmatisme og principfasthed* (2020), side 60 og 70.

⁸ Jf. Henrik Udsen: *It-kontraktret* (2020), side 49.

⁹ Jf. fx Mads Bryde Andersen: *Ret & metode* (2002), side 160, der ikke mener at juridisk litteratur er en egentlig retskilde. Se fx Torsten Iversen: *Obligationsret 1. del* (2019), side 26, der lader spørgsmålet afhænge af, hvad der forstås ved en retskilde. Ifølge forfatteren kan litteraturen ikke anses for en retskilde, hvis man dermed mener en kilde, som en dommer er bundet af, hvorimod litteraturen godt kan betragtes som en retskilde, hvis der derved forstås en kilde, som en dommeren kan konsultere ved afgørelsen af en konkret problemstilling; Carina Risvig Hamer og Sten Schaumburg-Müller: *Juraens verden* (2020), side 24, der ikke mener at litteraturen er en egentlig retskilde, men kan bidrage til at belyse problemstillingen; Peter Blume: *Retssystemet og juridisk metode* (2020), side 31 ff., der mener at litteraturen har retskildemæssig betydning, der kan påvirke løsningen af retlige problemstillinger.

¹⁰ Jf. Peter Blume i T. Riis & J. Trzaskowski (Red.): *Skriftlig jura* (2020), side 19, Peter Blume: *Retssystemet og juridisk metode* (2020), side 192 f. og Mads Bryde Andersen: *Ret & metode* (2002), side 160 f.

gældende ret. Selvom der kun er et begrænset retskildegrundlag for flere af afhandlingens konklusioner, gør dette ikke afhandlingen retspolitisk. I stedet vil visse af disse resultater være udtryk for *de sententia ferenda*, dvs. opfattelser om hvordan gældende ret burde opfattes.¹¹

1.3.2 Den obligationsretlige metode

Som følge af afhandlingens formål, har obligationsretten en helt central placering i afhandlingen, hvilket nødvendiggør enkelt bemærkninger til den obligationsretlige metode. Som formuleret af *Mads Bryde Andersen*, så:

”[...] bygger obligationsrettens almindelige del på begreber, principper og hensyn, der danne udgangspunkt for den argumentation og hensynsafvejning, som leder frem imod de praktiske retlige konklusioner”.¹²

Når obligationsretten vil blive inddraget i denne afhandling, vil det ske i flere forskellige former, hvilket er en naturlig følge af at afhandlingen bl.a. kombinerer erstatningsretten og it-kontraktretten. Dette vil sige, at når det i afhandlingen vil blive søgt afklaret om et bestemt forhold kan indgå som moment i en uagtsomhedsvurdering, vil bl.a. erstatningsretlige hensyn blive inddraget, men disse vil blive set i lyset af, at der er tale om en it-udviklingsaftale, med de særlige hensyn og forhold, der gælder sig gældende inden for dette område.

En væsentlig del af afhandlingen vil derfor være, at identificere de retligt relevante hensyn mv., der taler for hhv. imod at et givent forhold kan inddrages i uagtsomhedsvurderingen, og indbyrdes afveje disse hensyn over for hinanden. Dette kræver bl.a. at de udpegede hensyn mv. tildeles den berettigede vægt, hvilket bl.a. påvirkes af karakteristika for it-udviklingsaftaler og hensynene bag denne kontraktstype.

¹¹ Se fx Carina Risvig Hamer og Sten Schaumburg-Müller: *Juraens verden* (2020), side 325 ff., der beskriver forskellen på *de lege ferenda* som udtalelser om hvordan retten bør være, dvs. rettet mod lovgivningsmagten, mens *de sententia ferenda* er opfattelser om hvordan et problem bør løses, der fremsættes som følge af, at gældende ret ofte er uklart, og er ofte rettet mod domstolene. Se tilsvarende Jens Evald: *Juridisk teori, metode og videnskab* (2024), side 168 f., der beskriver *de sententia ferenda* som en kritisk stillingtagen til retspraksis.

¹² Jf. Mads Bryde Andersen: *Lærebog i Obligationsret I* (2020), side 56. Noget tilsvarende findes hos Kim Frost i Tidsskrift for Rettsvitenskap, vol. 126, 01-02-2013: *Om retten og pligten til naturalopfyldelse* (2013), side 94 f., der fremhæver hvordan obligationsretten giver en argumentationsteknik, der baserer sig på rimelig hensynstagen til interesserne hos parterne med inddragelse af visse mere generelle samfundsmæssige værdier.

I et vidst omfang kan inspiration søges i beslægtede retsområders håndtering af problemstillinger, herunder for it-udviklingsaftaler fx entrepriseretten.¹³ Som overordnet udgangspunkt er der da også visse lighedstegn, herunder at begge kontraktstyper normalt betegnes ”langvarige”, kompleksitet i parternes ydelse samt at parterne normalt har flere sekundære forpligtelser, men for at inspiration kan søges i entrepriseretten, kræves der dog stadig en konkret hensynsafvejning for at identificere om retsområderne på det konkrete område er tilstrækkeligt ens, til at reguleringen kan overføres til it-udviklingsaftalen. Den entrepriseretlige håndtering kan derfor ikke blot automatisk overføres til it-udviklingsaftalen.¹⁴

1.4 Afgrænsning

Afhandlingen er afgrænset til at omhandle hvornår leverandøren har handlet groft uagtsomt i it-udviklingsaftaler i relation til rækkevidden af ansvarsbegrænsnings og -fraskrivelsesklausuler. Af pladsmæssige hensyn, behandles uagtsomhedsvurderingen for kunden ikke. Når rækkevidden af en klausul om ansvarsbegrænsning eller -fraskrivelse skal undersøges, vil det almindeligvis forekomme naturlig både at undersøge om der er handlet groft uagtsomt eller forsætligt, samt om klausulen kan tilsidesættes som ugyldig eller bortfortolkes. Afhandlingen er imidlertid afgrænset til alene at behandle ansvarsgrundlaget. De øvrige erstatningsbetingelser behandles heller ikke.

Når afhandlingen er afgrænset til it-udviklingsaftaler skyldes dette ikke, at reguleringen af ansvarsbegrænsninger og -fraskrivelser ikke er relevant inden for andre former for it-kontrakter. Det skyldes derimod pladsmæssige hensyn, idet forskellige hensyn og forhold gør sig gældende med forskellig betydning/vægt, hvilket kan have betydning for den retlige vurdering af, hvornår der inden for den konkrete kontraktstype, er handlet groft uagtsomt.

Det er ikke muligt at lave en fuldstændig udførlig analyse og vurdering af, hvornår der foreligger grov uagtsomhed. Afhandlingen vil i stedet hovedsagligt fokusere på de momenter, der kan udledes af retspraksis inden for it-udviklingsaftaler, eller som fortjener særlig behandling i en it-udviklingsaftalekontekst.

¹³ Jf. Henrik Udsen: *It-kontraktret* (2020), side 8; Mads Bryde Andersen: *IT-retten* (2005), side 895; Arve Føyen m.fl.: *Kontrakter for udvikling av programvare* (2006), side 57 ff.; Jacob Nørager-Nielsen: *edb-kontrakter* (1987), side 25.

¹⁴ Jf. Henrik Udsen: *It-kontraktret* (2020), side 7.

Afhandlingen vil ikke inddrage andre retsområder, herunder fx udbudsret, skat eller forsikringsret. Afhandlingen behandler ikke bevisbyrdemæssige spørgsmål. Andre variationer af ansvarsbegrænsningsklausuler, end den i afsnit 2.4 definerede form, inddrages ikke, herunder fx knock for knock-klausuler.

Kapitel 2. Introduktion til ansvarsbegrænsninger og -fraskrivelser i it-udviklingsaftaler

2.1 Det almindelige erstatningsretlige udgangspunkt og skyldgraderne

For at kræve erstatning i kontrakt, skal der foreligge en misligholdelse (forsinkelse eller mangler), der har resulteret i et dokumenterbart/beviseligt tab. De resterende almindelige erstatningsbetingelser skal endvidere være opfyldt, herunder ansvarsgrundlag, kausalitet og ædækvans.¹⁵

Er ovenstående betingelser opfyldt, er det klare erstatningsretlige udgangspunkt, at alle beviselige tab kan kræves erstattet (fuld erstatning). Det er dette udgangspunkt, som en ansvarsbegrænsning eller -fraskrivelse (herefter blot ”ansvarsbegrænsning”) søger at modificere.¹⁶

For så vidt angår ansvarsgrundlaget, findes der flere forskellige former for ansvarsgrundlag i dansk ret, ligesom der findes forskellige variationer af disse. Det drejer sig om overordnet om i) culpaansvar og ii) objektivt ansvar.

Inden for culpaansvaret, sondres der mellem i) hændelige skader, ii) uagtsomhed og iii) forsæt. Disse kaldes også for ”skyldgrader”. Efter baggrundsretten kan der ikke kræves erstatning for hændelige skader, dvs. tabet skal være forvoldt ved en handling eller undladelse, der kan tilregnes parten som uagtsomt eller forsætligt. For så vidt angår uagtsomhed, sondres der yderligere mellem simpel og grov uagtsomhed.¹⁷

Der findes ikke nogen entydig definition af forsætsbegrebet inden for erstatningsretten, og definitionen tildeles ikke meget opmærksomhed i den erstatningsretlige litteratur.¹⁸ Da fokus for denne afhandling hovedsagligt er den ”nedre grænse” for grov uagtsomhed, skal der også kun knyttes

¹⁵ For generelt om de almindelige erstatningsbetingelser, se fx Andreas Bloch Ehlers: *Grundlæggende erstatningsret* (2019); Bo von Eyben og Helle Isager: *Lærebog i erstatningsret* (2024). For generelt om it-udviklingsaftaler, se da Henrik Udsen: *It-kontraktret* (2020), side 188 ff.

¹⁶ Jf. afsnit 2.4 nedenfor.

¹⁷ Jf. Bo von Eyben og Helle Isager: *Lærebog i erstatningsret* (2024), side 25 f. og 96: for norsk ret, se Viggo Hagstrøm: *Obligasjonsrett* (2021), side 502 f.

¹⁸ I modsætning til inden for strafferetten, hvor afgrænsningen mellem uagtsomhed og forsæt er af væsentlig betydning, da de fleste straffebestemmelser efter straffeloven kræver forsæt. At forsæts-begrebet ikke får meget opmærksom inden for erstatningsretten skyldes formentlig, at der i medfør af baggrundsretten alene stilles krav om uagtsomhed for så vidt angår ansvarsgrundlaget efter culpareglen. Se herom hos fx Bo von Eyben og Helle Isager: *Lærebog i erstatningsret* (2024), side 96.

en enkelt bemærkning hertil. *Henrik Udsen* anfører at forsætskravet stiller krav om, at leverandøren bevidst har tilsidesat sine forpligtelser. Derimod behøver leverandøren ikke bevidst have påført kunden et tab.¹⁹

Den nedre grænse for simpel uagtsomhed formuleres almindeligvis som, at parten skal udvise den omtanke og omhu ved sin kontraktopfyldelse, som, under de konkrete omstændigheder, må kræves af en part, der har påtaget sig de pågældende forpligtelser.²⁰ Gør parten ikke dette, har parten handlet uagtsomt.

Der findes ikke nogen entydig definition af begrebet grov uagtsomhed. *Bo von Eyben* formulerede det i sin tid som en adfærd, der indebærer en *markant normafvigelse*.²¹ I deliktsretten synes det afgørende at være, om skadevolderens adfærd indebærer en *indlysende fare* for den indtrådte skade.²² Dette kriterie ses også brugt fsva. erstatning i kontrakt, jf. fx TBB 2006.334, hvor Voldgiftsretten afviste at der forelå grov uagtsomhed under henvisning til, at partens udviste adfærd ikke havde indebåret en indlysende fare for de skete skader, og omvendt UfR 2010.3113H (herefter ”*G4S-sagen*”), hvor landsretten henviste til en indlysende risiko for betydelig skade som delbegrundelse for at der var handlet groft uagtsomt.²³ Hvis der er risiko for *betydelig* skade, ligesom det var tilfældet i *G4S-sagen*, kan dette være en skærpende omstændighed, dvs. der kan lægges vægt på graden af de potentielle skader.²⁴

¹⁹ Jf. *Henrik Udsen: It-kontraktret* (2020), side 237. Noget tilsvarende findes hos *Palle Bo Madsen i UfR 2018B.131: Aftalte ansvarsfritagelser i erhvervsforhold* (2018), side 141. En udførlig diskussion af forsætskravet findes hos *Viggo Hagstrøm: Obligationsrett* (2021), side 503 ff.; *Viggo Hagstrøm i Tidsskrift for Rettsvitenskap: Om grensene for ansvarsfraskrivelse, særlig i næringsforhold* (1996), side 491 ff.

²⁰ Jf. fx *Torsten Iversen: Obligationsret 2. del* (2019), side 230; *Mads Bryde Andersen: Lærebog i obligationsret I* (2020), side 298.

²¹ Jf. *Bo von Eyben i forhandlinger ved Det 33. nordiske Juristmøde* (1993), Bind II, side 594 f. Se i samme retning fsva. norsk ret *Viggo Hagstrøm: Obligationsrett* (2021), side 507, der henter formuleringen fra norsk strafferet. Se endvidere *Henrik Udsen: It-kontraktret* (2020), side 232.

²² Jf. *Andreas Bloch Ehlers: Grundlæggende erstatningsret* (2019), side 82 f.

²³ UfR 2010.3113H, er behandlet yderligere i afsnit 3.4 nedenfor.

²⁴ Jf. tilsvarende *Palle Bo Madsen i UfR 2018B.131: Aftalte ansvarsfritagelser i erhvervsforhold* (2018), side 141 f.

Grov uagtsomhed stiller ikke krav om bevidsthed til skadesrisikoen.²⁵ Dette er i overensstemmelse med både kriteriet om en markant normafvigelse og kriteriet om en indlysende fare, der begge synes at lægge vægt på objektivt konstaterbare omstændigheder.²⁶

Når det skal vurderes om leverandøren har handlet groft uagtsomt, skal adfærden vurderes ud fra aftalens konkrete kontraktforpligtelser (den individuelle adfærdsmålestok) og den almindelige standard for professionens udøvere (den generelle adfærdsmålestok), jf. fx Borgarting lagmannsretts dom af 9. december 2015 (CGI Norge AS mod Shopple Holding AS, LB-2015-34400) (herefter *CGI 2-sagen*), hvor retten lagde vægt på, at leverandørens adfærd afveg markant fra hvad, der kunne forventes af en professionel aktør.²⁷ Jo længere leverandørens udviste adfærd er fra den pågældende målestok, desto mere taler for at leverandøren har handlet groft uagtsomt.²⁸ Bedømmelsen påvirkes derved også af den konkrete aftale.²⁹

2.2 De erstatningsretlige hensyn og formål

Erstatningsretten varetager en række hensyn og formål, der kan og bør inddrages i den erstatningsretlige argumentation for, hvorvidt der bør tilkendes erstatning - og dermed også hvorvidt der er handlet (groft) uagtsomt.³⁰ I det følgende skal de væsentligste hensyn og formål kort nævnes.

Torsten Iversen fremhæver, at erstatningsretten i kontraktsretten har en *dobbelt funktion*: 1) præventionsfunktion/-hensyn og 2) genoprettelsesfunktion/-hensyn.³¹

Genoprettelseshensynet går ud på, at den, der har lidt et tab, skal have udlignet det tab, han er blevet påført ved den anden parts ansvarspådragende adfærd.³² Formålet med præventionshensynet er, at

²⁵ Jf. Palle Bo Madsen i UfR 2018B.131: *Aftalte ansvarsfritagelser i erhvervsforhold* (2018), side 141 f. Se fsva. norsk ret Viggo Hagstrøm: *Obligationsrett* (2021), side 510, med henvisning til norsk retspraksis til støtte herfor.

²⁶ Jf. Palle Bo Madsen i UfR 2018B.131: *Aftalte ansvarsfritagelser i erhvervsforhold* (2018), side 141 f. Det tilsvarende antages i øvrigt også i forhold til vurderingen efter erstatningsansvarslovens § 19, jf. Folketingstidende 1983-84 (2. samling), tillæg A, spalte 111. Se tilsvarende Jens Møller m.fl.: *Erstatningsansvarsloven med kommentarer* (2020), side 653, der anfører at sontringen mellem simpel og grov uagtsomhed er anderledes end sontringen mellem bevidst og ubevidst uagtsomhed. Se også Mads Bryde Andersen: *Lærebog i Obligationsret I* (2020), side 468.

²⁷ Jf. CGI 2-sagen, side 8. Afgørelsen er tilgængelig på [Domsdatabase - It-kontraktret](#) (sidst besøgt: 27. maj 2024)

²⁸ Jf. også Henrik Udsen: *It-kontraktret* (2020), side 233 f.

²⁹ Jf. fx også Palle Bo Madsen i UfR 2018B.131: *Aftalte ansvarsfritagelser i erhvervsforhold* (2018), side 143, der fremhæver hvordan vurderingen påvirkes af aftalen, herunder bl.a. aftaleindholdet, aftalesituationen og parternes forventninger.

³⁰ Jf. Andreas Bloch Ehlers: *Grundlæggende erstatningsret* (2019), side 33.

³¹ Jf. Torsten Iversen: *Obligationsret 2. del* (2019), side 226.

³² Jf. Torsten Iversen: *Obligationsret 2. del* (2019), side 226; Andreas Bloch Ehlers: *Grundlæggende erstatningsret* (2019), side 35.

reglerne om potentielt erstatningsansvar ved kontraktbrud skal ”disciplinere” kontraktparterne til at efterleve aftalen i videst mulige omfang.³³

2.3 Karakteristika for it-udviklingsaftaler

En it-udviklingsaftale er en variation af en it-kontrakt. Karakteristika for it-udviklingsaftalen kan derfor med fordel også tage afsæt i definitionen heraf. *Susanne Karstoft* anfører følgende om en it-kontrakt:

*”En it-kontrakt karakteriseres som en aftale om, at en leverandør til bruger/kunde helt eller delvis overdrager brugs-, ejendoms- og/eller ophavsretten til et it-system og/eller dets funktioner.”*³⁴

Særligt kendetegnende for it-udviklingsaftalen er, at ydelsen (systemet) ikke findes/eksisterer på tidspunktet for aftalens indgåelse. Tendensen er dog, at der i større grad benyttes standardprogrammel, der tilpasses kundens særlige behov. Imidlertid vil standardprogrammel ikke altid kunne opfylde kundes særlige behov, hvorfor det i disse tilfælde vil der være nødvendigt at få specialudviklet programmet. Dette vil i praksis normalt ske ved, at det specialudviklede programmel består af eksisterende og nyudviklede komponenter.³⁵

Det forhold, at ydelsen ikke eksisterer på aftaletidspunktet, er med til at gøre it-udviklingsaftalen kompleks. Komplexiteten forøges kun af, at kunden på tidspunktet for aftaleindgåelsen normalt heller ikke har et fuldstændigt kendskab til, hvilke behov systemet skal opfylde. Dette kan undervejs i forløbet medføre, at kunden vil ønske sig noget andet end kunden oprindeligt troede, jf. fx dom af Oslo tingsrett af 19. januar 2010 (Telenor ASA mod International Business Machines AS, TOSLO-2008-1260000), herefter ”Telenor-sagen”, hvor Telenor (kunden) først indgik en aftale med IBM om et kompleks it-projekt, for derefter at reducere ydelsen til et mandatory scope. Senere fremsatte Telenor dog et ualmindeligt højt antal ændringsanmodninger, hvoraf flere lå helt ud over det oprindelige scope.³⁶

³³ Jf. Torsten Iversen: *Obligationsret 2. del* (2019), side 226.

³⁴ Jf. Susanne Karstoft i Torsten Iversen (red.): *Formueretlige emner* (2019), side 299.

³⁵ Jf. Henrik Udsen: *It-kontraktret* (2020), side 18 ff.

³⁶ Jf. Henrik Udsen: *It-kontraktret* (2020), side 19 ff.; Telenor-sagen, side 33 ff. Afgørelsen er tilgængelig på [Domsdatabase - It-kontraktret](#) (sidst besøgt: 27. maj 2024).

Almindeligvis kendetegnes it-udviklingsaftaler også ved, at der er et væsentligt vidensspring mellem leverandøren og kunden, derved at kunden er mere eller mindre usagkyndig hvorimod leverandøren er den professionelle part.³⁷ Særligt i større it-projekter, vil kunden imidlertid ofte have it-kompetencer internt i organisationen eller gennem eksterne rådgivere, hvilket kan mindske vidensspringet.³⁸

I forhold til mange andre aftaletyper, er udviklingsaftalen også særlig fordi parterne vil have andre og flere forpligtelser end det kendes fra fx lølørekøb. Leverandørens *hovedforpligtelse* er at udvikle og levere et it-system, der 1) lever op til hvad der er aftalt, og i mangel af aftale, hvad der med rimelighed kan forventes, hvilket 2) skal gøres på rette tidspunkt. Imidlertid vil leverandøren normalt have visse yderligere forpligtelser. *Henrik Udsen* anfører at disse *sekundære forpligtelser* normalt kan opdeles på følgende måde: 1) leverandørens projektrelaterede forpligtelser, 2) forpligtelser knyttet til afprøvning og ændringer og 3) leverandørens rådgivningspligt.³⁹ De projektrelaterede forpligtelser udspringer af, at udviklingen er et komplekst og længerevarende projekt, hvori et tæt samarbejde mellem kunden og leverandøren er afgørende.⁴⁰ Rådgivningspligten betragtes som et udslag af den almindelige loyalitetspligt, og har særlig betydning i aftaler om komplekse ydelser, hvor der er et vidensspring mellem parterne, og den får særlig vægt, når parterne indgår et tæt og langvarigt samarbejde.⁴¹ Disse *sekundære forpligtelser* vil oftest være aftalt mellem parterne, men visse af dem gælder i et vidst omfang også efter baggrundsretten.⁴²

Kundens *hovedforpligtelse* er, at betale det aftalte vederlag til den aftalte tid. Kunden vil dog også almindeligvis være underlagt visse *sekundære forpligtelser*. Disse forpligtelser vil normalt have til formål at sikre, at leverandøren kan præstere sine aftalte ydelser, fx kan det være aftalt at kunden skal levere visse informationer/dokumenter, der er nødvendige for at leverandøren kan udvikle systemet. Opfyldelse af sådanne sekundære forpligtelser kan have en væsentlig (hvis ikke endda afgørende) betydning for leverandørens mulighed for at levere det aftalte system.⁴³

³⁷ Jf. Susanne Karstoft i Torsten Iversen (red.): *Formueretlige emner* (2019), side 307.

³⁸ Jf. Henrik Udsen: *It-kontraktret* (2020), side 190.

³⁹ Jf. Henrik Udsen: *It-kontraktret* (2020), side 68 f.

⁴⁰ Udviklingsaftalen får dermed også karakter af en projektaftale.

⁴¹ Jf. Henrik Udsen: *It-kontraktret* (2020), side 69.

⁴² Se fx Henrik Udsen: *It-kontraktret* (2020), side 101 ff. om leverandørens projektstyring og side 106 ff., om leverandørens rådgivningspligt.

⁴³ Jf. Henrik Udsen: *It-kontraktret* (2020), side 248. Normalt vil misligholdelse af sekundære forpligtelse medføre at der indtræder fordringshaveremora, dvs. at kundens forhold forhindrer leverandøren i at opfylde hans forpligtelser. Generelt

2.4 Definitionen af en ansvarsbegrænsning

En ansvarsbegrænsning kan tage mange former. Overordnet definerer *J. Günther Petersen* en ansvarsfraskrivelse som:

”[...] en bestemmelse i en aftale, hvorved en part søger at frigøre sig på forhånd, helt eller delvis, for et eventuelt erstatningsansvar, som han er udsat for at ifalde over for den anden part i aftalen.”⁴⁴

Som det følger af ovenstående definition, sigter ansvarsbegrænsninger i første række på, at modificere det baggrundsretlige udgangspunkt om fuld erstatning.⁴⁵ I den juridiske litteratur ses det dog, at visse forfattere mener, at begrebet rækker videre end blot erstatningsansvaret. *Mads Bryde Andersen* mener fx at begrebet også dækker aftalevilkår, der fraskriver sanktionerne fra misligholdelsesbeføjelser, fx sanktionen ved modpartens ret til ophævelse, og angiver at disse samlet kan betegnes som ”ansvarsfrihed”.⁴⁶ Det forekommer imidlertid misvisende at anføre, at begrebet også skulle omfatte fraskrivelse/begrænsning af retten til ophævelse eller forholdsmæssigt afslag. Dette skyldes, at netop ophævelse og forholdsmæssigt afslag ikke stiller krav om *ansvar*. For fx forholdsmæssigt afslag vil der nærmere være tale om en fraskrivelse/begrænsning af *risikoen* for at ydelsen lider af en værdiforringende mangel, der ikke er bagatelagtig.⁴⁷

I denne afhandling vil en ansvarsbegrænsning derfor defineres som en klausul, der på forhånd søger, helt eller delvist, at begrænse det baggrundsretlige udgangspunkt for erstatningsansvaret, i overensstemmelse med definitionen hos *J. Günther Petersen*. Noget andet er, at samme klausul både kan søge at begrænse retten til erstatning og fx retten til ophævelse. Dette kan have betydning for den aftaleretlige vurdering af klausulen, jf. fx Borgarting lagmannsretts dom af 13. oktober 2005 (*Steria AS mod NSB AS*, LB-2004-8893), herefter ”*Steria 2-sagen*”, hvor lagmannsretten under henvisning

er tendensen i litteraturen at opfatte fordringshavermora som en selvstændig misligholdelse, jf. fx Henrik Udsen: *It-kontraktret* (2020), side 248 ff.; Torsten Iversen: *Obligationsret 1. del* (2019), side 379 ff.

⁴⁴ Jf. J. Günther Petersen: *Ansvarsfraskrivelser* (1957), side 7. En lignende definition findes hos Bo von Eyben: *Juridisk ordbog* (2023), side 59.

⁴⁵ Jf. Palle Bo Madsen i UfR 2018B.131: *Aftalte ansvarsfritagelser i erhvervsforhold* (2018), side 134.

⁴⁶ Jf. Mads Bryde Andersen: *Praktisk aftaleret* (2019), side 454.

⁴⁷ Jf. Henrik Udsen: *It-kontraktret* (2020), side 187 om bagatelgrænsen.

til en anden sag, afviste at forudsætningerne for ansvarsbegrænsningen var bortfaldet, bl.a. fordi ansvarsbegrænsningen ikke fraskrev både erstatningsretten og retten til ophævelse.⁴⁸

2.4.1 Klausulens retsfaktum og retsfølge

Ligesom andre aftalevilkår, kan ansvarsbegrænsninger opdeles mellem klausulens retsfaktum og retsfølge.⁴⁹

Retsfaktummet vil og først være betinget af, at der foreligger en misligholdelse, hvortil de almindelige erstatningsbetingelser ligeledes er opfyldt. Derudover vil ansvarsbegrænsningen normalt stille et kvalificeret krav om, at tabet ikke er forvoldt ved forsætlig eller groft uagtsom adfærd.⁵⁰ Er adfærden forsætlig eller groft uagtsom, vil ansvarsbegrænsningens retsfølge altså ikke indtræde, og man vil falde tilbage på det baggrundsretlige udgangspunkt om fuld erstatning.⁵¹

Retsfølgen angår derimod omfanget af ansvaret, og er relevant når situationen er omfattet af bestemmelsens retsfaktum, dvs. at betingelserne for erstatningsansvar og bestemmelsens kvalificerede krav er opfyldte. Retsfølgen kan tage mange forskellige former:

Ansvaret kan fx begrænses *kvantitativt*, hvorefter der ikke kan kræves erstatning over et bestemt beløb.⁵² Ofte ses det, at det samlede erstatningsansvar er begrænset til kontraktsummen (en såkaldt beløbsmaksimering).⁵³ Dette vil betyde, at hvis kunden fx skal betale 50 mio. kr. for udviklingen af systemet, så maksimeres leverandørens potentielle samlede erstatningsansvar til 50 mio. kr. Parterne kan dog også have aftalt en anden beløbsmaksimering, jf. fx Borgarting lagmannsretts dom af 9. december 2015 (CGI Norge AS mod Shopple Holding AS, LB-2015-34400), herefter ”*CGI 2-sagen*”, hvor leverandørens potentielle erstatningsansvar var begrænset til 10 % af kontraktsummen, medmindre tabet var forårsaget ved grov uagtsomhed eller forsæt.⁵⁴

⁴⁸ Jf. Steria 2-sagen, side 11. Den aftaleretlige vurdering af, om en ansvarsbegrænsning og -fraskrivelse kan tilsidesættes er imidlertid ikke omdrejningspunktet for denne afhandling, og vil derfor ikke blive behandlet yderligere i det følgende. Dommen er tilgængelig på [Domsdatabase - It-kontraktret](#) (sidst besøgt: 27. maj 2024).

⁴⁹ Jf. Mads Bryde Andersen: *Praktisk aftaleret* (2019), side 456 f.

⁵⁰ Det er ganske almindeligt, at bestemmelsen udtrykkeligt angiver, at den ikke finder anvendelse ved tab, der er forvoldt ved grov uagtsomhed eller forsæt, jf. fx Henrik Udsen: *It-kontraktret* (2020), side 232.

⁵¹ Jf. Mads Bryde Andersen: *Praktisk aftaleret* (2019), side 456 f. Om det almindelige erstatningsretlige udgangspunkt, se afsnit 2.1 ovenfor.

⁵² Jf. Mads Bryde Andersen: *Praktisk aftaleret* (2019), side 457.

⁵³ Jf. Henrik Udsen: *It-kontraktret* (2020), side 227.

⁵⁴ Jf. CGI 2-sagen, side 3 og 7. Dommen er tilgængelig på [Domsdatabase - It-kontraktret](#) (sidst besøgt: 27. maj 2024).

Alternativt kan retsfølgen for ansvarsbegrænsningen være *absolut*, hvorefter der fx ikke kan kræves erstatning for bestemte typer af krav.⁵⁵ En hyppig form for fraskrivelse er, at parterne fraskriver sig ansvaret for indirekte tab.⁵⁶ En eksempel på fraskrivelse af ansvaret for indirekte tab ses i K02 (pkt. 21), hvorefter der ikke kan kræves erstatning for driftstab, følgeskader eller andre indirekte tab.

Parterne kan også kombinere de forskellige variationer, hvorefter fx parterne ikke kan kræve erstatning for indirekte tab, samtidig med at det samlede erstatningsansvar begrænses til et bestemt beløb.⁵⁷ Eksempler på kombinationer findes i K01 (pkt. 18), K02 (pkt. 21) og K03 (pkt. 29).

2.5 Formålene med ansvarsbegrænsninger

Ansvarsbegrænsninger benyttes til at varetage flere formål, og som udtrykt af *Palle Bo Madsen*, kan klausulerne både retligt og kommercielt være fordelagtige for begge parter (en ”win-win-situation”).⁵⁸ Et væsentligt formål med klausulen er, at øge forudsigeligheden af parternes eksponering for eventuelle erstatningskrav. Som anført under afsnit 2.2, er det baggrundsretlige udgangspunkt, at hvis de erstatningsretlige betingelser er opfyldt, kan alle beviselige tab kræves erstattet. Dette fører til en stor usikkerhed for særligt leverandøren, eftersom kundens potentielle tab ved et fejlslagent it-projekt kan være meget høje, og - særligt indirekte tab - kan være meget uforudsigelige for leverandøren.⁵⁹ Leverandøren kan vanskeligt vurdere omfanget af kundens indirekte tab, fx i form af tabt indtjening, men efter de baggrundsretlige regler, ville kunden i udgangspunktet være berettiget til at kræve disse erstattet, om end kravet om bevis for tabet og ædækvansbetingelsen sætter en vis grænse herfor.⁶⁰

Denne øgede forudsigelighed for leverandøren kommer dog også kunden til gode. Havde leverandøren ikke mulighed for at kalkulere dennes økonomiske risiko for et eventuelt erstatningskrav, ville leverandøren have været nødsaget til at indregne risikoen herfor i prisen (*risikodækning*).⁶¹

⁵⁵ Jf. Mads Bryde Andersen: *Praktisk aftaleret* (2019), side 457.

⁵⁶ Jf. Henrik Udsen: *It-kontraktret* (2020), side 227.

⁵⁷ Jf. Mads Bryde Andersen: *Praktisk aftaleret* (2019), side 445.

⁵⁸ Jf. Palle Bo Madsen i UfR 2018B.131: *Aftalte ansvarsfritagelser i erhvervsforhold* (2018), side 136 f. Se tilsvarende hos Mads Bryde Andersen: *Lærebog i Obligationsret I* (2020), side 463.

⁵⁹ Jf. Henrik Udsen: *It-kontraktret* (2020), side 227.

⁶⁰ Jf. Henrik Udsen: *It-kontraktret* (2020), side 195 og 227 f.

⁶¹ Jf. Palle Bo Madsen i UfR 2018B.131: *Aftalte ansvarsfritagelser i erhvervsforhold* (2018), side 135; forudsætningsvist Henrik Udsen: *It-kontraktret* (2020), side 227.

Overordnet indgår ansvarsbegrænsninger ligeledes som en del af parternes kommercielle risikohåndtering/ansvarsfordeling, hvorved formålet med klausulen også skal ses i lyset af parternes øvrige aftale. Dette skulle gerne komme til udtryk ved, at den større økonomiske sikkerhed modsvares af en lavere pris. Fordi klausulen blot er en del af parternes samlede kommercielle risikohåndtering, kan det dog også modsvares ved at fx leverandøren påtager sig ansvaret for andre forhold.

Kapitel 3. Hvornår foreligger der grov uagtsomhed?

3.1 Ansvarsnormen

3.1.1 Krav om en stærkt bebrejdesværdig adfærd

Når det skal vurderes hvorvidt der er handlet groft uagtsomt, er det nærliggende og relevant, at fastslå hvornår en adfærd betragtes som groft uagtsom, herunder om der gælder en høj tærskel samt hvor streng ansvarsnormen er.

I flere af de norske afgørelser, der skal analyseres nærmere i denne afhandling, henviser domstolene til den førstvoterende dommer i en ældre norsk højesteretsafgørelse (Rt-1989-1318) ift. definitionen af grov uagtsomhed.⁶² Dette er både tilfældet i Telenor-sagen, samt i CGI 2- sagen.⁶³ Tilsvarende henviser Oslo tingrett i en dom af 20. november 2014 (Shopples Holding AS mod CGI Norge AS, TOSLO-2014-97343), herefter ”CGI-sagen” (førsteinstansafgørelsen i CGI 2-sagen) til den norske Høyesterett i Rt-1989-1318 (*Advokatansvar-dommen*).⁶⁴

I Rt-1989-1318, anførte den førstvoterende dommer at:

”For at en oppførsel skal kunne karakteriseres som grovt uaktsom, må den etter mitt syn representere et markert avvik fra vanlig forsvarlig handlemåte. Det må dreie seg om en opptreden som er sterkt klanderverdig, hvor vedkommende altså er vesentlig mer å klandre enn hvor det er tale om alminnelig uaktsomhet” [min fremhævelse].⁶⁵

Omdrejningspunktet i denne vurdering er, at den misligholdende parts adfærd skal indebære en markant afvigelse fra almindelig forsvarlig handlemåde, hvorved adfærden er stærkt bebrejdesværdig.

Almindeligvis skal man være påpasselig med at overføre vurderingen fra ét område til ét andet, da vurderingen kan variere fra kontrakttype til kontrakttype, og der i alle tilfælde vil være tale om en

⁶² Rt-1989-1318 (*Advokatansvar-dommen*) er blandt andet trykt i Nordisk Domssamling (1989), side 679 ff.

⁶³ Telenor-sagen, side 33; CGI 2-sagen, side 12.

⁶⁴ Jf. CGI-sagen, side 12. Afgørelsen er tilgængelig på [Domsdatabase - It-kontraktret](#) (sidst besøgt: 27. maj 2024).

⁶⁵ Jf. Nordisk Domssamling (1989), side 684.

konkret vurdering, der kan variere fra sag til sag.⁶⁶ I norsk ret synes en lignende formulering dog generelt at være benyttet, når norske domstole forsøger at indkredse begrebet grov uagtsomhed.⁶⁷ Dette var bl.a. også tilfældet i Steria 2-sagen, hvor lagmannsretten anførte, at der skal ”*foreligge en kvalifisert klanderverdig opptreden som foranlediger sterke bebreidelser for mangel på aktsomhet*”, ligesom Nedre Romerike tingrett i en dom af 9. februar 2018 (Felleskjøpet Agri Sa mod Infor II Gmbh, TNERO-2016-101703), herefter ”*Infor-sagen*”, som begrundelse for at Infor i bedste tilfælde har handlet groft uagtsomt, anførte at Infor havde optrådt ”*sterkt klanderverdig*”.⁶⁸

Vurderingen er umiddelbart identisk, med den vurdering der skal foretages efter dansk ret.⁶⁹ Henrik Udsen fremhæver også rettens formulering i Steria 2-sagen.⁷⁰ Endvidere er formuleringen så generel og bred, at det ikke er betænkeligt at overføre vurderingen fra advokatansvars-dommen, ligesom der er rigeligt rum for at de særegenheder, der gælder for it-udviklingsaftalen kan påvirke vurderingen af hvornår der er handlet groft uagtsomt. Det må derfor antages, at den vurdering der foretages i norsk ret, er identisk med den vurdering der skal foretages efter dansk ret.⁷¹

3.1.2 En høj tærskel

Som anført ovenfor, gælder der et krav om en stærkt bebrejdelsesværdig adfærd, der indebærer en markant afvigelse fra normal forsvarlig handlemåde, før der er handlet groft uagtsomt. Dette supplerede Eidsivating lagmannsrett i sagen mellem Infor og Fjelleskjøpet ved at fremhæve følgende:

”*Terskelen for å karakterisere en kontraktsparts opptreden som kvalifisert klanderverdig vil være høy*”.⁷²

⁶⁶ Jf. fx Henrik Udsen: *It-kontraktret* (2020), side 230 og Palle Bo Madsen i UfR 2018B.131: *Aftalte ansvarsfritagelser i erhvervsforhold* (2018), side 137, dog begge i forhold til gyldigheden af klausulen, men det samme må antages at være tilfældet for uagtsomhedsvurderingen.

⁶⁷ Se tilsvarende Viggo Hagstrøm: *Obligasjonsrett* (2021), side 507, med henvisning til yderligere praksis, der benytter samme eller en lignende formulering. Se tilsvarende Viggo Hagstrøm i Tidsskrift for Rettsvitenskap: *Om grensene for ansvarsfraskrivelse, særlig i næringsforhold* (1996), side 497.

⁶⁸ Jf. Steria-sagen, side 11; Infor-sagen, side 14. Se tilsvarende i dommen fra Eidsivating lagmannsrett af 13. juli 2021 (Infor II Gmbh mod Felleskjøpet Agri Sa, 18-076187ASD-ELAG/), herefter ”*Infor 2-sagen*”, side 63, hvor Eidsivating lagmannsrett fremhæver at adfærden skal være ”*kvalifisert klanderverdig*” for at være groft uagtsom. Afgørelserne er tilgængelige på [Domsdatabase - It-kontraktret](#) (sidst besøgt: 27. maj 2024).

⁶⁹ Jf. afsnit 2.1 ovenfor med angivelse af en markante normafvigelse.

⁷⁰ Jf. Henrik Udsen: *It-kontraktret* (2020), side 232.

⁷¹ Se også Bo von Eyben i forhandlinger ved Det 33. nordiske Juristmøde (1993), Bind II, side 594 f., hvor det angives at grov uagtsomhed ofte karakteriseres som en særligt markant normafvigelse.

⁷² Jf. Infor 2-sagen, side 63.

Udsagnet er fremsat i forbindelse med vurderingen af, om en kunde havde handlet groft uagtsomt ved uberettiget at have ophævet aftalen, men fordi udtalelsen er generelt formuleret, jf. ”*en kontraktspart*”, er det nærliggende at det samme skulle være tilfældet for leverandørens adfærd.⁷³ Det forekommer også mest rimeligt at der gælder en høj tærskel for leverandørens adfærd, eftersom det kan være væsentlige konsekvenser hvis ansvarsbegrænsningen tilsidesættes, ligesom det ikke kan anses at være parternes hensigt at tærsklen sættes for lavt.

Skal det have nogen selvstændig betydning, at der gælder en høj tærskel for leverandørens adfærd, vil det imidlertid forudsætte at den strenge bedømmelse der almindeligvis gælder for leverandørens resultatforpligtelser, ikke (fuld ud) kan overføres til vurderingen. Dette spørgsmål vil derfor blive afklaret i det følgende afsnit.

3.1.2.1 Gælder der en streng bedømmelse for leverandøren?

Det antages generelt, at en leverandør af en resultatforpligtelse i almindelighed skal vurderes ud fra en streng culpamålestok.⁷⁴ Skal der gælde en høj tærskel for grov uagtsomhed, må det betyde at denne strenge culpamålestok ikke fuldt ud kan overføres til uagtsomhedsvurderingen i relation til en ansvarsbegrænsning.

På den ene side kan det anføres, at selvom en tilsidesættelse af ansvarsbegrænsningen kan have markante konsekvenser for leverandøren, kan dette ikke i sig selv være afgørende for, om leverandøren bør vurderes efter en mere lempelig målestok.⁷⁵

Genoprettelseshensynet tilsiger også, at hvis kunden har lidt et tab som følge af leverandørens bebrejdellesværdig adfærd, skal dette tab i højest mulige grad søges genoprettet. Hensynet varetages bedst ved at vurdere leverandøren efter den sædvanlige målestok. Alternativt ville man ”skåne” den leverandør, der har handlet bebrejdellesværdigt, og i realiteten vægte hensynet til leverandøren, der har handlet bebrejdellesværdigt, højere end hensynet til kunden, der har lidt et tab. Præventionshensynet tilsiger ligeledes dette, da risikoen for at leverandøren påføres en markant

⁷³ Jf. Infor 2-sagen, side 63.

⁷⁴ Jf. fx Henrik Udsen: *It-kontraktret* (2020), side 190. Se tilsvarende Mads Bryde Andersen: *Lærebog i Obligationsret I* (2020), side 89.

⁷⁵ jf. afsnit 2.5 ovenfor.

sanktion (gennembrud af ansvarsbegrænsningen med de deraf følgende økonomiske konsekvenser), vil disciplinere leverandøren til i højest mulige grad at efterleve påtagede forpligtelser.

På den anden side bør det holdes for øje, at formålet med en ansvarsbegrænsning er, at være et instrument for leverandøren (og kunden) til at håndtere dennes risiko i forbindelse med udviklingen af it-systemet. Det vil derfor næppe være i overensstemmelse med den kommercielle balance og risikohåndtering, hvis tærsklen for grov uagtsomhed sættes for lavt.⁷⁶ Som anført under afsnit 2.5, er leverandørens mulighed for risikoafdækning også til fordel for kunden, da leverandøren ellers ville være nødt til at indregne et tillæg i prisen som en ”forsikring” for eventuelle erstatningskrav. Hvis barren sættes for lavt, vil den risikohåndtering, som ansvarsbegrænsningen ellers kan være udtryk for, ikke fungere effektivt, hvilket kan resultere i øgede omkostningerne for kunderne til udvikling af it-systemer. Hvis leverandøren ikke kan få en tilfredsstillende risikohåndtering, fordi barren sættes for lavt, kan det i sidste ende også have negative samfundsøkonomiske effekter. Når en leverandør ikke kan opnå en tilfredsstillende risikohåndtering, kan leverandøren enten kræve en højere pris (alternativt søge at begrænse sin risiko andetsteds i kontrakten) eller afholde sig fra at indgå visse kontrakter fordi leverandøren vurderer at risikoen er for stor ift. den mulige gevinst. I sidste tilfælde, vil udbuddet af leverandører, der er villige til at levere specialudviklede it-systemer, derved mindskes, hvilket i teorien vil betyde dårligere konkurrence og en højere pris. Som udtrykt af *Mads Bryde Andersen*, kan varetagelsen af samfundsøkonomiske hensyn have positive virkninger ikke kun for de involverede parter (der som følge af øget konkurrence, opnår den bedste ydelse til den laveste pris), men også for samfundet i øvrigt.⁷⁷ Det vil altså i sidste ende være både til fordel for kunden, leverandøren og samfundet, hvis barren ikke sættes for lavt.

Derudover kan det forhold, at leverandøren er den professionelle part, ikke i sig selv være tilstrækkeligt til at barren skal sænkes væsentligt.⁷⁸ Leverandørens adfærd vurderes nemlig allerede

⁷⁶ Argumentet findes bl.a. også hos Henrik Udsen: *It-kontraktret* (2020), side 190.

⁷⁷ Jf. Mads Bryde Andersen: *Grundlæggende aftaleret* (2021), side 519; Mads Bryde Andersen: *Lærebog i Obligationsret I* (2020), side 58 f. Argumentet om og hensynet til samfundsmæssige effekter, skal selvfølgelig ikke strækkes for langt, og rene økonomiske overvejelser kan ikke i sig selv begrunde resultatet af en retlig vurdering, men betydningen kan med fordel inddrages i argumentationen, jf. Mads Bryde Andersen: *Lærebog i Obligationsret I* (2020), side 58 f.

⁷⁸ Jf. rigtigt Henrik Udsen: *It-kontraktret* (2020), side 190.

efter den generelle adfærdsmålestok, hvorfor der allerede tages hensyn til hans professionalisme i vurderingen.⁷⁹

Samtidig ses det også i retspraksis, at der sættes forholdsvis høje krav for, hvornår leverandøren har handlet groft uagtsomt, jf. fx Telenor-sagen, hvor Oslo tingrett i høj grad kritiserede IBM for manglende udarbejdelse af ændringsestimater (trods IBM havde en resultatforpligtelse hertil), misligholdelse af et projektlederansvar med store konsekvenser til følge, samt at IBM havde undervurderet omfanget af og vanskelighederne med ændringshåndteringen hvilket tydede på at IBM havde mistet kontrollen over arbejdet. Trods dette fandt tingretten ikke, at IBM havde handlet groft uagtsomt. I afgørelsen udtalte tingretten også udtrykkeligt, at der må gælde en høj tærskel for, hvornår svigt og fejlvurderinger i forbindelse med ændringshåndtering er groft uagtsomme, når der fremsættes et stort antal ændringsanmodninger.⁸⁰ Det har utvivlsomt haft betydning for rettens afgørelse, at Telenor også kunne bebrejdes vanskelighederne, men afgørelsen viser stadig at der gælder en høj tærskel for leverandøren, herunder for resultatforpligtelser.⁸¹

Selvom det er anført ovenfor, at konsekvensbetragtninger ikke bør tillægges vægt, skal det dog fremhæves, at konsekvensbetragtninger netop indgår i begrundelsen for hvorfor parterne ønsker at begrænse deres potentielle erstatningsansvar. Når leverandøren misligholder en forpligtelse i en it-udviklingsaftale, kan det medføre store økonomiske tab for kunden, og det er ikke altid sikkert at leverandørens adfærd (om end den måtte være bebrejdesværdig), står i rimeligt forhold med de økonomiske tab. Det bør derfor ikke helt udelukkes, at konsekvensbetragtninger (og proportionalitetsbetragtninger) kan indgå i vurderingen til fordel for at der gælder en høj tærskel.

Slutteligt kan det fremhæves, at eftersom ansvarsbegrænsningen udgør et centralt balanceinstrument for parterne, bør der sikres en stor grad af forudsigelighed i den efterfølgende retlige håndtering af klausulen.⁸² Dette hensyn varetages bedst ved, at der ikke overlades et for stort skøn til retten til at vurdere om leverandøren har handlet groft uagtsomt. Det må samtidig også antages, at det heller ikke har været parternes hensigt at overlade et for stort rum for hvornår der er handlet groft uagtsomt til rettens skøn.⁸³ Ligesom det er anført ovenfor om kundens fordele ved give leverandøren mulighed

⁷⁹ Jf. afsnit 2.1 ovenfor.

⁸⁰ Jf. Telenor-sagen, side 34 f.

⁸¹ Se mere om betydningen af kundens bidrag til vanskelighederne i afsnit 3.6.

⁸² Se fx Mads Bryde Andersen: *Lærebog i Obligationsret I* (2020), side 57 f., med en kort beskrivelse af forudberegnelighed.

⁸³ Argumentet genfindes også hos Henrik Udsen: *It-kontraktret* (2020), side 232.

for at håndtere dennes risiko, vil også en større forudberegnelighed for leverandøren, være til kundens fordel.⁸⁴

På baggrund af ovenstående, må det samlet set antages at den strenge culpamålestok, der almindeligvis gælder for leverandørens resultatforpligtelser, ikke fuldt ud kan overføres til vurderingen af om leverandøren har handlet groft uagtsomt så en ansvarsbegrænsning kan tilsidesættes.

3.2 En kritisk ydelse for kunden

3.2.1 Problemstilling

I det følgende vil det blive forsøgt afklaret, om det har betydning for uagtsomhedsvurderingen, at der er tale om en ”kritisk ydelse” for kunden. Det er almindeligt antaget, at det kan indgå i skærpende retning i en væsentlighedsvurdering, hvis der er tale om en kritisk ydelse.⁸⁵ Det kan tilsluttes at en ydelse i kommerciel/erhvervsmæssig sammenhæng må anses for kritisk, når en misligholdelse vil have betydelig negativ indvirkning på kunden, fx ved at bringe en underliggende transaktion i fare.⁸⁶

3.2.2 Kritisk ydelse som moment i vurdering

I sagen mellem CGI og Shopple, havde en iværksættervirksomhed (Shopples) indgået en aftale med en leverandør (CGI) om udviklingen af en it-løsning. Løsningen skulle understøtte virksomhedens kerneforretning, og skulle bestå af en producentgrænseflade og en forbrugergrænseflade. På det tidspunkt hvor Shopple tog kontakt til CGI, var udviklingen af it-løsningen det eneste der manglede for at virksomheden kunne starte driften.⁸⁷

Vanskeligheder under udviklingen af løsningen betød imidlertid at flere af milepælene blev betydeligt forsinket, ligesom det leverede system led af flere betydelige mangler. Leveringen fandt sted den 14. juli 2011, hvor løsningen blev sat i drift.⁸⁸

⁸⁴ Argumentet om den øgede forudberegnelighed udfoldes yderligere i afsnit 3.7, hvor også mulige modargumenter fremhæves.

⁸⁵ Jf. fx Kim Frost i ET 2016.115: *Misligholdelse af og misligholdelsesbeføjelser i længerevarende kontraktforhold - Den almindelige obligationsrets betydning* (2016), fodnote 7 på side 117; Mads Bryde Andersen: *Lærebog i obligationsret I* (2020), side 275.

⁸⁶ Jf. fx Mads Bryde Andersen: *Lærebog i Obligationsret I* (2020), side 239.

⁸⁷ Jf. CGI 2-sagen, side 3.

⁸⁸ Jf. CGI 2-sagen, side 10.

Løsningen led bl.a. af alvorlige hastighedsproblemer, hvilket først blev afhjulpet den 7. oktober 2011. Derudover var der en alvorlig fejl i ordresystemet, der først blev afhjulpet den 13. december 2011. Retten anførte bl.a., at CGI var bekendt med, at *"[...] tiden var kritisk for Shopple, ettersom oppstart sommeren 2011 var en viktig forutsetning for å lykkes"*.⁸⁹

Retten skulle bl.a. tage stilling til, om CGI var erstatningsansvarlig over for Shopple. Parterne havde indgået en ansvarsbegrænsning, hvorefter erstatningskrav var begrænset til 10 % af kontraktsummen, medmindre leverandøren havde handlet groft uagtsomt eller forsætligt.⁹⁰ Retten forholdte sig derfor også til, om CGI havde handlet groft uagtsomt.

Lagmannsretten konkluderede samlet set, at CGI i det mindste havde handlet groft uagtsomt.⁹¹ Retten begrundede dette i en række forhold, men anførte dog også følgende om betydningen af en kritisk ydelse:

"Videre mener lagmannsretten at CGI brukte alt for lang tid til å rette kritiske feil. [...]. CGI var fullt klar over at Shopple var i en kritisk oppstartsfase, der de var avhengige av at løsningen virket. Til tross for dette ble den alvorlige feilen i EPIServer først rettet etter ca. fem måneder, noe som etter lagmannsrettens syn ikke er akseptabelt" [mine understregninger].⁹²

Derved synes lagmannsretten i skærpende retning at have lagt vægt på, at Shopple var i en kritisk fase, hvor det var nødvendigt at løsningen virkede, samt at løsningen var en vigtig forudsætning for at forretningsplanen kunne lykkes.⁹³ Situationen må antages at være omfattet af definitionen af en "kritisk ydelse", der er skitseret i afsnit 3.2.1 ovenfor.⁹⁴

Det virker imidlertid ikke nødvendigvis oplagt, at det forhold at ydelsen er "kritisk" for kunden, skal have betydning for om vurderingen af, om leverandøren har handlet groft uagtsomt.

På den ene side bør det forhold, at ydelsen er kritisk for kunden, ikke have betydning for om misligholdelsen kan bebrejdes leverandøren. Dette må i hvert fald siges at være tilfældet, hvor

⁸⁹ Jf. CGI 2-sagen, side 10.

⁹⁰ Jf. CGI 2-sagen, side 3.

⁹¹ Jf. CGI 2-sagen, side 12.

⁹² Jf. CGI 2-sagen, side 13.

⁹³ Jf. CGI 2-sagen, side 10 og 13.

⁹⁴ Jf. Mads Bryde Andersen: *Lærebog i Obligationsret I* (2020), side 239.

leverandøren ikke er bekendt med kundens subjektive forhold (dvs. at ydelsen var kritisk for kunden), men også i en vis grad også hvor leverandøren er bekendt med kundens forhold. Kunden må som udgangspunkt selv bære risikoen for, ikke at have taget kontakt til leverandøren tidligere, hvilket for it-udviklingsaftaler særligt må ses i lyset af, at der er en ikke-ubetydelig risiko for forsinkelser og ”børnesygdomme”.⁹⁵ Særligt i større it-projekter hvor også kunden har et vidst vidensniveau, burde kunden derfor også være bekendt med risikoen for sådanne leveranceproblemer, og hvis ydelsen er kritisk for kunden, kunne det da også forventes at kunden igangsatte forhandlinger med leverandøren tidligere for at begrænse egen risiko for vanskeligheder.⁹⁶

På den anden side er der ikke det store hensyn at tage til leverandøren, der har misligholdt aftalen og kan bebrejdes dette i en eller anden grad. Dette gælder særligt hvor leverandøren er bekendt med, at kunden kritisk har behov for ydelsen. Loyalitetsbetragtninger støtter også i et vidst omfang dette, derved at parterne skal tage rimeligt hensyn til hinandens interesser. Dette argument styrkes af, at en it-udviklingsaftale er en kompleks og længerevarende kontraktform, hvilket kan skærpe loyalitetskravene.⁹⁷ Er leverandøren bekendt med, at ydelsen er kritisk for kunden, vil en rimelig varetagelse af kundens interesser kunne ske ved, at gøre sig yderligere bestræbelser på at overholde egne forpligtelse. Dette kommer også til udtryk i CGI 2-sagen, hvor retten fremhævede den kritiske fase som Shopple befandt sig i, og at CGI derfor burde have afhjulpet manglerne tidligere end ca. 5 måneder efter levering (citatet findes også ovenfor).⁹⁸

Endvidere må culpavurderingen også kunne påvirkes af kundens berettigede forventninger til, hvor store bestræbelser leverandøren vil udfolde for at sikre korrekt opfyldelse, herunder i form af fx tid og kræfter.⁹⁹ Når leverandøren er bekendt med at ydelsen er kritisk for kunden, er det nærliggende at

⁹⁵ Jf. Henrik Udsen: *It-kontraktret* (2020), side 19. Se tilsvarende fx Danske IT-Advokaters survey fra 2023, der viser at, af de deltagere der inden for de sidste 12 måneder i 2023 havde haft en konflikt med en eller flere IT-kontrakter, havde 75 % svaret at konflikten vedrørte omfang/kvalitet og 53 % havde svaret at konflikten vedrørte forsinkelse. Undersøgelsen kan tilgås her: [Survey \(itadvokater.dk\)](https://itadvokater.dk/survey) (sidst besøgt: 23. maj 2024).

⁹⁶ Jf. Henrik Udsen: *It-kontraktret* (2020), side 190 om kundens vidensniveau. Det kan ikke udelukkes, at en sådan adfærd vil kunne betragtes som egen skyld, der efter en konkret vurdering vil kunne medføre nedsættelse af erstatningssummen. Sådanne overvejelser falder dog uden for rammerne af denne afhandling.

⁹⁷ Jf. Torsten Iversen: *Obligationsret 1. del* (2019), side 136; Christian Frank Madsen og Kim Østergaard i ET.2019.116: *Loyalitetsgrundlægningen i dansk ret - indhold og retsvirkninger ved tilsidesættelse* (2019), side 116; Viggo Hagstrøm: *Obligationsret* (2021), side 126; Palle Bo Madsen i UfR 1982B.165: *Loyalitetskrav i kontrakt- og konkurrenceretten* (1982), side 165; i et vidst omfang også Henrik Udsen: *It-kontraktret* (2020), side 69, 92 og 245 dog alle om leverandørens rådgivningspligt (der er et udslag af loyalitetspligten), hvor Henrik Udsen fremhæver ydelsens kompleksitet og vidensspringet mellem parterne som særligt udslagsgivende for rækkevidden af rådgivningspligten.

⁹⁸ Jf. CGI 2-sagen, side 13.

⁹⁹ Jf. Palle Bo Madsen i UfR 2018B.131: *Aftalte ansvarsfritagelser i erhvervsforhold* (2018), side 143 og afsnit 2.1 ovenfor.

antage, at kunden også kan have en berettiget forventning om at leverandøren vil bestræbe sig på at opfylde kontrakten korrekt, hvilket som anført også ville være en loyal varetagelse af kundens interesser. Det kan altså forventes, at leverandøren vil udvise en større grad af omhu og omhyggelighed for at sikre korrekt opfyldelse af kontrakten. Ud fra denne betragtning, kunne Shopple i CGI 2-sagen rimeligvis have haft en berettiget forventning om, at CGI havde investeret mere tid og kræfter i at få afhjulpet manglerne hurtigere.

Erstatningsrettens præventions- og genoprettelsesfunktion tilsiger også dette.¹⁰⁰ At lade det forhold, at ydelsen er kritisk indgå i vurderingen, skaber heller ikke automatisk en urimelig situation for leverandøren, eftersom leverandøren kan undgå erstatningsansvaret ved at opfylde hans påtagede forpligtelser korrekt. En rimelig balance fsva. mangler, kan formentlig sikres ved at hovedsagligt kritiske/vitale funktioner vurderes i et skærpet lys. Dette kommer til dels også til udtryk i CGI 2-sagen, hvor retten fremhævede at det var kritiske og alvorlige fejl som CGI var for lang tid om at afhjælpe.¹⁰¹ Derved tages der også hensyn til den iboende risiko for børnesygdomme, således at det kun er kritiske fejl, der vurderes i et skærpet lys, mens der stadig er rum for ukritiske børnesygdomme.¹⁰² Kundens berettigede forventning vil formentlig også primært være rettet mod kritiske funktioner, mens man i højere grad kan/må acceptere mindre kritiske mangler.¹⁰³

Når ydelsen er kritisk for kunden, kan det indikere at kunden har ”meget på spil”, hvilket vil øge hvor indlysende skadesrisikoen er, og når ydelsen er kritisk, vil der måske endda i mange tilfælde være en *betydelig* skadesrisiko.¹⁰⁴

Argumentet om, at kunden bør være bekendt med den ikke ubetydelige risiko for leveranceproblemer, har muligvis en vis relevans, men kan ikke tillægges stor betydning i afvejningen. Først og fremmest, bør en misligholdelse, der kan bebrejdes leverandøren ikke komme kunden til skade, blot fordi der er en iboende risiko for leveranceproblemer i it-udviklingsaftaler. Parterne har indgået en aftale om, at leverandøren skal aflevere et mangelfrit it-system inden et bestemt tidspunkt, og det bør ikke komme

¹⁰⁰ Se om præventions- og genoprettelsesfunktionen i afsnit 2.2 ovenfor.

¹⁰¹ Jf. CGI 2-sagen, side 13.

¹⁰² Selv ukritiske børnesygdomme skal dog selvsagt afhjælpes.

¹⁰³ Eller i hvert fald kan acceptere ukritiske mangler i længere tid.

¹⁰⁴ Se afsnit 2.1, hvor det angives at der i vurderingen af grov uagtsomhed ofte lægges vægt på, hvor indlysende risikoen for den indtrådte skade er.

kunden til skade, at leverandøren alligevel ikke kan overholde sine forpligtelser, uagtet at der er statistik belæg for, at ydelsen kan være forsinket eller lide af ”børnesygdomme”.

Kritisk-kriteriet bør imidlertid kun tillægges betydning, når leverandøren er bekendt med at ydelsen er kritisk for kunden. Det kan kun være rimeligt, at der stilles krav om at forholdet er kendeligt for leverandøren. I så fald vil forholdet være kendeligt for leverandøren, væsentligt for kunden, og leverandøren vil være nærmest til at bære risikoen for at forholdet indgår i vurderingen af hans adfærd. Præventionshensynet indtræder endvidere kun, hvis leverandøren er bekendt med forholdet, da man ellers ville disciplinere leverandøren ud fra et forhold, der ikke er kendt for ham. At leverandøren skal være bekendt med at ydelsen er kritisk, følger også af CGI 2-sagen, hvor retten udtrykkeligt bemærkede, at CGI var ”*fuldt klar over*” at Shopple var i en kritisk opstartsfase, og derfor var afhængig af at ydelsen virkede.¹⁰⁵

Der er slutteligt også støtte i den juridiske litteratur for, at hvis ydelsen er kritisk for kreditor kan det skærpe culpavurderingen, hvis den misligholdende part er bekendt hermed.¹⁰⁶

Den ikke-ubetydelige risiko for ”børnesygdomme” kan muligvis tale for at kritisk-kriteriet i erstatningsmæssig sammenhæng skal begrænses til at gælde for leverandørens adfærd ifm. afhjælpning af mangler. Dette var netop også tilfældet i CGI 2-sagen, hvor retten kritiserede CGI for at bruge for lang tid på at rette mangler, når CGI har bekendt med at ydelsen var kritisk.¹⁰⁷ Omvendt er der ikke vægtige holdepunkter for, at man skal begrænse momentet tidsmæssigt til afhjælpning, ligesom det vil sikre en større ensartethed i vurderingen hvis momentet generelt kan have en betydning.

På baggrund af ovenstående, må det samlet set konstateres, at kritisk-kriteriet med rimelighed kan indgå med en vis vægt i vurderingen, forudsat at leverandøren er bekendt med at ydelsen er kritisk for kunden. Det skal dog fremhæves, at blot fordi ydelsen er kritisk for kunden, må der stadig ses på leverandørens handlingsalternativer, dvs. leverandørens adfærd skal stadig adskille sig fra hvad der

¹⁰⁵ Jf. CGI 2-sagen, side 13.

¹⁰⁶ Jf. Mads Bryde Andersen: *Lærebog i Obligationsret I* (2020), side 305.

¹⁰⁷ Se tilsvarende i forhold til entrepriseret hos Helge Neraal og Tommy Bruun: *Grov uaktksomhet i entrepriseretten* (2016), side 361, der med henvisning til yderligere norsk retspraksis, argumenterer for at der kan lægges vægt på hvor kritisk det er at få afhjulpnet mangler i vurderingen af entreprenørens adfærd fsva. afhjælpning af mangler. Forfatterne afviser dog ikke, at der ikke også kan lægges vægt på kritisk-kriteriet i andre sammenhænge.

kan forventes efter den individuelle eller generelle adfærdsmålestok.¹⁰⁸ Men når ydelsen er kritisk for kunden, vil dette kunne skærpe kravene til den adfærd, der kan forventes af leverandøren, hvilket også kom til udtryk i CGI 2-sagen, hvor lagmannsretten anførte at CGI ”*brukte alt for lang tid*” på at afhjælpe manglerne, dvs. en vis afhjælpningstid ville være rimeligt og forventeligt, men ”*Til tross for [at CGI vidste at Shopple var i en kritisk fase]*” blev manglerne først afhjulpnet efter ca. 5 måneder, hvilket lagmannsretten fandt uacceptabelt.¹⁰⁹

3.2.3 Tidspunktet for kendskabet til ydelsens kritiske karakter

Det kan videre overvejes på hvilket tidspunkt leverandøren skal have været bekendt med, at ydelsen er kritisk for kunden, dvs. om leverandøren skal have kendskab til omstændigheden på aftaletidspunktet eller om det er tilstrækkeligt at leverandøren først blive bekendt med forholdet under aftaleforløbet.

I CGI 2-sagen anførte lagmannsretten ikke, hvornår CGI blev bekendt med at Shopple befandt sig i en kritisk opstartsfase. Det fremgår dog af sagsfremstillingen, at CGI og Shopple i januar og februar 2011 afholdte flere møder, inden man indgik aftalen den 9. marts 2011. Når sagsfremstillingen tages i betragtning, herunder at der var tale om et ”*gründerselskab*”, at der skulle udvikles et system fra bunden og at virksomheden ikke havde et eksisterende system, må det antages at CGI var bekendt med at Shopple var i en kritisk opstartsfase på aftaletidspunktet.¹¹⁰ Endvidere ligger lagmannsretten til grund, at ”*CGI var kjent med at tiden var kritisk for Shopple, ettersom oppstart sommeren 2011 var en viktig forutsetning for å lykkes*”, samt at det var ”*synbart*” for CGI at ydelsen var kritisk for Shopples koncept, hvilket synes at understøtte at CGI allerede var bekendt med at ydelsen var kritisk.¹¹¹

Det forekommer også mest nærliggende, at leverandøren skal være bekendt med, at ydelsen er kritisk for kunden på aftaletidspunktet. Dette giver leverandøren mulighed for at allokere sine ressourcer mellem forskellige projekter, ligesom det må erindres at it-udviklingsprojektet er en langvarig proces, der kræver løbende forberedelse for at sikre korrekt levering. Hvis det tillades at leverandøren først bliver bekendt med ydelsen kritiske vigtighed for kunden under opfyldelse af aftalen, kan det

¹⁰⁸ Se afsnit 2.1 om den individuelle og generelle adfærdsmålestok.

¹⁰⁹ Jf. CGI 2-sagen, side 13.

¹¹⁰ Jf. CGI 2-sagen, side 3 ff.

¹¹¹ Jf. CGI 2-sagen, side 10 og 11.

forekomme, at der allerede er opstået vanskeligheder, der ikke har materialiseret sig i misligholdelse (eller en nærliggende risiko herfor) endnu. I så fald risikerer man reelt at vurdere leverandøren i skærpet lys, ud fra viden han ikke havde på det pågældende tidspunkt. Endvidere vil it-udviklingsaftalen normalt kræve en længere prækontraktuel fase, hvor parterne (ligesom det var tilfældet i CGI-sagen) afholder løbende møder, hvori kunden vil have gode muligheder for at gøre leverandøren bekendt med, at ydelsen er kritisk for ham.¹¹²

3.2.4 Opsummering

På baggrund af ovenstående, må det samlet set konkluderes, at kritisk-kriteriet kan indgå i uagtsomhedsvurderingen af om leverandøren har handlet groft uagtsomt. Der er imidlertid en forudsætning at leverandøren er bekendt med, at ydelsen er kritisk for kunden. For så vidt angår mangler, vil det dog formentlig primært være kritiske mangler, dvs. mangler i vitale funktioner, der skal vurderes i et skærpet lys, for derved at anerkende den uundgåelige risiko for børnesygdomme. Samlet set, vil leverandøren altså blive vurderet i et skærpet lys, hvis ydelsen er kritisk for kunden og leverandøren er bekendt hermed.

Det konkluderes endvidere, at leverandøren skal være bekendt med, at ydelsen er kritisk for kunden på tidspunktet for aftaleindgåelsen, førend der kan lægges vægt på momentet i uagtsomhedsvurderingen.

3.3 Betydningsfulde svigt i kontraktmæssig opfyldelse

3.3.1 Problemstilling

I det følgende vil det blive vurderet, om det har betydning for uagtsomhedsvurderingen at der foreligger et betydningsfuldt svigt i kontraktens opfyldelse, fx væsentlige mangler. Spørgsmålet er, om misligholdelsens omfang kan inddrages i vurderingen af partens adfærd. I både CGI 2-sagen og Infor-sagen, behandler hhv. Borgarting lagmannsrett og Nedre Romerike tingrett betydningen af misligholdelsens omfang ift. uagtsomhedsvurderingen i it-udviklingsaftaler.

¹¹² Se muligvis i modsat retning Mads Bryde Andersen: *IT-retten* (2005), side 966, der anfører at hvis kunden under afhjælpningsforløbet har fremhævet kundens ønske om snarest muligt at få en mangelsfri ydelse, kan det skærpe leverandørens pligt til at sikre dette.

I Infor-sagen havde Felleskjøpet indgået aftale med Infor om levering af et ERP-system, der skulle bestå af tre hovedsystemer, der tjente forskellige funktioner men skulle fungere sammen som en integreret totalløsning.¹¹³ Projektet var inddelt i flere faser, hvortil hvert hovedsystem havde en selvstændig fase, og for hver fase var der flere milepæle, herunder milepæle for forberedelse og specificering, efterfulgt af en milepæl for bl.a. udvikling og installation. Allerede i specificeringsfaserne opstod der mindre forsinkelser, men omdrejningspunktet for sagen var en betydelig forsinkelse, der indtrådte i forbindelse med milepælen for udvikling og installation af en af hovedsystemerne. Der var uenighed mellem parterne om årsagen til den betydelige forsinkelse, hvilket resulterede i at Infor valgte at standse arbejdet, trods Felleskjøpet modsatte sig dette. Parterne indgik efterfølgende i forhandlinger om en mulig løsning, men kunne ikke blive enige om en samlet plan. Felleskjøpet ophævede derfor aftalen og krævede erstatning ud over den aftalte ansvarsbegrænsning.¹¹⁴

3.3.2 Betydningsfulde svigt som indikation på grov uagtsomhed

I sagerne mellem Infor og Felleskjøpet og mellem CGI og Shopple, udtalte de respektive domstole, at betydningsfulde svigt i kontraktmæssig opfyldelse, kan *indikere* at der er handlet groft uagtsomt.¹¹⁵ Dette formulerer Borgarting lagmannsrett fx på følgende måde:

*”Betydningsfulle svikt i kontraktmessig oppfyllelse kan også være en indikasjon på at det foreligger grov uaktsomhet, [...]”*¹¹⁶

Det fremgår ikke klart af afgørelserne, hvad det betyder at betydningsfulde svigt kan *indikere* at der er handlet groft uagtsomt. Almindeligvis betegnes en indikation som en omstændighed, der er tegn på noget, men uden i sig selv at bevise det.¹¹⁷ Det kan tilsluttes, at det forhold at der foreligger omfattende misligholdelse, giver grundlag for at kunden bør undersøge misligholdelsen nærmere, hvilket da også må antages at være ganske naturligt. Har kunden lidt et tab som følge af leverandørens misligholdelse, vil kunden formentlig undersøge om misligholdelsen kan bebrejdes den leverandøren, og her vil misligholdelsens omfang kunne indikere at der muligvis findes forhold, der kan bebrejdes leverandøren i en sådan grad at der er handlet groft uagtsomt. Misligholdelsens omfang fungerer her

¹¹³ ERP står for enterprise resource planning.

¹¹⁴ Jf. Infor-sagen, side 3 ff.

¹¹⁵ Jf. Infor-sagen, side 14; CGI 2-sagen, side 12.

¹¹⁶ Jf. CGI 2-sagen, side 12.

¹¹⁷ Jf. fx Christian Becker-Christensen og Jan Heegård Petersen m.fl.: *Politikens Nudanske Ordbog* (2010), side 518.

som den lysende lampe på en ovn, der indikerer at ovnen er varm.¹¹⁸ Men ligesom den lysende lampe på ovnen ikke i sig selv er et bevis for at oven rent faktisk er varm, er misligholdelsens omfang heller ikke i sig selv et bevis på at misligholdelsen kan bebrejdes leverandøren i en sådan grad, at der er handlet groft uagtsomt.¹¹⁹ At der som udgangspunkt er forskel på, om en omstændighed *indikerer* eller *taler for* at der er handlet groft uagtsomt, synes også blive bekræftet af lagmannsretten i CGI 2-sagen, eftersom retten efterfølgende udtaler at afvigelsen i kontraktmæssig opfyldelse taler for at CGI har handlet groft uagtsomt.¹²⁰ At betydningsfulde svigt i kontraktmæssig opfyldelse kan skabe en indikation for, at der er handlet groft uagtsomt, må også ses i det lys, at hvor der foreligger betydningsfulde svigt i kontraktmæssig opfyldelse, må der antages at være en vis begrundet sandsynlighed for at misligholdelsen også kan stærkt bebrejdes leverandøren, dvs. at adfærden adskiller sig markant fra almindelig forsvarlig handlemåde. Men samtidig kan det ikke udelukkes, at misligholdelsen ikke kan bebrejdes leverandøren, selvom der foreligger betydningsfulde svigt i kontraktmæssig opfyldelse.¹²¹

3.3.3 Kan betydningsfulde svigt indgå i en uagtsomhedsvurdering?

3.3.3.1 Betydningsfulde svigt som moment i vurderingen

Det kan overvejes, om misligholdelsens omfang i visse tilfælde kan indgå som et moment i uagtsomhedsvurderingen. Både Borgarting lagmannsrett i sagen mellem CGI og Shopple og Nedre

¹¹⁸ Eksemplet om den lysende lampe på ovnen stammer fra Christian Becker-Christensen og Jan Heegård Petersen m.fl.: *Politikens Nudanske Ordbog* (2010), side 518.

¹¹⁹ Der er uenighed i den juridiske litteratur om misligholdelsens omfang kan indgå som moment eller alene har betydning som indikation. Henrik Udsen: *It-kontraktret* (2020), side 234, anfører at e.o. kan omfattende misligholdelse muligvis indikere, men ikke dokumentere, at leverandøren har handlet groft uagtsomt. Viggo Hagstrøm: *Obligasjonsrett* (2021), side 510, anfører anderledes at det skærpede professionsansvar betyder, at omfattende misligholdelse ofte må være groft uagtsomt. Se tilsvarende Viggo Hagstrøm i Tidsskrift for Rettsvitenskap: *Om grensene for ansvarsfraskrivelse, særlig i næringsforhold* (1996), side 507. Se yderligere fx Henrik Udsen i Birgit Liin m.fl.: *Festskrift til Palle Bo Madsen* (2021), side 493, der (om end i en anden relation) anfører, at selvom misligholdelsesbegrebet giver associationer til en bebrejdellesværdig adfærd, har misligholdelsesbegrebet en bredere betydning i obligationsretten, eftersom det også omfatter tilfælde hvor manglende kontraktmæssig opfyldelse *ikke* kan bebrejdes parten.

¹²⁰ Jf. CGI 2-sagen, side 12. Udtalelsen behandles yderligere i de efterfølgende afsnit.

¹²¹ Jf. fx Viggo Hagstrøm: *Obligasjonsrett* (2021), side 510, der anfører at betydningsfulde svigt i kontraktmæssig opfyldelse kan være en bevismæssig indikation på at der foreligger grov uagtsomhed med henvisning til to ældre norske højesteretsafgørelser. Se samme anført allerede i Viggo Hagstrøm i Tidsskrift for Rettsvitenskap: *Om grensene for ansvarsfraskrivelse, særlig i næringsforhold* (1996), side 507, der begrunder sin henvisning og opfattelse af afgørelserne på side 505 f. Mere tilbageholden er Henrik Udsen: *It-kontraktret* (2020), side 234, der alene mener at omfattende misligholdelse e.o. kan indikere, men ikke dokumentere, at leverandøren har handlet groft uagtsomt.

Romerike tingrett i saken mellom Infor og Felleskjøpet anførte i hvert fald at dette var tilfældet, om end lagmannsretten anførte det klarest:

”Etter lagmannsrettens syn taler avviket i kontraktsmessig oppfyllelse for at CGI har handlet grovt uaktsomt” [min fremhævelse].¹²²

I saken mellom CGI og Shopple anførte Borgarting lagmannsrett videre, at Shopple hadde fått en løsning der afveg betydeligt fra det aftalte, ligesom retten henviste til et tidligere afsnit om misligholdelsens omfang (i relation til ophævelsesspørgsmålet).¹²³ Retten supplererede dette ved at anføre, at CGI forud for aftaleindgåelsen havde fremhævet sin ”*spesialkompetanse*” på området, men at leverancen afveg markant fra hvad, der kan forventes af en professionel aktør.

Tilsvarende synes Nedre Romerike tingrett i saken mellom Felleskjøpet og Infor, at have lagt vægt på misligholdelsens omfang som begrundelse for, hvorfor en betydelig forsinkelse i saken var ansvarspådragende og groft uaktsom. Forsinkelse kan selvsagt indtræde af mange forskellige årsager, men mest normalt er det formentlig, at forsinkelsen indtræder som følge af en række bagvedliggende omstændigheder der gør, at leverandøren ikke er i stand til at levere ydelsen rettidigt. I Infor-sagen var det leverandørens projektstyring, der, ifølge retten, var hovedårsagen til forsinkelsen.¹²⁴ Leverandørens projektstyring udgør normalt en selvstændig forpligtelse under aftalen (forudsat leverandøren er pålagt en sådan forpligtelse), hvorfor misligholdelse heraf principielt vil berettigge kunden til at udøve selvstændige misligholdelsesbeføjelser, men mest normalt er det at misligholdelse af projektstyringsforpligtelsen, vil medføre forsinkelse og at kunden udøver misligholdelsesbeføjelser i relation til forsinkelsen.¹²⁵ Dette var også tilfældet i saken mellom Felleskjøpet og Infor.

Nedre Romerike tingrett udtalte bl.a., at:

”Prosjektgjennomføringen, med den massive forsinkelsen, viser etter rettens oppfatning en betydelig svikt i kontraktsmessig oppfyllelse, noe som i seg selv indikerer grov uaktsomhet. Infors prosjektledelse representerer etter rettens oppfatning, et markert

¹²² Jf. CGI 2-sagen, side 12. Se også Infor-sagen, side 14.

¹²³ Jf. CGI 2-sagen, side 12.

¹²⁴ Jf. Infor-sagen, side 13 og 14.

¹²⁵ Jf. fx Henrik Udsen: *It-kontraktret* (2020), side 105.

*avvik fra vanlig forsvarlig handlemåte i et kontraktsforhold, og hvor Infor har opptrådt sterkt klanderverdig”.*¹²⁶

Retten anførte imidlertid herved også noget der er utrolig vigtigt, for at det kan tilsluttes at misligholdelsens omfang i visse tilfælde kan *tale for* at der er handlet groft uagtsomt, nemlig at partens adfærd, der har ført til misligholdelsen, skal udgøre en markant afvigelse fra hvordan en forsvarlig part ville have handlet. Uden dette element, er det ikke selvsagt, at parten kan bebrejdes misligholdelsen. Hvor selve spørgsmålet om der foreligger en misligholdelse ikke er afhængig af, om adfærden indebære en afvigelse fra forsvarlig handlemåde, siger misligholdelsen ikke i sig selv noget om, hvorvidt misligholdelsen kan bebrejdes parten. Dette er derimod tilfældet, hvor selve misligholdelsesvurderingen indeholder en stillingtagen til partens adfærd, og hvilken adfærd medkontrahenten kan forvente.

Det må fastholdes, at der som udgangspunkt skal sondres mellem risiko/hæftelse og ansvar.¹²⁷ Det må således erindres at vurderingen af om der fx foreligger væsentlige mangler ved en ydelse, er markant anderledes end vurderingen af, om der er handlet groft uagtsomt. For så vidt angår væsentlighedsvurderingen, vurderes det om ydelsen samlet set lider af væsentlige mangler, hvor der tages udgangspunkt i afvigelsen fra kontraktmæssig opfyldelse, jf. fx rettens udtalelse i CGI-sagen.¹²⁸ Vurderingen af, om der er handlet groft uagtsomt, angår derimod om den udviste adfærd kan bebrejdes parten i en grad, der markant afviger fra almindelig forsvarlig handlemåde, jf. afsnit 3.1 ovenfor. For at en misligholdelse kan bebrejdes en part, må det altså også være en betingelse, at parten kunne og burde have gjort noget andet.¹²⁹ Man kan ikke bebrejde den part, der har gjort alt hvad han burde, men han kan e.o. stadig godt bære risikoen, med den konsekvens at der foreligger væsentlig misligholdelse.¹³⁰ Kravet om at adfærden skal kunne bebrejdes den misligholdende kontraktpart, gælder uanset om adfærden vurderes ud fra den individuelle eller generelle adfærdsmålestok.

¹²⁶ Jf. Infor-sagen, side 14.

¹²⁷ Det afhænger af den konkrete situation, om risikobegrebet eller hæftelsesbegrebet er mest korrekt at bruge, men begreberne dækker i mange tilfælde over det samme og benyttes ofte i flæng, jf. Mads Bryde Andersen: *Lærebog i Obligationsret I* (2020), side 219 ff. og 254 ff. Se fx tilsvarende Torsten Iversen: *Entrepriseretten* (2016), side 605 f., der skriver at man skal holde begreberne og vurderingerne om *mangelshæftelse* og *mangelsansvar* adskilt.

¹²⁸ Jf. CGI 2-sagen, side 9.

¹²⁹ Jf. fx Viggo Hagstrøm i Tidsskrift for Rettsvitenskap: *Culpanorm og skrevne adfersnormer* (1980), side 347.

¹³⁰ De tilfælde, hvor subjektive elementer kan indgå i væsentlighedsvurderingen, er det normalt *til fordel for* den misligholdende, hvor det kan tale imod væsentlig misligholdelse at misligholdelsen ikke kan bebrejdes denne part, jf. fx Mads Bryde Andersen: *Lærebog i Obligationsret I* (2020), side 418 f., om vilje/evne-reglen; Torsten Iversen: *Obligationsret 2. del* (2019), side 152 og 154 f.

Forestiller man sig et eksempel, hvor det er aftalt at leverandøren skal aflevere et it-system den 1. april, bærer leverandøren i udgangspunktet risikoen for, at der undervejs opstår forhold, der vanskeliggør muligheden for at levere rettidigt, fx længerevarende sygdom hos vigtige medarbejdere til udviklingen eller nøglemedarbejders fratrædelse. Dette vil sige, at leverandøren i udgangspunktet stadig er forpligtet til at levere til den 1. april, og vil komme i misligholdelse, hvis leverandøren ikke leverer rettidigt. Forsinkelsen kan e.o. være så lang tid, at der i medfør af aftalen indtræder væsentlig forsinkelse. Selvom der måtte indtræde væsentlig misligholdelse, er det ikke selvsagt at denne misligholdelse vil kunne bebrejdes leverandøren. For eksempel kan det være, at der er tale om ualmindelig/uforudsigeligt meget og langvarig sygdom, dvs. leverandøren havde et tilpas arbejdsberedskab og normalt ville kunne dække sygdom blandt vigtige medarbejdere, eller leverandøren aktivt har gjort en indsats for at rekruttere nye medarbejdere eller antage tredjemand, til at bistå med udviklingen mens sygdommen pågår.¹³¹

Pointen skal dog ikke at strækkes for langt, og problematikken er formentlig mere teoretisk end praktisk. I mange tilfælde vil der formentlig være et overlap mellem de tilfælde, hvor der foreligger betydelige svigt i kontraktmæssig opfyldelse og hvor misligholdelsen også kan bebrejdes parten. Desuagtet skal man i udgangspunktet holde de to vurderinger adskilt, og være påpasselig med at konstatere, at blot fordi der foreligger betydelige svigt i kontraktmæssig opfyldelse, at forholdet så også kan bebrejdes parten. Det bør dog fremhæves at blandt andet *Torsten Iversen* fsva. entrepriseretten, synes at afvise at misligholdelsens omfang kan indgå i uagtsomhedsvurdering, eller i hvert fald at der ikke er støtte i dansk retspraksis for det skulle være tilfældet, trods der undertiden procederes derfor.¹³²

For at misligholdelsens omfang kan inddrages som element i vurderingen, vil det derfor formentlig kræve at der er et sammenfald mellem misligholdelsesvurderingen (og omfanget af misligholdelsen) og uagtsomhedsvurderingen, dvs. at der i den konkrete misligholdelsesvurdering indgår et element af, hvad der kan forventes af en forsvarlig kontraktpart eller at forpligtelsen udtrykkeligt regulerer hvilken adfærd der kan forventes af parten.¹³³ Når dette ikke er tilfældet, siger selve det forhold at der

¹³¹ Se tilsvarende hos fx Torsten Iversen: *Obligationsret 1. del* (2019), side 66; Torsten Iversen: *Entrepriseret* (2005), side 91; Mads Bryde Andersen: *Lærebog i Obligationsret I* (2020), side 222. Bemærk, at eksemplet blot er til illustration af, at der ikke er sammenfald mellem risiko og ansvar. Eksemplet skal derfor ikke tages til indtægt for, at leverandøren vil have handlet groft uagtsomt, selv hvis han ikke havde forsøgt at rekruttere nye medarbejder mv.

¹³² Jf. Torsten Iversen: *Entrepriseret* (2005), side 192 f.; Torsten Iversen: *Entrepriseretten* (2016), side 638.

¹³³ Se om den individuelle og generelle adfærdsmålestok i 2.1 ovenfor, og Henrik Udsen: *It-kontraktret* (2020), side 233 f.

foreligger en misligholdelse, ikke i sig selv noget om hvorvidt misligholdelsen kan bebrejdes den misligholdende kontrahent. Hvornår dette er tilfældet, vil blive undersøgt yderligere i de følgende afsnit.

Men når misligholdelsesvurderingen også inddrager en vurdering af, hvad der kan forventes at medkontrahenten i den pågældende situation, siger misligholdelsens omfang altså også noget om, hvor langt fra den relevante målestok, leverandørens adfærd er. Der må dog stadig som klart udgangspunkt sondres mellem adfærd og misligholdelse.

3.3.3.1.1 Kan misligholdelsens omfang i visse tilfælde indgå i uagtsomhedsvurderingen?

3.3.3.1.1.1 *Misligholdelsen består af faktiske mangler*

3.3.3.1.1.1.1 *Indledning*

Der sondres almindeligvis mellem resultat- og indsatsforpligtelser. En resultatforpligtelse indebærer at parten er forpligtet til at frembringe et bestemt resultat, fx at levere et system, der opfylder de angivne krav. En indsatsforpligtelse indebærer derimod, at der skal ydes en fagligt korrekt indsats eller bestræbelse på at opnå et resultat, hvor der er præsteret korrekt hvis indsatsen lever op til dette niveau, uagtet om resultatet opnås.¹³⁴

Systemet lider af en mangel, hvis systemet ikke lever op til aftalen (den konkrete mangelsbedømmelse), eller hvor kravene ikke er udtrykkeligt aftalt, hvad kunden med rimelighed kunne forvente (den abstrakte mangelsbedømmelse).¹³⁵

3.3.3.1.1.1.2 *Resultatforpligtelser*

Når leverandøren er underlagt en resultatforpligtelse, er der muligvis holdepunkter for, at misligholdelsens omfang kan indgå i uagtsomhedsvurderingen, når bedømmelsen af om der

¹³⁴ Jf. Henrik Udsen: *It-kontraktret* (2020), side 55; Torsten Iversen: *Obligationsret 1. del* (2019), side 110; Bo von Eyben: *Juridisk Ordbog* (2023), side 256 fsva. indsatsforpligtelse og side 427 fsva. resultatforpligtelse; Viggo Hagstrøm: *Obligationsrett* (2021), side 126 ff.; Mads Bryde Andersen: *Lærebog i Obligationsret I* (2020), side 86 ff. Bemærk, at en kontrakt kan indeholde både resultat- og indsatsforpligtelser, hvorfor det vil være nødvendigt at fastlægge hvorvidt der er tale om den ene form eller den anden. Denne skildring kan undertiden være vanskelig at foretage, jf. fx UfR 2012.216 H, hvor landsretten fandt der var tale om en omsorgsforpligtelse, modsat Højesteret der fastslog, der forelå en resultatforpligtelse. Det falder uden for rammerne af denne afhandling, at opsætte retningslinjer for sondringen.

¹³⁵ Jf. Torsten Iversen: *Obligationsret 1. del* (2019), side 239 ff.; Henrik Udsen: *It-kontraktret* (2020), side 69 f. og 157.

foreligger en mangel forlader sig på den abstrakte mangelsbedømmelse. Det antages, at ydelsen ved den abstrakte mangelsvurdering bl.a. skal svare til en almindelig god kvalitet inden for den pågældende branche, hvilket normalt er en henvisning til branchens kutyme.¹³⁶ I så fald minder vurderingen om den generelle adfærdsmålestok, der bl.a. skal anvendes for vurderingen af, om leverandøren har handlet groft uagtsomt, idet misligholdelsesvurderingen i så fald også tager stilling hvad der kan forventes af professionens udøvere, for at vurdere om ydelsen afviger herfra.¹³⁷

Dette ville kunne forklare, hvorfor Borgarting lagmannsrett i sagen mellem CGI og Shopple, henviste til betydningsfulde svigt i kontraktmæssig opfyldelse. I sagen havde parterne benyttet CGIs standardvilkår for konsulentarbejde, der ikke var tilpasset de særlige karakteristika for udviklingsprojekter. Dette medførte ifølge retten at ”Avtalen har i tillegg betydelige «hull»”, hvilket må antages at efterlade et større rum for den abstrakte mangelsvurdering.¹³⁸ Det større rum for den abstrakte mangelsbedømmelse støttes også af, at kravene til systemet kun blev specialiseret i et ”light”-dokument, ligesom de nærmere krav skulle fastsættes i en UX-fase, hvilket retten kritiserede CGI for, eftersom UX-fasen almindeligvis benyttes til at detaljere kravspecifikationen og ikke til at fastsætte kravspecifikationen.¹³⁹

Det må dog fremhæves, at, ved den abstrakte mangelsvurdering, indgår kravet om en almindelig god kvalitet inden for branchen kun som ét element i en helhedsvurdering. De øvrige kriterier kan påvirke mangelsvurderingen, men siger ikke nødvendigvis i sig selv noget om, hvad der kan forventes af en forsvarlig kontraktpart. Der skal derfor udvises påpasselighed, hvis der skues mod misligholdelsens omfang i uagtsomhedsvurderingen, når misligholdelsesvurderingen er foretaget efter den abstrakte mangelsvurdering.

Man kan muligvis indvende, at selvom ydelsen bl.a. skal svare til en almindelig god kvalitet, så siger selve det forhold, at ydelsen i et konkret tilfælde ikke svarer hertil, ikke nødvendigvis noget om hvorvidt leverandørens kan bebrejdes herfor. Der kan være mange årsager til, at ydelsen ikke svarer til en almindelig god kvalitet, og det er ikke givet, at alle årsagerne kan bebrejdes leverandøren.

¹³⁶ Jf. Henrik Udsen: *It-kontraktret* (2020), side 70. Se om den abstrakte mangelsvurderings henvisning til kutyme: Viggo Hagstrøm: *Obligasjonsrett* (2021), side 170 og 172.

¹³⁷ Jf. Henrik Udsen: *It-kontraktret* (2020), side 233 f. Se også Viggo Hagstrøm: *Obligasjonsrett* (2021), side 173, der anfører at for visse typer af tjenestekontrakter, kan det abstrakte mangelsbegreb formuleres som et krav om at yde en god indsats, fx at ydelsen skal være fagmæssig korrekt.

¹³⁸ Jf. CGI 2-sagen, side 9 f.

¹³⁹ Jf. CGI 2-sagen, side 10 og 12.

Imidlertid må henvisningen til branchens kutyme indebære, at der kan stilles krav om at udviklingen skal være fagmæssigt korrekt. Noget tilsvarende kendes inden fra entrepriseretten, hvor det fx fra AB 92 § 30 kendes at arbejdet selv efter den abstrakte mangelsbegreb, skal være ”fagmæssigt korrekt” og de anvendte materialer skal være ”af sædvanlig god kvalitet”.¹⁴⁰ På samme måde må kunden til et it-system også efter det abstrakte mangelsbegreb, kunne forvente at arbejdet er udført fagmæssigt korrekt og er af sædvanlig god kvalitet.¹⁴¹

Selv med ovenstående forbehold, skal det dog anføres, at når det ikke på samme måde kan antages at misligholdelsens omfang kan inddrages i uagtsomhedsvurderingen, når mangelsvurderingen beror på den konkrete mangelsbedømmelse, skyldes det netop at der ikke i den konkrete mangelsvurdering er indlagt et element af, hvad der kan forventes af en forsvarlig kontraktpart. Som udtrykt af *Torsten Iversen*, så ”[...] »vender det konkrete mangelsbegreb begge veje»: Hvis arbejdet ikke er som aftalt, er det mangelfuldt, uanset at de fleste mennesker ville finde det i orden; hvis arbejdet er som aftalt, er det mangelfrit, på trods af at de fleste mennesker ikke ville finde det i orden”.¹⁴² Skulle mangler efter den konkrete mangelsvurdering kunne inddrages i uagtsomhedsvurderingen, ville det formentlig forudsætte, at der var tale om en adfærdsforpligtelse, hvor det er reguleret hvilken adfærd der kunne forventes af leverandøren, da vurderingen i så fald vil forholde sig til hvad der kan forventes af en forsvarlig kontraktpart ud fra den konkrete forpligtelse. Det må dog antages at adfærdsforpligtelser sjældent vil have karakter af en resultatforpligtelse, men nærmere en indsatsforpligtelse. Endvidere vil der sjældent blive udøvet selvstændige misligholdelsesbeføjelse ved misligholdelse af en adfærdsforpligtelse, men oftere hvor misligholdelsen resulterer i mangler i systemet eller forsinkelse.

¹⁴⁰ Se fx *Torsten Iversen: Entrepriseretten* (2016), side 573 ff., der anfører at der efter det abstrakte mangelsbegreb kan stilles krav om, at arbejdet skal være fagmæssigt korrekt og at materialerne skal være af sædvanlig god kvalitet. Se videre *Torsten Iversen: Entrepriseretten* (2016), side 577 ff. og 605 f., der anfører at hvis der er mangler ved udførelsen af arbejdet, foreligger der ikke kun en mangel, men det vil også være culpøst. Det kan for god ordens skyld nævnes, at AB 18 ikke indebærer nogen ændring i retstilstanden af dette, jf. AB betænkning nr. 1570, side 161.

¹⁴¹ Noget tilsvarende vil muligvis også være tilfældet, hvor parterne har aftalt en kumulativ kvalitetsmålestok, fx god it-skik, da kravene til ydelsen i så fald skal være i overensstemmelse med god it-skik.

¹⁴² Jf. *Torsten Iversen: Entrepriseretten* (2016), side 574. Se tilsvarende forudsætningsvist *Henrik Udsen: It-kontraktret* (2020), side 70 f., der både skriver at udgangspunktet for mangelsbedømmelsen vil være den konkrete mangelsvurdering, samt at når aftalen udtrykkeligt regulerer kravene til systemet, vil denne regulering være afgørende, hvorfor realkreditor ikke kan kræve andet end aftalt.

3.3.3.1.1.3 Indsatsforpligtelser

Hvor leverandøren er underlagt en indsatsforpligtelse, vil vurderingen af om der foreligger en mangel, tage udgangspunkt i om leverandøren har ydet en god faglig indsats, hvilket minder om den generelle adfærdsmålestok.¹⁴³ Dette kan muligvis formuleres som, at culpavurderingen indgår i vurderingen af om der er præsteret korrekt.¹⁴⁴ Dette vil sige, at hvor leverandøren er underlagt en indsatsforpligtelse, vil misligholdelsens omfang kunne indgå som moment i vurdering af om der er handlet groft uagtsomt. Jo længere leverandøren er fra at have præsteret fagligt korrekt, jo mere kan han bebrejdes dette.

Det fremgår ikke udtrykkeligt af afgørelsen i sagen mellem CGI og Shopple, om CGI var underlagt en indsatsforpligtelse, men det fremgår dog at parterne benyttede CGIs standardvilkår for konsulentarbejde.¹⁴⁵ Dette kunne antyde, at CGI var underlagt en eller flere indsatsforpligtelser (i tillæg til resultatforpligtelser), hvilket har støtte hos *Henrik Udsen*, der anfører: ”Når leverandøren alene har en indsatsforpligtelse, kan aftalen få karakter af en art konsulentaftale”.¹⁴⁶ Det er derfor tænkeligt, at eftersom der har været taget udgangspunkt i en standardkontrakt for konsulentarbejde, har flere af forpligtelserne haft karakter af indsatsforpligtelser. Det skal dog understreges, at rettens vurdering af misligholdelsen hovedsagligt vedrørte funktionsmangler, og ikke klassiske indsatsforpligtelser, hvilket svækker antagelsen.

Muligvis kan man opstille en formodning for, at meget betydningsfulde faglige svigt ofte vil være groft uagtsomme.¹⁴⁷ Dette vil i hvert fald kunne tilsiges ud fra den generelle adfærdsmålestok, hvor en meget betydningsfuld fejl må indebære en adfærd, der afviger markant fra den adfærd, der kan forventes af professionens udøvere - og derved være stærkt bebrejdellesværdigt - ligesom der

¹⁴³ En almindelig form for indsatsforpligtelse i it-udviklingsaftaler er en forpligtelse til at ydelsen skal leve op til ”god it-skik”, jf. fx *Henrik Udsen: It-kontraktret* (2020), side 90 f. I både K02 og K03 anvendes der fx målestokken ”god it-skik” med tilhørende definition af, hvad der forstås derved. Se generelt om kvalitetsmålestok som indsatsforpligtelse hos *Viggo Hagstrøm: Obligationsrett* (2021), side 131. Mere konkret om kvalitetsmålestok i it-udviklingsaftaler, se *Henrik Udsen: It-kontraktret* (2020), side 90 ff.

¹⁴⁴ Se i et vidst omfang i samme retning: *Vibe Ulfbeck: Erstatningsretlige grænseområder I* (2021), side 31 f. Se tilsvarende *Børge Dahl, Peter Møgelvang-Hansen, Thomas Riis og Søren Sandfeld Jakobsen: Erhvervsjura* (2022), side 224; *Camilla Hørby Jensen, Nis Jul Clausen, Tanja Jørgensen, Nina Dietz Legind, Mette Winther Løfquist og Hans Viggo Godsk Pedersen: Bankjura* (2013), side 269 f.

¹⁴⁵ Jf. CGI 2-sagen, side 9.

¹⁴⁶ Jf. *Henrik Udsen: It-kontraktret* (2020), side 55. For mere generelt om konsulentydelse i it-udviklingsaftaleretlig kontekst, se *Mads Bryde Andersen: IT-retten* (2005), side 940 ff.

¹⁴⁷ Dette mener i hvert fald *Palle Bo Madsen i UfR 2018B.131: Aftalte ansvarsfritagelser i erhvervsforhold* (2018), side 139 og *Viggo Hagstrøm: Obligationsrett* (2021), side 510.

formentlig ofte også vil være en indlysende risiko for skade forbundet hermed.¹⁴⁸ Hvis der endda er tale om en indlysende risiko for betydelige skader, vil dette være en skærpende omstændighed, men dette vil selvsagt afhænge af det konkrete tilfælde.¹⁴⁹

3.3.3.1.1.4 Leverandøren har fremhævet sig som specialist

Det er fast antaget at hvis realdebitor (herunder en leverandør) forud for aftaleindgåelsen har fremhævet sig selv som specialist på området, kan det skærpe misligholdelsesvurderingen.¹⁵⁰ Når dette er tilfældet, indlægges der derfor i misligholdelsesvurderingen også et element af, hvad der kan forventes af en professionel aktør i branchen, hvilket netop også er afgørende for vurderingen af om leverandøren har handlet (groft) uagtsomt.

I sagen mellem CGI og Shopple lagde lagmannsretten bl.a. vægt på, at CGI forud for aftaleindgåelsen havde fremhævet deres ”*spesialkompetanse*” på området, og ligesom leverancen afveg markant fra hvad der kan forventes af en professionel aktør og var aftalt.¹⁵¹ Ud fra rettens udtalelser, må det antages at retten har tillagt fremhævelsen som specialist på området betydning i vurderingen af, om der forelå misligholdelse af aftalen. I så fald har væsentlighedsvurderingen være påvirket af momenter, der også har haft betydning for uagtsomhedsvurderingen, nemlig hvad man kunne forvente af en forsvarlig aktør og hvor langt leverandørens udviste adfærd var fra denne målestok. Ud fra denne betragtning vil det kunne tilsluttes, når retten anførte at afvigelsen i kontraktmæssig opfyldelse talte for at CGI havde handlet groft uagtsomt, fordi CGI havde fremhævet sig som specialist.

¹⁴⁸ Se også fx CGI 2-sagen, side 12, hvor lagmannsretten henviser til Rt-1989-1318 (advokatansvar-dommen), hvor den førstvoterende dommer udtaler, at hvis det faglige niveau ikke holder mål, vil dette e.o. kunne udgøre grov uagtsomhed. En henvisning til det faglige niveau, vil formentlig kunne sidestilles med betydningsfulde faglige svigt.

¹⁴⁹ Se afsnit 2.1 om kriteriet om en indlysende risiko. Se tilsvarende henvisning i CGI-sagen, side 12.

¹⁵⁰ Jf. fx Mads Bryde Andersen: *Lærebog i Obligationsret I* (2020), side 104.

¹⁵¹ Jf. CGI 2-sagen, side 12.

3.3.3.1.1.2 Forsinkelse og lidt om projektstyring

Som tidligere anført, kan forsinkelse indtræde af mange forskellige årsager, herunder fx som følge af leverandørens misligholdelse af dennes projektstyringspligt. Normalt vil kunden udøve misligholdelsesbeføjelse knyttet til forsinkelsen, når fx projektstyringspligten misligholdelse.¹⁵²

I sagen mellem Infor og Felleskjøpet, anførte Nedre Romerike tingrett, at Infor i bedste fald havde handlet groft uagtsomt. Selvom afgørelsen er begrundet i en række andre forhold, fremhæver retten ligeledes at:

*”Prosjektgjennomføringen, med den massive forsinkelsen, viser etter rettens oppfatning en betydelig svikt i kontraktsmessig oppfyllelse, noe som i seg selv indikerer grov uaktsomhet. Infors prosjektledelse representerer etter rettens oppfatning, et markert avvik fra vanlig forsvarlig handlemåte i et kontraktsforhold, og hvor Infor har opptrådt sterkt klanderverdig. Den massive forsinkelsen i seg selv er tilstrekkelig til en slik karakteristikk [...]”.*¹⁵³

Når det som i dette afsnit forsøges afklaret, hvornår misligholdelsens omfang kan have betydning for uagtsomhedsvurderingen, kræver dette, at der i vurderingen af misligholdelsen er indlagt et element af, hvad der kan forventes af en forsvarlig kontraktpart i den pågældende situation. Uden dette element, siger misligholdelsens omfang ikke i sig selv noget om, hvorvidt leverandøren kan bebrejdes adfærden. Dette er som udgangspunkt ikke tilfældet for forsinkelse, hvor misligholdelsens omfang relaterer sig til længden af forsinkelsen. Når retten anfører at den massive forsinkelse er tilstrækkelig til at karakterisere adfærden som groft uagtsomt, synes retten derved at gå for langt, hvorfor dette ikke kan tilsluttes.¹⁵⁴ Selvom retten henviser til projektstyringens afvigelse fra forsvarlig handlemåde i kontraktforhold, som værende hovedårsagen til den massive forsinkelse, siger forsinkelsens længde stadig ikke noget om, hvorvidt misligholdelsen kan bebrejdes leverandøren.

Det er dog rigtigt, at misligholdelse ved projektgennemføringen e.o. kan indebære en markant afvigelse fra forsvarlig handlemåde i kontraktforhold, eftersom det afgørende for projektstyringens korrekte opfyldelse kan være hvorvidt den anvendte projektstyring er faglig anerkendt og dermed

¹⁵² Jf. fx Henrik Udsen: *It-kontraktret* (2020), side 105.

¹⁵³ Jf. Infor-sagen, side 14.

¹⁵⁴ Se mere herom i afsnit 3.3.3.2 nedenfor.

sammenfaldene med hvad der kan forventes af forsvarlig kontraktpart. Dette støttes af, at lagmannsretten inddrog et sagkyndigt vidne i vurderingen af, hvorvidt en arbejdsstandsning var berettiget.¹⁵⁵ Men uanset dette måtte være tilfældet, så er misligholdelsens omfang (længden af forsinkelsen), ikke direkte knyttet op på afvigelsen i projektstyringen, og derfor bør forsinkelsens længde ikke kunne bruges som målestok for, hvorvidt der er handlet groft uagtsomt.

For så vidt angår forsinkelse på generelt plan, må det derfor antages at udgangspunktet om sondringen mellem risiko og ansvar slår igennem, hvorfor det ikke kan anføres, at forsinkelsens omfang kan have betydning for uagtsomhedsvurderingen. Eftersom forsinkelse ofte skyldes et eller flere bagvedliggende forhold, der medfører at der ikke kan afleveres rettidigt, skal dette dog ikke forstås som, at de bagvedliggende omstændigheder ikke e.o. kan have betydning for uagtsomhedsvurderingen. Dette vil fx efter omstændighederne kunne være tilfældet for en projektstyringsforpligtelse.¹⁵⁶

3.3.3.1.1.3 Rådgivningspligt

Det er fast antaget i både teori og retspraksis, at leverandøren som udslag af den almindelige oplysnings-/loyalitetspligt, er underlagt en vis rådgivningspligt vedrørende realydelsen, jf. fx UfR 1985.334/2H, UfR 1974.557SH og Sø- og Handelsrettens dom af 21. juni 2007 (Byernes Varme- og Sanitetsservice mod Lundberg Data, H-112-05), herefter ”Lundberg-sagen”.¹⁵⁷

Indlagt i den loyale oplysningspligt er, at leverandøren skal oplyse kunden om forhold, som leverandøren vidste eller burde have vidst var af betydning for kunden, og som leverandøren ikke kunne forvente at kunden var bekendt med i forvejen. Denne ”vidste eller burde vide”-vurdering synes også at være afgørende for rådgivningspligten, med fokus på, om leverandøren indså eller burde have indset kundens behov for rådgivning.¹⁵⁸

¹⁵⁵ Jf. Infor 2-sagen, side 59. Se tilsvarende forudsætningsvist Henrik Udsen: *It-kontraktret* (2020), side 104.

¹⁵⁶ Eller andre ”adfærdsforpligtelser”.

¹⁵⁷ Jf. Henrik Udsen: *It-kontraktret* (2020), side 106 f.; Mads Bryde Andersen: *IT-retten* (2005), side 949 f.; Jacob Nørager-Nielsen: *edb-kontrakter* (1987), side 176. Se generelt om den loyale oplysningspligt og rådgivningspligten hos Christian Frank Madsen i ET 2019.116: *Loyalitetsgrundsætningen i dansk ret - indhold og retsvirkninger ved tilsidesættelse* (2019), under afsnittet ”Den loyale oplysningspligt”; Mads Bryde Andersen: *Lærebog i Obligationsret I* (2020), side 118 ff.; Søren Theilgaard, Aqbal Amiri og Theis Jacobsen: *Købeloven med kommentarer* (2017), side 738 ff. Den utrykte dom af Sø- og Handelsretten af 21. juni 2007, er tilgængelig på [It-kontraktret - Vidensportal for it-kontraktret](#) samt på Sø- og Handelsrettens domsoversigt (sidst besøgt: 28. maj 2024).

¹⁵⁸ Jf. Jacob Nørager-Nielsen: *edb-kontrakter* (1987), side 176; Henrik Udsen: *It-kontraktret* (2020), side 109. Det falder dog uden for rammerne af denne afhandling, nærmere at fastlægge det præcise indhold i den loyale

Manglende iagttagelse af rådgivningspligten kan betragtes som bidrag til fastlæggelse af kravene til ydelsen eller som en selvstændig overtrædelse af rådgivningspligten.¹⁵⁹ I det omfang, forholdet betragtes som en selvstændig overtrædelse af rådgivningspligten, kan leverandøren e.o. kræve erstatning.

Almindeligvis vil manglende iagttagelse af rådgivningspligten være culpøst, jf. fx Lundberg-sagen, hvor retten udtalte at Lundberg Data (leverandøren) havde handlet ansvarspådragende ved i forbindelse med kundens køb af et regnskabsprogram, hvori der var indbygget to muligheder for beregningsgrundlag ved udregning af salgspriser, ikke at have rådgivet kunden om disse valgmuligheder, hvilket medførte at kundens avance blev væsentligt reduceret. I den konkrete sag bortfaldt erstatningsansvaret dog som følge af kundens egen skyld.¹⁶⁰

Eftersom vurderingen af om der foreligger en misligholdelse af rådgivningspligten, indeholder en vurdering af om leverandøren indså eller burde have indset kundens behov for rådgivning, og hvor skærpet pligten er, påvirkes af hvor åbenbare disse forhold er, synes omfanget af misligholdelsen også at sige noget om hvor langt leverandøren bevæger sig væk fra hvad der kan forventes af en forsvarlig kontraktpart og om leverandøren kan bebrejdes dette. Det må derfor konstateres, at hvor misligholdelsen består i en manglende iagttagelse af rådgivningspligten, kan misligholdelsens omfang også inddrages i vurderingen af om der er handlet groft uagtsomt. Det samme må antages at være tilfældet, hvor leverandøren yder en vis rådgivning, men denne ikke er tilstrækkelig. I så fald vil den utilstrækkelige rådgivning ligeledes adskille sig fra hvad, der kan forventes af en forsvarlig kontraktpart og professionens udøvere.¹⁶¹

oplysningspligt og rådgivningspligten, foruden at fremhæve ”vidste eller burde vide”-vurderingen, der er afgørende for den videre behandling i afsnittet.

¹⁵⁹ Jf. Henrik Udsen: *It-kontraktret* (2020), side 111; for så vidt angår den loyale oplysningspligt, se Jacob Nielsen-Nørager: *edb-kontrakter* (1987), side 176.

¹⁶⁰ Jf. Lundberg-sagen, side 1, 2 og 13 f. Betydningen af egen skyld, er nærmere behandlet i afsnit 3.6.

¹⁶¹ Som også anført ovenfor ifm. projektstyringspligten, er det imidlertid ikke normalt at der udøves selvstændige misligholdelsesbeføjelser i forbindelse med misligholdelse af sådanne ”adfærdsforpligtigelser”.

3.3.3.2 Væsentlig misligholdelse er ikke lig med grov uagtsomhed

Uanset at det i de ovenfornævnte afsnit fremgår, at misligholdelsens omfang i visse tilfælde kan indgå som moment i vurderingen af om der er handlet groft uagtsomt, er dette ikke det samme som, at blot fordi der foreligger væsentlig misligholdelse er der også handlet groft uagtsomt.

Vurderingen af om der fx foreligger væsentlige mangler ved en ydelse, er markant anderledes end vurderingen af om der er handlet groft uagtsomt. Ved vurderingen af grov uagtsomhed, vurderes det om der er handlet stærkt bebrejdesværdigt i en grad, der markant afviger fra almindelig forsvarlig handlemåden, hvorimod en væsentlighedsvurdering ift. mangler angår hvorvidt den leverede ydelse samlet set lider af væsentlig mangler, hvor der i udgangspunktet ikke tages hensyn til om misligholdelsen kan bebrejdes den misligholdende.¹⁶²

Derudover er konsekvenserne også betydeligt anderledes ved væsentlig misligholdelse ctr. grov uagtsomhed. Ved væsentlig misligholdelse er den primære retsvirkning at det berettiger kunden til at ophæve kontrakten, hvilket kan have store konsekvenser for leverandøren, hvorfor det også antages at der gælder en høj tærskel for hævebegrundende misligholdelse, jf. fx CGI 2-sagen, hvor Borgarting lagmannsrett udtalte at der gælder et skærpet væsentlighedskrav for at kunne hæve, når der er tale om en specialudviklet ydelse.¹⁶³ Uanset at konsekvenserne ved ophævelse anses for store, må det dog erindres at den egentlige (værst tænkelige) konsekvens ved ophævelse er, at kunden leverer systemet tilbage og at leverandøren ikke kan genbruge dele af systemet.¹⁶⁴ Dette værdispild vil for leverandøren have en værdi svarende til det indgående materiel samt værdien af spildte interne timer. Dette står over for konsekvensen ved at leverandøren har handlet groft uagtsomt, hvilket er, at ansvarsbegrænsningen ikke finder anvendelse, hvorfor kunden vil kunne kræve ethvert beviseligt tab erstattet (forudsat de øvrige almindelige betingelser er opfyldt). Konsekvenserne ved et ubegrænset erstatningsansvar må antages generelt at være væsentligt større end konsekvenserne ved ophævelse.

¹⁶² De tilfælde, hvor subjektive elementer kan indgå i væsentlighedsvurderingen, er det normalt *til fordel for* den misligholdende, hvor det kan tale imod væsentlig misligholdelse at misligholdelsen ikke kan bebrejdes denne part, jf. fx Mads Bryde Andersen: *Lærebog i Obligationsret 1* (2020), side 418 f., om vilje/evne-reglen; Torsten Iversen: *Obligationsret 2. del* (2019), side 152 og 154 f.

¹⁶³ Jf. CGI 2-sagen, side 9. Se også fx Henrik Udsen: *It-kontraktret* (2020), side 172.

¹⁶⁴ Dette er endda ikke nødvendigvis tilfældet, eftersom at de fleste aftaler i dag vil indeholde en udvikling af nyudviklede komponenter og eksisterende programkomponenter, dvs. hvor der tages udgangspunkt i standardprogrammel, der tilpasses og parameteropsættes, jf. Henrik Udsen: *It-kontraktret* (2020), side 18 f. og 170. Endvidere kan leverandøren e.o. kræve restitution, hvis kunden har haft nytte af systemet.

Udgangspunktet om, at der ikke kan sættes lighedstegn mellem væsentlig misligholdelse og grov uagtsomhed gælder endnu stærkere i de tilfælde, hvor parterne har aftalt bestemte tilfælde, der skal anses for væsentlig misligholdelse. Dette ses bl.a. i K02 (pkt. 20.1), der angiver en række konkrete omstændigheder, der skal anses som væsentlig misligholdelse, herunder fx overskridelse af frist for godkendt overtagelsesprøve og driftsprøve med mere end 40 arbejdsdage, eller leverandørens konkurs. Det er ikke normalt at aftale at visse funktionsmangler udgør væsentlig misligholdelse, men dette aftales indirekte gennem den almindelige bestemmelse om overskridelse af frist for godkendte prøver.¹⁶⁵ Når parterne har valgt at objektivere væsentlighedsvurderingen, må den lighed der for visse forpligtelser findes mellem vurderingen af væsentlig misligholdelse og grov uagtsomhed, siges at være endnu mere forskudt (i hvert fald når den objektiviserede væsentlighed er sat lavere end hvad der ville gælde baggrundsretligt). Endvidere kan det ikke antages at parterne har tiltænkt, at den aftalte objektivisering af væsentlighedsvurderingen skulle være normerende for vurderingen af, om der er handlet groft uagtsomt.

Dog må det antages, at der kan lægges mest vægt på misligholdelsens omfang, når der er tale om en indsatsforpligtelse, frem for når misligholdelsen fx beror på den abstrakte mangelsvurdering. I den abstrakte mangelsvurdering indgår, kravet om en almindelig god kvalitet inden for branchen, kun som et blandt flere momenter, der har betydning for, om der foreligger en mangel. Disse momenter kan påvirke vurderingen, og dermed også hvor stor en vægt der kan lægges på misligholdelsens omfang.¹⁶⁶ Derimod anses culpavurderingen som værende indbygget i mangelsvurderingen af indsatsforpligtelsen, hvorfor der må kunne lægges større vægt på misligholdelsens omfang i disse tilfælde. Selvom dette måtte være tilfældet, tilsiger de ovenstående hensyn og argumenter dog stadig, at barren for væsentlig misligholdelse og grov uagtsomhed ikke kan antages at være sammenfaldende.

Selvom Nedre Romerike tingretts vurdering om, at Infor, i sagen mellem Infor og Felleskjøpet, i bedste fald havde handlet groft uagtsomt, er begrundet i en række forhold, synes retten også nærmest at anføre at den massive/væsentlige forsinkelse i sig selv er tilstrækkeligt til at statuere grov uagtsomhed. Retten anførte:

¹⁶⁵ Jf. Henrik Udsen: *It-kontraktret* (2020), side 173 ff.

¹⁶⁶ Se fx Mads Bryde Andersen: *Lærebog i Obligationsret I* (2020), side 104 ff. Om sådanne typeforudsætninger, se Viggo Hagstrøm: *Obligasjonsrett* (2021), side 169 ff.

”Infors prosjektledelse representerer etter rettens oppfatning, et markert avvik fra vanlig forsvarlig handlemåte i et kontraktsforhold, og hvor Infor har opptrådt sterkt klanderverdig Den massive forsinkelsen i seg selv er tilstrekkelig til en slik karakteristikk [dvs. grov uagtsomhed] [...]” [min fremhævelse].¹⁶⁷

Som det følger af ovenstående, kan en sådan konklusion ikke tilsluttes, heller ikke i de tilfælde hvor det anerkendes at misligholdelsens omfang kan indgå som moment (eller i hvert fald at vurderingerne i et vidst omfang falder sammen).

3.3.4 Opsummering

Det kan på baggrund af ovenstående konstateres, at betydningsfuld svigt i kontraktmæssig opfyldelse kan benyttes som indikation på, at der er handlet groft uagtsomt, jf. både Infor-sagen og CGI 2-sagen, men dokumenterer ikke sig i selv at der er handlet groft uagtsomt. I visse tilfælde vil selve vurderingen af, om der foreligger en misligholdelse imidlertid også omhandle hvor langt leverandørens adfærd er fra den adfærd, der kan forventes af en forsvarlig kontraktpart. Dette vil i hvert fald være tilfældet, når leverandøren er underlagt en indsatsforpligtelse, hvor culpavurderingen er indlagt i misligholdelsesvurderingen. Derudover vil det i et vidst omfang også være tilfældet, når der foretages en abstrakt mangelsvurdering af resultatforpligtelse. Derudover kan det i et vidst omfang bl.a. også være tilfældet, hvor der udøves selvstændig misligholdelsesbeføjelser ved misligholdelse af en ”adfærdsforpligtelse”, fx rådgivningspligten eller projektstyringspligten.

Uanset at vurderingerne i visse tilfælde er sammenfaldende, må det understreges at barren for grov uagtsomhed ikke er den samme, som barren for væsentlig misligholdelse. Man kan derfor ikke automatisk slutte, at blot fordi der foreligger væsentlig misligholdelse, så har leverandøren også handlet groft uagtsomt.

¹⁶⁷ Jf. Infor-sagen, side 14.

3.4 Misligholdelse af en central aftaleforpligtelse (hoved- og biforpligtelser)

3.4.1 Problemstilling

Et særligt spørgsmål er, om det har betydning for uagtsomhedsvurderingen at misligholdelsen vedrører en central aftaleforpligtelse. Spørgsmålet er i det væsentligste sammenfaldende med spørgsmålet om, det har betydning at misligholdelsen vedrører en hoved- eller biforpligtelse, om end en central forpligtelse muligvis i visse tilfælde kan sigte mod noget mere snævert.¹⁶⁸ Spørgsmålet har bl.a. været behandlet af Højesteret i G4S-sagen.

3.4.2 Ikke generelt mindre bebrejdesværdigt

I G4S-sagen havde en virksomhed indgået en aftale med G4S Security Services A/S (herefter ”G4S”) om et tyverialarmanlæg. Virksomheden havde valgt ”4-S” som kodeord til at stoppe alarmen. En nat kl. 00:40 modtog G4S, i forbindelse med at alarmen hos virksomheden var gået i gang, et opkald fra person (P), der ønskede at afbryde alarmen. P angav koden som ”4S”, dvs. uden bindestreg. G4S accepterede den forkerte kode og standsede alarmen, men ville dog alligevel komme ud til virksomheden senere (kl. 03:17). Det viste sig, at virksomheden havde været udsat for et indbrudstyveri, og retten skulle derfor tage stilling til, om G4S var erstatningsansvarlige for tabet, herunder om en ansvarsfraskrivelse fritog G4S for ansvar.

Landsretten udtalte, under henvisning til 1) at G4S accepterede det forkerte kodeord, 2) tidspunktet for alarmen og 3) virksomhedens erhvervsform (engroshandel med tobak), at der var en ”*indlysende risiko for betydelig skade*” ved ikke straks at have kørt ud til stedet og tilkaldt politiet. Landsretten fandt derfor, at G4S havde handlet groft uagtsomhed.¹⁶⁹

Højesteret stadfæstede afgørelsen, men hvor landsretten udelukkende begrundede resultatet i skyldgraden (at der er handlet groft uagtsomt), synes Højesteret at have lagt vægt på fortolkningselementer, herunder en uklar ordlyd af bestemmelsen. Højesteret anførte ganske vidst at G4S havde handlet erstatningspådragende (men uden at angive om dette var groft uagtsomt), og fandt

¹⁶⁸ Se dog muligvis i modsat retning hos Mads Bryde Andersen: *Lærebog i Obligationsret I* (2020), side 72; Torsten Iversen: *Obligationsret I. del* (2019), side 136; Viggo Hagstrøm: *Obligationsret* (2021), side 122 f., der alle karakteriserer hovedforpligtelsen som den centrale ydelse, hvilket naturligvis også er rigtigt. Når det her anføres, at en central aftaleforpligtelse i visse tilfælde kan være mere snævert end blot en hovedforpligtelse, skyldes det at det kan tænkes at kunden i visse tilfælde anser visse funktioner i it-systemet som vigtigere end andre.

¹⁶⁹ Jf. G4S-dommen, side 3119.

grundlaget for at tilsidesætte ansvarsbegrænsningen i fortolkning.¹⁷⁰ Højesteret anførte at ansvarsfraskrivelsen var et standardvilkår, og ud fra ”[...] *bestemmelsens ordlyd, der i øvrigt ikke er klar, og kontraktens karakter finder også Højesteret, at vagtselskabet ikke i en situation som den foreliggende, hvor det har tilsidesat en central aftalemæssig forpligtelse, er fritaget for ansvar*”.¹⁷¹

Umiddelbart kunne dette tages til indtægt for, at Højesteret derved afviste at misligholdelse i kerneydelsen kan have betydning for skyldsgraden. Denne opfattelse er i hvert fald *Palle Bo Madsen* ikke enig i, og forfatteren fremhæver i stedet at landsrettens vægt på skyldsgraden og Højesterets fortolkning, er to sider af samme mønt. Opfattelsen begrundes med, at skyldsgraden skal vurderes i forhold til den påtagede forpligtelse, hvor fortolkning forholder sig til bl.a. parternes berettigede forventninger mv., der derved har betydning for indholdet af forpligtelsen.¹⁷² Denne opfattelse er utvivlsomt rigtig, men ændrer ikke ved, at Højesteret ikke anførte at G4S handlede groft uagtsomt, hvilket er afgørende for denne afhandling.

Der kan i et vidst omfang argumenteres for, at hvor der er tale om en helt central aftalemæssig forpligtelse, der må antages at være vigtig for kunden, bør der kunne stilles højere krav til hvor stor en omhyggelighed og omhu leverandøren skal udvise. Dette støttes af loyalitetsbetragtninger om hvor store bestræbelser der bør udfoldes for at sikre korrekt opfyldelse.¹⁷³ Argumentet har dog den iboende svaghed, at det bygger på, at kunden i så fald ikke forventer samme omhyggelighed og omhu fsva. de øvrige forpligtelser i aftalen. Forventer kunden ikke, at leverandøren udfolder samme omhyggelighed og omhu for alle sine forpligtelser? Dette må særligt være tilfældet i komplekse projekter, hvor samarbejde og opfyldelse af sekundære forpligtelser, kan have væsentlig betydning projektets succes. Hvis kunden ikke havde en forventning om, at leverandøren udviste samme omhu mv. for alle sine forpligtelser, havde parterne formentlig blot aftalt et andet (lavere) niveau for forpligtelserne. For så vidt angår kravene til systemet, kunne parterne fx i stedet have søgt inspiration i K03, hvor der sondres mellem absolutte og øvrige krav, som giver en indikation af hvilke krav kunden vægter højest, men når parterne ikke har dette, kan det ikke antages at kunden ikke forventer samme omhyggelighed for alle kravene til systemet.¹⁷⁴

¹⁷⁰ Jf. G4S-dommen, side 3122.

¹⁷¹ Jf. G4S-dommen, side 3122.

¹⁷² Jf. Palle Bo Madsen: *Aftalte ansvarsfritagelser i erhvervsforhold* (2018), side 139.

¹⁷³ Argumentet genfindes også hos Palle Bo Madsen: *Aftalte ansvarsfritagelser* (2018), side 139.

¹⁷⁴ Absolutte krav er krav, som systemet skal opfylde (resultatforpligtelse), hvorimod øvrige krav er krav, som leverandøren skal bestræbe sig på at opfylde (indsatsforpligtelse), jf. også Henrik Udsen: *It-kontraktret* (2020), side 54,

Et argument for, at en misligholdelse af en hovedforpligtelse hurtigere skulle være udtryk for grov uagtsomhed er, at det synes ligegyldigt for kunden at leverandøren har misligholdt biforpligtelser, hvis blot hovedforpligtelsen leveres. Kundens primære interesse er at få leveret et mangelfrit system til rette tid, og gøres dette, vil det være af mindre betydning for kunden om leverandøren til fulde har iagttaget sine biforpligtelser, når blot misligholdelsen ikke har påvirket leveringen af hovedforpligtelsen. Inden for entrepriseretten formulerer *Helge Neraal og Tommy Bruun* dette som, at det vanskeligt kan forventes at ville udgøre grov uagtsomhed hvis entreprenøren ikke rydder op på byggepladsen (biforpligtelsen), hvis blot entreprenøren er i stand til at færdiggøre byggeriet i korrekt stand (hovedforpligtelsen).¹⁷⁵ Argumentet kendes ligeledes fra den væsentlighedsvurdering., hvor der skal mere til, før misligholdelse af biforpligtelser er væsentlige end det er tilfældet for hovedforpligtelser.¹⁷⁶ Argumentationsrækken kan imidlertid ikke tilsluttes.

Først og fremmest, siger det forhold at kundens primære interesse er at få leveret en mangelsfri ydelse til rette tid ikke noget om, hvorvidt adfærden kan bebrejdes leverandøren. Der kan være mange grunde til, at leverandøren alligevel var i stand til at levere korrekt, men hvis leverandøren undervejs har udvist en bebrejdesværdig adfærd, der har påført kunden et tab (fx i form af ekstra medvirken), bør man ikke skåne leverandøren for et ubegrænset erstatningsansvar. Dette ville stride mod både genoprettelseshensynet og præventionshensynet. Det forekommer også tilfældigt at man skulle bedømme leverandørens adfærd mere lempeligt, blot fordi leverandøren har et håb om alligevel at kunne levere hovedforpligtelsen. Endvidere vil opfyldelsen af visse af de sekundære forpligtelser direkte påvirke kundens primære interesse, herunder fx leverandørens rådgivningspligt eller projektstyringspligt, hvilket taler for, at selv hvor man anlægger en vurdering af kundens primære interesse, synes en sontring af hoved- og biforpligtelser, ikke at være gavnlige.

For så vidt angår argumentet om, at en lignende opfattelse kendes fra væsentlighedsvurderingen, må det her erindres at vurderingerne er forskellige, hvor det ift. væsentlighed vurderes om misligholdelsen *samlet set* er af en sådan karakter/omfang, at det giver kunden et rimelig krav på at kunne frigøre sig fra kontrakten, jf. fx Borgarting lagmannsrett i CGI 2-sagen.¹⁷⁷ Det er ikke den

55 og 58. Se fx i samme retning Tom Holsøe og Mia Thulstrup Gedbjerg: *K03 med vejledning* (2013), pkt. 5.5 på side 243 f., der anfører at absolutte krav er krav, der er uundværlige for kunden og øvrige krav, modsætningsvist, er krav, der kan undværes, dvs. er udtryk for en prioritering af kravene for kunden.

¹⁷⁵ Jf. Helge Neraal og Tommy Bruun i Jussens Venner: *Grov uagtsomhed i entrepriseretten* (2016), side 355.

¹⁷⁶ Jf. Torsten Iversen: *Obligationsret 1. del* (2019), side 141 f.; Henrik Udsen: *It-kontraktret* (2020), side 256 f.

¹⁷⁷ Jf. CGI 2-sagen, side 9. Se tilsvarende Mads Bryde Andersen: *Lærebog i Obligationsret I* (2020), side 274; Viggo Hagstrøm: *Obligationsrett* (2021), side 449. Det skal i denne forbindelse også fremhæves, at selv misligholdelse af en

samme vurdering, der skal foretages for at vurdere om der handlet (groft) uagtsomt. I denne vurdering, skal det afgøres om adfærden indebærer en markant afvigelse fra almindelig forsvarlig handlemåde, dvs. en stærkt bebrejdellesværdig adfærd. At eksemplet med byggepladsen sjældent vil være udtryk for grov uagtsomhed, må netop kunne begrundes i, at denne adfærd samlet set ikke er stærkt bebrejdellesværdig når man ser på det samlede projekt. Dette vil kunne forklare hvorfor misligholdelse af visse sekundære forpligtelser sjældent vil være groft uagtsomme. Dette er dog ikke det samme som, at misligholdelse af biforpligtelser generelt skal vurderes mere lempeligt.

Visse sekundære forpligtelser er endvidere så integrerede og kritiske for hovedforpligtelsen/projektets succes, at det næppe vil være mindre bebrejdellesværdigt at misligholdelse disse. Det må utvivlsomt kunne være bebrejdellesværdigt, hvis fx leverandøren tilsidesætter sin rådgivningspligt, og som omtalt i afsnit 2.3, er samarbejde et vigtigt element for et vellykket it-udviklingsprojekt. Det samme er tilfældet hvor leverandøren også pålægges en vedligeholdelsespligt, der endda (i hvert fald for specialudviklet programmel) er så kritisk for hovedydelsen, at den kan bære at være en selvstændig og særskilt aftale.¹⁷⁸ Dertil kommer at misligholdelse af biforpligtelser sagtens kan påføre kunden et tab.¹⁷⁹ Yderligere anses erstatningsbeføjelsen generelt for den praktisk vigtigste beføjelse ved misligholdelse af biforpligtelser, og det kan derfor virke uhensigtsmæssigt, hvis der også skulle stilles højere krav før adfærden er groft uagtsom.¹⁸⁰

Kriteriet om ”indlysende fare for den indtrådte skade” tilsiger isoleret set heller ikke, at misligholdelse af biforpligtelser i mindre omfang skal kunne være groft uagtsomme. Er leverandøren underlagt en biforpligtelse om at uddanne kundens medarbejdere, og giver leverandøren kun en meget overfladisk undervisning, kan dette e.o. indebære en indlysende fare for at kunden bliver nødt til at købe undervisning fra tredjemand. Forestiller man sig derimod en situation hvor kunden har lidt et meget voldsomt tab i form af tabt omsætning, vil der formentlig oftere være indlysende fare for tabet, hvor misligholdelsen skyldes kritiske fejl i kernen af systemet frem for utilstrækkelig uddannelse af

biforpligtelse e.o. kan være væsentlig, hvis blot misligholdelsen indebærer en væsentlig misligholdelse af den *samlede aftale*, jf. fx Henrik Udsen: *It-kontraktret* (2020), side 113.

¹⁷⁸ Jf. fx Henrik Udsen: *It-kontraktret* (2020), side 23, 33, 431, 446 ff., 453; Mads Bryde Andersen: *Lærebog i Obligationsret I* (2020), side 74; Mads Bryde Andersen: *IT-retten* (2005), side 948.

¹⁷⁹ Noget andet er, at fx manglende opfyldelse af rådgivningspligten eller dårlig projektledelse sjældent i sig selv vil være tilstrækkeligt til at tilsidesætte en ansvarsbegrænsning, jf. fx Infor 2-sagen.

¹⁸⁰ Jf. Viggo Hagstrøm: *Obligationsrett* (2021), side 126; Mads Bryde Andersen: *Lærebog i Obligationsret I* (2021), side 72 f., der begge fremhæver at erstatningsbeføjelsen formentlig er vigtigst ved misligholdelse af biforpligtelser.

kundens medarbejdere. Det handler altså om den konkrete situation, men selvom misligholdelse af hovedforpligtelser ofte vil være groft uagtsomme, er der ikke holdepunkter for at bedømme misligholdelse af biforpligtelser mere lempeligt. Der kan også påpeges, at der formentlig ofte vil være en *betydelig* skadesrisiko fsva. misligholdelse af hovedforpligtelsen, men dette gælder ligesom anført ovenfor, heller ikke ubetinget. Der kan således også godt være en betydelig skadesrisiko for visse centrale sekundære forpligtelser.

Samlet set synes ovenstående at tale for, at man ikke vinder noget nævneværdigt ved at sondre mellem hoved- og biforpligtelser ift. vurderingen af, om der er handlet groft uagtsomt.¹⁸¹ I stedet må fokus være på, om adfærden samlet set er stærkt bebrejdesværdig. I denne vurdering vil misligholdelse af hovedforpligtelser i visse tilfælde formentlig oftere være groft uagtsomme, bl.a. som følge af den mere indlysende skadesrisiko. Dette gør sig imidlertid ikke gældende for alle biforpligtelser, hvoraf nogle er så kritiske, at misligholdelse heraf utvivlsomt også kan være stærkt bebrejdesværdigt, ligesom der e.o. kan være en indlysende skadesrisiko.

3.4.3 Opsummering

På baggrund af ovenstående konstateres det samlet set, at Højesteret ikke eksplicit i G4S-sagen forholder sig til betydningen af misligholdelse af en central aftaleforpligtelse i uagtsomhedsvurderingen. Derudover anses der ikke at være holdepunkter for, at misligholdelse af hovedforpligtelser lettere vil skulle anses for groft uagtsomme. Misligholdelse af en biforpligtelse er således ikke generelt mindre bebrejdesværdig, blot fordi det er en biforpligtelse. Når misligholdelse af visse biforpligtelser sjældent vil være udtryk for grov uagtsomhed, skyldes det derimod at adfærden ikke er så bebrejdesværdig, at den indebærer en markant afvigelse fra almindelig forsvarlig handlemåde ud fra aftalen som helhed.¹⁸² Det er samme resultat, som kriteriet om ”indlysende fare for den indtrådte skade” tilsiger. Man vinder altså næppe noget nævneværdigt ved at lægge vægt på, om misligholdelsen angår en bi- eller hovedforpligtelse.

¹⁸¹ Se i et vidst omfang tilsvarende Mads Bryde Andersen: *IT-retten* (2005), side 948, der anfører at sondringen mellem hoved- og biforpligtelser i IT-ydelsen ikke har nogen stor værdi, fordi forpligtelserne vanskeligt kan opdeles præcist mellem bi- og hovedforpligtelser, ligesom sondringen ikke har nogen retlig betydning, da misligholdelse af biforpligtelser e.o. kan udløse samme misligholdelsesbeføjelser.

¹⁸² Jf. fx Palle Bo Madsen i UfR 2018B.131: *Aftalte ansvarsfritagelser i erhvervsforhold* (2018), side 143, der beskriver hvordan culpabedømmelsen påvirkes af den konkrete aftale, herunder aftalesituationen, indholdet af aftalen mv.

3.5 Ansvarsbegrænsningens karakter

3.5.1 Problemstilling

Det kan overvejes om ansvarsbegrænsningens karakter har betydning for vurderingen af, om der er handlet groft uagtsomt, dvs. om der skal mindre til at statuere grov uagtsomhed ved en meget omfattende ansvarsbegrænsning, der fx fraskriver sig ethvert ansvar, frem for en mere sædvanlig klausul, der fx kun fraskriver erstatning for indirekte tab og er maksimeret til kontraktsummen.¹⁸³

3.5.2 Kan ansvarsbegrænsningens karakter indgå i vurderingen?

Ansvarsbegrænsningens karakter kan i hvert fald kan indgå i vurderingen af, om ansvarsbegrænsningen er urimelig efter aftl. § 36.¹⁸⁴ Det er da også oplagt, at en sædvanlig ansvarsbegrænsning (og særligt hvis indeholdt i et agreed document) i højere grad er rimelig end en meget omfattende ansvarsbegrænsning.¹⁸⁵

Det er dog mindre nærliggende, at det skal have betydning for uagtsomhedsvurderingen. Umiddelbart har de to forhold ingen tilknytning.¹⁸⁶

Henrik Udsen henviser til, at lagmannsretten i Steria 2-sagen lagde til grund, at ansvarsbegrænsningens karakter kan indgå i uagtsomhedsvurderingen.¹⁸⁷

I sagen mellem NSB (kunde) og Steria (leverandør) indgik parterne aftale om levering af et it-system (talesvaresystem). Systemet blev installeret den 20. oktober 2000 (og sat i drift januar 2001), men systemet led af betydelige mangler. Steria forsøgte i første omfang at afhjælpe manglerne i foråret og sommeren 2001, men uden succes. Endvidere forsøgte Steria at lave forbedringer ved systemet i efteråret 2001. I december 2001 ophævede NSB aftalen, og krævede erstatning. Parterne havde indgået en ansvarsbegrænsning, men havde ellers ikke afskåret andre misligholdelsesbeføjelser (fx ophævelse).¹⁸⁸

¹⁸³ En sædvanlig ansvarsbegrænsning findes fx i K02 (som anført i afsnit 2.4).

¹⁸⁴ Jf. fx Henrik Udsen: *It-kontraktret* (2020), side 231; Palle Bo Madsen i UfR 2018B.131: *Aftalte ansvarsfritagelser i erhvervsforhold* (2018), side 143 ff.; Mads Bryde Andersen: *Lærebog i obligationsret I* (2020), side 467 f.

¹⁸⁵ Jf. Henrik Udsen: *It-kontraktret* (2020), side 231.

¹⁸⁶ Se tilsvarende hos Henrik Udsen: *It-kontraktret* (2020), side 235.

¹⁸⁷ Henrik Udsens opfattelse er dog stadig, at det ikke er nærliggende at karakteren af ansvarsbegrænsningen skal tillægges betydning i uagtsomhedsvurderingen, jf. Henrik Udsen: *It-kontraktret* (2020), side 235.

¹⁸⁸ Jf. Steria-sagen, side 2 ff.

Det kan imidlertid ikke tilsluttes, at Steria 2-sagen er udtryk for at karakteren af ansvarsbegrænsning kan indgå i uagtsomhedsvurderingen. *Henrik Udsens* argumentation bygger på, at retten ikke fandt at leverandøren havde handlet groft uagtsomt og i den sammenhæng afviste at sammenligne sagen med en norsk voldgiftsafgørelse ("Wingull-sagen"), hvori der var tale om en meget omfattende ansvarsbegrænsning.¹⁸⁹

Afgørelsens opbygning antyder imidlertid, at rettens afvisning af at sammenligne sagen med Wingull-sagen var i forhold til rettens vurdering af, om ansvarsbegrænsningen skulle tilsidesættes som urimelig (eller at forudsætningerne for klausulen var bortfaldet), når den misligholdende part har tilsidesat sin afhjælpningspligt, dvs. ikke ift. culpavurderingen. Lagmannsretten startede med at vurdere (og afvise), at Steria havde handlet groft uagtsomt.¹⁹⁰

I det efterfølgende afsnit anførte retten, at NSB havde gjort gældende, at der "[...] er grundlag for å sette ansvarsbegrænsningen til side også etter rimelighetsbetraktninger [dvs. som alternativ til grov uagtsomhed] og fordi Steria har misligholdt sin utbedringsplikt, uten hensyn til subjektiv skyld" [min fremhævelse].¹⁹¹ I afsnittet herefter, anførte retten at man ikke var enig i dette synspunkt, og i den sammenhæng afviste retten at sammenligne sagen med Wingull-sagen.¹⁹² Denne opfattelse er også at være bedst overensstemmende med NSB's argumentation i sagen, hvor NSB bl.a. gjorde gældende at ansvarsbegrænsningen kunne sættes til side ved grov uagtsomhed og forsæt "men [at] også rimelighetsbetraktninger og misligholdt utbedringsplikt, kan sette til side en slik ansvarsbegrænsning".¹⁹³ Det var i øvrigt en nogenlunde ens opbygning, som Oslo tingrett benyttede som førsteinstans, hvor tingretten også synes at have holdt uagtsomhedsvurderingen og betydningen af Wingull-sagen adskilt.¹⁹⁴

Opfattelsen har også støtte i, at Wingull-sagen netop omhandlede aftaleretlig tilsidesættelse af en ansvarsbegrænsning ved misligholdelse af afhjælpningspligten, når retten til at hæve og kræve

¹⁸⁹ Jf. Henrik Udsen: *It-kontraktret* (2020), side 235. Den norske voldgiftsafgørelse i Wingull-sagen er trykt i *Nordiske Domme i Søfartsanliggende* (1979), side 231 ff.

¹⁹⁰ Jf. Steria 2-sagen, side 11.

¹⁹¹ Jf. Steria 2-sagen, side 11.

¹⁹² Jf. Steria 2-sagen, side 11.

¹⁹³ Jf. Steria 2-sagen, side 6.

¹⁹⁴ Jf. Oslo tingretts dom af 4. december 2003 (NSB AS mod Steria AS, TOSLO-2002-12332), herefter "Steria-sagen", side 22, hvor tingretten først behandler om misligholdelsen kunne bebrejdes Steria, for derefter at konkludere at dette ikke var tilfældet. Først i et efterfølgende afsnit afviste retten at inddrage Wingull-sagen. Afgørelsen er tilgængelig på [Domsdatabase - It-kontraktret](#) (sidst besøgt: 29. maj 2024).

erstatning samtidig er fraskrevet. Dette kommer til udtryk flere steder i Wingull-sagen, jf. fx ”Spørgsmålet bliver efter dette om arbeidet med utbedring av remanlegget har pågått så lenge uten å føre frem, at forutsetningen for anvende reglene i utbedrings- og ansvarsfraskrivelsesklausulen er bortfalt.” [mine fremhævelser].¹⁹⁵ Det er også mest oplagt, at spørgsmålet om en ansvarsbegrænsning kan gøres gældende i tilfælde af misligholdelse af en afhjælpningspligt, afgøres ud fra aftalerettens regler. Det vil e.o. kunne være urimeligt hvis kunden hverken kan kræve afhjælpning (fordi leverandøren enten ikke vil eller kan) eller fuld erstatning eller ophæve aftalen, ligesom forudsætningerne e.o. vil være faldet bort ved misligholdelse af afhjælpningspligten.¹⁹⁶ Det må derfor antages, at rettens henvisning til Wingull-sagen relaterede sig til spørgsmålet om en aftaleretlig tilsidesættelse, frem for vurderingen af grov uagtsomhed.

Skal det kunne retfærdiggøres, at ansvarsbegrænsningens karakter kan indgå i uagtsomhedsvurderingen, må det i stedet afgøres ud fra en afvejning af de bagvedliggende retlige hensyn.

De danske domstole er kendetegnet ved at være pragmatiske i deres afgørelser, og det kan derfor ikke udelukkes, at en domstol vil inddrage ansvarsbegrænsningens omfang i deres vurdering af, om der er handlet groft uagtsomt.¹⁹⁷ Som fremhævet af Henrik Udsen, kan domstolene ”[...] have et ønske om at finde resultatet i bestemmelsen og statuere grov uagtsomhed, fremfor at skulle tilsidesætte bestemmelsen efter aftl. § 36”.¹⁹⁸ Dette kan tilsluttes af flere grunde. Først og fremmest, så må det erindres, at domstolene er yderest tilbageholdene med (helt eller delvist) at tilsidesætte en aftaleklausul, der er indgået mellem to erhvervsdrivende, da parterne anses for at kunne overskue konsekvenserne af deres aftaler.¹⁹⁹ Dertil kommer, at ansvarsbegrænsninger ofte indgår som ét element i parternes samlede risikofordeling, hvorfor det kan virke uhensigtsmæssigt hvis domstolene

¹⁹⁵ Jf. Nordiske Domme i Søfartsanliggende, side 257 og 258. Se tilsvarende Trond Solvang i Lov og Rett: *Sensur av ansvarsfraskrivelser. Har prinsippet i Wingull-dommen (ND-1979 s. 231) satt spor etter sig* (2009), side 31, der behandler dommen som et eksempel på censur af ansvarsfraskrivelser, ligesom forfatteren skriver at der ikke i dommen er holdepunkter for, at der er handlet groft uagtsomt.

¹⁹⁶ Fra retspraksis se fx den ledende dom UfR 1969.152 H om en leverpostejsovn, hvor retten tilsidesatte en ansvarsfraskrivelse efter mislykkede afhjælpningsforsøg fra leverandøren, eller UfR 1975.339 S, hvor retten også behandlede spørgsmålet efter forudsætningslæren. Fra litteraturen, se fx Mads Bryde Andersen: *Lærebog i Obligationsret I* (2020), side 470 f.; Torsten Iversen: *Obligationsret 2. del* (2019), side 377, med henvisninger til yderligere litteratur; Peter Møgelvang-Hansen m.fl.: *Restatement of Nordic Contract Law* (2016), side 254 f.

¹⁹⁷ Se fx Kim Frost i UfR 2002B.384: *Ret og pligt til afhjælpning* (2002), side 385, der fremhæver de danske domstoles pragmatiske fremgangsmåde i forhold til den almindelige obligationsret.

¹⁹⁸ Jf. Henrik Udsen: *It-kontraktret* (2020), side 235.

¹⁹⁹ Jf. fx Mads Bryde Andersen: *Grundlæggende aftaleret* (2021), side 479 f., om tilbageholdenhed ved anvendelse af aftalelovens § 36, og side 498 ff. særligt om ansvarsfraskrivelser mv.

vælger at tilsidesætte ansvarsbegrænsningen, da dette kan skabe en ubalance i parternes risikofordeling som ikke har været tiltænkt. Domstolene kan derfor have en interesse i, at kunne begrunde tilsidesættelsen af ansvarsbegrænsningen i parternes aftale. Parterne vil formentlig også i højere grad kunne indrette sig på, at domstolene i en konkret situation vil statuere grov uagtsomhed, frem for at tilsidesætte den klausul, som parterne har indgået i medfør af deres aftalefrihed.

Derudover kan der argumenteres for, at når parterne har vedtaget en ansvarsbegrænsning, der er meget omfattende, kan dette muligvis tale for at parterne også har haft til hensigt at ansvarsbegrænsningen skal have et mere snævert anvendelsesområde.²⁰⁰ Det er dog ikke sikkert, at dette argument kan tilsluttes. Det virker lige så oplagt, at den kunde der har indvilliget i, at lade leverandøren fraskrive sig et stort ansvar (og lade kundens erstatningsbeføjelse begrænse væsentligt), også har en berettiget forventning om at leverandøren modsvarende udviser større omhu og omhyggelig for at opfylde kontrakten korrekt, for at undgå at balanceforholdet rykkes markant. Kunden kan i forlængelse heraf have en forventning om, at ansvarsbegrænsningen kan tilsidesættes, hvis en sådan adfærd ikke udvises. Sidstnævnte fortolkning vil være nærmest baggrundsretten (fuld erstatning), ligesom ganske omfattende ansvarsfraskrivelser heller ikke kan anses for at være branchesædvane, hvilket også kan influere på fortolkningen.²⁰¹

3.5.3 Opsummering

Det kan samlet set konstateres, at det ikke kan udelukkes at domstolene vil tillægge ansvarsbegrænsningens karakter betydning ved uagtsomhedsvurderingen. Trods støtte herfor i litteraturen, kan det imidlertid ikke tilsluttes at der i sagerne mellem NSB og Steria findes holdepunkter herfor. I stedet baserer konklusionen sig på, at domstolene e.o. kan have et ønske om at finde hjemmel til at tilsidesætte ansvarsbegrænsningen i parternes aftale i form af grov uagtsomhed (frem for helt eller delvist at tilsidesætte klausulen efter afl. § 36).

²⁰⁰ Jf. Henrik Udsen: *It-kontraktret* (2020), side 235. Muligvis noget i tilsvarende retning hos Palle Bo Madsen: *Aftalte ansvarsfritagelser* (2018), side 139.

²⁰¹ Jf. fx Henrik Udsen: *It-kontraktret* (2020), side 4 om baggrundsrettens betydning for fortolkning, og side 12 om sædvaner; Mads Bryde Andersen: *Grundlæggende aftaleret* (2021), side 69 om sædvaners betydning, side 381 f. om fortolkning af ansvarsfraskrivelser og side 388 om baggrundsrettens betydning ved udfyldning af aftaler. Et eksempel på en sædvanlig (og dermed ikke voldsomt omfattende) ansvarsbegrænsning, ses fx i K02, pkt. 21. Se også Henrik Udsen: *It-kontraktret* (2020), side 231 (petitafsnit), der anfører at omfattende ansvarsbegrænsninger ikke længere er sædvanlige i udviklingsprojekter.

3.6 Betydningen af kundens egen skyld, herunder manglende medvirken

3.6.1 Problemstilling

It-udviklingsaftalen er kendetegnet ved at være yderest kompleks, der forudsætter medvirken fra kunden for at projektet vellykkes.²⁰² Dette rejser spørgsmålet om det har betydning for uagtsomhedsvurderingen for leverandøren, hvis kunden har bidraget til vanskelighederne i projektet. Spørgsmålet kan også opstå i den omvendte situation, hvor kunden fx uberettiget ophæver aftalen, men forholdene i en vis grad kan bebrejdes leverandøren, jf. fx Eidsivating Lagmannsretts dom af 13. juli 2021 (Infor (Steinhausen) II mod Felleskjøpet Agri, 18-076187ASD-ELAG/, herefter ”Infor 2-sagen”).²⁰³

3.6.2 Egen skyld som moment i vurderingen²⁰⁴

I Telenor-sagen havde kunden (Telenor) bl.a. fremsat et erstatningskrav mod leverandøren (IBM) for tabt fortjeneste på 80 mio. norske kroner. I henhold til parternes aftale kunne der alene kræves erstatning for indirekte tab, hvis leverandøren havde handlet forsætligt eller groft uagtsomt.²⁰⁵ Omdrejningspunktet for vurderingen var, om IBM havde misligholdt et projektlederansvar ved grov uagtsomhed.²⁰⁶ Parterne indgik oprindeligt aftale om, at IBM skulle etablere en ny infrastruktur for Telenor, ligesom data og applikationer skulle flyttes fra eksisterende servere til den nye infrastruktur. Projektet var inddelt i forskellige moduler, hvoraf det første modul vedrørte udviklingen af en ”basis infrastruktur modul (BIM) som skulle ta i mot applikasjonene og dataene fra eksisterende servere”.²⁰⁷ Derefter skulle der leveres moduller knyttet til denne migrering af applikationer (SCON) til BIM.²⁰⁸ Samlet blev projektet kaldet for ”ICON”.²⁰⁹ Efter parterne havde indgået aftale om ”full scope”, blev der gennemført en analyse af projektet, der konkluderede at projektet ville have negative økonomiske

²⁰² Jf. afsnit 2.3 ovenfor.

²⁰³ Dommen behandles yderligere nedenfor. Dommen blev efterfølgende anket til den norske Høyesterett, men foruden et spørgsmål om sagsomkostninger, blev anken til Høyesterett afvist, jf. ankeutvalgets beslutning af 21. december 2021 i sag nr. 21-149029, som også omtalt i Høyesteretts kendelse om sagsomkostningerne i HR-2021-2563-U.

Uagtsomhedsvurderingen for kunden falder uden for rammerne af afhandlingen, så når dommen alligevel inddrages, skyldes det at den kan bruges til at belyse pointer af generel karakter.

²⁰⁴ Det er naturligvis en grundforudsætning for hele afsnittet, at kundens bidrag til vanskelighederne ikke har et sådant omfang, at der slet ikke foreligger misligholdelse. Omdrejningspunktet for afsnittet er de tilfælde, hvor leverandøren har hovedansvaret for ikke-korrekt opfyldelse.

²⁰⁵ Jf. Telenor-sagen, side 33.

²⁰⁶ Jf. Telenor-sagen, side 34.

²⁰⁷ Jf. Telenor-sagen, side 4.

²⁰⁸ Jf. Telenor-sagen, side 4.

²⁰⁹ Jf. Telenor-sagen, side 3.

følger for Telenor. IBM fik derfor til opgave, at forsøge at skabe en mere lønsom løsning, hvilket blev at nedskære funktionerne til et ”mandatory scope”, for at mindske projektets udgifter.²¹⁰

I løbet af projektet fremsatte Telenor dog et betydeligt og unormalt højt antal ændringsanmodninger, der skulle implementeres i BIM-modullet, og parterne besluttede at samle disse individuelle ændringsanmodninger i ”Change Packages” (CP). Der opstod imidlertid problemer med gennemførelsen af CP3 og særligt CP4.²¹¹ Af disse ændringer havde enkelte været omfattede af det oprindelige scope, men den overvejende del lå helt uden for det oprindelige scope.²¹²

IBM var, som anført, underlagt et projektlederansvar, og ifølge retten levede IBM på flere områder ikke op til denne forpligtelse.²¹³ Retten fremhævede bl.a., at IBM som led i projektlederansvaret var forpligtet til at sikre en forsvarlig og hensigtsmæssig håndtering af Telenors ændringsanmodninger. IBM havde ikke levet op til dette, da IBM ikke havde opfyldt IBM’s forpligtelse til at udarbejde et fyldestgørende ”Change Estimate”, trods Telenor havde rykket herfor af flere omgange.²¹⁴ Retten lagde videre til grund, at misligholdelsen af estimeringspligten afskar Telenor fra at få ændringerne implementeret, hvilket i sidste ende var den direkte årsag til at ICON mislykkes.²¹⁵

I forhold til betydningen af Telenors medvirken til det mislykkede projekt, anførte retten:

”[...] at det ved uaktsomhetsvurderingen må hensyntas at det også var forhold på Telenors side som bidro til å gjøre utviklingsarbeidet vanskelig”.²¹⁶

Retten supplerede dette ved at fremhæve, at når der fremsættes et meget stort antal ændringsanmodning, bør der opstilles en meget høj tærskel for hvornår svigt og fejlvurderinger ved ændringshåndteringen er groft uagtsomt. Dette medførte, at retten fandt at IBM’s adfærd ikke var groft uagtsom.²¹⁷

I forhold til hvilke forhold, der på Telenors side havde bidraget til at vanskeliggøre udviklingsarbejdet, blev der lagt særlig vægt på at en overvejende andel af ændringsanmodningerne

²¹⁰ Jf. Telenor-sagen, side 15 og 34.

²¹¹ Jf. Telenor-sagen, side 15.

²¹² Jf. Telenor-sagen, side 34.

²¹³ Jf. Telenor-sagen, side 14 og 34.

²¹⁴ Jf. Telenor-sagen, side 23.

²¹⁵ Jf. Telenor-sagen, side 27 f.

²¹⁶ Jf. Telenor-sagen, side 34.

²¹⁷ Jf. Telenor-sagen, side 34 f.

vedrørte funktionalitetsændringer, der lå udenfor for det oprindelige scope.²¹⁸ Retten fremhævede at nedskæringerne skabte udfordringer i projektet, da Telenor senere i projektet alligevel ønskede visse funktioner, der var taget ud af aftalens ”full scope”.²¹⁹ I forhold til betydningen af mandatory scope ctr. full scope, fremhævede retten at *”[d]et høye antallet endringer som kom i ettertid kan muligens tyde på at scopefastsettelsen, herunder nedskjæringen til «mandatory», ikke var tilstrekkelig forankret hos Telenors linjeorganisasjon som var de som senere skulle ta leveransen i bruk”*.²²⁰ Retten synes altså at have lagt vægt på, at Telenor umiddelbart først ønskede at projektet skulle leve op til ”full scope”, for derefter at nedskære funktionerne til ”mandatory scope” for igen efterfølgende at kræve (mange) ændringer der lå helt uden for full scope. Det forekommer da også korrekt, at det kan vanskeliggøre udviklingen, hvis kunden ikke tilnærmelsesvis har et overblik over, hvilke funktioner leverancen som minimum skal leve op til.

Det skal naturligvis have for øje, at det er ganske normalt at kunden kræver ændringer undervejs i projektet, da kunden almindeligvis ikke har et fuldstændigt overblik over hvilke behov kunden har til systemet på aftaletidspunktet.²²¹ Det kan heller ikke antages at en kundes almindelige ændringsbehov, kan siges at vanskeliggøre udviklingen. Det må nærmere antages at være det meget store antal ændringsanmodninger, som både Telenor og IBM var enige om var unormalt stort, kombineret med at der fastsættes en nedskæring af funktionerne til et mandatory scope på trods af, at ikke engang full scope ville have omfattet mange af ændringsanmodningerne.²²² Der var altså tale om et ændringsbehov, der har ligget helt uden for de forudsætninger og forventninger, som IBM med rette havde. Beslutningstagerne hos Telenor burde formentlig i højere grad have sikret at scopet, herunder mandatory scope, var tilstrækkeligt forankret hos dem, der skulle bruge leverancen.²²³

I Infor 2-sagen havde kunden, Felleskjøpet, indgået en aftale med leverandøren Infor om levering af et ERP-system.²²⁴ Kunden valgte imidlertid at hæve aftalen med den begrundelse, at en milepæl (gennemførelsesfasen) var væsentligt forsinket. Kunden lagde efterfølgende sag an mod Infor med

²¹⁸ Jf. Telenor-sagen, side 35.

²¹⁹ Jf. Telenor-sagen, side 34.

²²⁰ Jf. Telenor-sagen, side 34.

²²¹ Jf. afsnit 2.3 ovenfor; Henrik Udsen: *It-kontraktret* (2020), side 52 ff. og 132 ff.

²²² Jf. Telenor-sagen, side 34, hvor det er angivet, at parterne umiddelbart var enige om, at antallet af ændringsanmodninger var usædvanligt højt.

²²³ For derved at benytte rettens formulering om, at ændringsantallet indikerede at scope ikke var forankret hos Telenors linjeorganisation, jf. Telenor-sagen, side 34 som også citereret lige ovenfor.

²²⁴ ERP står for enterprise resource planning.

påstand om erstatning for misligholdelsen. Den norske Nedre Romerike tingrett fandt, at ophævelsen var berettiget, ligesom retten fandt at betingelserne for erstatning opfyldt.²²⁵ Infor ankede dommen til Eidivating lagmannsrett, og gjorde gældende, at ophævelsen var uberettiget og nedlagde påstand om erstatning for uberettiget ophævelse, herunder erstatning for indirekte tab.²²⁶ Parterne havde fraskrevet sig ansvaret for indirekte tab, medmindre tabet var forvoldt grov uagtsomhed eller forsæt.²²⁷ Lagmannsretten fandt, i modsætning til Nedre Romerike tingrett, at ophævelsen var uberettiget, hvorefter retten forholdte sig til, om der kunne kræves erstatning for indirekte tab, dvs. om Felleskjøpet havde handlet groft uagtsomt eller forsætligt ved uberettiget at have ophævet aftalen.²²⁸

Lagmannsretten fandt ikke at Felleskjøpet havde handlet groft uagtsomt, og anførte i den forbindelse, at:

*”I vurderingen av om en parts opptreden er kvalifisert klanderverdig, vil også den andre parts opptreden måtte tas i betraktning. [...]. Etter lagmannsrettens syn må dette tillegges betydelig vekt ved vurderingen av om Felleskjøpet opptrådte grovt uaktsomt”.*²²⁹

Lagmannsretten anførte i overensstemmelse med tingretten i Telenor-sagen, at medkontrahentens adfærd kan tillægges betydning i vurderingen af, om den misligholdende part har handlet groft uagtsomt. Lagmannsretten supplerede det dog ved at fremhæve, at Infors adfærd under aftaleforløbet og frem til ophævelsestidspunktet var bebrejdelsesværdig, noget som tingretten ikke anførte i Telenor-sagen, om end Telenors adfærd formentlig kunne karakteriseres som bebrejdelsesværdig.²³⁰

Når lagmannsretten fremhæver at Infors adfærd var bebrejdelsesværdig, giver det associationer til det almindelige erstatningsretlige princip om egen skyld. Inden for deliktsretten er det anerkendt, at erstatningen kan nedsættes eller endog helt bortfalde, hvis skadelidte har udvist egen skyld, der ikke er helt af bagatelagtig karakter. I denne vurdering er det afgørende normalt om skadelidtes adfærd

²²⁵ Afgørelsen fra Nedre Romerike tingrett er behandlet i afsnit 3.3 under angivelsen ”Infor-sagen”, hvor de nærmere omstændigheder i sagen ligeledes er beskrevet.

²²⁶ Jf. Infor 2-sagen, side 2, 12 og 13.

²²⁷ Jf. Infor 2-sagen, side 62.

²²⁸ Jf. Infor 2-sagen, side 62 f.

²²⁹ Jf. Infor 2-sagen, side 63.

²³⁰ Jf. Infor 2-sagen, side 63.

har været af en sådan karakter, at han ville kunne pådrage sig et erstatningsansvar som skadevolder, hvorefter erstatningssummen kan nedsættes (eller helt bortfalde) efter en egen skyld-brøk.²³¹ Noget tilsvarende ses også inden for i kontraksretten, jf. fx KFE 2009.350, hvor en hovedentreprenør havde udvist egen skyld, hvorfor erstatningen blev nedsat med 1/3, eller Lundberg-sagen, hvor en it-leverandørs erstatningsansvar bortfaldt som følge af kundens egen skyld.²³²

Det kan derfor overvejes, om leverandøren adfærd kan indgå i uagtsomhedsvurderingen, når det allerede er fast antaget, at egen skyld kan håndteres som en nedsættelses-/bortfaldsgrund. Umiddelbart kunne disse to muligheder anses for to sider af samme mønt, men dette er ikke tilfældet. Der må sondres mellem ansvarsgrundlag og erstatningsansvar, jf. fx Lundberg-sagen, hvor retten fandt at leverandøren havde handlet ansvarspådragende (dvs. *ansvarsgrundlaget*), men leverandørens *erstatningsansvar* bortfaldt pga. kundens egen skyld.²³³

På den ene side er hensynet til den misligholdende leverandør allerede er beskyttet ved at kundens medvirken kan medføre at erstatningsansvaret nedsættes eller bortfalder, dvs. der er ikke behov for, at adfærden også inddrages i ansvarsvurderingen. Dette argument har muligvis også en vis støtte i Lundberg-sagen, hvor retten fandt at leverandøren havde handlet ansvarspådragende, men lod erstatningsansvaret bortfalde pga. kundens egen skyld. Retten fremhævede overhovedet ikke kundens adfærd i vurderingen af, om leverandøren havde handlet ansvarspådragende, hvilket kan anses som en indikation på, at der umiddelbart må foretages to særskilte vurderinger: en vurdering af ansvarsgrundlaget, og en vurdering af om kundens egen skyld kan medføre nedsættelse eller bortfald af erstatningsansvaret.²³⁴ Genoprettelseshensynet tilsiger at kundens ageren ikke skal indgå i vurderingen, eftersom den, der har lidt et tab, skal have udlignet det tab han er blevet påført ved leverandørens ansvarspådragende adfærd. Genoprettelseshensynet er dog ikke særlig tungtvejende, taget i betragtning at medkontrahenten også kan bebrejdes vanskelighederne.²³⁵

²³¹ Jf. Andreas Bloch Ehlers: *Grundlæggende erstatningsret* (2019), side 320 ff. Se dog modsætningsvist Bernard Gomard i UfR 1958B.149: *Egen skyld* (1958), side 151, der anfører at egen skyld ikke altid er en adfærd, der selv ville have påført skadelidte et erstatningsansvar.

²³² Afgørelsen er også trykt i T:BB 2009.581 VBA. Jf. også Lundberg-sagen, side 14. Se tilsvarende fx Torsten Iversen: *Entreprisesretten* (2016), side 824 f. med yderligere henvisninger til praksis; Christian Molt Wengel m.fl.: *AB 18 med kommentarer* (2020), side 742 ff.; Anders Vestergaard Buch: *Entreprisesretlige mangler* (2007), side 209 ff. Se mere generelt fx Bernard Gomard i UfR 1958B.149: *Egen skyld* (1958), side 172 ff., der er lidt mere forbeholden.

²³³ Jf. Lundberg-sagen, side 14.

²³⁴ Jf. Lundberg-sagen, side 14.

²³⁵ Se om genoprettelseshensynet i afsnit 2.2 ovenfor.

På den anden side, må også præventionsfunktionen inddrages.²³⁶ Dette hensyn taler for, at også kundens adfærd bør kunne indgå i vurderingen, da kunden naturligvis også skal agere som forudsat. Dette vil være med til at disciplinere kunden til at handle korrekt, da kundens adfærd ellers vil kunne indgå i vurderingen af, om ansvarsbegrænsningen kan tilsidesættes.

Hertil kommer, at vurderingen af om leverandøren har handlet groft uagtsomt, bør holdes adskilt fra vurderingen af de andre erstatningsbetingelser, herunder om eventuel nedsættelse. Man bør ikke udelukke at tillægge kundens adfærd betydning for uagtsomhedsvurderingen ift. en ansvarsbegrænsning, blot fordi kundens adfærd også kan medføre nedsættelse (eller bortfald) af erstatningssummen. En ansvarsbegrænsning er en aftaleklausul, som parterne har indgået for at sikre en rimelig risikobalance mellem parterne, hvorimod nedsættelse er en del af den almindelige erstatningsret.

Endvidere er årsagen til at Sø- og Handelsretten ikke inddrog kundens adfærd i culpavurderingen i Lundberg-sagen formentlig, at det ikke var oplagt i den konkrete sag. Lundbergs ansvarspådragende misligholdelse var en manglende overholdelse af rådgivningspligten, hvorimod kundens egen skyld bestod i at kunden efter levering af systemet, aktivt valgte én beregningsmulighed uden at afklare konsekvenserne herved samt at kunden ikke foretog en manuel kontrol af fakturaernes rigtighed.²³⁷ Kundens egen skyld påvirkede derfor ikke hvilken adfærd, der kunne forventes af Lundberg, ligesom det fx var tilfældet i både Telenor-sagen og Infor-sagen. Uagtet at kunden ikke kontrollerede fakturaerne, skulle Lundbergs adfærd have været den samme, nemlig at have rådgivet kunden om valgmulighederne mellem beregningsgrundlagene.²³⁸

Når begge parter kan bebrejdes vanskelighederne, er det heller ikke nærliggende at hensynet til kunden nødvendigvis skal vægtes tungere end hensynet til den misligholdende leverandør. En rimelig balance mellem hensynene til parterne, kan hensigtsmæssigt sikres ved at lade begge parters adfærd indgå i en konkret helhedsvurdering. Har kunden ikke gjort noget bebrejdelsesværdigt - eller dog kun i mindre grad - vil en domstol stadig kunne statuere at leverandøren har handlet groft uagtsomt (hensynet til kunden vægtes tungere). Kan kunden omvendt i større grad bebrejdes vanskelighederne,

²³⁶ Se om præventionshensynet i afsnit 2.2 ovenfor.

²³⁷ Jf. Lundberg-sagen, side 14.

²³⁸ Jf. Lundberg-sagen, side 14.

kan det føre til, at leverandøren ikke findes at have handlet groft uagtsomt (hensynet til leverandøren vægtes tungere).

Det forekommer også rimeligt, at i hvor høj grad et forhold kan bebrejdes leverandøren, også påvirkes af, om forholdet kan bebrejdes kunden. Hvis kunden kunne agere helt uden konsekvenser for vurderingen af leverandørens adfærd, ville det i princippet medføre at der blev sat højere krav til leverandørens adfærd (eller i hvert fald at hans adfærd hurtigere blev groft uagtsomt), fordi leverandøren i så fald skulle udfolde større bestræbelser for at ”overvinde” de udfordringer som kundens adfærd påfører ham. Dette kom også indirekte til udtryk i Telenor-sagen, hvor retten udtalte, at: *”Det var riktignok opp til IBM å håndtere de endringer som kom på en forsvarlig måte, men når det dreier seg om et så vidt høyt antall endringer som i dette tilfelle, bør det også oppstilles en høy terskel for at svikt og feilvurderinger i forbindelse med endringshåndteringen kan sies å ha vært grov uaktksom”* [min fremhævelse].²³⁹ Havde retten ikke tillagt Telenors adfærd betydning for uagtsomhedsvurderingen, ville det i realiteten have betydet at IBM skulle have håndteret ændringsanmodningerne, som var der kun modtaget et ”normalt” antal ændringsanmodninger. Derfor anførte retten, at når der afgives så mange ændringsanmodninger, vil der gælde en høj tærskel for at svigt og fejlurderinger i håndteringen af ændringerne er groft uagtsomme.

Vurderingen af, om leverandøren har handlet groft uagtsomt er en konkret helhedsvurdering, hvorfor det må fastslås, at selvom kunden har medvirket til vanskelighederne i projektet, udelukker det ikke automatisk at leverandøren har handlet groft uagtsomt.²⁴⁰ Dette kommer også til udtryk i Infor 2-sagen samt Telenor-sagen, hvoraf det fremgår at medkontrahentens adfærd må tillægges betydning hhv. at der må tages hensyn til skadelidtes adfærd.²⁴¹ Det ville også være i strid med risikobalancen i aftaleforholdet, hvis kundens medvirken til vanskelighederne skulle udelukke at der efter en samlet helhedsvurdering alligevel er handlet groft uagtsomt.

På baggrund af ovenstående, må det samlet set konstateres, at også kundens adfærd kan indgå i vurderingen af, om leverandøren har handlet groft uagtsomt, jf. Infor 2-sagen og Telenor-sagen. Dette vil sikre en rimelig balance mellem parterne, hvor den misligholdende leverandør stadig kan findes at have handlet groft uagtsomt hvis kunden kun i mindre grad kan bebrejdes vanskelighederne, men

²³⁹ Jf. Telenor-sagen, side 34 f.

²⁴⁰ Jf. Henrik Udsen: *It-kontraktret* (2020), side 155 og 235. Se afsnit 3.1, hvor det angives der er tale om en konkret helhedsvurdering.

²⁴¹ Jf. Infor 2-sagen, side 63; Telenor-sagen, side 34.

kan forholdet omvendt i højere grad bebrejdes kunden, kan det føre til, at leverandøren samlet set ikke har handlet groft uagtsomt.

Lundberg-sagen viser imidlertid, at det ikke er enhver adfærd, der kan inddrages. Der skal være tale om en adfærd (eller undladelse), der påvirker hvilken adfærd, der kan forventes af leverandøren (hvor bebrejdelsesværdig den udviste adfærd er). Dette var fx tilfældet i Telenor-sagen, hvor Telenors unormalt høje antal ændringsanmodninger, påvirkede hvilken adfærd der kunne forventes af IBM, hvorimod det ikke var tilfældet i Lundberg-sagen, hvor den adfærd, som Lundberg burde have udvist, ikke blev påvirket af kundens egen skyld.

3.6.3 Hvor stor betydning har momentet?

I afsnit 3.6.2, er det konstateret, at kundens medvirken til vanskelighederne kan indgå som moment uagtsomhedsvurderingen. Herefter er det relevant at overveje, hvor stor betydningen momentet i så fald har i vurderingen.

I Infor 2-sagen anførte retten, at Infors adfærd måtte tillægges ”*betydelig vægt ved vurderingen av om Felleskjøpet opptådte grovt uaktsomt*” [min understregning].²⁴² Det kan i den forbindelse diskuteres om det blot er udtryk for en konkret begrundelse at retten tillagde det betydelig vægt ved vurderingen, eller om dette almindeligvis må være udgangspunktet.

I Telenor-sagen anførte retten ikke eksplicit, at retten havde tillagt Telenors adfærd betydelig vægt i vurderingen, men dette kunne alligevel godt synes at være tilfældet. Retten synes i hvert fald på flere områder at kritisere IBM i forholdsvist væsentligt omfang, og når retten derfor alligevel kommer frem til, at IBM ikke har handlet groft uagtsomt, kan dette ses som udtryk for at bl.a. Telenors adfærd må have været tillagt stor betydning.

Retten anførte fx at IBM i lang tid havde været bekendt med ændringerne, men alligevel undlod at udarbejde de nødvendige estimater, hvilket IBM følgelig kan bebrejdes for. Dette styrkes af, at retten også udtalte, at IBM måtte have været bekendt med at ændringerne var nødvendige for at BIM kunne sættes i ”full produksjon”.²⁴³

²⁴² Jf. Infor 2-sagen, side 63.

²⁴³ Jf. Telenor-sagen, side 34.

Videre anførte retten fx: ”Bakgrunnen for at IBM likevel ikke klarte å utarbeide de nødvendige estimater som avtalt synes å være at denne oppgaven ble langt mer komplisert enn det IBM hadde forutsett. [...]. Det forhold at IBM undervurderte omfanget og vanskelighetsgraden av endringsarbeidet kan videre tyde på at IBM hadde mistet kontrollen over dette” [mine understregninger].²⁴⁴ At en så stor og professionel aktør som IBM kan miste kontrollen over projektet, må i hvert fald almindeligvis antages at kunne innebære en adfærd, der adskiller sig markant fra hvad, der kan forventes af professionens udøvere (den generelle adfærdsmålestok) og formentlig også ud fra den individuelle adfærdsmålestok. Når IBM desuagtet ikke findes at have handlet groft uagtsomt, må det antages at skyldes, at retten har lagt betydelig vægt på Telenors bidrag til vanskelighederne.

At kundens adfærd kan tillægges betydelig vægt, synes også at være overensstemmende med erstatningsrettens præventionsfunktion, derved at det disciplinerer kunden til at agere korrekt i kontraktforholdet. Det synes endvidere også rimeligt, eftersom parterne har indgået ansvarsbegrænsningen som led i deres samlede risikohåndtering og som balanceinstrument, hvorfor der naturligvis også bør kunne stilles krav til adfærden hos den part, der ønsker at tilsidesætte klausulen. Det vil formentlig også være bedst overensstemmende med parternes forudsætninger, at der i en kompleks aftaleform som it-udviklingsaftalen, hvor parternes samarbejde og medvirken er essentiel, kan lægges betydelig vægt på kundens adfærd i vurderingen af, om en ansvarsbegrænsning kan tilsidesættes.

På baggrund af ovenstående kan det konstateres, at kundens medvirken kan indgå med en betydelig vægt i den samlede vurdering af, om leverandøren har handlet groft uagtsomt. Dette er udtrykkeligt udtalt af retten i Infor 2-sagen og kan formentlig udledes af Telenor-sagen, ligesom bagvedliggende hensyn støtter antagelsen. Udgangspunktet er dog fortsat, at leverandøren efter en konkret helhedsvurdering kan findes at have handlet groft uagtsomt, selvom kunden har medvirket til vanskelighederne. Det er åbenbart, at jo mere vanskelighederne kan bebrejdes kunden, jo større vægt kan forholdet tillægges i vurderingen.

3.6.4 Opsummering

På baggrund af ovenstående, kan det samlet set konkluderes, at hvis kunden har medvirket til at vanskelighederne i projektet, kan dette tillægges betydning i uagtsomhedsvurderingen, jf. Infor 2-

²⁴⁴ Jf. Telenor-sagen, side 34.

sagen og Telenor-sagen. Der skal dog være tale om en form for egen skyld, der påvirker hvilken adfærd der kan forventes af leverandøren, fx hvor kunden ikke har medvirket som forudsat.

Det følger eksplicit af Infor 2-sagen, at retten tillagde Infors adfærd betydelig vægt, og dette må også antages at være tilfældet i vurderingen for leverandøren, da opfattelsen også kan udledes af Telenor-sagen. Det vil dog gælde, at jo mere vanskelighederne kan bebrejdes kunden, jo større vægt kan forholdet tillægges i den samlede vurdering. Udgangspunktet er derfor fortsat at leverandøren samlet set kan have handlet groft uagtsomt, selvom kunden har medvirket til vanskelighederne, men kan kunden i højere grad bebrejdes vanskelighederne, taler dette med betydelig vægt for, at leverandøren ikke har handlet groft uagtsomt.

3.7 Krav om illoyalitet?

3.7.1 Problemstilling

Der stilles krav om, at der skal foreligge en stærkt bebrejdelsesværdig adfærd, der repræsenterer en markant afvigelse fra almindelig forsvarlig handlemåde, før der kan statueres grov uagtsomhed, ligesom der gælder en høj tærskel herfor.²⁴⁵ Henrik Udsen fremhæver, at der muligvis også stilles et krav om et element af illoyalitet hos leverandøren, før der kan statueres grov uagtsomhed.²⁴⁶ Opfattelsen har bl.a. støtte i, at alle de afgørelser hvor der statueres grov uagtsomhed i relation til ansvarsbegrænsninger i it-udviklingsaftaler, har haft et element af illoyalitet. I det følgende vil det derfor blive søgt afklaret, om der gælder et krav om illoyalitet før leverandøren har handlet groft uagtsomt.

3.7.2 Illoyalitet i vurderingen

I CGI-sagen fandt Oslo tingrett i 1. instans, at CGI i det mindste havde handlet groft uagtsomt. Retten fremhævede bl.a., at CGI havde været lang tid om at afhjælpe kritiske mangler ved systemet, trods CGI utvivlsomt var bekendt med at ydelsen var kritisk for Shopple.²⁴⁷ Retten opfattede den lange afhjælpningstid som udtryk for, at CGI enten ikke havde de fornødne kompetencer eller at CGI

²⁴⁵ Jf. afsnit 3.1 ovenfor.

²⁴⁶ Jf. Henrik Udsen: *It-kontraktret* (2020), side 232.

²⁴⁷ De nærmere omstændigheder i sagen er behandlet i afsnit 3.2.

bevidst havde nedprioritet Shopples mere centrale interesser, hvor sidstnævnte ifølge retten kunne udgøre forsætlig misligholdelse.²⁴⁸

Retten bemærkning må forstås som, at hvis det faktiske forhold i sagen kvalificeres som at CGI bevidst havde nedprioriteret Shopples centrale interesser, vil dette have udgjort forsætlig misligholdelse. Eftersom parterne har indgået ansvarsbegrænsningen ud fra betragtninger om forudsigelighed og rimelig risikoallokering, må kunden have en begrundet berettiget forventning om, at leverandøren ikke nedprioriterer kunden på bekostning af egeninteresser. En sådan bevidst nedprioritering af kundens centrale interesser, må derfor være groft illoyal, uanset retten ikke eksplicit nævner dette.²⁴⁹ Selv hvor nedprioriteringen ikke er bevidst (og derfor ikke kan sidestilles med forsætlig misligholdelse), vil en illoyal nedprioritering af kundens interesser på bekostning af egeninteresser, formentlig kunne sidestilles med grov uagtsomhed.²⁵⁰

Som anført ovenfor, bemærkede retten dog, at forholdet alternativt kunne anses som udtryk for manglende kompetence. Når det tages i betragtning, at retten lagde til grund at CGI forud for aftaleindgåelsen havde fremhævet deres kompetencer som specialist på området, må det ligeledes anses for at være illoyalt, hvis leverandøren ikke tilnærmelsesvis kan leve op til de kompetencer, som leverandøren har fremhævet og derved foregivet at besidde. Når en leverandør fremhæver sine kompetencer på området, vil det endvidere påvirke vurderingen af, hvilken adfærd kunden kan forvente, og kan leverandøren ikke tilnærmelsesvist leve op til dette niveau, må det anses som en markant afvigelse fra såvel den individuelle som den generelle målestok. Dette er noget der i sig selv taler for grov uagtsomhed.²⁵¹

Borgarting lagmannsrett konkluderede ligeledes at CGI i det mindste havde handlet groft uagtsomt, ligesom retten anførte at en bevidst nedprioritering af den anden parts centrale interesser, vil være tilstrækkeligt til at statuere forsætlig misligholdelse.²⁵² Retten forholdte sig imidlertid eksplicit også

²⁴⁸ Jf. CGI-sagen, side 12. Retten henviser til et afsnit hos Viggo Hagstrøm, der kan genfindes i seneste udgave i Viggo Hagstrøm: *Obligationsrett* (2021), side 506.

²⁴⁹ Se tilsvarende fx Palle Bo Madsen i UfR 2018B.131: *Aftalte ansvarsfritagelser i erhvervsforhold* (2018), side 138, fodnote 46, der ligeledes anfører at en illoyal nedprioritering vil kunne sidestilles med forsæt og grov uagtsomhed.

²⁵⁰ Se om forsætsbegrebet i afsnit 2.1. Se også Palle Bo Madsen i UfR 2018B.131: *Aftalte ansvarsfritagelser i erhvervsforhold* (2018), fodnote 46 på side 138.

²⁵¹ Jf. CGI-sagen, side 12.

²⁵² Jf. CGI 2-sagen, side 12.

til hvorvidt CGI havde handlet illoyalt. Ifølge retten havde CGI på flere punkter handlet på en sådan måde, at CGI havde udnyttet deres position over for Shopple og derved handlet groft illoyalt.²⁵³

Som begrundelse herpå, henviste retten til, at CGI undlod at færdiggøre leverancen, trods CGI var bekendt med at ydelsen var kritisk for Shopple og trods CGI utvivlsomt var forpligtet til at færdiggøre leverancen (leveringsnægtelse). I det hele anførte retten, at CGI havde været mere fokuseret på at sikre sig betaling, end at opfylde egne forpligtelser og varetage sin medkontrahents interesser. Dette kommer også til udtryk derved, at selv efter Shopple havde betalt den aftalte (faste) pris og alle udestående fakturer, undlod CGI fortsat at opfylde sine forpligtelser.²⁵⁴

I sagen mellem Felleskjøpet (kunden) og Infor (leverandøren), fandt Nedre Romerike tingrett at Infor i bedste tilfælde havde handlet groft uagtsomt, hvorfor den aftalte ansvarsbegrænsning ikke fandt anvendelse. Omdrejningspunktet for rettens uagtsomhedsvurdering var, at Infor havde besluttet at pause projektet, trods det var mod Felleskjøpets ønske, der modsatte sig pausen (dvs. der var tale om en ensidig arbejdsstandsning). Ifølge retten, fremstod arbejdsstandsningen som en bevidst nedprioritering af kundens interesser, med det formål at få kontrol over egne omkostninger og dermed varetage hensynet til Infor selv. Retten fremhævede endvidere, at pausen blev benyttet til, at motivere kunden til at indlede forhandlinger om kontraktens vederlagsmodel.²⁵⁵

Under sagen havde Infor gjort gældende, at pausen var nødvendig for at få projektet på rette køl igen, men dette mente tingretten ikke ændrede uagtsomhedsvurderingen.²⁵⁶ Eidsivating lagmannsrett, der var ankeinstans, fandt at kundens ophævelse var uberettiget, hvorfor retten ikke forholdte sig til betydningen af pausen i en uagtsomhedsvurdering, men lagmannsretten tog stilling til pausen ift. ophævelsen.²⁵⁷ Lagmannsretten fremhævede, at der bl.a. ikke var grundlag for at betvivle, at Infor havde en ”*reell interesse*” i at få projektet på rette køl eller at Infor anså nedskaleringen som det korrekte virkemiddel.²⁵⁸ Lagmannsretten henviste til et sagkyndigt vidne, der blev ført under sagen, der udtalte, at:

²⁵³ Jf. CGI 2-sagen, side 13.

²⁵⁴ Jf. CGI 2-sagen, side 13.

²⁵⁵ Jf. Infor-sagen, side 15.

²⁵⁶ Jf. Infor-sagen, side 6 og 15.

²⁵⁷ Jf. Infor 2-sagen, side 59.

²⁵⁸ Jf. Infor 2-sagen, side 59.

*”Det å ta en pause i et prosjekt som er ute av kontroll for å få analysert situasjonen, replanlagt og implementert nødvendige tiltak er en relativt vanlig og anerkjent fremgangsmåte”.*²⁵⁹

Domstolenes forskjellige opfattelse af arbejdsstandsningen kan formentlig begrundes i flere forhold. Overordnet skyldes forskellen dog formentlig domstolenes forskellige opfattelser af intentionerne bag arbejdsstandsningen. Hvor tingretten opfattede standsningen som en bevidst nedprioritering af kundens interesse på bekostning af egne interesser, fandt lagmannsretten ikke grundlag for at betvivle, at Infor stadig havde interesse i at opfylde sine forpligtelser. Derudover har lagmannsretten formentlig lagt vægt på udtalelsen fra det sagkyndige vidne, der blev ført for lagmannsretten. At vidnet udtalte at standsning er en relativ normal og anerkendt fremgangsmåde, har formentlig været medårsag til, at lagmannsretten kunne retfærdiggøre arbejdsstandsningen som et led i Infors projektstyringspligt, hvorimod tingretten ikke mente at betingelserne i aftalen for tilbageholde egne ydelser var opfyldt.²⁶⁰

I Borgarting lagmannsretts dom af 14. december 2017 (Mysoft mod Norkse Kiropraktorers Servicekontor, LB-2016-136511-2), herefter *”Mysoft-sagen”*, havde Norske kiropraktorers servicekontor (NKS) indgået en aftale med Mysoft om levering af en hjemmesideløsning og en kerneløsning, der bl.a. skulle indeholde en løsning til medlemsadministration og fakturering.²⁶¹ Parterne var enige om, at systemet ikke var færdiggjort/led af mangler på tidspunktet for NKS’ ophævelse, men Mysoft mente ikke at Mysoft var forpligtet til at afhjælpe disse mangler før NKS betalte en række fakturaer.²⁶² Retten fandt imidlertid, at der ikke var forfaldne ikke-betalte krav på ophævelsestidspunktet, hvorfor Mysoft ikke havde været berettiget til at standse arbejdet. Mysoft havde dermed forsætligt misligholdt aftalen.²⁶³

Retten nævnte ikke eksplicit at Mysoft havde handlet illoyalt over for NKS, men som begrundelse for, hvorfor misligholdelsen var forsætlig, fremhævede retten at *”Selskapet var kjent med situasjonen og valgte bevisst ikke å ferdigstille hjemmesiden eller rette de feil som var påpekt av NKS ved kjerneløsningen”* [min understregning].²⁶⁴ Et sådan bevidst valg om ikke at færdiggøre hjemmesiden eller afhjælpe mangler, må i det væsentligste kunne sidestilles med en bevidst nedprioritering af

²⁵⁹ Jf. Infor 2-sagen, side 59.

²⁶⁰ Jf. Infor-sagen, side 15; Infor 2-sagen, side 59 f.

²⁶¹ Jf. Mysoft-sagen, side 3. Afgørelsen er tilgængelig på [Domsdatabase - It-kontraktret](#) (sidst besøgt: 28. maj 2024).

²⁶² Jf. Mysoft-sagen, side 7.

²⁶³ Jf. Mysoft-sagen, side 10 f.

²⁶⁴ Jf. Mysoft-sagen, side 11.

medkontrahentens centrale interesser. Endvidere minder en nægtelse af at færdiggøre systemet om forholdet i CGI 2-sagen, hvor lagmannsretten begrundede illoyaliteten med, at CGI undlod at færdiggøre leverancen selvom CGI åbenbart var forpligtet dertil. Selvom retten ikke eksplicit anvendte termen ”illoyalitet”, må det kunne indlæses i dommen at retten har ment, at Mysoft har handlet illoyalt, og i hvert fald kan forholdet retligt kvalificeres som grov illoyalitet.

Som det samlet set følger af ovenstående, så findes der eksempler hvor retten både eksplicit udtrykker at leverandøren har handlet illoyalt, jf. fx CGI 2-sagen, men der findes også eksempler hvor dette må antages at være tilfældet, uagtet det ikke fremgår eksplicit af dommen, jf. fx Mysoft-sagen.

Som det ses ovenfor kan illoyalitet komme til udtryk i forskellige varianter, hvilket er en naturlig følge, når der er tale om en standard, hvis indhold ikke lader sig præcist afgrænse.²⁶⁵ Alligevel ses der visse lighedstegn mellem de former for illoyalitet, der fremhæves i de ovenfornævnte afgørelser. Overordnet synes situationerne i de nævnte afgørelser, at kunne deles i to hovedkategorier: 1) bevidst nedprioritering af kundens centrale situationer/uberettiget arbejdsstandsning og 2) udnyttelse af kundens situation.

I sagerne mellem CGI og Shopple, mellem Felleskjøpet og Infor og i Mysoft-sagen havde leverandøren valgt enten at standse udviklingen af systemet eller afvist at afhjælpe mangler. I sagen mellem CGI og Shopple benyttede både Oslo tingrett og Borgarting lagmannsrett udtrykkeligt formuleringen bevidst nedprioritering af kundens centrale interesser om leverandørens manglende afhjælpning. I sagen mellem Infor og Felleskjøpet betegnede retten leverandørens ensidige standsning af udviklingen som en bevidst nedprioritering af kundens interesser, der ikke varetog Felleskjøpets interesser. Som argumenteret for ovenfor, må også forholdet i Mysoft-sagen kunne kvalificeres som en bevidst nedprioritering af kundens centrale interesser, og derfor placeres i denne hovedkategori. Selv hvor nedprioriteringen ikke er bevidst (og derfor ikke kan sidestilles med forsætlig misligholdelse), vil en illoyal nedprioritering af kundens interesser på bekostning af egeninteresser, formentlig kunne sidestilles med grov uagtsomhed.²⁶⁶

²⁶⁵ Jf. Torsten Iversen: *Obligationsret 1. del* (2019); Jens Evald: *Retsmisbrug i formueretten* (2001), side 279 og 297; forudsætningsvist Christian Frank Madsen og Kim Østergaard i ET 2019.116: *Loyalitetsgrundsætningen i dansk ret - indhold og retsvirkninger ved tilsidesættelse* (2019), side 116f; Arne Falkanger Thorsen i Jussens Venner: *Lojalitetsplikt i kontraktforhold* (1993), side 36 ff.

²⁶⁶ Se om forsætsbegrebet i afsnit 2.1. Se også Palle Bo Madsen i UfR 2018B.131: *Aftalte ansvarsfritagelser i erhvervsforhold* (2018), fodnote 46 på side 138.

Det er imidlertid ikke alle former for ensidig arbejdsstandsning, der vil være illoyale. Som Eidsivating lagmannsrett, med henvisning til et sagkyndigt vidnes udsagn, fremhævede i sagen mellem Felleskjøpet og Infor, kan en pause e.o. være et brugbart virkemiddel til at få et projekt på rette køl igen. Retten fremhævede i samme forbindelse, at Infor stadig havde en ”*reel interesse*” i at få projektet på rette køl, hvilket må anses for at have været en betingelse for at nedskaleringen ikke var illoyal. Det kan ikke antages at være en betingelse, at nedskaleringen nødvendigvis efterfølgende viser sig at have været det rigtige virkemiddel, men leverandøren skal i god tro være af den opfattelse, at det var det rette virkemiddel, jf. Infor 2-sagen.²⁶⁷ Er disse betingelser opfyldt kan standsningen i udgangspunktet ikke anses for at være illoyal, da standsningen i så fald ikke kan siges at tilsidesætte kundens centrale interesser eller i øvrigt være illoyalt. Er betingelserne opfyldt, vil pausen endda være i kunden interesse, da standsningen kan fungere som en måde at projektet på rette køl igen. Dette kan i sidste ende resultere i, at projektet (ud fra de på tidspunktet for standsningen gældende omstændigheder) bliver færdigt hurtigst muligt og uden at hver af parterne skal afholde unødige interne omkostninger.

Den anden hovedkategori er hvor leverandøren i et eller andet omfang har udnyttet kundens situation. Det mest åbenbare tilfælde er sagen mellem CGI og Shopple, hvor lagmannsretten angav at CGI havde udnyttet deres position, og fremhævede at CGI fremstod mere fokuseret på sikre egen betaling end at varetage kundens interesser og at CGI undlod at færdiggøre den for Shopple kritiske leverance. Ifølge retten, havde CGI mulighed for at udnytte situationen, da aftalen var ualmindelig ubalanceret, herunder bl.a. ved at Shopple havde beskeden mulighed for at tilbageholde egne ydelser ved CGIs misligholdelse.²⁶⁸ Den manglende mulighed for at tilbageholde betalingen, skyldes formentlig betalingsplanen, hvorefter fastprisen fuldt ud forfaldt til betaling efter milepæle 2. Derved havde Shopple kun yderest begrænsede muligheder for at lægge pres på CGI efter milepæl 3. Denne ubalance kunne CGI udnytte ved at Shopple reelt set var nødsaget til, at acceptere forsinkelse og den lange afhjælpningstid, medmindre man ville ophæve aftalen.²⁶⁹

Et andet eksempel på udnyttelse ses formentlig i Infor-sagen, hvor tingretten fremhævede at pausen var motiveret af, og benyttet til, at motivere Felleskjøpet til at forhandle om aftalens

²⁶⁷ Jf. Infor 2-sagen, side 59, hvor retten fremhæver at retten ikke har grund til at betvivle, at Infor mente at nedskaleringen var det rette virkemiddel.

²⁶⁸ Jf. CGI 2-sagen, side 13.

²⁶⁹ Jf. CGI 2-sagen, side 3 og 10

vederlagsmodel.²⁷⁰ Selvom retten ikke eksplicit anførte at Infor udnyttede sin position, må dette siges at være tilfældet i lyset af, at Infor ensidigt (og mod Felleskjøpets ønske) standsede arbejdet, og særligt når dette finde at være motiveret af et ønske om at genforhandle vederlagsmodellen. I denne sammenhæng kan rettens ordvalg ses som et mere neutralt ordvalg, der i sidste ende dækker over det samme som det mere værdiladede ord: udnytte eller presse.

Uagtet at der i de analyserede domme er en tendens til, at den illoyale adfærd enten vedrører uberettiget arbejdsstandsning/nedprioritering af kundens centrale interesser eller udnyttelse i øvrigt, skal det fremhæves at illoyalitetsbegrebet dækker bredere end dette.

3.7.3 Stilles der krav om illoyalitet?

I det følgende vil det blive forsøgt afklaret, om der stilles krav om illoyalitet, førend leverandørens adfærd kan kvalificeres som groft uagtsom.

På den ene side kan der argumenteres for, at eftersom ansvarsbegrænsninger har en meget central betydning som balanceinstrument, bør en stor grad af forudsigelighed tilstræbes i den efterfølgende retlige håndtering af klausulen. Dette sikres bedst ved at der ikke er et for stort uforudsigeligt rum, hvor det i sidste ende overlades til rettens skøn om leverandøren har handlet groft uagtsomt.²⁷¹ At der tilstræbes en stor grad af forudsigelighed for leverandøren, kommer også kunden til gode. Som anført under afsnit 2.5, er netop den øgede forudsigelighed (som er et af formålene med en ansvarsbegrænsning) til fordel for kunden, da leverandøren uden en ansvarsbegrænsning, risikerer at blive mødt med meget store erstatningskrav, hvilket leverandøren vil søge at risikoafdække ved at kræve et højere vederlag. Øges forudsigeligheden for leverandøren ved at rummet for rettens skøn af grov uagtsomhed mindskes, må dette i princippet antages at afspejle sig i vederlaget.

Proportionalitetsbetragtninger støtter også, at der kan stilles krav om illoyalitet. Som anført lige ovenfor, risikerer leverandøren at blive mødt med meget store erstatningskrav, hvis en ansvarsbegrænsning tilsidesættes. Proportionalitetsbetragtninger tilsiger derved, at der bør stilles høje

²⁷⁰ Jf. Infor-sagen, side 15.

²⁷¹ Se noget tilsvarende hos Henrik Udsen: *It-kontraktret* (2020), side 232, om end det fremhæves i relation til at der gælder et krav om en stærk bebrejdesværdig adfærd og måske et krav om et element af illoyalitet.

krav, førend at leverandøren kan blive mødt med potentielt meget store erstatningskrav, hvilket bl.a. kan sikres ved at kræve illoyalitet.²⁷²

Argumentet har også en vis støtte i retspraksis, fordi alle de afgørelser hvor retten har statueret at grov uagtsomhed, har leverandørens adfærd i en vis grad haft et element af illoyalitet.²⁷³ Dette forhold skaber en vis indikation for, at der stilles krav om illoyalitet.

På den anden side kan det forhold at der på nuværende tidspunkt ikke findes afgørelser, hvor der statueres grov uagtsomhed uden at leverandøren har handlet illoyalt, ikke automatisk tages til indtægt for, at der derfor stilles et krav om illoyalitet. Dette gælder desto mere, når der som for nærværende problemstilling, kun findes ganske lidt retspraksis.

Endvidere kan det fremhæves, at retten i ingen af afgørelserne udtrykkeligt har nævnt, at der gælder et krav om illoyalitet. Dette argumentet styrkes også af, at alle afgørelserne bærer præg af at være forholdsvist grundigt begrundede, herunder fx hvor retten anfører at der gælder en høj tærskel for grov uagtsomhed.²⁷⁴ Hvorfor skulle retten så ikke også have nævnt illoyalitet som et krav, hvis et sådant krav skulle gælde? Det ville være naturligt, at retten også anførte at der gælder et illoyalitetskrav, hvis dette skulle være tilfældet. Hvis årsagen til at retten ikke nævner et illoyalitetskrav er, at retten ikke ønsker at ”låse sig” i fremtidige afgørelser, kunne retten have taget et forbehold, hvor det gøres klart at afgørelsen er konkret begrundet, som det også ofte ses danske domstole gør. Dette gjorde Højesteret fx i G4S-dommen, hvor retten benyttede forbeholdet ”*i en situation som den foreliggende*”, eller UfR 2022.907 H, hvor retten benyttede forbeholdet ”*som i den foreliggende sag*”.²⁷⁵

Derudover kan det anføres, at hvis årsagen til at retten ikke angiver at der gælder et illoyalitetskrav, er, at retten ikke ønsker at udelukke at der i fremtiden kan komme sager, hvor leverandøren ikke har handlet illoyalt, men retten alligevel ønsker at have mulighed for at statuere grov uagtsomhed, så kan der allerede af denne grund ikke gælde et fast/udtrykkeligt krav om illoyalitet, men allerhøjest et udgangspunkt om at der skal foreligge illoyalitet. Men selv i dette tilfælde, kunne problematikken

²⁷² Jf. fx Mads Bryde Andersen: *Grundlæggende aftaleret* (2021), side 536 f. om dette argumentationsmønster.

²⁷³ Jf. også afsnit 3.7.1 ovenfor.

²⁷⁴ Jf. fx også Jens Evald: *Juridisk teori, metode og videnskab* (2024), side 134, der angiver at hvor de danske domstole traditionelt har afsagt kortfattede og konkret begrundede afgørelser, har der for den norske højesteret været tradition for en mere dybdegående redegørelse af resultatets bagvedliggende overvejelser.

²⁷⁵ Jf. G4S-dommen, side 3122; UfR 2022.907 H, side 917.

løses ved at tage et forbehold i domsbegrundelsen, fx ved at angive at der i udgangspunktet skal foreligge illoyalitet. At tage forbehold om at et retligt forhold ”i udgangspunktet” gør sig gældende, er i hvert fald heller ikke fjernliggende, at det ikke kan tænkes at retten ville angive dette, hvis det var tilfældet, jf. fx CGI 2-sagen, hvor lagmannsretten to gange benyttede forbeholdet ”*utgangspunkt*”, herunder bl.a. i relation til uagtsomhedsvurderingen, hvor retten anførte at ”*Dersom en kontraktspart bevisst nedprioriterer oppdraget og setter seg ut over den annens mer sentrale interesser, er dette som utgangspunkt tilstrekkelig til å konstatere forsettlig mislighold*” [min understregning].²⁷⁶

Man kan overveje om den manglende angivelse af et illoyalitetskrav skyldes, at der ikke gælder et udtrykkeligt krav om illoyalitet, men at den høje tærskel der gælder, hovedsagligt kan tænkes overtrådt ved illoyalitet.²⁷⁷ Dette kan omformuleres som, at den form for grov uagtsomhed der skal til for at overtræde den høje tærskel, samlet set også ville kunne betegnes som illoyal adfærd. Dette virker velbegrunder, når der kræves en stærk bebrejdellesværdig adfærd, da en sådan adfærd også må kunne betegnes som en manglende rimelig hensynstagen til kunden. Dette kom muligvis også til udtryk i sagen mellem CGI og Shopple, hvor Oslo tingrett i 1. instans ikke eksplicit benyttede termen ”illoyal”, men adfærden retligt ville kunne kvalificeres som illoyal.²⁷⁸ Der var derved tale om en efterrationalisering af adfærden, frem for at tingretten selv anførte at adfærden var illoyal.

Ovenfor er der argumentet for, at det kan øge forudsigeligheden for parterne, hvis der stilles høje krav til grov uagtsomhed, eventuelt ved at stille krav om et element af illoyalitet. Der må imidlertid også være en grænse for hvor høje krav der kan stilles, hvis den øgede forudsigelighed skal opnås. Parterne har udtrykkeligt angivet i aftalen, at ansvarsbegrænsningen skal kunne tilsidesætte i tilfælde af leverandørens grove uagtsomhed, og det vil derfor ikke være forudsigeligt for parterne, hvis kun meget lidt anses for groft uagtsomt og kun hvis leverandøren har handlet illoyalt. Man kan muligvis i overensstemmelse med det aftaleretlige viljeshensyn argumentere for, at parterne har udtrykt en vilje til at begrænse anvendelsesområdet for grov uagtsomhed, der har givet leverandøren en berettiget forventning herom (tillidshensynet), og at hensynet til den berettigede forventning skal vægtes tungest i den indbyrdes hensynsafvejning.²⁷⁹ En sådan argumentation vil dog formentlig virke for søgt.

²⁷⁶ Jf. CGI 2-sagen, side 10 og 12.

²⁷⁷ Se om den høje tærskel i afsnit 3.1 ovenfor.

²⁷⁸ Se afsnit 3.7.2 herom.

²⁷⁹ Jf. Mads Bryde Andersen: *Grundlæggende aftaleret* (2021), side 42 og 510 ff. for argumentationsmønsteret.

Desuden bør rummet for grov uagtsomhed ikke blive så snævert, at klausulens del om grov uagtsomhed i realiteten næsten bliver illusorisk. Dette kan man risikere, hvis der stilles krav om et element af illoyalitet, eftersom at illoyalitet er en forholdsvis grov misligholdelse, hvilket kun styrkes i en kontrakttype (som it-udviklingsaftalen), hvor samarbejde og tillid er afgørende for et vellykket projekt.²⁸⁰ Endvidere må det erindres at den generelle opfattelse (i hvert fald) i den almindelige obligationsret er, at parterne i almindelighed ikke kan fraskrive sig ansvaret for grov uagtsomhed.²⁸¹ Selvom svaret ikke er lige så entydigt fsva. it-udviklingsaftaler, hvor nogle forfattere mener at parterne muligvis kan fraskrive sig ansvaret for grov uagtsomhed hvis dette eksplicit er aftalt, vil det være besynderligt, hvis grænsen for grov uagtsomhed sættes så højt at der kræves illoyalitet, da man herved vil nærme sig det forsætlige.²⁸² Når argumentet for at man muligvis kan fraskrive sig ansvaret for grov uagtsomhed er, at dette skal være eksplicit angivet i aftalen (og selv her, er spørgsmålet ikke entydigt), bør det samme være tilfældet hvis grænsen for grov uagtsomhed skal sættes så højt, at man nærmer sig det forsættelige ved at stille krav om illoyalitet.

Et gennemgående element i de i afsnit 3.7.2 analyserede domme er, at i de tilfælde hvor retten tilsidesatte ansvarsbegrænsningen, har retten enten fundet at leverandøren har handlet decideret forsætligt, og i de tilfælde hvor leverandøren har handlet groft uagtsomt, har retten brugt formuleringer om, at leverandøren i bedste fald eller i det mindste har handlet groft uagtsomt.²⁸³ Dette leder tankerne hen mod det som *Viggo Hagstrøm* betegner som ”forsettslignende tilfeller”, hvor der er tale om en adfærd, der er grænsende til det forsætlige, og ifølge *Viggo Hagstrøm* er det klart at ”[...] grov uagtsomhed ikke er forbeholdt de forsettslignende tilfeller”.²⁸⁴ Man kunne muligvis indvende, at *Viggo Hagstrøms* opfattelse ikke er rettet mod grov uagtsomhed i relation til ansvarsbegrænsninger, men dette ville ikke være korrekt. Forfatteren har gengivet netop denne

²⁸⁰ At er tale om en forholdsvis grov form for misligholdelse, støttes kun af, at der i den juridiske litteratur er uenighed om hvorvidt illoyalitet kræver forsæt og dermed vil være forsætlig misligholdelse. Fx anfører Jens Ravnkilde: *Passivitet* (2013), at illoyalitet kræver forsæt. Omvendt synes den generelle holdning dog at være, at illoyalitet også kan statueres ved grov uagtsomhed, jf. Henriette Nazarian: *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold* (2007), side 258 ff.; Jens Evald: *Retsmisbrug i formueretten* (2001), side 298; forudsætningsvist Henrik Udsen: *It-kontraktret* (2020), side 232; forudsætningsvist Palle Bo Madsen i UfR 2018B.131: *Aftalte ansvarsfritagelser i erhvervsforhold* (2018), side 138.

²⁸¹ Jf. Palle Bo Madsen: *Aftalte ansvarsfritagelser i erhvervsforhold* (2018), side 137; Torsten Iversen: *Obligationsret 2. del* (2019), side 374; Torsten Iversen: *Obligationsret 1. del* (2019), side 96; Stig Jørgensen: *Kontraktsret I* (1971), side 49; Mads Bryde Andersen: *Lærebog i Obligationsret I* (2020), side 468.

²⁸² Jf. fx Henrik Udsen: *It-kontraktret* (2020), side 237; Arve Føyen m.fl.: *Kontrakter for udvikling av programvare* (2006), side 491 f.

²⁸³ Jf. Mysoft-sagen, side 11 fsva. forsæt; CGI-sagen, side 12, CGI 2-sagen, side 12 og Infor-sagen, side 15 fsva. grov uagtsomhed.

²⁸⁴ Jf. Viggo Hagstrøm: *Obligationsrett* (2021), side 510; Viggo Hagstrøm: *Om grensene for ansvarsfraskrivelse, særlig i næringsforhold* (1996), side 507.

opfattelse i flere tilfælde, herunder i relation til ansvarsfraskrivelser.²⁸⁵ Det kan dog med rette indvendes, at *Viggo Hagstrøms* opfattelse er generel, og det er fast antaget at der er tale om en glidende skala, hvor den konkrete vurdering påvirkes af kontrakttypen, branchen og den konkrete sag.²⁸⁶

En ulempe ved at stille krav om illoyalitet er begrebets vage og generelle formulering. Som så mange andre retlige standarder, er det vanskeligt på forhånd præcist at definere hvad der er hhv. loyalt og illoyalt.²⁸⁷ Dette kan gøre det særdeles vanskeligt for parterne at vurdere deres retsstilling, og indordne sig derefter. En kunde, der er part i et foreløbigt problemfyldt it-projekt, vil måske ønske at hæve aftalen og kræve erstatning (ud over grænserne for ansvarsbegrænsningen), men stilles der krav om illoyalitet, vil dette rejse mindst to problemstillinger som kunden må tage stilling til: 1) kunden skal rent faktisk vide, at der stilles krav om illoyalitet, hvilket i sig selv kan være vanskeligt at forestille sig, medmindre kunden (hvilket dog formentlig oftest vil være tilfældet) på forhånd lader sig rådføre med en (it-)advokat, der er bekendt med det mulige illoyalitetskrav. Derudover skal kunden 2) vurdere om leverandøren faktisk har handlet illoyalt, samt om andre momenter taler i modsatte retning, herunder fx medvirken fra kundens side (se afsnit 3.6 herom), så leverandøren eventuelt samlet set ikke har handlet groft uagtsomt alligevel. Dette kan i sig selv være utroligt vanskeligt, og denne svære balancegang ses også i sagen mellem Infor og Felleskjøpet, hvor Nedre Romerike tingrett i første instans fandt, at Infors ensidige arbejdsstandsning var illoyal, hvorimod lagmannsretten efterfølgende fandt at en sådan pause kan være et rigtigt virkemiddel (og dermed ikke illoyalt).²⁸⁸ Kunden vil dermed risikere at tage en markant standpunktsrisiko, hvor det afgørende moment bliver et krav, som parterne hverken har aftalt, ikke nødvendigvis kender og ikke kan definere præcist. Brugen af vage og generelle begreber kendes fra alle dele af juraen, herunder fx væsentlighedskravet for ophævelse, MAC-klausuler (*material adverse change*-klausuler) i låneaftaler eller for den sags skyld også i begrebet grov uagtsomhed. Sådanne generelle begreber har en stor styrke, idet de fritager parterne fra at skulle detailregulere alle forhold i aftalen og i stedet overlader

²⁸⁵ Jf. Viggo Hagstrøm i Tidsskrift for Rettsvitenskap: *Om grensene for ansvarsfraskrivelse, særlig i næringsforhold* (1996), side 507.

²⁸⁶ Jf. Palle Bo Madsen i UfR 2018B.131: *Aftalte ansvarsfritagelser i erhvervsforhold* (2018), side 137.

²⁸⁷ Jf. Torsten Iversen: *Obligations 1. del* (2019); Jens Evald: *Retsmisbrug i formueretten* (2001), side 279 og 297; forudsætningsvist Christian Frank Madsen og Kim Østergaard i ET 2019.116: *Loyalitetsgrundsætningen i dansk ret - indhold og retsvirkninger ved tilsidesættelse* (2019), side 116f; Arne Falkanger Thorsen i Jussens Venner: *Loyalitetsplikt i kontraktforhold* (1993), side 36 ff.; Jørgen Nørgaard i UfR 1992B.68: Erik Werlauff: *"Selskabsmasken - loyalitetspligt og generalklausul i selskabsretten"* (1992), side 69.

²⁸⁸ Jf. Infor-sagen, side 15; Infor 2-sagen, side 59.

det til en konkret vurdering, som i sidste ende foretages af domstolene. Denne fordel slår principielt også igennem for illoyalitetsskravet, men det ville reelt betyde at man i én vurdering (vurderingen af grov uagtsomhed) indlægger to generelle vurderinger, idet kunden i så fald skal stå på mål for, at leverandøren har handlet illoyalt og at leverandøren samlet set har handlet groft uagtsomt. Ovenstående problematik kan løses ved ikke at stille et krav om illoyalitet, men fastholde at der er tale om en konkret helhedsvurdering, i hvilken der så lægges stor (og måske endda afgørende) vægt på, om leverandøren har handlet illoyalt.²⁸⁹

Samlet set må det anses for forbundet med stor usikkerhed, at konkludere noget fast om hvorvidt der stilles krav om illoyalitet eller ej. Der er gode argumenter på begge side, og der forekommer ikke at være et argument, der er så tungtvejende at retstilstanden kan afklares med sikkerhed. På den ene side kan ansvarsbegrænsningen rigtig nok øge forudsigeligheden til fordel for begge parter, men denne forudsigelighed kan ikke strækkes for langt, da det vanskeligt kan anses for forudsigeligt, hvis kun meget lidt (forbundet med krav om illoyalitet) skal anses for groft uagtsomt (særligt når parterne netop har undtaget grov uagtsomhed fra ansvarsbegrænsningen). Mest taler dog formentlig for, at når der gælder en høj tærskel for hvornår der er handlet groft uagtsomt, så vil en adfærd der overskrider denne tærskel formentlig også kunne betegnes som illoyal. Det kan dog selvsagt konkluderes, at illoyalitet i hvert fald *kan* medføre, at leverandøren har handlet groft uagtsomt, jf. CGI-sagen, CGI 2-sagen, Mysoft-sagen og Infor-sagen. En part skal kunne have tillid til at leverandøren ikke på urimelig måde forrykker hele den risikoallokering som parterne er blevet enige om ved at handle illoyalt.

3.7.4 Opsummering

På baggrund af ovenstående, kan det samlet set konkluderes, at der i retspraksis oftest ses to former for illoyal adfærd. Disse to hovedkategorier er 1) nedprioritering af kundens centrale interesse og 2) udnyttelse af kundens situation. Selvom retspraksis viser en tendens til, at illoyal adfærd kan kategoriseres som én af de to former, må det understreges at illoyalitet også kan forekomme i en anden skikkelse. Det må dog antages at illoyal adfærd i it-udviklingsaftaler antageligvis oftest vil ses i form af enten nedprioritering af kundens centrale interesser eller udnyttelse af kundens situation.

²⁸⁹ Se i en vis grad tilsvarende (om end i en anden relation) Jørgen Nørgaard i UfR 1992B.68: Erik Werlauff: "Selskabsmasken - loyalitetspligt og generalklausul i selskabsretten" (1992), side 69.

Derudover kan det konkluderes, at det ikke entydigt kan besvares om der gælder et krav om illoyalitet, førend en leverandør har handlet groft uagtsomt. Mest taler nok for, at der ikke gælder et eksplicit illoyalitetskrav, men at den form for adfærd, der kræves for at overskride den høje tærskel der gælder, også vil kunne anses som en form for illoyal adfærd. Under alle omstændigheder vil illoyalitet være et moment, der må tillægges stor betydning.

3.8 Har nogen elementer større vægt end andre?

3.8.1 Indledning

Igennem afhandlingen har det været forsøgt at beskrive hvilken vægt de enkelte momenter skal tillægges i vurderingen. Den indbyrdes vægt af de enkelte momenter over for hinanden, har dog ikke været beskrevet, hvilket vil være omdrejningspunktet for følgende afsnit. Det må dog allerede nu understreges, at der er tale om en konkret vurdering, og enhver af momenterne kan derfor være udslagsgivende for, om grov uagtsomhed konkret kan statuere.²⁹⁰ Dette er dog ikke det samme som, at nogle momenter ikke kan tillægges større vægt end andre.

3.8.2 Den indbyrdes rangorden

De analyserede domme giver ikke udtrykkeligt noget svar på, om nogle momenter har større vægt end andre, hvorfor besvarelsen må søge sin legitimation i udsnit af dommene samt de bagvedliggende hensyn.

Det er anført i afsnit 3.7, at det ikke entydigt kan konkluderes om der gælder et fast krav om illoyalitet, førend leverandøren har handlet groft uagtsomt, men at mest nok taler for, at der ikke gælder et fast krav herom, men blot at den høje tærskel for grov uagtsomhed medfører, at en adfærd der overskrider denne tærskel, også kan anses som illoyal adfærd. Uagtet hvilket tilgang der vælges, vil momentet have en væsentlig betydning. At illoyal adfærd må tillægges betydelig vægt, er også understøttet af, at it-udviklingsaftalen er kendetegnet ved at forudsætte et tæt samarbejde mellem parterne.²⁹¹ Kunden bør derfor kunne forvente og have tillid til at leverandøren vil tage hensyn til kundens interesser (selvom hver part i første omfang naturligvis skal kunne tage vare på sig selv), hvorfor illoyal adfærd

²⁹⁰ Vurderingen minder derfor om det, som Peter Blume: *Retssystemet og juridisk metode* (2020), side 198, anfører i forhold et retskildehierarki. Her anfører Peter Blume, at retskilder principielt er ligestillede, forstået som at enhver retskilde kan være afgørende for det retlige resultat, men alligevel gælder der en rangorden. Uden at vurderingen er den samme (eller pointen skal strækkes for langt), så er dette også den hypotese, der opstilles og behandles i dette afsnit.

²⁹¹ jf. afsnit 2.3 ovenfor.

i højere grad bør kunne anses for stærk bebrejdesværdig adfærd.²⁹² På grund af, at samarbejde udgør et centralt element for succes i en it-udviklingsaftalen, må loyalitetsforpligtelsen anses for skærpet (ift. fx det almindelige løsøre køb), hvorfor parterne i høj grad bør disciplineres til at handle loyalt over for hinanden. Endvidere vil en illoyal adfærd, netop fordi loyalitet er så essentielt i udviklingsaftaler, også i høj grad indebære en adfærd, der afviger markant fra hvad, der kan forventes fra en forsvarlig kontraktpart. Disse grunde vil også medføre, at der i hvert fald ofte vil være en indlysende risiko for skade, hvis der handles illoyalt.

Imidlertid anførte lagmannsretten i Infor 2-sagen, at der i vurderingen af grov uagtsomhed, skulle lægges betydelig vægt på medkontrahentens adfærd i sagen.²⁹³ Afhandlingen konkluderer, at det som udgangspunkt er korrekt, at kundens egen skyld også må tillægges betydelig vægt, men at jo mere vanskelighederne kan bebrejdes kunden, jo større vægt kan forholdet tillægges, jf. afsnit 3.6 ovenfor. Det må dog fastholdes, at egen skyld generelt ikke skal tillægges samme vægt som illoyalitet, hvilket skyldes at vanskelighederne ikke i alle i sager må forventes at kunne bebrejdes kunden. Det må dog antages, at hvor vanskelighederne i større grad kan bebrejdes kunden, vil betydningen af egen skyld træde i forgrunden og tillægges en betydelig vægt. Betydningen af egen skyld må endvidere antages at kunne influere på betydningen af de andre momenter, fx med den konsekvens, at der skal mere til for at adfærden kan anses for illoyal, jf. fx Telenor-sagen hvor IBM's adfærd formentlig ville kunne karakteriseres som illoyal (fx fordi IBM ikke overholdte deres resultatforpligtelse til at udarbejde ændringsestimat), men IBM uanset dette, samlet set ikke havde handlet groft uagtsomt. Hvis momentet ikke kunne tillægges betydelig vægt, skulle leverandøren i princippet udfolde større bestræbelser end aftalt og forudsat, for at overvinde udfordringer der kan bebrejdes kunden.

At ydelsen er kritisk for kunden, siger ikke i sig selv om en eventuel misligholdelse kan bebrejdes leverandøren, men leverandøren vil blive vurderet i et skærpet lys, da kunden vil have en berettiget forventning om at leverandøren vil udfolde større bestræbelser for at sikre korrekt opfyldelse. Hvor meget leverandørens pligter skærpes, vil formentlig afhænge af den konkrete situation, herunder således at jo mere kritiske/vitale funktionerne er, desto mere skærpet vil pligterne være. Imidlertid siger kritisk-kriteriet i sig selv ikke noget om, hvor stærkt bebrejdesværdig leverandørens adfærd er, hvorfor det stadig skal vurderes hvor langt den udviste adfærd er fra der kan forventes af en

²⁹² Jf. Torsten Iversen: *Obligationsret 1. del* (2019), side 139, om illoyalitet, herunder at hver part skal tage vare på sig selv.

²⁹³ Jf. Infor 2-sagen, side 63. Sagen er nærmere behandlet i afsnit 3.6, hvorfor der også henvises dertil.

forsvarlig kontraktpart ud fra den skærpende omstændighed at ydelsen er kritisk for kunden. Kritisk-kriteriet kan derfor ikke stå alene i vurderingen, hvis der skal statueres grov uagtsomhed. Af disse årsager, kan det heller ikke antages, at kritisk-kriteriet kan tillægges samme betydning som illoyalitets-momentet. I den konkrete vurdering, vil det dog være skærpende at ydelsen er kritisk for kunden og leverandøren er bekendt hermed, eftersom der i så fald i højere grad også vil være en indlysende risiko for skade, og der kan endda e.o. være tale om en indlysende risiko for *betydelig* skade.²⁹⁴

Det kan ikke udelukkes, at domstolene i vurderingen af, om der er handlet groft uagtsomt, vil tage hensyn til ansvarsbegrænsningens karakter, jf. afsnit 3.5 ovenfor. Kriteriet må imidlertid antages at være subsidiært, i den forstand at retten muligvis vil inddrage det i sine overvejelser ud fra en betragtning om, at retten hellere vil finde hjemmel til at tilsidesætte klausulen i parternes aftale, frem for helt eller delvist at tilsidesætte klausulen. Karakteren af begrænsningen afklarer heller ikke om en part har handlet stærkt bebrejdesværdigt, hvorfor den reelle betydning af ansvarsbegrænsningens karakter er, at det ikke kan udelukkes at domstolene vil bedømme adfærden strengere, når ansvarsbegrænsningen er omfattende.

For så vidt angår vægten af betydningsfulde svigt i kontraktmæssig opfyldelse, kan der vanskeligt siges noget generelt om vægten. Som det følger af afsnittet er der væsentlig forskel på, hvor stor et sammenfald der er mellem misligholdelsesvurderingen og uagtsomhedsvurderingen. At betydningsfulde svigt i kontraktmæssig opfyldelse kan være en indikation på, at der er handlet groft uagtsomt, siger i hvert fald ikke noget om hvorvidt der konkret er handlet groft uagtsomt. Størst vægt vil der formentlig kunne lægges i de tilfælde, hvor en indsatsforpligtelse misligholdes, da culpavurdering er indbygget i misligholdelsesvurderingen, eller hvor misligholdelsen vedrører en adfærdsforpligtelse og der udøves misligholdelsesbeføjelser i forlængelse heraf. Uden for disse tilfælde, synes billedet at være for mudret af forskellige momenter der påvirker misligholdelsesvurderingen men ikke nødvendigvis har betydning for uagtsomhedsvurderingen, til at der kan argumenteres for at misligholdelsens omfang i disse tilfælde skal tillægges en bestemt vægt.

²⁹⁴ Se om betydningen af en indlysende risiko for (betydelig) skade i afsnit 2.1 ovenfor.

Kapitel 4. Konklusion

Afhandlingen har haft til formål at analysere og vurdere, hvornår en leverandør har handlet groft uagtsomt i relation til rækkevidden af ansvarsbegrænsninger i it-udviklingsaftaler. Overordnet kan det konkluderes, at for en adfærd kan karakteriseres som groft uagtsom, skal adfærden markant afvige fra almindelig forsvarlig handlemåde, hvor adfærden er stærkt bebrejdellesværdig, jf. udtrykkeligt CGI-sagen, CGI 2-sagen og Telenor-sagen. Tilsvarende kan det konkluderes, at tærsklen for at anse adfærden som stærkt bebrejdellesværdig er høj, jf. Infor 2-sagen. Det vil imidlertid bero på en konkret vurdering, hvornår adfærden er af en sådan grad, at den kan karakteriseres som stærkt bebrejdellesværdig ud fra aftalen som en helhed. Leverandørens adfærd skal vurderes ud fra den individuelle og generelle adfærds målestok. I vurderingen kan man inddrage, om der er en indlysende risiko for den indtrådte skade, og det vil være skærpende hvis der er en indlysende risiko for betydelig skade.

Afhandlingen kan ikke entydigt konkludere, om der gælder et krav om illoyalitet for at der er handlet groft uagtsomt. Mest taler dog for, at der ikke gælder et udtrykkeligt krav om illoyalitet, men nærmere at den adfærd der skal til, for at overskride den høje tærskel for hvornår adfærden er stærkt bebrejdellesværdig, vil kunne betragtes som illoyal adfærd.

Det kan videre konkluderes, at illoyalitet i retspraksis ofte ses som én af to hovedkategorier. Disse to hovedkategorier er 1) nedprioritering af kundens centrale interesser og 2) udnyttelse af kundens situation. Dette skal ikke forstås som, at illoyal adfærd ikke kan fremkomme i andre former, men disse to former synes at være gennemgående.

Det konkluderes videre, at såfremt ydelsen er kritisk for kunden og leverandøren er bekendt hermed på aftaletidspunktet, så kan dette indgå i uagtsomhedsvurderingen da den adfærd der kan forventes af leverandøren i en sådan situation skærpes. For så vidt angår mangler, vil det dog formentlig være adfærden i forbindelse med kritiske og vitale funktioner, der skal vurderes i et skærpet lys, for at tage hensyn til den ikke-ubetydelige risiko for børnesygdomme hvor ukritiske mangler ikke kræver samme beskyttelse.

Yderligere kan det konkluderes, at Højesteret i G4S-sagen ikke udtrykkeligt udtaler, at en central aftaleforpligtelse hurtigere skulle være groft uagtsom. På samme måde er afhandlingens konklusion, at man næppe vinde noget nævneværdigt ved at sondre mellem misligholdelse af hovedforpligtelser

ctr. biforpligtelser. Misligholdelse af en biforpligtelse er således ikke generelt mindre bebrejdellesværdig, blot fordi det er en biforpligtelse. Når misligholdelse af visse biforpligtelser sjældent vil være udtryk for grov uagtsomhed, skyldes det derimod at adfærden ikke er så bebrejdellesværdig, at den indebærer en markant afvigelse fra almindelig forsvarlig handle måde ud fra aftalen som helhed. Dette er imidlertid ikke tilfældet for alle sekundære forpligtelser, og fordi visse af disse har en så central betydning for om et it-projekt kan blive vellykket, vil misligholdelse af disse næppe være mindre bebrejdellesværdige end leverandørens primære forpligtelse, ligesom der e.o. kan være en indlysende skadesrisiko.

For så vidt angår spørgsmålet om ansvarsbegrænsningens karakter, konkluderes det, at det ikke kan udelukkes at en domstol vil have et ønske om at finde hjemmel til tilsidesættelse af ansvarsbegrænsningen i parternes aftale i form af grov uagtsomhed (frem for helt eller delvist at tilsidesætte den efter afl. § 36), og derved tillægge karakteren betydning i uagtsomhedsvurderingen. Det kan imidlertid ikke tilsluttes, at der skulle være holdepunkter herfor i sagen mellem Steria og NSB.

Det konkluderes endvidere, at betydningsfulde svigt i kontraktmæssig opfyldelse kan være en indikation på, at der er handlet groft uagtsomt. Der må dog som udgangspunkt sondres mellem misligholdelse og ansvar. Blot fordi, der er foreliggende fx væsentlige mangler, er det ikke nødvendigvis ensbetydende med, at leverandøren kan bebrejdes herfor. I visse tilfælde er der dog et sammenfald mellem misligholdelsesvurderingen og uagtsomhedsvurderingen. Dette er i hvert fald tilfældet, hvor misligholdelsen vedrører en indsatsforpligtelse. Det konkluderes bl.a. også, at hvis misligholdelsesvurderingen forlader sig på den abstrakte mangelsvurdering, kan kunden normalt forvente at ydelsen har en almindelig god kvalitet, hvilket almindeligvis er en henvisning til branchekutyme, herunder at udviklingen skal være udført fagmæssigt korrekt. I så fald kan vurderingerne også være sammenfaldende, men den abstrakte mangelsvurdering kan dog indeholde andre momenter, der kan påvirke i hvor stor grad der kan lægges vægt på omfanget af misligholdelsen i uagtsomhedsvurderingen. Fælles for tilfældene, hvor misligholdelsens omfang direkte kan inddrages i uagtsomhedsvurderingen, er, at der ikke kan sættes lighedstegn mellem væsentlig misligholdelse og grov uagtsomhed.

Hvis kunden har medvirket til vanskelighederne i projektet, kan dette tillægges vægt i vurderingen af leverandørens adfærd. Der skal dog være tale om en form for egen skyld, der påvirker hvilken adfærd, der kan forventes af leverandøren, fx at kunden ikke har medvirket som forudsat. Betydningen af

egen skyld må endvidere antages at kunne influere på betydningen af de andre momenter, fx så der skal mere til for at adfærden kan anses for illoyal.

Dommene afklarer ikke, om visse momenter skal tillægges en større vægt end andre. Afhandlingens konklusion er dog, at loyalitet udgør et så centralt element i it-udviklingsaftalen, at det vil tale med betydelig vægt, hvis leverandøren har handlet illoyalt, da der i så fald almindeligvis også vil være en indlysende risiko for (betydelig) skade. Imidlertid kan også kundens adfærd tillægges stor betydning, forudsat at kunden kan bebrejdes vanskelighederne. Der vil være tale om en glidende skala, hvor jo mere vanskelighederne kan bebrejdes kunden, jo større vægt kan forholdet tillægges. Videre kan bl.a. kritisk-kriteriet også tillægges en vis betydning, da kriteriet medfører at der i højere grad vil være en indlysende skadesrisiko. Betydningen af ansvarsbegrænsningens karakter anses for subsidær i den forstand, at retten muligvis vil inddrage det i sine overvejelser og vurdere adfærden strengere, men momentet siger ikke i sig selv noget om, hvorvidt adfærden er stærkt bebrejdelsesværdig. For så vidt angår betydningsfulde svigt i kontraktmæssig opfyldelse, kan der vanskeligt konkluderes noget fast om vægten af momentet. Størst vægt vil der dog kunne lægges på momentet, hvor misligholdelsen vedrører en indsatsforpligtelse, da culpavurderingen er indbygget i vurderingen af om en indsatsforpligtelse er misligholdt.

Kapitel 5. Litteraturliste

5.1 Litteratur

5.1.1 Juridiske bøger

- Andersen, M. B. (2002). *Ret & metode*. Gjøellerup. Benyttet forkortelse: Mads Bryde Andersen: *Ret & metode* (2002).
- Andersen, M. B. (2005). *IT-retten* (2. udg.). Gads Forlag. Benyttet forkortelse: Mads Bryde Andersen: *IT-retten* (2005).
- Andersen, M. B. (2019). *Praktisk aftaleret* (5. udg.). Gjøellerup. Benyttet forkortelse: Mads Bryde Andersen: *Praktisk aftaleret* (2019).
- Andersen, M. B. (2020). *Lærebog i Obligationsret I* (5. udg.). Karnov Group. Benyttet forkortelse: Mads Bryde Andersen: *Lærebog i Obligationsret I* (2020).
- Andersen, M. B. (2021). *Grundlæggende aftaleret* (5. udg.). Gjøellerup. Benyttet forkortelse: Mads Bryde Andersen: *Grundlæggende aftaleret* (2021).
- Blume, P. (2009). *Juridisk metodelære* (5. udg.). Djøf Forlag. Benyttet forkortelse: Peter Blume: *Juridisk Metodelære* (2009).
- Blume, P. (2020). *Retssystemet og juridisk metode* (4. udg.). Djøf Forlag. Benyttet forkortelse: Peter Blume: *Retssystemet og juridisk metode* (2020).
- Buch, A. V. (2007). *Entrepriseretlige mangler*. Forlaget Thomson. Benyttet forkortelse: Anders Vestergaard Buch: *Entrepriseretlige mangler* (2007).
- Buch, A. J., Heidelberg, A. R., Melchiorsen, H. & Wengel, C. M. (2020). *AB 18: almindelige betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed med kommentarer*. Karnov Group. Benyttet forkortelse: Christian Molt Wengel m.fl.: *AB 18 med kommentarer* (2020).
- Dahl, B., Møgelvang-Hansen, P., Riis, T., & Jakobsen, S. S. (2022). *Erhvervsjura* (16. udg.). Djøf Forlag. Benyttet forkortelse: Børge Dahl, Peter Møgelvang-Hansen, Thomas Riis og Søren Sandfeld Jakobsen: *Erhvervsjura* (2022).
- Ehlers, A. B. (2019). *Grundlæggende erstatningsret*. Karnov Group. Benyttet forkortelse: Andreas Bloch Ehlers: *Grundlæggende erstatningsret* (2019).
- Evald, J. (2024). *Juridisk teori, metode og videnskab* (3. udg.). Djøf Forlag. Benyttet forkortelse: Jens Evald: *Juridisk teori, metode og videnskab* (2024).

- Evald, J. (2001). *Retsmisbrug i formueretten*. Djøf Forlag. Benyttet forkortelse: Jens Evald: *Retsmisbrug i formueretten* (2001).
- Føyen, A., Klüwer, C., Madsen, K. M. & Wille, E. (2006). *Kontrakter for udvikling av programvare*. J. W. Cappelens Forlag. Benyttet forkortelse: Arve Føyen m.fl.: *Kontrakter for udvikling av programvare* (2006).
- Gomard, B. (1958). *Forholdet mellem Erstatningsregler i og uden for Kontraktforhold*. Gads Forlag. Benyttet forkortelse: Bernard Gomard: *Forholdet mellem Erstatningsregler i og uden for Kontraktforhold* (1958).
- Hagstrøm, V. (2021). *Obligasjonsrett* ved Herman Bruserud, Ivar Alvik, Harald Irgens-Jensen og Inger B. Ørstavik. (3. udg.). Universitetsforlaget. Benyttet forkortelse: Viggo Hagstrøm: *Obligasjonsrett* (2021).
- Hamer, C. R., & Schaumburg-Müller, S. (2020). *Juraens verden* (1. udg.). Djøf Forlag. Benyttet forkortelse: Carina Risvig Hamer og Sten Schaumburg-Müller: *Juraens verden* (2020).
- Holsøe, T. & Gedbjerg, M. T. (2013). *K03 MED VEJLEDNING*. Kammeradvokaten/Advokatfirmaet Poul Schmith. Benyttet forkortelse: Tom Holsøe og Mia Gedbjerg Thulstrup: *K03 med vejledning* (2013).
- Iversen, T. (2005). *Entrepriseret* (4. udg.). Djøf Forlag. Benyttet forkortelse: Torsten Iversen: *Entrepriseret* (2005).
- Iversen, T. (2016). *Entrepriseretten* (1. udg.). Djøf Forlag. Benyttet forkortelse: Torsten Iversen: *Entrepriseretten* (2016).
- Iversen, T. (2019). *Obligationsret 1. del* (6. udg.). Djøf Forlag. Benyttet forkortelse: Torsten Iversen: *Obligationsret 1. del* (2019).
- Iversen, T. (2019). *Obligationsret 2. del* (5. udg.). Djøf Forlag. Benyttet forkortelse: Torsten Iversen: *Obligationsret 2. del* (2019).
- Jensen, C. H. (2007). *Retsfortabende passivitet - hvorfor, hvordan, hvornår?*. Djøf Forlag. Benyttet forkortelse: Camilla Hørby Jensen: *Retsfortabende passivitet* (2007).
- Jensen, C. H., Clausen, N. J., Jørgensen, T., Legind, N. D., Løfquist, M. W., & Pedersen, H. V. G. (2013). *Bankjura* (2. udg.). Djøf Forlag. Benyttet forkortelse: Camilla Hørby Jensen, Nis Jul Clausen, Tanja Jørgensen, Nina Dietz Legind, Mette Winther Løfquist og Hans Viggo Godsk Pedersen: *Bankjura* (2013).

- Jørgesen, S. (1971). *Kontraktsret: 1. bind - aftaler* (Bd. 1). Juristforbundets Forlag. Benyttet forkortelse: Stig Jørgensen: *Kontraktsret I* (1971).
- Lando, O., Holle, M., Håstad, T., Konow, B., Møgelvang-Hansen, P., Nystén-Haarala, S., Ólafsdóttir, Á., & Zackariasson, L. (2016). *Restatement of Nordic Contract Law* (1. udg.). Djøf Forlag. Benyttet forkortelse: Peter Møgelvang-Hansen m.fl.: *Restatement of Nordic Contract Law* (2016).
- Møller, J., Wiisbye, M. S., & Høj, K. (2020). *Erstatningsansvarsloven* (7. udg.). Djøf Forlag. Benyttet forkortelse: Jens Møller m.fl.: *Erstatningsansvarsloven med kommentarer* (2020).
- Nazarian, H. (2007). *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold*. Cappelen Akademisk Forlag. Benyttet forkortelse: Henriette Nazarian: *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold* (2007).
- Nørager-Nielsen, J. (1987). *edb-kontrakter*. G.E.C Gads Forlag. Benyttet forkortelse: Jacob Nørager-Nielsen: *edb-kontrakter* (1987).
- Petersen, J. G. (1957). *Ansvarsfraskrivelser – Med særligt henblik på aftaler om befordring, forvaring og bearbejdelse*. Ejnar Munkgaards Forlag. Benyttet forkortelse: J. Günther Petersen: *Ansvarsfraskrivelser* (1957).
- Ravnkilde, J. (2013). *Passivitet. Det utilsigtede løfte om ikke-brug af ret* (2. udg.). Karnov Group. Benyttet forkortelse: Jens Ravnkilde: *Passivitet* (2013).
- Theilgaard, S., Amiri, A. & Jacobsen, T. (2017). *Købeloven med kommentarer* (4. udg.). Karnov Group. Benyttet forkortelse: Søren Theilgaard, Aqbal Amiri og Theis Jacobsen: *Købeloven med kommentarer* (2017).
- Udsen, H. (2020). *It-kontraktret* (2. udg.). Ex Tuto Publishing A/S. Benyttet forkortelse: Henrik Udsen: *It-kontraktret* (2020).
- Ulfbeck, V. (2021). *Erstatningsretlige grænseområder I* (3. udg.). Djøf Forlag. Benyttet forkortelse: Vibe Ulfbeck: *Erstatningsretlige grænseområder I* (2021).
- von Eyben, B. (2023). *Juridisk ordbog* (15. udg.). Karnov Group. Benyttet forkortelse: Bo von Eyben: *Juridisk ordbog* (2023).
- von Eyben, B., & Isager, H. (2024). *Lærebog i erstatningsret* (10. udg.). Djøf Forlag. Benyttet forkortelse: Bo von Eyben og Helle Isager: *Lærebog i erstatningsret* (2024).

5.1.2 Bogkapitler

- Blume, P. (2020). Juridisk metode og argumentation. I: Thomas. Riis & Jan. Trzaskowski (Red.), *Skriftlig jura: den juridiske fremstilling* (2. udg., s. 3-24). Ex Tuto Publishing A/S. Benyttet forkortelse: Peter Blume i T. Riis & J. Trzaskowski (Red.): *Skriftlig jura* (2020).
- Karstoft, S. (2019). It-kontrakter. I: T. Iversen (Red.), *Formueretlige emner* (9. udg., s. 299-336). Djøf Forlag. Benyttet forkortelse: Susanne Karstoft i Torsten Iversen (red.): *Formueretlige emner* (2019).
- Nielsen, R. (2020). Ph.d.-afhandlingen og disputatsen. I: Thomas. Riis & Jan. Trzaskowski (Red.), *Skriftlig jura: den juridiske fremstilling* (2. udg., s. 309-329). Ex Tuto Publishing A/S. Benyttet forkortelse: Ruth Nielsen i T. Riis & J. Trzaskowski (Red.): *Skriftlig jura* (2020).
- Udsen, Henrik. (2021). Personoplysninger som en modydelse. I: B. Liin, H. H. Edlund, S. Karstoft & T. Iversen (Red.), *Festskrift til Palle Bo Madsen* (s. 481-496). Djøf Forlag. Benyttet forkortelse: Henrik Udsen i Birgit Liin m.fl.: *Festskrift til Palle Bo Madsen* (2021).

5.1.3 Trykte domssamlinger

- Agersnap, O., Roos, O., Bragason, H., Dolva, T., Bernhard, B. & Walnum, J. (Red.). (1989). *Nordisk Domssamling* (32. udg.). Universitetsforlaget. Benyttet forkortelse: Nordisk Domssamling (1989).
- Selvig, E. & Bull, H. J. (Red.). (1979). *Nordiske domme i sjøfartsanliggender*. Nordisk skibsrederforening. Benyttet forkortelse: *Nordiske Domme i Søfartsanliggende* (1979).

5.1.4 Juridiske tidsskrifter

- Andersen, M. B. (2020). Nordisk formueret mellem pragmatisme og principfasthed. *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, Vol. 133 (Iss. 1), 39-72. Benyttet forkortelse: Mads Bryde Andersen i TfR, vol. 133, 1/2020, s. 39-72: *Nordisk formueret mellem pragmatisme og principfasthed* (2020).
- Frost, K. (2002). Ret og pligt til afhjælpning. *Ugeskrift for Retsvæsen* 2002B, 384-390. Benyttet forkortelse: Kim Frost i UfR 2002B.384: *Ret og pligt til afhjælpning* (2002).
- Frost, K. (2013). Om retten og pligten til naturalopfyldelse. *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, Vol. 126 (Iss. 1-2), 94-144. Benyttet forkortelse: Kim Frost i Tidsskrift for Rettsvitenskap, vol. 126, 01-02-2013: *Om retten og pligten til naturalopfyldelse* (2013).

- Frost, K. (2016). Misligholdelse af og misligholdelsesbeføjelser i længerevarende kontraktforhold - Den almindelige obligationsrets betydning. *Erhvervsjuridisk Tidsskrift*, (2), s. 115-142. Benyttet forkortelse: Kim Frost i ET 2016.115: *Misligholdelse af og misligholdelsesbeføjelser i længerevarende kontraktforhold - Den almindelige obligationsrets betydning* (2016).
- Gomard, B. (1958). Egen skyld. *Ugeskrift for Retsvæsen* 1958B, 149-180. Benyttet forkortelse: Bernard Gomard i UfR 1958B.149: *Egen skyld* (1958).
- Hagstrøm, V. (1980). Culpanorm og skrevne adfærdsnormer. *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, Vol. 94 (Iss. 3), 292-366. Benyttet forkortelse: Viggo Hagstrøm i Tidsskrift for Rettsvitenskap: *Culpanorm og skrevne adfærdsnormer* (1980).
- Hagstrøm, V. (1996). Om grensene for ansvarsfraskrivelse, særlig i næringsforhold. *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, Vol. 109 (Iss. 4), 421-518. Benyttet forkortelse: Viggo Hagstrøm i Tidsskrift for Rettsvitenskap: *Om grensene for ansvarsfraskrivelse, særlig i næringsforhold* (1996).
- Madsen, C. F. & Østergaard, K. (2016). Loyalitetsgrundsætningen i dansk ret - indhold og retsvirkninger ved tilsidesættelse. *Erhvervsjuridisk Tidsskrift*, 27(3), 116-130. Benyttet forkortelse: Christian Frank Madsen og Kim Østergaard i ET.2019.116: *Loyalitetsgrundsætningen i dansk ret - indhold og retsvirkninger ved tilsidesættelse* (2019).
- Madsen, P. B. (1982). Loyalitetskrav i kontrakts- og konkurrenceretten. *Ugeskrift for Retsvæsen* 1982B, 165-171. Benyttet forkortelse: Palle Bo Madsen i UfR 1982B.165: *Loyalitetskrav i kontrakts- og konkurrenceretten* (1982).
- Madsen, P. B. (2018). Aftalte ansvarsfritagelser i erhvervsforhold. *Ugeskrift for Retsvæsen* 2018B, 131-147. Benyttet forkortelse: Palle Bo Madsen i UfR 2018B.131: *Aftalte ansvarsfritagelser i erhvervsforhold* (2018).
- Neraal, H. & Bruun, T. (2016). Grov uaktsomhet i entrepriseretten. *Jussens Venner*, Vol. 51 (Iss. 6), 343-362. Benyttet forkortelse: Helge Neraal og Tommy Bruun i Jussens Venner: *Grov uaktsomhet i entrepriseretten* (2016).
- Nørgaard, J. (1992). Erik Werlauff: "Selskabsmasken - loyalitetspligt og generalklausul i selskabsretten". *Ugeskrift for Retsvæsen* 1992B, 68-72. Benyttet forkortelse: Jørgen Nørgaard i UfR 1992B.68: *Erik Werlauff: "Selskabsmasken - loyalitetspligt og generalklausul i selskabsretten"* (1992).

- Solvang, T. (2009). Sensur av ansvarsfraskrivelser – Har prinsippet i Wingull-dommen (ND 1979 s. 231) satt spor etter seg?. *Lov og Rett*, Vol. 48 (Iss.1), 27-42. Benyttet forkortelse: Trond Solvang i *Lov og Rett: Sensur av ansvarsfraskrivelser. Har prinsippet i Wingull-dommen (ND-1979 s. 231) satt spor etter sig* (2009).
- Thorsen, A. F. (1993). Lojalitetsplikt i kontraktsforhold. *Jussens Venner*, Vol. 28(Iss. 1), 33-53. Benyttet forkortelse: Arne Falkanger Thorsen i *Jussens Venner: Lojalitetsplikt i kontraktsforhold* (1993).

5.1.5 Andre bøger/udgivelser

- Becker-Christensen, C., Petersen, J. H. & Brink, E. T. (Red.). (2010). *Politikens Nudansk ordbog* (21. udg.). JP/Politikens Forlag. Benyttet forkortelse: Christian Becker-Christensen og Jan Heegård Petersen m.fl.: *Politikens Nudansk Ordbog* (2010).
- von Eyben, B. (2020). Begrebet grov uagtsomhed på forskellige retsområder. Udgivet af Den Danske Styrelse, *Det 33. nordiske Juristmøde i København: 18.-20. august 1993 - Bind II* (Bd. 2, s. 585-650). Den Danske Styrelse. Tilgængelig på: <https://jura.ku.dk/jurabog/andre-udgivelser/de-nordiske-juristmoeder/> (sidst besøgt: 29. maj 2024). Benyttet forkortelse: Bo von Eyben i *forhandlinger ved Det 33. nordiske Juristmøde* (1993), Bind II.

5.2 Afgørelser

5.2.1 Danske domme

- UfR 1969.152 H.
- UfR 1985.339 S.
- UfR 1974.557SH.
- Sø- og Handelsrettens dom af 21. juni 2007 (Byernes Varme- og Sanitetservice mod Lundberg Data, sagsnr.: H-112-05).
- UfR 2010.3113 H.
- UfR 2012.216 H.
- UfR 2022.807 H.

5.2.2 Danske voldgiftskendelser

- T:BB 2009.581 VBA.

- T:BB 2006.334.

5.2.3 Norske domme og kendelser

- Oslo tingretts dom af 20. november 2014 (Shopples Holding AS mod CGI Norge AS, TOSLO-2014-97343).
- Borgarting lagmannsretts dom af 9. december 2015 (CGI Norge AS mod Shopples Holding AS, LB-2015-34400).
- Oslo tingretts dom af 4. december 2003 (NSB AS mod Steria AS, TOSLO-2002-12332).
- Borgarting lagmannsretts dom af 13. oktober 2005 (Steria AS mod NSB AS, LB-2004-8893).
- Borgarting lagmannsretts dom af 14. december 2017 (Mysoft mod Norkse Kiropraktorers Servicekontor, LB-2016-136511-2).
- Oslo tingsretts dom af 19. januar 2010 (Telenor ASA mod International Business Machines AS, TOSLO-2008-1260000).
- Nedre Romerike tingretts dom af 9. februar 2018 (Felleskjøpet Agri Sa mod Infor II GmbH, TNERO-2016-101703).
- Eidsivating lagmannsretts dom af 13. juli 2021 (Infor (Steinhausen) II GmbH mod Felleskjøpet Agri Sa, 18-076187ASD-ELAG/).
- Voldgiftsdom af 10. april 1978 (A/S Winship mod A/S Bergens Mekaniske Verksteder). (Wingull-sagen).
- Norges Høyesteretts dom af 8. december 1989 (Storebrand Skadeforsikring A/S mod A). (Advokatansvars-sagen, RT 1989.1318).
- Ankeutvalgets beslutning af 21. december 2021 i sag nr. 21-149029.
- Høyesteretts kendelse af 22. december 2021 i sag HR-2021-2563-U (21-149094SIV-HRET).

5.3 Standardkontrakter

- AB 92 - Almindelige betingelser for arbejder og leverancer.
- AB 18 - Almindelige betingelser for arbejder og leverancer.
- K01 Standardkontrakt for kortvarige it-projekter.
- K02 Standardkontrakt for længerevarende it-projekter.
- K03 Standardkontrakt for agile it-projekter.

5.4 Hjemmesider

- Danske IT-advokater, (DITA). (2023). *Danske IT-Advokaters undersøgelse af IT-markedet og hvilke typer konflikter, der opstår mellem kunder og leverandører: Årgang 2023*. Danske IT-Advokater. Tilgængelig på <https://www.itadvokater.dk/vi-tilbyder/survey>. (sidst besøgt: 25. maj 2024).

5.5 Retsforskrifter

- Lovbekendtgørelse 2018-08-24 nr. 1070 om erstatningsansvar (erstatningsansvarsloven).
- Lovbekendtgørelse 2016-03-02 nr. 193 om aftaler og andre retshandler på formuerettens område (aftaleloven). Benyttet forkortelse: *Aftl*.

5.6 Lovforarbejder

- Folketingstidende 1983-84 (2. samling), tillæg A, spalte 111.

5.7 Øvrigt materiale

- Trafik-, Bygge- og Boligstyrelsen (2018): *Almindelige betingelser i bygge- og anlægsvirksomhed - Betænkning nr. 1570*. Benyttet forkortelse: *AB betænkning nr. 1570*.