



**UIT**

**NORGES  
ARKTISKE  
UNIVERSITET**

Det juridiske fakultet

## **HEVING AV IT-KONTRAKTER**

- En analyse av hva som kan lede til heving, kundens hevingsadgang og virkningene av heving i utviklingskontrakter, med henblikk på utvalgte standardkontrakter

**Marte Sofie Hatling**

*Masteroppgave i Rettsvitenskap, mai 2017*



# Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	1
1.1	Presentasjon av tema og problemstilling .....	1
1.2	Avgrensninger.....	3
1.3	Metode og rettskildebildet .....	4
1.3.1	Lovgivning og obligasjonsrettslige prinsipper.....	4
1.3.2	Kontrakter og kontraktspraksis.....	4
1.3.3	Rettspraksis.....	5
1.3.4	Juridisk teori.....	6
1.4	Videre fremstilling.....	6
2	IT-KONTRAKTER .....	7
2.1	Avtaleinngåelse, valg av kontrakt og kontraktsutforming.....	7
2.2	Utvalgte standardkontrakter.....	9
2.2.1	SSA-S.....	10
2.2.2	PS 2000 Sol.....	10
2.2.3	IKT SUP-04 .....	11
2.3	Tolking og utfylling av standardvilkår i utviklingskontrakter .....	11
2.4	Særtrekk med IT-kontrakter.....	14
2.4.1	Primærytelsen .....	14
2.4.2	Spesifikasjons- og løsningsbeskrivelse.....	15
2.4.3	Modeller for utviklingen.....	16
2.4.4	Kundens medvirkning.....	19
2.4.5	Testing av ytelsen .....	20
3	KUNDENS HEVINGSRETT ETTER KONTRAKTENE.....	21
4	MISLIGHOLD AV KONTRAKTEN.....	22
4.1	Om mislighold .....	22
4.2	Antesipert mislighold.....	23

4.3	Levering, godkjenning og risikoovergang.....	25
4.3.1	Risikoen for mislighold.....	26
4.3.2	Betydningen av godkjenning av leveransen .....	27
4.4	Forsinkelse i levering av programvaren.....	29
4.4.1	Konvensjonalbot eller dagbot .....	30
4.5	Mangel ved programvaren .....	32
4.5.1	Konkret mangelsvurdering.....	32
4.5.2	Abstrakt mangelsvurdering.....	34
4.5.3	Krav til funksjonalitet og ikke-funksjonelle krav .....	36
4.5.4	Undersøkelses- og opplysningsplikt .....	37
5	VILKÅRET OM VESENTLIG MISLIGHOLD .....	41
5.1	Terskelen for heving av utviklingskontrakter .....	41
5.2	Momenter i helhetsvurderingen .....	43
5.2.1	Misligholdets karakter og omfang .....	43
5.2.2	Spesifikasjonsbeskrivelse og løsningsbeskrivelse .....	44
5.2.3	Formålet med kontrakten og produktet.....	45
5.2.4	Misligholdets betydning for kunden .....	46
5.2.5	Skyld og aktsomhet.....	46
5.2.6	Forbehold fra leverandøren.....	47
5.2.7	Profesjonalitet, kyndighet og styrkeforhold.....	47
5.2.8	Prosjektets omfang og kompleksitet .....	48
5.2.9	Virkningen av heving.....	48
5.3	Avveining av momentene .....	49
6	HEVINGSOPPGJØRET.....	51
6.1	Standardkontraktene .....	51
6.2	Bakgrunnsretten .....	52
7	AVSLUTTENDE BEMERKNINGER.....	53

8	REFERANSELISTE.....	56
	Vedlegg.....	60
	Vedlegg 1: Den Norske Dataforening ”Veiledning for utarbeidelse og bruk av kontrakten” .	60

# 1 INNLEDNING

---

## 1.1 Presentasjon av tema og problemstilling

Temaet for avhandlingen er heving av IT-kontrakter.

Å bidra til avklaring rundt temaet heving av IT-kontrakter, nærmere bestemt utviklingskontrakter og angi retningslinjer for hevingsvurderingen er formålet med avhandlingen.

*IT* er en forkortelse for informasjonsteknologi. Med informasjonsteknologi menes teknologi som muliggjør behandling av informasjon i digital form.<sup>1</sup> Rettslige problemstillinger som oppstår i tilknytning til informasjonsteknologi, omtales som *IT-rett*.<sup>2</sup>

Tjenestene innenfor *IT-rett* er ulikeartede. Man kan skille mellom kjøp, utvikling, konsulent- eller bistandstjenester og driftstjenester. For samme ytelse kan det foreligge en kombinasjon av to eller flere av disse tjenestene, som ofte vil være regulert i ulike kontrakter.

*IT*-kontrakter utgjør en særegen kontraktstype, og plasserer avhandlingen innenfor den spesielle kontraktsrett. Utviklingskontrakter er en type *IT*-kontrakter og er den kontraktstype avhandlingen tar for seg. For avhandlingen er det utvalgt tre ulike utviklingskontrakter fra ulike aktører i bransjen, som vil presenteres i pkt. 2.2.

Utviklingskontrakter omhandler utvikling av *programvare*. Programvare er binære (bestående av enere og nuller) filer som gjør det mulig å bruke elektronikk.<sup>3</sup> Programvare vil normalt skapes gjennom prosessen *programmering*. Ved programmering konstrueres kildekode som kan sette i gang prosesser eller mekanismer. Når programvaren er ferdig produsert, kan den integreres på en maskinvare.<sup>4</sup>

Programvaren kan brukes gjennom ulike former for maskinvare i elektroniske apparater. Maskinvaren er en fysisk gjenstand, mens programvaren kan anses som elektronisk skrift og er ikke i seg selv håndgripelig. I de fleste maskindrevne apparater vi benytter i dagliglivet

---

<sup>1</sup> Henrik Udsen. *IT-RET*. 3. utgave, København, 2016 s. 25

<sup>2</sup> Op. cit

<sup>3</sup> <https://snl.no/programvare> (sist lest 02.04.17)

<sup>4</sup> <https://snl.no/dataprogram> (sist lest 02.04.17)

finnes det programvare. Programvare kan finnes i alt fra mobiltelefoner til satellitter og atomraketter. I dagens samfunn forbindes programvare trolig ofte med applikasjoner, også kalt brukerprogrammer.<sup>5</sup> Applikasjonene er laget for å anvendes på medier som mobiltelefoner, nettbrett og datamaskiner.

I IT-bransjen skilles det mellom *spesialutviklet* og *standard masseprodusert programvare*.<sup>6</sup> Microsoft Office, Mac OS X 10, Google Chrome, iTunes og Outlook er eksempler på standard masseprodusert programvare. Spesialutviklet programvare er programvare som utvikles helt fra bunnen, uten bruk av tidligere utviklet programvare. En mellomting mellom spesialutviklet og standard masseprodusert programvare er *tilpasset* standard programvare.<sup>7</sup> Denne formen for programvareutvikling har blitt mer vanlig, og er muligens blitt den vanligste utviklingsformen.<sup>8</sup> Slik tilpasning kan for eksempel skje av moduler, som er biter av ferdig programvare.<sup>9</sup> Modulene kan igjen videreutvikles på ulike måter, og etter tilpasning for kunden.

Det er først og fremst spesialutviklet og tilpasset standard programvare som behandles i avhandlingen. Standard masseprodusert programvare vil som oftest være ferdig utviklet, og omfattes dermed ikke direkte av kontraktsformen utviklingskontrakter. Alle disse formene for programvare har likevel noen likhetstrekk, som det senere vil belyses.

I et utviklingsprosjekt vil en leverandør vanligvis være ansvarlig for utvikling av programvaren til en kunde. Partsforholdet leverandør og kunde er det normale i en utviklingskontrakt. Leverandøren er ofte den sterkere part med særskilt kyndighet og erfaring.<sup>10</sup> At kunden mangler den kunnskap og erfaring leverandøren besitter, vil gjerne være bakgrunnen for at kunden henvender seg til leverandøren.

Hevingsmulighetene i IT-kontrakter er normalt gjensidig for kunden og leverandøren. Kundens hevingsrett anses å være den mest interessante fordi spørsmål tilknyttet mangler og

---

<sup>5</sup> <https://snl.no/dataprogram> (sist lest 02.04.17)

<sup>6</sup> Arve Føyen, Kristine M. Madsen, Christine Klüwer og Elisabeth Wille. *Kontrakter for utvikling av programvare*. Oslo, 2006 s. 42

<sup>7</sup> Olav Torvund. *Kontraksreguleringer - IT-kontrakter*. Oslo, 1997 s. 24

<sup>8</sup> Udsen (2016) s. 483

<sup>9</sup> Føyen (2006) s. 41

<sup>10</sup> Torvund (1997) s. 23 og Føyen (2006) s. 31

forsinkelse aktualiseres, noe som igjen reiser særskilte problemstillinger for utviklingskontrakter. Kundens medvirkningsplikt og brudd på denne kan gi grunnlag for heving. Medvirkningsplikten vil likevel i noen grad bli behandlet i tilknytning leverandørens forpliktelser, fordi dette kan være innvirkende på leverandørens mislighold.

Oppstår problemer under utviklingen av programvaren eller etter at programvaren er levert, kan det være grunnlag for misligholdsbeføyelser. Heving er en av flere misligholdsbeføyelser innenfor kontraktsretten. Av alle misligholdsbeføelsene vil heving kunne være den mest inngripende, og benyttes derfor gjerne etter forsøk på andre løsninger og beføyelser.

De problemstillingene som vil bli behandlet er hva som kan lede til et hevings spørsmål, hva som gir grunnlag for heving og virkningene av heving. Herunder reises også flere underproblemstillinger. Spørsmålet om heving av IT-kontrakter vil aktualisere et eget sett med problemstillinger, som avhandlingen vil ta sikte på å redegjøre for.

Dersom en av partene ønsker å heve kontrakten, vil kontraktsforholdet normalt ha nådd et konfliktfylt og kritisk punkt. I 2016 viste forskningsresultater at halvparten av alle offentlige IT-prosjekter møter på vanskeligheter.<sup>11</sup> De konflikter som forskningen utpeker er ikke spesielt for det offentlig, og vil også kunne ramme private prosjekter. Fordi konfliktnivået i IT-prosjekter er av et slikt nivå, er heving av IT-kontrakter en aktuell problemstilling.

## **1.2 Avgrensninger**

Partforholdet mellom leverandør og kunde vil være utgangspunktet for avhandlingen.

Forholdet til underleverandører og andre tredjepersoner faller dermed utenfor avhandlingen.

Heving kan ikke skje ipso facto, altså uten forutgående kommunikasjon.<sup>12</sup> Avhandlingen forutsetter at det foreligger en hevingserklæring eller en reklamasjon i forkant av kravsfremsettelsen. Reklamasjon som et mulig vilkår for heving av utviklingskontrakter er derfor ikke omfattet av avhandlingen.

---

<sup>11</sup>

[https://www.regjeringen.no/contentassets/9018344feae44c1f9a2a114e768ebd1b/suksess\\_fiasco\\_offentlige\\_ikt-prosjekter.pdf](https://www.regjeringen.no/contentassets/9018344feae44c1f9a2a114e768ebd1b/suksess_fiasco_offentlige_ikt-prosjekter.pdf) (sist lest 02.04.17) og <http://www.tv2.no/a/8353567/> (sist lest 02.04.17)

<sup>12</sup> Hagstrøm (2011) s. 462

Typer av kontraktsbrudd kan inndeles i forsinkelser, faktiske mangler og rettsmangler.<sup>13</sup> Det avgrenses mot rettsmangler fordi problemstillingen fordrer en for omfattende drøftelse.

I tilfeller hvor heving er aktuelt, vil kravsfremsetteren ofte også ha lidt et tap. Erstatning vil derfor være nærliggende. Erstatning i form av konvensjonalbot vil kort behandles i tilknytning forsinkelser. En utførlig behandling av erstatning og andre misligholdsbeføyelser faller utenfor problemstillingen.

Opphavsretten til produktet vil etter bearbeidelsen tilkomme leverandøren etter åndsverksloven § 1 nr. 12.<sup>14</sup> Når programvaren er ferdig utviklet vil kunden kunne få eiendomsrett, og eventuelt opphavsrett til produktet.<sup>15</sup> Disse reglene vil ikke bli behandlet nærmere. Brudd på immaterielle rettigheter som et eventuelt hevingsgrunnlag vil heller ikke bli behandlet. Dette er sideordnede problemstillinger, og faller utenfor avhandlingens kjerneområde.

### **1.3 Metode og rettskildet**

#### **1.3.1 Lovgivning og obligasjonsrettslige prinsipper**

Det finnes ingen særlov for IT-kontrakter. Hvilken lov som kan anvendes for utfylling av utviklingskontrakter kan ikke besvares entydig, og er nærmere behandlet i pkt. 2.4.

Obligasjonsrettslige prinsipper kan uavhengig av kontraktsområdet, benyttes for utfylling av kontrakten. Deriblant er vilkåret om ”vesentlig mislighold” for å foreta heving.<sup>16</sup> Prinsippene er deklatoriske, og partene kan velge å avtale løsninger utenfor disse.<sup>17</sup>

#### **1.3.2 Kontrakter og kontraktspraksis**

En kontrakt vil normalt være den primære rettskilde for et utviklingsprosjekt. Kontrakten danner utgangspunktet for forholdet mellom partene og prosjektets utvikling.

---

<sup>13</sup> Torvund (1997) s. 171 og Føyen (2006) s. 459-460

<sup>14</sup> Lov om opphavsrett til åndsverk m.v 12. mai 1965 nr. 2

<sup>15</sup> Torvund (1997) s. 28

<sup>16</sup> Rt. 1999 s. 408 på s. 420

<sup>17</sup> Erlend Haaskjold. *Kontraktsforpliktelser*. 2. utgave, Oslo, 2013 s. 132



Det er vanlig at standardkontrakter benyttes ved levering av IT-ytelser. På grunn av manglende lovregulering, er IT-bransjen i stor grad selvregulert.<sup>18</sup> De ulike kontraktsreguleringene er mangfoldige. Området er søkt regulert gjennom standardkontrakter for utvikling av programvare av flere ulike aktører, hvorav de mest kjente omtales i pkt. 2.2.

Når en standardkontrakt blir vedtatt, har denne vanligvis kun betydning for partene. Standardkontrakter kan også gi uttrykk for bransjesedvane, og dermed i en viss utstrekning få betydning for utenforstående parter.<sup>19</sup> I tillegg utgjør kontraktspraksis en relevant rettskilde.<sup>20</sup> Å avdekke bransjesedvane og kontraktspraksis byr imidlertid på et eget sett av utfordringer. Disse utfordringene skyldes blant annet behovet for bransjekunnskap, og som det vil vises til i de neste punktene, manglende rettskilder.

Avhandlingen undersøker hevingsadgangen med utgangspunkt i utvalgte standardkontrakter. Disse presenteres i pkt. 2.2

### **1.3.3 Rettspraksis**

Det foreligger lite rettspraksis som omhandler utviklingskontrakter i IT-retten. Noe av årsaken kan være at kontraktpartene ofte avtaler at tvisten skal løses gjennom voldgift, og at resultatet skal holdes fortrolig etter voldgiftsloven § 5 jf. § 2.<sup>21</sup>

I andre tilfeller kan kostnadene allerede ha nådd et svært høyt nivå og partene anser risikoen for tap som avgjørende for å unngå prosessen. Det er nok derfor ikke uvanlig at partene i et utviklingsprosjekt inngår forlik, fordi de ser seg bedre tjent med å gå i null eller med et visst tap, enn å risikere et betydelig større tap. I tillegg vil behandling for domstolene være tidkrevende, noe som også kan begrunne hvorfor parter i et utviklingsprosjekt unngår å foreta rettslige skritt.

Konsekvensen av privat behandling i voldgift og vegringen mot å bringe saker for domstolene, gjør trolig at det per i dag ikke foreligger noen avgjørelser fra Høyesterett som omhandler IT-kontrakter. Antallet saker fra underretten er heller ikke mangfoldig. Praksis fra underretten har også begrenset rettskildemessig verdi og er ikke alltid tilgjengelig. Hvilken

---

<sup>18</sup> Mads Bryde Andersen. *IT-RETTE*. København, 2005 s. 250

<sup>19</sup> Haaskjold (2013) s. 25

<sup>20</sup> Op. cit

<sup>21</sup> Lov om voldgift (voldgiftsloven) 14. mai 2004 nr. 25

vekt underrettsdommer kan tillegges har vært omdiskutert i teorien.<sup>22</sup> Høyesterett må ikke ta hensyn til underrettspraksis, og kan sette denne til side. Underrettspraksis kan sies å ha vekt på linje med juridisk teori.<sup>23</sup> Hvor det er lite eller ingen høyesterettspraksis vil underrettspraksis som tar stilling til tvilsomme juridiske spørsmål, derimot ha større interesse.<sup>24</sup> Underrettspraksis benyttes for å belyse hvordan enkelte av problemstillingene som reises i avhandlingen kan løses.

Det lave antallet saker for domstolene, gjør at det gjennom rettspraksis ikke er mulig å gi et helhetlig bilde av konfliktene innenfor IT-kontraksrett. Å konstatere gjeldende rett vedrørende heving av utviklingskontrakter basert på rettspraksis, er derfor vanskelig. Likevel har rettspraksis om heving fra andre rettsområder som angir generelle betraktninger, relevans ved vurderingen av heving av utviklingskontrakter.<sup>25</sup> Slik rettspraksis vil bli benyttet for å angi generelle utgangspunkter og retningslinjer.

#### **1.3.4 Juridisk teori**

Omfanget av juridisk teori som omhandler utviklingskontrakter er begrenset. Den nyeste juridiske teori på området fra Norge er fra 2006. Fra våre naboland finnes det også nyere relevant juridisk teori. På privatrettens område har nordisk rett mange likhetstrekk som følge av det nordiske lovsamarbeidet.<sup>26</sup> Juridisk teori fra andre nordiske land kan derfor benyttes for nærmere avklaring av avhandlingens problemstillinger.

### **1.4 Videre fremstilling**

I pkt. 2 vil det vises til hvordan valg ved avtaleinngåelsen kan få betydning for det videre kontraktsforholdet. Kontraktene som benyttes i avhandlingen og prinsipper for tolking og utfylling av standardkontrakter vil bli presentert og redegjort for. Til slutt vil enkelte særtrekk ved IT-kontrakter av relevans for spørsmål om kundens hevingsrett, trekkes frem.

---

<sup>22</sup> Nygaard (2004) s. 210

<sup>23</sup> Op. cit

<sup>24</sup> Op. cit

<sup>25</sup> Torvund (1997) s. 29

<sup>26</sup> Nygaard (2004) s. 220

Hevingsadgangen beror på nærmere bestemte vilkår. Det overordnede spørsmålet er om det foreligger en rett til å heve kontrakten, og for denne avhandlingen, om kunden har hevingsrett. I pkt. 3 presenteres kundens hevingsrett etter de utvalgte standardkontraktene.

Heving forutsetter at mislighold inntreffer. Mislighold og de ulike formene for mislighold og tilhørende vilkår vil bli behandlet i pkt. 4.

Hovedvilkåret for heving er ofte at det foreligger ”vesentlig mislighold”. Hva som ligger i vesentlig mislighold, hvilken terskel vilkåret oppstiller for utviklingskontrakter og momenter i vurderingen vil være sentralt for avhandlingen. Dette behandles i avhandlingens pkt. 5.

Videre vil hevingsoppgjøret og hvilke virkninger heving kan få for kontraktsforholdet behandles i pkt. 6.

Endelig vil det gis et par avsluttende bemerkninger i pkt. 7.

## **2 IT-KONTRAKTER**

---

### **2.1 Avtaleinngåelse, valg av kontrakt og kontraktsutforming**

Prekontraktuelle forhold kan være av betydning for om kontraktsforholdet leder til heving.

Valg av leverandør og kontrakt, samt kontraktens innhold vil være blant disse forholdene. For større prosjekter gjør viktigheten av valg av kontrakt og dens innhold seg særlig gjeldende.

Partene kan etter prinsippet om avtalefrihet velge hvem de vil inngå avtale med og hva denne skal omhandle. Det praktiske vil være at kunden fremsetter en spesifikasjonsbeskrivelse med angivelse av ønsker og behov for leverandørens primærytelse. Deretter vil kunden kunne bli møtt med et tilbud fra en leverandør, gjerne i form av en løsningsbeskrivelse, for gjennomføring av utviklingen.<sup>27</sup> Godtar kunden tilbudet foreligger det en bindende avtale.

Prinsippet om formfrihet gir avtalepartene valg mellom hvorvidt hele eller deler av avtalen skal inngås i muntlig eller skriftlig form. Ved større og mer kompliserte avtaleforhold om utvikling av programvare er muntlig avtaleinngåelse uvanlig og lite praktisk. Oslo tingretts dom fra 27. november 2001 (TOSLO-2001-11218) belyser hvordan et utviklingsprosjekt basert på muntlig avtaleinngåelse kan lede til vanskeligheter. Saken omhandlet heving av en

---

<sup>27</sup> Torvund (1997) s. 37

muntlig utviklingsavtale om et internettbasert regnskapsprogram. Det forelå en bindende avtale om utvikling, men partene var uenige om innholdet i avtalen. Uenigheten knyttet seg til betaling og ferdigstillestidspunkt. Retten måtte derfor vurdere basert på skriftlig dokumentasjon og partenes opptreden hva de hadde forpliktet seg til. Partene hadde begge fremsatt krav om heving. Tingretten kom til slutt frem til at leverandøren ikke hadde forpliktet seg til en fast pris og et endelig ferdigstillestidspunkt, og ga følgelig leverandøren medhold i kravet om heving på grunn av kundens betalingsmislighold.

Partene kan velge å benytte standardkontrakter utformet av andre, en av partenes egne standardkontrakter eller konstruere en helt ny kontrakt for det aktuelle prosjektet.<sup>28</sup> Preseptorisk lovgivning begrenser kontraktsreguleringene, og vil således kunne innvirke på kontraktsutformingen. Det må bl.a. tas hensyn til regler om straff, personvern, skatt og import/eksport. Hvordan reglene er utformet vil bidra til å minimere usikkerheter og konflikter, og kan motvirke at prosjektet leder til heving. Valg av kontrakt vil følgelig kunne få stor betydning for hvilke rettigheter og krav partene har dersom mislighold inntreffer. Kontrakten kan benyttes som et styringsverktøy for gjennomføring av prosjektet.

Betydningen av valg av kontrakt fremheves i dom fra Borgarting lagmannsrett 9. desember 2015 (LB-2015-34400). Saken gjaldt et nyoppstartet gründerfirma som hadde engasjert et IT-selskap for utvikling av et nytt konsept for salg av klær på internett. Leveransen skulle basert på eksisterende programvare, utvikles spesielt for kunden. Partene inngikk en avtale basert på leverandørens standardvilkår for konsulentarbeid. Retten anså valg av kontrakt som uhensiktsmessig, og uttalte at ”den har bidratt til at leveransen kom galt ut fra starten av”. Det ble lagt til grunn at kontrakten ikke var beregnet på utviklingsprosjekt, men på et konsulentforhold, noe som gjorde avtaleforholdet uregulert på flere punkter. I tillegg ble kontrakten ansett å være ubalansert og leverandørvennlig. Retten konkluderte til slutt med at det forelå grunnlag for heving av kontrakten. Valg av uegnet kontrakt kan dermed være et forhold som potensielt leder til heving.<sup>29</sup>

---

<sup>28</sup> En av få retningslinjer kontrakts forfattere og avtaleparter må forholde seg til følger av forskrift om universell utforming av informasjons- og kommunikasjonsteknologiske (IKT)-løsninger (nr. 732/2013).

<sup>29</sup> For å motvirke en slik situasjon, vil veiledninger til valg av kontrakt kunne være hensiktsmessig. Difi har utarbeidet en veiledning, for å forenkle valg av kontrakt. Se <https://www.anskaffelser.no/it/statens-standardavtaler/velg-riktig-avtale> (sist lest 02.04.17)

## 2.2 Utvalgte standardkontrakter

For å belyse hvordan heving og andre forhold av relevans kan reguleres, vil et sett av utvalgte standardkontrakter fra Direktoratet for forvaltning og IKT (Difi), IKT-Norge og Den norske dataforening (DND) bli anvendt i avhandlingen.

Difi er en offentlig aktør som står for utformingen av statens standardavtaler (SSA), som kan anvendes for kontrakter vedrørende IT-tjenester. Deres standardavtaler er hovedsakelig utformet for det offentlige.<sup>30</sup> Kontraktene er utformet etter innspill fra leverandør- og kundesiden.<sup>31</sup>

IKT-Norge er en interesseorganisasjon bestående av medlemmer med ulik erfaring og kunnskap innenfor IT.<sup>32</sup> Organisasjonen tilbyr medlemmene ulike juridiske tjenester. IKT-Norge representerer leverandørsiden.<sup>33</sup> Kontraktene søker likevel å være balansert mellom kunde og leverandør.<sup>34</sup>

DND er ifølge foreningen selv Norges største IT-faglige forening. Foreningen er et forum og fagmiljø av og for profesjonelle og avanserte brukere av IT.<sup>35</sup> Representanter fra kunde og leverandørsiden har i like stort omfang tatt del i utformingen av deres kontrakter, samt juridiske aktører med praktisk erfaring.<sup>36</sup>

De nevnte kontraktsutformerne har alle på bakgrunn av kunnskap om IT-bransjen, utformet kontrakter for utvikling av programvare. Aktørene er kjent og deres kontrakter utbredt i bransjen.<sup>37</sup> Kontraktene har flere likhetstrekk, men også forskjeller som gir grunnlag for sammenligning. Disse består av en generell del, men forutsetter også bruk av forhåndsdefinerte bilagssett.

---

<sup>30</sup> <https://www.difi.no/om-difi> (sist lest 02.04.17)

<sup>31</sup> <https://www.anskaffelser.no/it/statens-standardavtaler/statens-standardavtaler-ssa>

<sup>32</sup> <https://www.ikt-norge.no/om-ikt-norge/> (sist lest 02.04.17)

<sup>33</sup> Føyen (2006) s. 63

<sup>34</sup> <https://www.ikt-norge.no/butikk/> (sist lest 02.04.17)

<sup>35</sup> <https://www.dataforeningen.no/om-dnd.134466.no.html> (sist lest 02.04.17)

<sup>36</sup> <https://www.dataforeningen.no/it-kontrakter.160152.no.html> (sist lest 02.04.17)

<sup>37</sup> Føyen (2006) s. 62

For å ha et best mulig sammenligningsgrunnlag, vil de kontraktene som er beregnet på større utviklingsprosjekter benyttes. For spørsmålet om heving er prosjekter av et visst omfang mest interessante. Begrunnelsen er at disse prosjektene vil ha større sannsynlighet for å møte på utfordringer som igjen kan lede til heving.

I likhet med valg av kontrakt vil valg av utviklingsmetode eller modell kunne få betydning for et eventuelt hevingsspørsmål. Det skiller både i kontraktene og for utviklingen mellom *fossefallsmodellen* og *smidig utviklingsmodell*. Disse modellene er også utbredt i bransjen.<sup>38</sup> Utviklingsmodellene står på mange måter i motsetning til hverandre. Etter fossefallsmodellen fastsettes kravspesifikasjon og pris ved avtaleinngåelsen, mens utviklingen etter smidig metodikk avtales og foretas gradvis.<sup>39</sup> Skillet mellom disse uttypes nærmere under pkt. 2.4.3.

### **2.2.1 SSA-S**

For utvikling av programvare tilbyr Difi *utviklings- og tilpasningsavtalen* (SSA-T) og *smidigavtalen* (SSA-S) fra juli 2015. Disse kontraktene inneholder svært mange like reguleringer. Det anses likevel som mest hensiktsmessig å anvende smidigavtalen. Denne kontrakten kan i større grad anvendes på både spesialutviklet og standard programvare som tilpasses kunden.<sup>40</sup> SSA-S har derfor noe videre bruksområde enn SSA-T.

SSA-S er den mest omfattende av de utvalgte kontraktene hvor den generelle avtaleteksten består av 43 sider. Dette skyldes sannsynligvis at kontraktene fra Difi er utformet med sikte på offentlige anskaffelser.<sup>41</sup> Denne prosessen er lovregulert i lov om offentlige anskaffelser, og fordrer i utgangspunktet en mer omfangsrik kontraktsinngåelse.<sup>42</sup> Samtidig er det mulig å benytte kontrakten for andre kontraktsforhold, og uten en omfattende prosess. Partene kan gjøre endringer i avtaleteksten, og kan således tilpasse kontrakten etter behov.

### **2.2.2 PS 2000 Sol**

DND tilbyr blant annet *kontraksstandard for oppdragsbasert, smidig leveranse av programvare* (PS 2000 Sol). Kontrakten er oppdatert i 2013 og er beregnet på større prosjekter. I tillegg til bilag, består kontrakten av "Avtale" som er en fellesbetegnelse for

---

<sup>38</sup> Udsen (2016) s. 506

<sup>39</sup> Udsen (2016) s. 507

<sup>40</sup> Bekreftet gjennom korrespondanse med Difi

<sup>41</sup> Føyen (2006) s. 63

<sup>42</sup> Lov om offentlige anskaffelser 17. Juni 2016 nr. 73

oppdragsavtale og bistandsavtale jf. kontraktens pkt. 1.2. PS 2000 Sol den klart mest solgte kontrakten fra DND for utviklingsprosjekter.<sup>43</sup> Det anses derfor som hensiktsmessig å benytte denne for nærmere vurdering.

DND har utarbeidet veiledning for utarbeidelse og bruk av PS 2000 Sol.<sup>44</sup> Det følger blant annet av pkt. 1.4 at det er en forutsetning for bruk av kontrakten at partene har ”en viss erfaring med og modenhet innenfor smidig systemutvikling”. Ytterligere fremgår det av pkt. 2.2 at kontrakten er beregnet på prosjekter av lenger varighet. Veiledningen bidrar til større forutberegnelighet for partene ved kontraktsutformingen, og ved valg av kontrakt.

### **2.2.3 IKT SUP-04**

I motsetning til Difi og DND tilbyr IKT-Norge ingen kontrakter for smidig leveranse. Dette utelukker imidlertid ikke at smidig metodikk kan benyttes i kontraktsforholdet.

Utviklingskontraktene til IKT-Norge legger likevel i større grad opp til utvikling etter fossefallsmodellen.

*Avtale om systemutviklingsprosjekt 04* fra september 2010, versjon 5, (heretter forkortet til IKT SUP-04) vil bli anvendt i avhandlingen. Dette er fordi kontrakten er beregnet for større og mer kostbare utviklingsprosjekter.<sup>45</sup>

## **2.3 Tolking og utfylling av standardvilkår i utviklingskontrakter**

I Høyesteretts dom fra 28. juni 2016 (HR-2016-1447) som omhandler tolking av en standard entreprisekontrakt, gis en rekke generelle uttalelser om tolking av standardvilkår. Høyesterett viser til tidligere avgjørelser hva angår den generelle tolkingen, og fastslår derfor at tidligere rett fortsatt er gjeldende. Når man står overfor en standardavtale, viser retten at alminnelige avtalerettslige prinsipper får betydning. Det gjelder ikke kun en ren ordlydsfortolkning. Andre momenter utenfor avtaledokumentet kan trekkes inn ved tolkingen, herav kontraktens formål og andre reelle hensyn.<sup>46</sup> Videre kan de føringer kontrakten gir for forståelsen av den aktuelle

---

<sup>43</sup> Bekreftet gjennom korrespondanse med IKT-Norge

<sup>44</sup> Vedlegg 1

<sup>45</sup> <https://www.ikt-norge.no/butikk/> (sist lest 02.04.17)

<sup>46</sup> HR-2016-1447 avsnitt 38 med henvisning til Rt. 2010 s. 961

bestemmelse, med sikkerhet trekkes inn.<sup>47</sup> Det er også rom for å ta standardens forarbeider og utvikling med hensyn til tidligere versjoner og bakgrunnsrett, i betraktning.<sup>48</sup>

For tolking av SSA-S, IKT SUP-04 og PS 2000 Sol er utgangspunktet at den standardiserte kontrakten må tolkes etter ordlyden i sin objektive form. Tolkingsmomenter utenfor kontraktens ordlyd er imidlertid begrenset. Det foreligger ikke rettspraksis, forarbeider eller juridisk teori som omhandler kontraktene.<sup>49</sup> Ordlyden er således essensiell for å avklare innholdet. De eldre kontrakteksemplarene kan benyttes for å vurdere endringer og som et tolkingsmoment. Veiledningen fra DND kan også være et bidrag i tolkingen av PS 2000 Sol.

Om det er tale om ensidige eller gjensidige utformede kontrakter, vil dette også kunne få betydning for tolkingen.<sup>50</sup> Ved gjensidige kontrakter har partene normalt lik mulighet til å påvirke kontraktens innhold. Det vil derfor være større grunn til å ta kontrakten på ordet. De utvalgte standardkontraktene er alle utformet for leverandører og kunder. Imidlertid er de utformet fra ulike hold. Dette gjør at PS 2000 Sol er den eneste av kontraktene som kan anses som fullstendig gjensidig utformet. SSA-S er også utformet av leverandører og kunder, men har vært hevdet å være mer kundevennlig.<sup>51</sup> IKT SUP-04 er utformet av leverandørsiden.

Hvem som står for utformingen av bilagene, vil derimot kunne variere. Bilagene er ikke nødvendigvis gjensidige, slik som den generelle del i standardkontrakten. Ved ensidige kontraktsreguleringer vil ukklarhetsregelen kunne få betydning. Kontraktsutformerer må bære tvilsrisikoen ved en eventuell ukklarhet i kontrakten, typisk leverandøren.<sup>52</sup> Fremstår kontrakten som fordelaktig for leverandøren eller kunden, vil dette også kunne få betydning for tolkingen.<sup>53</sup> Fordi IKT SUP-04 er utformet av leverandørsiden, er det derfor mulig at kontrakten er mer gunstig for leverandører, noe som kan få utslag i tolkingen. Selv om det

---

<sup>47</sup> HR-2016-1447 avsnitt 43

<sup>48</sup> HR-2016-1447 avsnitt 45

<sup>49</sup> Juridisk teori er ikke oppdatert hva gjelder de nyeste standardkontraktene som anvendes i avhandlingen.

<sup>50</sup> HR-2016-1447 avsnitt 45

<sup>51</sup> Føyen (2006) s. 63

<sup>52</sup> Se LB-2015-34400

<sup>53</sup> I LB-2015-34400 ble kontrakten ansett som leverandørvennlig. Kontrakten ble tolket i leverandørens disfavør.



utformes andre løsninger i bilag, må det også tas hensyn til rangbestemmelser som løser en eventuell motstrid med den generelle del.<sup>54</sup>

Bakgrunnsretten vil også kunne få betydning for tolkingen, når løsningen ikke klart følger av kontrakten.<sup>55</sup> Som det vil vises i den videre fremstillingen, er heving og tilhørende problemstillinger i de utvalgte kontraktene ikke uttømmende regulert. Et visst rom for utfylling vil derfor være aktuelt hvor kontrakten er taus eller ufullstendig. Å gi et entydig svar på valg av bakgrunnsrett er imidlertid vanskelig, fordi kontrakter om utvikling av programvare har elementer fra flere kontraktsområder.<sup>56</sup>

Obligasjonsrettslige prinsipper kan som nevnt få betydning. Prinsippene løser imidlertid ikke med sikkerhet alle problemstillinger, og er ikke nødvendigvis uttrykt i alle bestemmelsene i kontraktslovgivningen.<sup>57</sup> En mer utførlig vurdering av om bestemmelsen skal gis anvendelse, bør da foretas.

For utviklingskontrakter er kjøpsloven fremhevet i juridisk teori som den mest anvendelige loven.<sup>58</sup> Føyen m.fl. drøfter på bakgrunn av ulik teori om kjøpsloven kan gis direkte anvendelse.<sup>59</sup> Det fremholdes at det for rene salg av standard programvare vil kjøpsloven kunne gis anvendelse. Derimot vil spesialutviklet programvare falle helt utenfor.<sup>60</sup>

I LB-2015-34400 som omtalt i pkt. 2.1 anvendte lagmannsretten obligasjonsrettslige prinsipper ved løsning av tvisten om heving. Valg av bakgrunnsrett var ikke et tema. Årsaken kan være at retten anså bruk av kjøpsloven eller prinsippene som lite betydelig, fordi de ofte gir uttrykk for det samme.<sup>61</sup>

---

<sup>54</sup> Rangordningen er regulert i SSA-S pkt. 1.3 og i PS 2000 Sol Del 1. IKT SUP-04 inneholder derimot ikke en slik bestemmelse.

<sup>55</sup> HR-2016-1447 avsnitt 46

<sup>56</sup> Føyen (2006) s. 47

<sup>57</sup> Hagstrøm (2011) drøfter dette på s. 70-76

<sup>58</sup> Lov om kjøp 13. mai 1988 nr. 27

<sup>59</sup> Føyen (2006) s. 47

<sup>60</sup> Føyen (2006) s. 52

<sup>61</sup> I Rt. 1999 s. 404 uttalte retten at direkte anvendelse av kjøpsloven ikke har stor praktisk betydning, da lovens sentrale bestemmelser i stor grad gir uttrykk for obligasjonsrettslige prinsipper.

Føyen m.fl. har også gitt uttrykk for at det foreligger en alminnelig enighet om at det kan trekkes analogier fra kjøpsloven.<sup>62</sup> Bruk av analogi er i tillegg konstatert i etterfølgende rettspraksis. Dom fra Oslo tingrett av 26. november 2009 (TOSLO-2009-72662) omhandlet heving av kontrakt om utvikling av EDB programvare for inkasso og realisasjon av panteobjekter. For spørsmålet om bakgrunnsrett, uttalte retten at det bør kunne trekkes analogier fra kjøpsloven hvor kontrakten er taus. At dette må avgjøres konkret for hvert enkelt spørsmål, ble også presisert.

Uttalelsene fra teorien forstås slik at jo større element av standard programvare ytelsen inneholder, jo mer taler dette for å gi kjøpsloven direkte anvendelse. Legges det til grunn at det er mindre vanlig at programvare utvikles helt fra bunnen av som omtalt i pkt. 1.1, tilsier dette at kjøpsloven for de fleste utviklingskontraktene vil kunne få anvendelse. Samtidig er det slik teorien og rettspraksis viser ikke nødvendig å gi kjøpsloven direkte anvendelse. Bruken av analogi eller av de alminnelige obligasjonsrettslige prinsipper er ikke like omstridt, og kan gi en like fullgod løsning.

## **2.4 Særtrekk med IT-kontrakter**

### **2.4.1 Primærytelsen**

Leverandørens primærytelse i utviklingskontrakter er programvare, i mer eller mindre spesialisert form, jf. pkt. 1.1. Utvikling av programvare kjennetegnes ved at kontraktsgjenstanden skapes gjennom en tilvirkningsprosess, og kan som et endelig resultat representere noe helt nytt.<sup>63</sup> Dette selv om produktet inneholder deler fra ferdig utviklet programvare.

Elementer fra kjøp, entrepris og konsulenttenester er å gjenfinne ved utvikling av programvare, noe som nevnt i pkt. 2.4 gjør klassifiseringen utfordrende.<sup>64</sup> Det er også store variasjoner innenfor de ulike utviklingsprosjekt og kontrakter.<sup>65</sup> Utvikling av programvare kan anses å være i grenseland mellom tilvirkingskjøp og entrepris.<sup>66</sup> Samtidig kan

---

<sup>62</sup> Føyen (2006) s. 42

<sup>63</sup> Føyen (2006) s. 231

<sup>64</sup> Torvund (1997) s. 27 og Føyen (2006) s. 47

<sup>65</sup> Føyen (2006) s. 61

<sup>66</sup> Torvund (1997) s. 24

ytelsesformen anses som en særskilt form for tilvirking, slik som ved entrepriser.<sup>67</sup> I alle henseender vil utvikling av programvare være nært opp mot tilvirkning, og kunne være omfattet av kjøpsloven § 2.

Veien frem til det endelige resultat kan by på helt nye utfordringer og usikkerheter. Utvikling av programvare er også et område i rask utvikling.<sup>68</sup> Disse utfordringene kan gi et eget rom for improvisasjon.<sup>69</sup> Likevel må leverandøren ta hensyn til at ytelsen kan utgjøre en sentral del av kundens organisasjon og drift, noe som gjør kunden mer sårbar ved kontraktsbrudd enn for lignende tjenester hvor denne er adskilt fra driften.<sup>70</sup> Klare angivelser av krav og ønsker fra kunden er derfor viktig for å gi nødvendige føringer for leverandørens spillerom.

#### **2.4.2 Spesifikasjons- og løsningsbeskrivelse**

Utforming av spesifikasjon for utvikling av programvare kan få stor betydning for vurderingen av om det foreligger mislighold og grunnlag for heving.<sup>71</sup> Jo klarere kundens spesifikasjonsbeskrivelse og leverandørens løsningsbeskrivelse er utformet, jo enklere er det å konstatere mislighold og dets omfang.<sup>72</sup> En spesifikasjon bidrar til forutberegnelighet for partene og setter faste rammer for utviklingen. På den andre siden er det ikke alltid hensiktsmessig å angi en fullstendig og utfyllende spesifikasjon.

Problemet med på forhånd å spesifisere ytelsen er at kunden ikke alltid har tilstrekkelig kunnskap til å angi alle krav.<sup>73</sup> Hvor det er tale om et helt nytt produkt, vil kunden heller ikke kunne basere seg på forutgående spesifikasjoner.<sup>74</sup> På denne bakgrunn vil angivelse av løpende spesifikasjoner være mer tilrådelig. Uten tilstrekkelige forkunnskaper og prognoser kan kunden risikere å komme med spesifikasjoner som leder prosjektet i feil retning og som gir uønskede resultater. Med andre ord kan en spesifikasjons- og også en løsningsbeskrivelse være en faktor som leder til heving.

---

<sup>67</sup> Føyen (2006) s. 58

<sup>68</sup> Torvund (1997) s. 28

<sup>69</sup> Op. cit

<sup>70</sup> Torvund (1997) s. 27

<sup>71</sup> Omtalt i avhandlingens pkt. 2.1

<sup>72</sup> Torvund (1997) s. 65

<sup>73</sup> Torvund (1997) s. 66

<sup>74</sup> Torvund (1997) s. 73

Spesifikasjonsbeskrivelsen bør uansett inneholde et minimum av spesifikasjoner, for å få prosjektet i gang. Torvund fremhever fire hovedelementer, herav 1) formål, 2) krav til egenskaper ved det som skal leveres<sup>75</sup>, 3) løsningsmodell<sup>76</sup>, og 4) produkter og/eller tjenester.<sup>77</sup> Med produkter og tjenester menes tilleggsavtaler som for eksempel vedlikeholdsavtale.<sup>78</sup>

Er det for eksempel tale om utvikling av en datingapplikasjon må dette angis i spesifikasjonens formål. Formålet kan utformes slik; ”Tjenesten skal gjøre det mulig for privatpersoner å lage en profil for å komme i kontakt med andre brukere.” Videre må egenskaper som gjør det mulig å lage en datingprofil med navn, alder og bilde spesifiseres. Samt muligheten til å kunne bla gjennom og like andres profiler. I tillegg må brukeren kunne matches sammen med andre brukere basert på preferanser som geografi. Om applikasjonen skal kunne brukes på mobil, eller kun på en webside må også angis.

Når det gjelder løsningsbeskrivelse anses det ikke som like hensiktsmessig å angi denne eller disse i spesifikasjonen, da det legger føringer for sluttresultatet. Skulle det være ønskelig å endre for eksempel operativsystem, kan dette by på vanskeligheter. Det kan derfor være mer fordelaktig å avvente med angivelse av løsningsmodell.

Ved bruk av ovennevnte spesifikasjonsbeskrivelse kan leverandøren også komme med innspill, og nærmere utarbeide en løsningsbeskrivelse. På denne måten har kunden skapt en ramme for leverandørens videre arbeid og for hvilke krav som kan stilles til arbeidet. Forholdet mellom spesifikasjonsbeskrivelsen og løsningsbeskrivelsen er nærmere behandlet under pkt. 5.2.2.

### **2.4.3 Modeller for utviklingen**

Fossefallsmodellen, også betegnet som den *tradisjonelle* eller *klassiske metode*, forutsetter at det fastsettes en uttømmende kravspesifikasjon i starten av prosjektet.<sup>79</sup> Modellen legger opp til en forutberegnelig løsning, og kan for kunden fremstå som en trygg og kontrollert

---

<sup>75</sup> Nærmere behandlet i avhandlingens pkt. 4.5.3

<sup>76</sup> Torvund (1997) s. 80 nevner som et eksempel på løsningsbeskrivelse hvilket operativsystem som skal benyttes

<sup>77</sup> Torvund (1997) s. 73

<sup>78</sup> Op. cit

<sup>79</sup> Føyen (2006) s. 127

gjennomføringsmodell. Fossefallsmodellen gir derimot ikke stort rom for fleksibilitet.<sup>80</sup>

Som et alternativ til tradisjonell metode, ble *iterativ metode* tidligere benyttet. En iterasjon kan defineres som ”en avgrenset og bestemt tidsperiode for utvikling av programvaren”.<sup>81</sup> Eller som en utviklingsyklus/sprint.<sup>82</sup> Etter iterativ metode utvikles programvaren i iterative eller oppdelte utviklingstrinn.<sup>83</sup> Smidig utvikling og kontraktsregulering har i de senere årene blitt mer vanlig.<sup>84</sup> Metoden består blant annet av iterasjoner. Iterativ metode kan derfor anses som en del av smidig metode, og kan således behandles samlet. I tillegg består smidig metode normalt av *inkrementell utvikling*.<sup>85</sup> Ved inkrementell utvikling foregår utviklingen og iterasjonene i en gradvis økende prosess.

For smidig metodikk vil det ikke foreligge en fullstendig kravspesifikasjon ved innledende fase i prosjektet.<sup>86</sup> Metoden innebærer at utviklingen foretas ved kortere og hyppige delfaser, og forutsetter i tillegg et tett samarbeid mellom kunde og leverandør.<sup>87</sup> Det er derfor viktig at samarbeidet og prosessen er godt regulert i kontrakten. At samarbeid er en slik viktig suksessfaktor for bruk av smidig metodikk, kan i enkelte tilfeller by på utfordringer. Manglende eller dårlig samarbeid kan dermed være grunnen til at kontraktsforholdet kan lede til mislighold og senere heving.

Selv om prosjektets gjennomføring er fastsatt på forhånd, vil behovet for endringer kunne inntre utover i prosjektet.<sup>88</sup> Endringsbehovet kan belyses gjennom kappløpet mellom Apple og Google. Aktørene konkurrer konstant om å ha det beste operativsystemet for mobiltelefoner. Å kunne foreta tilpasninger og endringer raskt er derfor en nødvendighet for disse. Utviklingen foregår kontinuerlig. I slike tilfeller vil bruk av fossefallsmodellen kunne være u hensiktsmessig og en svakhet for fremdriften. Etter fossefallsmodellen er det ikke lagt opp til å foreta tilpasninger i samme grad som ved smidig utvikling. Behovet for endringer vil

---

<sup>80</sup> Udsen (2016) s. 485

<sup>81</sup> Definisjon er uttatt fra PS 2000 Sol pkt. 1.2

<sup>82</sup> SSA-S pkt. 2.1.1

<sup>83</sup> SSA-S pkt. 17

<sup>84</sup> <https://gemini.no/2014/03/norske-it-forskere-pa-topp-i-verden/> (sist lest 02.04.17)

<sup>85</sup> SSA-S pkt. 17

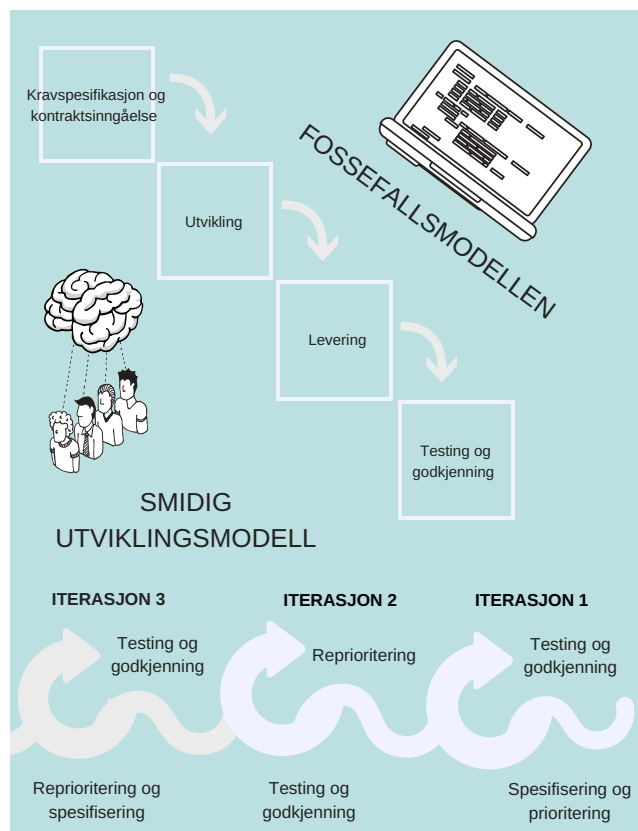
<sup>86</sup> Op. cit

<sup>87</sup> Udsen (2016) s. 485

<sup>88</sup> Føyen (2006) s. 125

ikke være det samme ved smidig utvikling, fordi partene underveis avtaler hva som skal inngå i den enkelte fase.

En illustrasjon av fossefallsmodellen og smidig utviklingsmodell vises herunder i ”figur 1”.



Ved smidig metode vil kvaliteten på selve prosessen i større grad stå i fokus ved misligholds- og hevingsvurderingen.<sup>89</sup> Mens det for utvikling etter fossefallsmodellen vil være større fokus på ytelsen som et resultat. Utviklingsmodellene har derfor visse likheter opp mot inndelingen innsats/omsorgs- og resultatforpliktelser i den alminnelige kontraktsretten. Samtidig er det vanlig for utviklingskontrakter at det foreligger en kombinasjon av både resultat- og innsatsforpliktelse.<sup>90</sup> Leverandøren vil ofte være forpliktet til å yte en faglig forsvarlig innsats gjennom hele prosjektet, samt levere et bestemt resultat.<sup>91</sup> Å fastsette et absolutt skille mellom forpliktelsene til tross for valgte utviklingsmodell, lar seg derfor ikke alltid gjøre.

---

<sup>89</sup> Føyen (2006) s. 461

<sup>90</sup> Op. cit

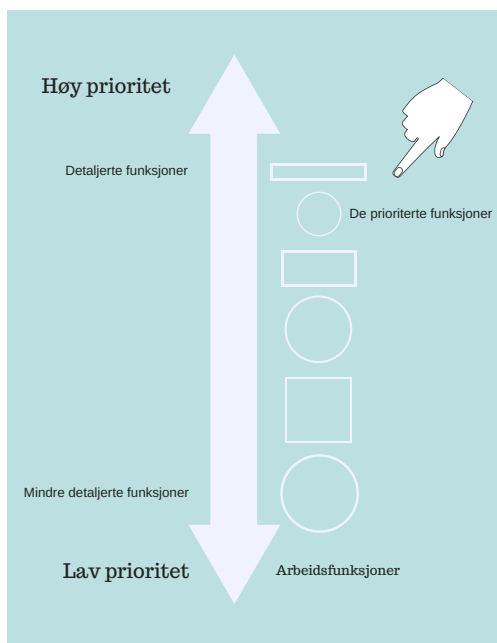
<sup>91</sup> Se TOSLO-2001-11218

#### 2.4.4 Kundens medvirkning

Kundens medvirkningsplikt kommer til uttrykk i PS 2000 Sol pkt. 3, IKT SUP-04 pkt. 3.2.2 og SSA-S pkt. 6.1. Som omtalt innledningsvis, kan kundens medvirkningsplikt ha betydning for spørsmålet om leverandørens mislighold. I utviklingsprosjektet vil leverandøren i enkelte tilfeller være avhengig av kundens medvirkning for oppfyllelse av egne forpliktelser.

Regjeringen har basert på forskning på IT-prosjekter, kommet til at omfattende medvirkning er et viktig element for prosjektets suksess.<sup>92</sup> De kravene som stilles til kundens medvirkning kan anses som særlig strenge og vidtfavnende, og av sentral betydning i et utviklingsprosjekt.

Angivelser av prioriteringer i *produktkøen* er blant annet en viktig del av kundens medvirkning. I PS 2000 Sol pkt. 4.1.4 kommer det til uttrykk at kunden er ansvarlig for ”klargjøring og prioritering av Produktkøen”. Overholdes ikke denne plikten må leverandøren foreta prioriteringene for å fortsette fremdriften, og kan risikere å ta valg som kunden ikke ønsker. En produktkø illustreres nedenfor i ”figur 2”.<sup>93</sup>



---

92

[https://www.regjeringen.no/contentassets/9018344feae44c1f9a2a114e768ebd1b/suksess\\_fiasco\\_offentlige\\_ikt-prosjekter.pdf](https://www.regjeringen.no/contentassets/9018344feae44c1f9a2a114e768ebd1b/suksess_fiasco_offentlige_ikt-prosjekter.pdf)

<sup>93</sup> Illustrasjonen er inspirert av Scott W. Ambler

Partene bør som fremhevet under pkt. 2.4.3 sørge for et nært og ryddig samarbeid.<sup>94</sup> Et godt samarbeid påkrever følgelig medvirkning fra kunden. Graden av medvirkningsplikt avhenger blant annet av hvilken utviklingsmodell partene har valgt. Ved bruk av smidig metode er siktemålet at kunden skal bidra aktivt under utviklingen.<sup>95</sup> Det er derfor grunn til å stille strengere krav til medvirkning ved smidige kontraktsforhold enn for utvikling etter fossefallsmodellen.

#### **2.4.5 Testing av ytelsen**

En viktig del av et utviklingsprosjekt er å foreta tester av produktet. Testing er nødvendig for å avklare om produktet er i kontraktsmessig stand, og om det foreligger grunnlag for heving. Partene kan selv avtale når og hvordan testingen skal gjennomføres.

Etter SSA-S pkt. 2.3.2 skal leverandøren først foreta testingen. Kunden vil deretter gis anledning til å foreta tester for så å komme med tilbakemeldinger etter pkt. 2.3.3. Kundens testing etter pkt. 2.3.3 skal foregå av alle delleveranser. Testing utgjør således en sentral del av kontraktens gjennomføring, og gir kunden en aktiv rolle i prosjektet. En slik kontinuerlig testing kjennetegner kontraktens utviklingsmetodikk.

I likhet med SSA-S skal testing etter PS 2000 Sol foretas etter hver iterasjon iht. kontraktens pkt. 5.5. Bestemmelsen regulerer ytterligere at testingen skal skje i samarbeid mellom kunden og leverandøren. På denne måten kan testingen foregå mer effektivt, og bidra til større fremdrift i prosjektet.

Testing etter IKT SUP-04 følger ikke av kontraktens generelle del, men må avtales nærmere mellom partene og inntas i bilag 6. På grunn av at kontrakten legger opp til utvikling gjennom fossefallsmodellen, vil ikke testing nødvendigvis utgjøre en like sentral rolle i prosjektet som figur 2 belyser.<sup>96</sup>

Testing har flere sider til den alminnelige undersøkelsesplikten i kontraktsretten og om misligholdet kan gjøres gjeldende, noe det i pkt. 4.5.4 vil behandles nærmere.

---

<sup>94</sup> Udsen (2016) s. 484

<sup>95</sup> Se Føyen (2006) s. 45

<sup>96</sup> Se pkt. 2.4.4



### **3 KUNDENS HEVINGSRETT ETTER KONTRAKTENE**

---

I det følgende vil det gis en oversikt og presentasjon av vilkårene for kundens hevingsrett etter de utvalgte standardkontraktene. Vilkårene vil sammenlignes, og presentasjonen vil gi et naturlig utgangspunkt for den videre fremstillingen.

I SSA-S pkt. 11.5.4 er kundens hevingsrett regulert. Det oppstilles her krav om ”vesentlig mislighold”. Vilkåret om vesentlig mislighold vil behandles nærmere under pkt. 6. Videre kan kunden etter pkt. 11.5.4 annet avsnitt heve ved ”vesentlig forsinkelse”, som er nærmere regulert i kontraktens pkt. 11.5.2. Forsinkelse vil bli behandlet i avhandlingens pkt. 4.4.

Etter PS 2000 Sol pkt. 10.1.2 kan kunden heve ved forsinkelse. En generell hevingsadgang er regulert i pkt. 10.5. Rett til heving foreligger dersom dette fremgår av en av de andre bestemmelsene i kontrakten, eller ved ”annet vesentlig mislighold”. Retten til heving gjelder imidlertid bare heving av den aktuelle ”Avtalen”, som er som omtalt i pkt. 2.2.2, en av kontraktens tilleggsavtaler. For å gjennomføre kontrakten er det ifølge pkt. 1.2 i kontraktens veiledning nødvendig med disse tilleggsavtalene.<sup>97</sup>

Skal hele kontrakten heves må det etter PS 2000 Sol pkt. 10.5 annet avsnitt, foreligge gjentatt eller vesentlig mislighold av ”Avtaler” som omtalt i avhandlingens pkt. 2.2.2. Hva som ligger i ”gjentatt” beror på en annen vurdering enn vesentlig mislighold. Ordlyden tilsier at det er tilstrekkelig at det aktuelle misligholdet har inntrådt minst to ganger. For heving av kontrakten er det ikke tatt hensyn til mislighold av selve kontrakten, kun ”Avtaler”. Hva årsaken til dette er, er uvisst. Selv om det ikke fremgår uttrykkelig, må det likevel kunne innfortolkes at gjentatt eller vesentlig mislighold av kontraktens generelle del også gir grunnlag for heving. At brudd på kontraktens generelle del ikke gir grunnlag for å heve kontrakten, kan gi svært urimelige resultater.

I IKT SUP-04 er kundens hevingsrett regulert i pkt. 16.2.1 for forsinkelse og pkt. 16.2.2 for mangler. Heving på bakgrunn av mangler vil behandles nærmere i avhandlingens pkt. 4.5. Etter pkt. 16.2.2 bokstav d kan kunden heve kontrakten dersom det ”allerede når mangelen er påberopt er åpenbart at Leverandøren ikke kan oppfylle avtalen innen 90 dager etter avtalt

---

<sup>97</sup> Vedlegg 1

Godkjennelsesdag”. Ordlyden ”åpenbart” forstås som at det må foreligge klare holdepunkter. Bestemmelsen er rettet mot fremtidige forhold, og kan derfor forstås som en regulering av heving ved antesipert mislighold.

Leverandøren har på den annen side adgang til å heve ved vesentlig mislighold av kontrakten etter pkt. 16.3.1. Hevingsadgangen ved mangler er dermed for kunden snevrere enn for leverandøren. Reguleringen er også snevrere enn etter de andre standardkontraktene. Dette kan tyde på at kontrakten i større grad er leverandørvennlig og ikke fullstendig balansert. Spørsmålet er om pkt. 16.2.2 bokstav d begrenser bakgrunnsretten, eller om den gir rom for utfylling.

At kunden i IKT SUP-04 ikke er gitt samme hevingsadgang som leverandøren, kan tvilsomt være en glipp. På den annen side *har* kunden en hevingsadgang gjennom kontrakten. Det har formodningen mot seg at kontrakten ikke skal kunne utfylles. Skulle det i kontrakten være ment å begrense kundens hevingsadgang, burde dette være uttrykt i klartekst. Samtidig kan bestemmelsen forstås slik at kunden ikke kan heve på bakgrunn av vesentlige forhold innen utgangen av de 90 dagene.

Oppsummert er retten til heving for kunden er etter SSA-S og PS 2000 Sol gjensidig, og ivaretar hensynet til likevekt i kontraktsforholdet. I IKT SUP-04 er imidlertid hevingsadgangen for kunden og leverandøren ulik. Etter IKT SUP-04 vil hevingsadgangen for kunden variere etter om det er tale om en forsinkelse eller en mangel.

## **4 MISLIGHOLD AV KONTRAKTEN**

---

### **4.1 Om mislighold**

Mislighold kan forekomme i ulike former. Det kan enten være tale om:

- feil eller mangler med varen,
- forsinkelser, eller
- brudd på andre avtalebestemmelser

At enkelte feil og forsinkelser kan oppstå under utviklingen er nærmest uunngåelig.<sup>98</sup> Selve utviklingen byr tross alt på et eget sett med utfordringer, og etter at produktet er ferdig utviklet og klar for bruk er det en risiko for at produktet lider av ”barnesykdommer”.<sup>99</sup>

Dersom det foreligger flere mislighold, kan disse kumuleres og sammen utgjøre et grunnlag for misligholdsbeføyelser.<sup>100</sup> Hvor krav om heving er fremsatt vil det vanlige være at det er tale om flere forhold, og ikke et enkeltstående tilfelle.<sup>101</sup> Et enkeltstående tilfelle kan gi grunnlag for heving, men må normalt være av graverende art.

Vurderingen av forsinkelse og mangler kan bli overlappende.<sup>102</sup> Forklaringen er at det ofte avtales at produktet først er levert, når dette er undersøkt og godkjent av kunden. Slik er ordningen for SSA-S og PS 2000 Sol.<sup>103</sup> Det vil kunne ta noe tid før det er testet om produktet fungerer slik det skal. Dette vil igjen kunne lede til forsinkelser i avtalt levering. Avdekkes mangler ved produktet, kan dette også medføre at forsinkelser inntre.

For å avgjøre om det foreligger mislighold, må det vurderes om det foreligger et objektivt ”avvik” mellom utført arbeid eller manglende utførelse og kontrakten. Dette kommer til uttrykk i SSA-S pkt. 11.1 og 12.1 og i rettspraksis, blant annet Rt. 2015 s. 321. Hva som menes med mislighold er derimot ikke regulert i PS 2000 Sol og IKT SUP-04. For disse kontraktene kan det ses hen til forannevnte rettspraksis, og foreta samme avviksvurdering. Det er derfor ikke nødvendig å angi hva som menes med mislighold, med mindre det ønskes en særskilt regulering.

## **4.2 Antesipert mislighold**

Dersom det på forhånd foreligger tilstrekkelig grunnlag til å tro at mislighold vil inntre, foreligger såkalt antesipert eller forventet mislighold. Antesipert mislighold kan gi grunnlag for heving.

---

<sup>98</sup> Torvund (1997) s. 23 og Udsen (2016) s. 471

<sup>99</sup> Jf. LB-2015-34400 og Udsen (2016) s. 484

<sup>100</sup> Hagstrøm (2011) s. 430

<sup>101</sup> Hagstrøm (2011) s. 132

<sup>102</sup> Føyen (2006) s. 468

<sup>103</sup> Se avhandlingens pkt. 4.3

IKT SUP-04 inneholder som omtalt i pkt. 3 en særskilt form for hevingsadgang for kunden ved antesipert mislighold. Kontrakten regulerer ikke antesipert mislighold generelt. SSA-S og PS 2000 Sol har ingen reguleringer av antesipert mislighold.

Retten til heving ved antesipert mislighold er et obligasjonsrettslig prinsipp.<sup>104</sup> Prinsippet kommer til uttrykk i kjøpsloven § 62. Etter kjøpsloven § 62 første ledd må det være ”klart” at ”kontraktsbrudd som vil gi en part hevingsrett”, vil inntre. Ordlyden angir at vurderingen må foretas konkret for hver enkelt kontrakt. Det er ikke oppstilt et eksplisitt krav om ”vesentlig mislighold”. Ordlyden ”klart” forstås som at det må foreligge lite rom for tvil om at rett til heving vil inntre. Kravet gjør at terskelen for heving ved antesipert mislighold er opphøyd, ift. heving etter inntrådte forhold. Med hjemmel i kjøpsloven § 62, kan heving ved antesipert mislighold forekomme også hvor dette ikke er regulert i kontrakten.

En vurdering av hva som vil komme til å skje i utviklingsforløpet vil trolig være enklere for kontrakter som benytter fossefallsmodellen, som IKT SUP-04. Dette fordi utviklingsforløpet er fastlagt allerede fra starten. For PS 2000 Sol og SSA-S er heving på bakgrunn av antesipert mislighold derimot vanskeligere å forestille seg. Ved bruk av smidig metode avtaler partene som nevnt hvordan utviklingen skal skje underveis. Samtidig kan enkelte alvorlige forhold også inntre for disse prosjektene, som gjør at det vil være lite tvilsomt at mislighold av en vesentlig art også vil inntre.

Eksempelvis kan antesipert mislighold kan forekomme, dersom bruk av avtalte nøkkelpersoner slutter og leverandøren ikke straks får erstattet disse. I et slikt tilfelle kan det for øvrig også være nærliggende å påberope bristende forutsetninger.<sup>105</sup>

Sentralt i vurderingen av antesipert mislighold er om det er en en risiko for at misligholdet vil gjenta seg.<sup>106</sup> En slik risiko foreligger dersom leverandøren har innrømmet feil og foretatt retting, men feilene er så store at budsjettet brukes opp allerede midt i prosjektet. Av særlig betydning er også om leverandøren har vist vilje og evne til å gjennomføre de gjenstående

---

<sup>104</sup> Føyen (2006) s. 483

<sup>105</sup> Hagstrøm (2011) viser på s. 336 til at grensen mellom relevant bristende forutsetning og kontraktsbrudd er diskutabel.

<sup>106</sup> Hagstrøm (2011) s. 436

oppgaver.<sup>107</sup> Vurderingen av leverandørens gjennomføringsvilje- og evne beror en vurdering av hva leverandøren har foretatt seg så langt i prosjektet, og hva som sannsynligvis vil skje.

### **4.3 Levering, godkjenning og risikoovergang**

Etter tradisjonelle regler i kontraktsretten forbindes flere rettsvirkninger til

leveringstidspunktet og risikoovergangen. Disse tidspunktene kan være sammenfallende.<sup>108</sup> I IT-retten må det også normalt tas hensyn til godkjenning av leveransen, noe som adskiller seg fra kontraktsretten ellers. Alle disse tidspunktene vil innvirke på vurderingen av mislighold og heving.

Etter SSA-S pkt. 2.5.2 og 2.5.5 foreligger leveringsdag; ”Første Virkedag etter at leveransen er eller anses godkjent”.<sup>109</sup> Formuleringen ”anses godkjent” forstås som en bevisregel. Foreligger tilsynelatende godkjenning, tilsier avtalerettslige hensyn at kunden som et utgangspunkt må ha bevisbyrden for at godkjenning ikke foreligger.

Tidspunktet for endelig levering er ikke regulert i PS 2000 Sol. Dette er naturlig for kontraktens gjennomføringsmåte. For prosjekter av et visst omfang og varighet kan det være vanskelig å angi hvor lang tid utviklingen vil ta, og hvor mye som gjenstår og ferdigstille etter en viss tid.<sup>110</sup> I PS 2000 Sol pkt. 1.2 er leveranse definert som; ”Det til enhver tid avtalte resultat av utvikling av Programvaren gjennom en eller flere Iterasjoner og som er godkjent av Kunden i Godkjenningsprøven”. Etter denne bestemmelsen foreligger leveranse ved innfrielse av to forhold; Avtalt resultat og godkjenning fra kunden. Skulle det senere vise seg at resultatet ikke oppfyller det avtalte resultat, og dette er godkjent av kunden, foreligger ikke leveranse. En slik fortolkning følger naturlig av bestemmelsens ordlyd.

IKT SUP-04 skiller seg imidlertid fra de andre kontraktene hva gjelder leveranse og godkjenning. Etter kontraktens pkt. 8.1 skal partene avtale en leveringsdato. Godkjenning skal i motsetning til de andre kontraktene foretas etter levering. Levering foreligger derfor på avtalt dato og ikke ved godkjenning. Her vil løsningen være levert før den er testet i bruk. For

---

<sup>107</sup> Hagstrøm (2011) s. 437

<sup>108</sup> Etter kjøpsloven § 13 går risikoen ”over på kjøperen når tingen er levert som avtalt”.

<sup>109</sup> Virkedager er ”de dagene som ikke er lørdager, søndager og offentlige høytids- og helligdager, og heller ikke jule- og nyttårsaften.” Jf. SSA-S pkt. 17.

<sup>110</sup> Torvund (1997) s. 27

å avdekke ”barnesykdommer” som nevnt i pkt. 4.1, er det nødvendig å foreta testing. En slik regulering fremstår dermed som streng, i forhold til de andre kontraktene.

### **4.3.1 Risikoen for mislighold**

En forutsetning for å konstatere mislighold og for å gjøre misligholdsbeføyelser gjeldende er at risikoen påhviler misligholderen. Dette kommer til uttrykk i kjøpsloven §§ 22, 30 og 51. Hvordan risikoen er fordelt mellom partene kan variere.

Virkingen av levering etter IKT SUP-04 pkt. 8.1 er blant annet at risikoen for produktet overføres til kunden iht. pkt. 8.2. Reguleringen samsvarer med kjøpsloven § 13. Inntreer mislighold etter risikooverføringen, kan misligholdet i utgangspunktet ikke gjøres gjeldende av kunden.<sup>111</sup> Reguleringen av levering og risikooverføring etter IKT SUP-04 kan begrunnes i bruk av utviklingsmodell. Benyttes fossefallsmodellen vil det være mer naturlig at risikoen overføres til kunden ved leveringen. Mens det for utvikling etter smidig metodikk er mer naturlig at risikoen er mer fordelt mellom partene gjennom prosjektet, noe juridisk teori også gir støtte for.<sup>112</sup> SSA-S og PS 2000 Sol inneholder derimot ikke reguleringer av risikoovergangen. Spørsmålet er da når risikoen for produktet overføres til kunden etter disse kontraktene.

Kjøpsloven § 13 kan anvendes for utfylling. Torvund gir uttrykk for en slik løsning, og er av den mening at man bør holde fast ved utgangspunktet om risikoovergang ved levering, også for IT-kontrakter. Så lenge kunden har ansvaret for installasjonen, hevder han at regelen er uproblematisk.<sup>113</sup> Et av problemene er imidlertid at SSA-S og PS 2000 Sol ikke sammenholder levering med installasjon. Det kan ikke innfortolkes at levering og installering skal foregå på samme tid. At risikoen overføres ved levering, vil også være mindre praktisk for et utviklingsprosjekt. Selv om leverandøren er ferdig med utviklingen, kan feil komme til syne i etterkant. Det kan derfor ikke uten videre legges til grunn at den løsning kjøpsloven § 13 gir uttrykk for, skal benyttes. Kontrakspraksis på dette punkt kan i tråd med smidig utvikling fremstå som endret siden Torvunds fremstilling.

---

<sup>111</sup> Jo Hov. *Avtalebrudd og partsskifte. Kontraksrett II*. 4. utgave, Oslo, 2002 s. 73

<sup>112</sup> Torvund (1997) s. 58

<sup>113</sup> Torvund (1997) s. 109

Ytterligere fremholder Torvund at det tidspunkt når kildekode<sup>114</sup> er overtatt av kunden kan være veiledende.<sup>115</sup>

IKT SUP-04 og PS 2000 Sol inneholder ingen regulering vedrørende kildekode. Forklaringen kan være at overlevering av kildekode i dag vil være mer komplekst enn ved overlevering av kildekode på en CD. Det vanlige i dag er at kildekode gjøres tilgjengelig for brukeren i et egnet elektronisk form.<sup>116</sup> I tillegg kan overføring av kildekode være betinget av egne avtaler som begrenser rettighetene til kildekode.<sup>117</sup> Etter SSA-S pkt. 10.1.5 skal leverandøren ”overlevere kildekode innen 10 virkedager etter godkjenning av akseptansetest for hver delleveranse”. Hensynet til nyttiggjøring taler i en viss utstrekning for at risikoen burde påhvile kunden ved delleveranser av kildekode. Dette forutsetter at denne delen har en selvstendig nytteverdi. Beror imidlertid bruken på en fremtidig leveranse fra leverandøren, vil risikooverføring kunne lede til urimelige resultater. Når kildekode er fullstendig, og denne skal overtas av kunden, vil det derimot være naturlig å anse risikoen som overført.

#### **4.3.2 Betydningen av godkjenning av leveransen**

For utviklingsprosjekter kan godkjenning av leveransen medføre at hevingsadgangen for kunden er tapt jf. dom fra Borgarting lagmannsrett 13. oktober 2005 (LB-2004-8893).

Dommen omhandler heving etter levering av et talesvarsystem til NSB. Kontrakten mellom partene ble konstatert å være en standard EDB-kontrakt for kjøp. Kontrakter om kjøp av elektronisk databehandling (EDB), atskiller seg fra utviklingskontrakter i en viss utstrekning. Kontrakten omhandlet likevel programvare, og har derfor også en viss relevans for utviklingskontrakter.

Lagmannsretten vurderte i LB-2004-8893 om godkjenningen omfattet leveransen i sin helhet, noe som ble besvart negativt. De kom dermed frem til at hevingsretten ikke var tapt. Det må altså kunne stilles krav til at godkjenningen etter en konkret vurdering omfatter leveransen i sin helhet, dersom hevingsadgangen skal være tapt. En slik betraktning underbygges av at kontraktene selv har formalisert en godkjenningsprosedyre. Det er derfor hensiktsmessig å

---

<sup>114</sup> Se avhandlingens pkt. 1.1 for beskrivelse av kildekode

<sup>115</sup> Torvund (1997) s. 109

<sup>116</sup> James Cadle & Donald Yeates. *Project Management for Information Systems*. 5. edition, England, 2008 s. 105

<sup>117</sup> Se Føyen (2006) s. 438 om avtaler om utlevering av kildekode, såkalte deponeringsavtaler

angi et tidspunkt for når levering og når godkjenning anses å foreligge i kontrakten. For ordens skyld burde virkningene av levering og godkjenning også presiseres i kontrakten.

For SSA-S er det uttrykkelig fastsatt at gjennomføringen skal skje gjennom delleveranser bestående av en eller flere iterasjoner jf. pkt. 2.1.1. Det samme er forutsatt i PS 2000 Sol, men ikke regulert eksplisitt. Etter IKT SUP-04 er det anledning for partene å avtale bruk av delleveranser. Godkjenning av delleveranser vil i utgangspunktet ikke lede til at hevingsadgangen går tapt. Spørsmålet er om godkjenning av delleveranse unntaksvis kan avskjære hevingsadgangen.

I SSA-S pkt. 2.5.5 reguleres forholdet til godkjenning og feil og mangler som blir synlige etter godkjenningen. ”Kundens godkjenning er ikke til hinder for at Kunden i garantiperioden kan kreve utbedret feil og mangler som Kunden ikke oppdaget i godkjenningsperioden, eller feil som ikke er rettet av Leverandøren i godkjenningsperioden”. Retten til utbedring går altså ikke tapt ved godkjenning. Dette kan i en viss grad tale for at hevingsretten også er i behold. Reguleringen gir større trygghet for kunden, og fremstår med dette som kundefremmende. Dette står i motsetning til PS 2000 Sol og IKT SUP-04, som ikke regulerer feil som nevnt i SSA-S pkt. 2.5.4 og har heller ikke garantiperiode. Det er derfor i større grad uvisst hvilken betydning godkjenning av delleveranser etter disse kontraktene vil få med hensyn til spørsmålet om heving.

Hensynet til innrettelse kan i enkelte tilfeller tale for hevingsadgangen er avskåret for den aktuelle del. Graden av innrettelse avhenger blant annet av om produktet kan nyttiggjøres. Hensynet til nyttiggjøring bør også her være det sentrale. Skulle for eksempel det viktigste av leveransen være levert i delleveranse 1 og 2, taler hensynet til nyttiggjøring for at hevingsadgangen er avskåret for disse delene. Oppstår mislighold for delleveranse 3 og 4 kan en eventuell hevingsadgang som omfatter delleveranse 1 og 2 gi urimelige resultater for leverandøren. Kunden kan benytte del 1 og 2, og gå til en annen leverandør for utvikling av de gjenstående og enklere delene. Samtidig kan feilen manifestere seg først etter godkjenning. Skulle utviklingen av delleveranse 3 og 4 medføre at delleveranse 1 og 2 ødelegges, vil avskåret hevingsadgang gi et urimelig resultat for kunden.

Synspunktene om virkningen av godkjenning av delleveranser, henger også nært opp mot vurderingen av hevingsoppgjøret, som behandles under pkt. 6.2. Generelt kan det sies at virkningen av godkjenning av delleveranse, må avgjøres konkret for det nærværende tilfellet.



#### 4.4 Forsinkelse i levering av programvaren

Levering av et avtalt produkt kan på bakgrunn av ulike forhold bli forsinket. En forsinkelse kan variere i omfang fra timer til måneder. Enhver forsinkelse vil ikke uten videre innebære et mislighold. Hva som er å anse som en forsinkelse som utløser misligholdsvirkninger, må avgjøres etter en tolking av kontrakten. I alle de utvalgte standardkontraktene er det angitt når det foreligger forsinkelse.

Kontrakt	Punkt	Forsinkelse
	11.5.2	Blir ikke avtalt tidspunkt for Overlevering, eller annen frist som partene i bilag 4 har knyttet dagbøter til overholdt, og det ikke skyldes force majeure eller Kundens forhold, foreligger en forsinkelse fra Leverandørens side som gir grunnlag for dagbot.
	16.2.1	Forsinkelse foreligger dersom Godkjennelsesdag ikke er inntruffet som angitt i BILAG 5, eventuelt med Endringer partene har avtalt.
	10.1.2	Det foreligger forsinkelse fra Leverandørens side dersom en Leveranse knyttet til en Oppdragsavtale basert på definerte godkjenningskriterier ikke kan godkjennes i

		Godkjenningsprøven innen den frist som er avtalt, og dette skyldes forhold Leverandøren er ansvarlig for.
--	--	---

Tidspunktet for forsinkelse er også tilknyttet et nærmere avtalt tidspunkt som må fastsettes i bilag for det konkrete kontraktsforholdet.

SSA-S er den eneste av kontraktene som regulerer at forsinkelse foreligger når tidspunkt for ”overlevering” ikke blir overholdt. En naturlig forståelse av ”overlevering” er tidspunktet produktet fysisk overgis til kunden. Programvare kan imidlertid ikke overleveres i fysisk form, noe som gjør at kontrakten neppe kan tas på ordet. Videre i SSA-S pkt. 17 er overlevering angitt som ”formell overlevering av programvare fra Leverandør til Kunde i henhold til avtale”. Hvordan overleveringen faktisk skal gjennomføres må derfor avtales nærmere og inntas i bilaget.

Etter SSA-S pkt. 2.4 skal overlevering av programvaren skje når kunden har akseptert delleveransen. Godkjenning vil altså også være av betydning for forsinkelse, da overlevering ikke kan foretas uten forutgående aksept. De andre kontraktene knytter likeledes forsinkelsestidspunktet opp mot manglende godkjenning. For IKT SUP-04 fremstår kontrakten med dette som mer balansert. Reguleringen av forsinkelse bekrefter at adgangen til å gjøre heving gjeldende, ikke går tapt ved levering og risikoovergang.

Skulle forsinkelse av *selve* leveransen etter IKT SUP-04 pkt. 1.6.2 inntre, er dette imidlertid ikke regulert direkte av kontrakten. Misligholdsbeføyelser er ikke knyttet opp mot leveransetidspunktet. Generelt og sett opp mot de andre kontraktene fremstår reguleringen som en streng. Skulle selve leveransen bli langvarig forsinket, hjemler ikke kontrakten rett til heving.

#### **4.4.1 Konvensjonalbot eller dagbot**

Forutsatt at det foreligger en forsinkelse, kan leverandøren pålegges konvensjonalbot eller dagbot etter standardkontraktene.

Etter IKT SUP-04 pkt. 16.2.1 bokstav d kan kunden velge å heve avtalen ”dersom Godkjennelsesdag ikke har inntruffet ved utløpet av konvensjonalbotperioden, og dersom Prosjektet i henhold til Fremdriftsplanen skal ha en varighet på mindre enn ett år...”.<sup>118</sup> Bestemmelsen oppstiller en objektiv regel som angir spesifikt når adgangen til heving inntreffer. En slik bestemmelse bidrar til forutsigbarhet og retts teknisk forenkling.<sup>119</sup> På den andre siden foreligger det mindre rom for tilpasninger for det enkelte tilfellet.

Det fremgår videre av pkt. 16.2.1 bokstav d at det for prosjekt som skal ha varighet på mer enn ett år, ”kan eventuell heving senest skje tidligst én måned etter utløpet av konvensjonalbotperioden dersom Godkjennelsesdagen ikke har inntruffet før dette tidspunkt”. Bestemmelsen oppstiller altså en strengere regulering for prosjekter av lengere varighet. Å heve terskelen for heving for lengere prosjekter anses som hensiktsmessig. Som det vil vises til i pkt. 5.1, vil konsekvensene av heving kunne være større for prosjekter av en viss varighet.

Etter SSA-S pkt. 11.5.2 kan ikke kunden heve kontrakten så lenge dagboten påløper. Det følger videre av pkt. 10.5.4 annet avsnitt at kunden kan heve ved ”vesentlig forsinkelse”, som inntreffer når ”levering ikke er skjedd når maksimal dagbot er nådd, eller etter utløpet av en tilleggsfrist hvis den utløper senere”. Bestemmelsene må således sees i sammenheng for å gi et grunnlag for heving. Dagboten løper etter pkt. 11.5.2 for hver dag forsinkelsen varer, og er begrenset til maksimalt 100 kalenderdager. Leverandøren har dermed en fastsatt periode for å løse misligholdet, og motvirke heving.

I PS 2000 Sol pkt. 6.1.1.2 er det adgang for kunden til å heve oppdragsavtalen ved dagbotperiodens utløp. Som nevnt krever imidlertid heving av hele kontrakten ”gjentatt eller vesentlig mislighold” av den enkelte avtale iht. pkt. 10.5 annet avsnitt. Sammenlignet med SSA-S og IKT SUP-04 kan terskelen for heving av kontrakten ved forsinkelse, dermed anses å være høyere for PS 2000 Sol. Et vesentlig mislighold krever gjerne mer enn bare en enkeltstående forsinkelse, som det i pkt. 5.1 og 5.2 vil begrunnes. Samtidig kan hevingsadgangen ved utløpet av konvensjonalbotperioden etter SSA-S og IKT SUP-04, anses å gi uttrykk for et særskilt vesentlig mislighold.

---

<sup>118</sup> ”Godkjennelsesdag” er i IKT SUP-04 pkt. 1 definert som ”Den dag Produktet og andre ytelser skriftlig godkjennes av Kunden”.

<sup>119</sup> Torvund (1997) s. 176

Selv om konvensjonalbotperioden er utløpt, kan hevingsretten være tapt som følge av manglende medvirkning. Dette belyser Gulating lagmannsretts dom fra 17. desember 2013 (LG-2012-182014). Dommen omhandler heving av kontrakt om leveranse av programvare mellom Bergen kommune som kunde og Infrastructure Management AS (IM) som leverandør. Kunden fremsatte krav om heving på bakgrunn av forsinkelser i fremdriftsplanene. Lagmannsretten la til grunn at forsinkelsene skyldtes forhold på begge parter side. IM hadde blant annet mistet to sentrale personer i selskapet. Partene avtalte senere et møte for presentasjon av løsningen. IM fikk imidlertid ikke anledning til å presentere løsningen under møtet. Retten anså dette som en form for kreditormora, fordi dette var årsaken til at misligholdet oppsto. Avgjørelsen viser at det ikke nødvendigvis er en automatikk i utløpt konvensjonalbotperiode, og påfølgende heving. Det kan være grunn til å ta i betraktning årsaken til forsinkelsen, og særlig om dette skyldes kunden selv.

Bruk av konvensjonalbot for IT-kontrakter fremstår etter kontraktene som en normalordning. Konvensjonalbot vil kunne ha en preventiv effekt, og anses fordelaktig i store prosjekter.<sup>120</sup> For leverandøren kan boten virke som en vekker, og bidrar til oppfylleelsespress. I tillegg sikres kunden en viss økonomisk dekning i en ellers sårbar og risikofylt situasjon.

## **4.5 Mangel ved programvaren**

### **4.5.1 Konkret mangelsvurdering**

Spørsmålet som det her må oppstilles, er hva det skal til for at det foreligger en mangel etter en utviklingskontrakt.

Etter PS 2000 Sol, SSA-S og IKT SUP-04 kan kundens rett til heving inntre ved mangler. Det er ikke direkte regulert i kontraktene hva som menes med en mangel. Sentralt i mangelsvurderingen vil dermed være spesifikasjons- eller løsningsbeskrivelsen som omtalt i pkt. 2.4.2.<sup>121</sup> Det leverte kan sammenlignes med spesifikasjonen for å vurdere om det foreligger avvik. Kontrakts formularer angir ulike reguleringer for spesifisering av ytelsen.

I PS 2000 Sol pkt. 5.2 fremgår det at kunden skal beskrive funksjonelle og ikke-funksjonelle behov i en behovsanalyse. Dette er første del av kontraktens fire gjennomføringsprosesser. Behovsanalysen skal danne grunnlag for løsningsbeskrivelsen. Hvor godt uformet

---

<sup>120</sup> Føyen (2006) s. 471

<sup>121</sup> Se Føyen (2006) s. 477

beskrivelsene er og hva som kan forventes av kunden vil variere. Krav og forventninger til utformingen avhenger av erfaring og kunnskapsnivå. Kunden kan for eksempel være av den oppfatning at enkelte arbeidsoppgaver kan gjennomføres i løpet av et par timer, når disse i realiteten krever 100-talls av arbeidstimer.

Selv om kunden ikke vet nøyaktig hva som burde inngå i systemet, må det etter min mening kunne stilles visse krav til spesifikasjonens presisjon og detaljnivå. Til tross for at leverandøren i utgangspunktet vil være ansvarlig for utviklingen, vil en mangelfull spesifikasjonsbeskrivelse kunne gå utover kunden selv. Risikoen kan derfor ikke utelukkende pålegges leverandøren.<sup>122</sup> Skulle spesifikasjonsbeskrivelsen være mangelfull og leverandøren godtar å gjennomføre denne, vil det da likevel være leverandørens risiko om prosjektet ikke kan gjennomføres som avtalt.

Etter PS 2000 Sol pkt. 5.3 skal partene i fellesskap utarbeide en løsningsbeskrivelse. At løsningsbeskrivelsen utarbeides mellom partene i fellesskap bidrar til å hindre at denne inneholder uklare og urealistiske krav. Er det noe som fremstår som uklart eller at tidsrammen for levering anses som urealistisk, bør leverandøren opplyse om dette og tilpasse beskrivelsen deretter.

For SSA-S skal partene samarbeide om utformingen av kundens behovsbeskrivelse og krav jf. kontraktens pkt. 2.3.1. At partene allerede på dette punkt samarbeider, kan bidra til å danne et godt fundament for prosjektet. Det presiseres at leverandøren skal ”veilede Kunden om ulike løsningsalternativ som vil oppfylle Kundens behov...”. Leverandøren skal altså ha en aktiv rolle i spesifikasjonsarbeidet. Således er ansvaret og risikoen for mislighold som følge av spesifikasjonsarbeidet delt mellom partene.

I likhet med de andre kontraktene, skal partene etter IKT SUP-04 pkt. 3.1.2 utarbeide en produktspesifikasjon i fellesskap. Produktspesifikasjonen baseres på kundens funksjonskrav iht. kontraktens pkt. 3.3.2. Funksjonskravene skal etter pkt. 3.3.2 være uttømmende og utarbeidet før kontrakten er underskrevet, og pålegger dermed kunden krav om å angi alle krav i forkant av utviklingen. Kunden må således forutse alle ønsker vedrørende funksjon allerede på dette punkt, noe som krever en viss innsikt. I pkt. 3.1.2 er det tilføyd en ytterligere presisering, som skiller kontrakten fra de andre. Etter bestemmelsen skal ingen annen

---

<sup>122</sup> Føyen (2006) s. 534

spesifikasjon være en del av produktbeskrivelsen. Det må være regulert i kontrakten dersom presiseringer skal inngå som en del av produktspesifikasjonen. Andre former for beskrivelser, skriftlig eller muntlig, korrespondanse m. m vil ikke inngå i spesifikasjonen.

Produktspesifikasjonen vil etter denne bestemmelsen være endelig.

Oppsummert er spesifikasjons- og løsningsbeskrivelsen og utformingen av disse viktig for mangelsvurderingen. Hvilken av partene som tar del i spesifikasjonsarbeidet kan få stor betydning for selve utformingen, risikofordelingen og prosjektets fremgang. På bakgrunn av de ulike utviklingsmodellene er kravene til spesifikasjonsutformingen ulike og gis ulik betydning etter kontraktene. Spesifikasjonene utarbeides for hvert enkelt tilfelle, og gjør at mangelsvurderingen må foretas konkret.

#### **4.5.2 Abstrakt mangelsvurdering**

Hvor kontrakten og spesifikasjonsbeskrivelsen ikke gir tilstrekkelige føringer for mangelsvurderingen, kan bakgrunnsretten anvendes for veiledning.

I utgangspunktet er mangelsvurderingen objektiv jf. Rt. 2002 s. 1110 på s. 1119. Det ble i nevnte domsavgjørelse konstatert at også subjektive forhold vil kunne være av betydning.<sup>123</sup> Undersøkelles- og opplysningsplikt vil blant annet kunne virke inn på om det foreligger en mangel.<sup>124</sup> Plikten til undersøkelse og opplysning vil bli behandlet under pkt. 4.5.4.

Dersom det foreligger et avvik mellom det mottatte produkt og de krav som oppstilles i kontrakten, utgjør avviket en mangel.<sup>125</sup> Avvik i form av mangel kan utarte seg på forskjellige måter. Hvor ytelsen er mindre og kvaliteten eller funksjonaliteten er dårligere enn avtalt står man ovenfor en faktisk mangel.<sup>126</sup> En typisk mangel i utviklingsprosjekter vil være svikt i funksjonalitet, noe som vil behandles nærmere i pkt. 4.5.3. At mindre feil i programvaren kan oppstå, anses som nevnt å være relativt normalt i forbindelse med et utviklingsprosjekt. En feil vil ikke nødvendigvis innebære at det er en mangel etter kontrakten. Feilen må være av en viss størrelse, art og betydning før den kan betraktes som en mangel.

---

<sup>123</sup> Rt. 2002 s. 1110 s. 1120

<sup>124</sup> Op. cit

<sup>125</sup> Rt. 1999 s. 408 på s. 421

<sup>126</sup> Torvund (1997) s. 193 og Hov (2002) s. 110, 113 og 117

En mangel kan også først bli synlig etter levering. I kontraktsretten omtales dette som skjulte mangler. For utviklingskontrakter skal det mer til for at mangler holdes skjult så lenge det foretas kontinuerlig testing av produktet. Det er også vanlig å regulere gjennomføring av garantiperiode, slik som i SSA-S.<sup>127</sup> Leverandøren innestår da for feil som kan komme til syne etter leveringstidspunktet.

Kjøpsloven § 17 oppstiller krav til varens egenskaper. Annet ledd viser til de krav varen skal ha dersom ikke annet er avtalt. Oppfyller ytelsen ikke kravene etter kjøpsloven § 17, foreligger det en mangel jf. bestemmelsens tredje ledd. Ytterligere foreligger det et ulovfestet prinsipp om krav til alminnelig god vare.<sup>128</sup> Prinsippet om alminnelig god vare gir uttrykk for et krav som kan stilles ut i fra en normalforventning til den aktuelle varen.<sup>129</sup>

I LB-2004-8893 som omtalt i pkt. 4.3.2 ble det vist til kjøpsloven § 17 under spørsmålet om ytelsen var mangelfull. Retten konstaterte også at det gjelder et krav om en alminnelig god vare. Leveransen besto av mange av de samme elementene som ved utvikling av programvare. Spesifikasjonsbeskrivelse og krav til ytelsen kan også inngå i vurderingen av heving av kontrakt om kjøp.

Om det foreligger krav om en alminnelig god vare for utvikling av programvare kan imidlertid ikke utelukkende legges til grunn på samme måte som for kjøp av programvare. En slik regel vil ikke nødvendigvis gi nærmere retningslinje for om det foreligger en mangel. Dette forutsetter også at det er mulig å konstatere en normalforventning. Å oppstille et krav om alminnelig god vare vil likevel kunne være hensiktsmessig. Oppfyller ikke produktet normalforventningen vil dette gi sterke føringer i retning av at det foreligger en mangel. Kravet vil kunne tilpasses over tid, og for enhver programvare er visse grunnelementer nødvendig for å oppfylle en normalforventning. Enkelte av grunnelementene vil fremheves herunder.

---

<sup>127</sup> Se blant annet LB-2015-34400 hvor dette uttrykkes eksplisitt.

<sup>128</sup> Rt. 1998 s. 774 og etterfølgende rettspraksis

<sup>129</sup> Rt. 1998 s. 774

### 4.5.3 Krav til funksjonalitet og ikke-funksjonelle krav

Krav til funksjonalitet omhandler faktiske funksjoner som systemet skal iverksette. Løsning for bestilling av flyreise kan her trekkes frem som et eksempel. Kunder skal ha mulighet til å angi dato for utreise/hjemreise, reisested, antall passasjerer osv. Dette er funksjonelle krav.

I SSA-T pkt. 17 er ikke-funksjonelle krav definert som ”et krav som ikke går på funksjonalitet, men på egenskaper som for eksempel pålitelighet, effektivitet, brukbarhet, vedlikeholdbarhet eller portabilitet etc.” Dette viser at ikke-funksjonelle krav omhandler kvalitetskrav.

Av ikke-funksjonelle krav kan kapasitet trekkes frem som et viktig element i systemet.<sup>130</sup> Kapasitet avgjør hvor mange brukere som kan anvende systemet eller antall transaksjoner som kan foretas samtidig. Dette kan igjen innvirke på systemets hastighetsnivå eller effektivitet. Selv om systemet skulle oppfylt alle funksjonelle krav, vil det være av liten betydning dersom hastighetsnivået er lavt.<sup>131</sup> For brukerfølelsen vil hastighet være et sentralt element og vil kunne få stor betydning for produktets suksess. Dersom brukerne opplever gjentakende hastighetsproblemer, vil dette kunne lede til at de mister interessen for produktet. Brukerne vil også kunne velge bort produktet til fordel for konkurrenter.

I LB-2015-34400 ble det reklamert over ”alvorlige hastighetsproblemer”. Som omtalt i pkt. 2.1, gjaldt saken avtale om utvikling av nytt konsept mellom et gründerfirma og en IT-leverandør. Kunden fremsatte etter en rekke og vedvarende problemer med produktet krav om heving. Hastighetsproblemene hadde vedvart over tre måneder, og påvirket antallet kunder. Problemene var imidlertid utbedret, og skal derfor som hovedregel ikke vektlegges i vesentlighetsvurderingen jf. Rt. 1978 s. 1484. Likevel la retten til at leverandørens tidsbruk ved utbedring av alvorlige mangler virket inn på helhetsbildet av håndteringen av avtaleforholdet. Retten gjorde dermed indirekte et unntak fra hovedregelen om utbedring.

Lagmannsretten anså ytterligere sentral funksjonalitet som uferdig. Herunder varianshåndtering, produsentgrensesnitt, ”Min side”-funksjonen og vare- og ordresystemet.<sup>132</sup>

---

<sup>130</sup> Føyen (2006) s. 335

<sup>131</sup> Udsen (2016) s. 520

<sup>132</sup> Varianshåndtering vil for eksempel være muligheten til å velge et produkt, men i ulik farge, størrelse o.l. Produktet tilbys i ulike varianter.



Disse funksjonene var fastsatt på forhånd i kravspesifikasjon, og dermed klargjort å skulle inngå i produktet. Likevel klarte ikke leverandøren å yte de spesifiserte funksjonene.

Fra avgjørelsen kan det utledes at hvilken type funksjonalitet man står overfor, hvilke konsekvenser funksjonalitetsmangelen kan ha eller har medført, og om det er tale om flere funksjonsmangler vil være av sentral betydning for hevingsspørsmålet.

Hastighetsproblemer kan skyldes problemer med svartid og driftseffektivitet. Svartid er hvor lang tid systemet vil bruke på å reagere på inntasting av en kommando.<sup>133</sup> Driftseffektivitet kan betegnes som tilgjengelighet eller oppetid for systemet.<sup>134</sup> Driftseffektiviteten skal angi hvor lenge et system har vært oppe og nede for brukerne over et bestemt tidsrom.<sup>135</sup>

Selv om det ikke er angitt spesifikke krav til svartid og driftseffektivitet, må enkelte minimumskrav generelt kunne kreves. Dersom svartidene er så lange at systemet reelt er uanvendelig, og driftseffektiviteten så lav at systemet er mer utilgjengelig enn tilgjengelig, vil dette være en svikt i hva kunden normalt kan forvente.<sup>136</sup> Lang svartid og lav driftseffektivitet taler også for at man står overfor en mangel, forutsatt en viss varighet med problemene.

#### **4.5.4 Undersøkelses- og opplysningsplikt**

For mangelsvurderingen vil det i ethvert kontraktsforhold være av betydning om partene har overholdt undersøkelses- og opplysningsplikten.

I SSA-S pkt. 2.5.3 er kundens undersøkelsesplikt uttrykkelig regulert. Kunden skal etter bestemmelsen foreta undersøkelse i godkjenningsperioden. Godkjenningsperioden løper etter kontraktens pkt. 2.5.2 fra produksjonssetting, som er det tidspunkt hvor ”Programvaren skal settes i ordinær drift (produksjon)” jf. kontraktens pkt. 2.5.1. Godkjenning vil som omtalt i pkt. 4.3.2 skje etter hver delleveranse. SSA-S er den eneste av kontraktene som inneholder en regulering av undersøkelsesplikt. SSA-S ser med dette ut til å være mer uttømmende regulert. Selve gjennomføringen kan spesifiseres i bilag. Å fastsette klare rammer for undersøkelsen vil

---

<sup>133</sup> Udsen (2016) s. 520

<sup>134</sup> Op. cit

<sup>135</sup> Op. cit

<sup>136</sup> Op. cit

være fordelaktig for begge parter. På denne måten kan partene forutberegne om plikten er overholdt.

Regulering av testperioder kan også anses å være et uttrykk for undersøkelsesplikten. Etter PS 2000 og SSA-S skal det som omtalt i pkt. 2.4.5, foretas kontinuerlige tester. Mens IKT SUP-04 legger som nevnt opp til at testing først skal foretas etter levering. Det kan likevel være grunn til at kundens undersøkelsesplikt omfatter mer enn testing. I kraft av medvirkningsplikten som er regulert i alle kontraktene, har kunden et ansvar for prosjektets fullførelse, og burde derfor foreta alle nødvendige undersøkelser.

Undersøkelsesplikten må også ses i sammenheng med opplysningsplikten.<sup>137</sup>

I SSA-S pkt. 11.2 er leverandøren pålagt en skriftlig varslingsplikt. Plikten inntreder dersom leverandøren ikke kan levere ytelsene som avtalt. Pkt. 11.2 forstås som en generell regulering av opplysningsplikt som aktiveres ved oppfylleleshindringer, og som vil få betydning ved både forsinkelser og mangler. Etter IKT SUP-04 pkt. 6.8.3 plikter leverandøren å opplyse om forsinkelser og forhold rundt denne. Bestemmelsen gir uttrykk for en særskilt form for opplysningsplikt. Det gjelder ingen tilsvarende opplysningsplikt vedrørende mangler. Etter PS 2000 Sol pkt. 4.2 pålegges leverandøren en periodisk rapporteringsplikt for status og fremdrift, noe som vil kunne bidra til et bedre samarbeid mellom kontraktspartene. Bestemmelsen forstås som en generell regulering av leverandørens opplysningsplikt.

For den nærmere rekkevidden av undersøkelses- og opplysningsplikten for standardkontraktene vil bakgrunnsretten kunne anvendes for utfylling.

#### **4.5.4.1 Nærmere om bakgrunnsretten og utfyllingsnormen**

At mottakeren av en ytelse har undersøkelsesplikt anses å være et alminnelig kontraktsrettslig prinsipp. Tilsvarende er forsømmelse av undersøkelsesplikten og at dette kan lede til tap av mangelsbeføyelser. Dette ble uttrykt allerede under romertiden som *caveat emptor*, noe som vil si at ”kjøper må se seg for”.<sup>138</sup>

Prinsippet om undersøkelsesplikt kommer til uttrykk i kjøpsloven § 20 første ledd.

Muligheten til å gjøre en mangel gjeldende kan gå tapt, dersom ”han kjente eller måtte kjenne

---

<sup>137</sup> Hagstrøm (2011) s. 345

<sup>138</sup> Op. cit

til” noe ved kjøpet. Med ”måtte kjenne til” forstås forhold som kjøper objektivt sett skulle vært kjent med. For utviklingskontrakter kan det hvor kunden en eller flere ganger unnlater å foreta avtalte tester av programmet, og det foreligger mangler varen, anses som noe kunden ”måtte kjenne til”.

Etter kjøpsloven § 20 annet ledd er forundersøkelser regulert. Bestemmelsen som sådan oppstiller ikke krav til forundersøkelser, men regulerer hvilke virkninger slik undersøkelse kan få. Kjøperen kan ikke gjøre gjeldende ”noe som han burde oppdaget ved undersøkelsen”, og pålegges således en aktsomhetsplikt dersom forundersøkelser utføres. Forsømmes undersøkelsesplikten etter kjøpsloven § 20 annet ledd, kan mangelen likevel gjøres gjeldende dersom ”selgeren har handlet grovt aktløst eller for øvrig i strid med redelighet og god tro”. Unntaket retter seg mot alvorlige tilfeller, og enhver mangelfull informasjonsformidling eller manglende opplysning vil ikke lede til at unntaket kommer til anvendelse. Etter kjøpsloven § 20 annet ledd kan selgerens opplysningsplikt gå foran kjøperens undersøkelsesplikt.

Et praktisk eksempel kan belyse forholdet mellom undersøkelses- og opplysningsplikten. Dersom del A i programvaren allerede er testet og godkjent, og leverandøren vet at en endring i C også vil påvirke A, foreligger det en sterk oppfordring til opplysning. Uten forutgående opplysning fra leverandøren vil ikke kunden ha noen grunn til å gå tilbake å undersøke A. Unnlater leverandøren å opplyse i et tilfelle som ovennevnte, kan dette anses å stride med ”redelighet og god tro” etter kjøpsloven § 20 annet ledd.

Det er først etter levering, at kjøper pålegges en egentlig undersøkelsesplikt jf. kjøpsloven § 31. Etter § 31 første ledd skal kjøperen etter leveringen ”så snart han etter forholdene har rimelig høve til det, undersøke tingen slik god skikk tilsier.” Med ”god skikk” forstås de krav som kan stilles ut i fra det aktuelle rettsområde. For utvikling av programvare kan det sies å være god skikk å foreta undersøkelser og testing med jevnlig mellomrom. Dette må imidlertid modifieres etter bruk av utviklingsmodell. Det kan ikke på samme måte stilles krav til undersøkelse før levering for fossefallsmodellen, som for utvikling etter smidig metodikk.<sup>139</sup>

---

<sup>139</sup> Se avhandlingens pkt. 2.4.3

Opplysningsplikten kan likeledes anses som et alminnelig prinsipp.<sup>140</sup> Som et utslag av det alminnelige lojalitetsprinsippet i kontraktsforhold, er partene forpliktet til å opplyse om forhold som er av betydning for oppfyllelse av kontrakten. Det nærmere innholdet i opplysningsplikten må også fastsettes konkret. Opplysningsplikten kommer til uttrykk i kjøpsloven § 18. Etter bestemmelsens første ledd foreligger det en mangel ved tingen, dersom denne ikke svarer til de opplysninger som er gitt. Ytterligere oppstilles det krav om at opplysningene ”kan antas å ha innvirket på kjøpet”. Ordlyden tolkes dithen at opplysningene fra selger har innvirket på avtaleinngåelsen.

Kjøpsloven § 18 kan i en viss utstrekning få betydning for utviklingskontrakter, og kan anvendes for utfylling av IKT SUP-04. Det kan altså stilles krav til at de opplysninger som er gitt skal være korrekte. Kjøpsloven § 18 gjelder imidlertid opplysninger som allerede er gitt vedrørende ytelsens egenskaper. Forhold som kan lede til forsinkelse av leveringen er således ikke omfattet. Heller ikke forhold som det *burde* opplyses om. Bestemmelsen gir ikke uttrykk for en generell plikt til opplysning. Opplysningsplikten som kommer til uttrykk i SSA-S og PS 2000 Sol er således mer vidtfavnende enn kjøpsloven § 18, i og med at kontraktene pålegger leverandøren en generell opplysningsplikt. Tilsvarende for reguleringen i IKT SUP-04, selv om den bare gjelder forsinkelser, fordi det pålegges en plikt og i detalj.

Behovet for regulering av undersøkelse- og opplysningsplikt gjør seg gjeldende, spesielt for smidige prosjekter. Hvor det er tale om et smidig prosjekt, vil samarbeid kunne stå større i fokus. Ved krav til samarbeid, vil kravene til lojalitet og dermed kravene til opplysning skjerpes. Dette taler for at opplysningsplikten for SSA-S og PS 2000 Sol er strengere enn for IKT SUP-04. Brudd på opplysningsplikten kan dermed lettere lede til heving enn i forhold til IKT SUP-04. Likevel må det kunne stilles samme krav til riktigheten og kvaliteten av de opplysningene som faktisk gis etter alle kontrakts formularer.

---

<sup>140</sup> Hagstrøm (2011) s. 72

## 5 VILKÅRET OM VESENTLIG MISLIGHOLD

---

Vilkåret om ”vesentlig mislighold” er som omtalt i pkt. 3 oppstilt i SSA-S, IKT SUP-04 og PS 2000 Sol. Dette er også hovedvilkåret i de fleste kontrakter og i kontraktslovgivningen.<sup>141</sup> For IKT SUP-04 er det grunn til utfylle kontrakten, slik at kunden også kan heve ved ”vesentlig mislighold”. Det samme gjelder for PS 2000 Sol og heving av selve kontrakten.

Hva som menes med ”vesentlig mislighold” kan ikke besvares generelt. Ordlyden er skjønsmessig utformet og fordrer derfor en konkret vurdering. Det er ikke nok med ethvert mislighold, dette må være ”vesentlig”. En naturlig forståelse av ”vesentlig” er at misligholdet må være av særlig betydning for den berørte kunden.

I Rt. 1999 s. 409 konstaterte retten at i tillegg til vesentlighetsvurderingens utgangspunkt, som er ”det objektive avviket fra kontraktsmessig oppfyllelse”, la retten til at også må foretas en helhetsvurdering. I tillegg ble det uttalt at kravsfremsetteren etter en helhetsvurdering ”må ha rimelig grunn til å si seg fri fra kontrakten”. Disse vurderingsmomentene er også fulgt opp i senere rettspraksis.<sup>142</sup> Hva som menes med ”rimelig grunn” byr på nok en skjønsmessig og konkret vurdering, og underbygger i realiteten tolkningen i forutgående avsnitt.

Selv om alle kontraktene inneholder lik regulering, vil ikke tolkningsresultatet nødvendigvis bli det samme. Vurderingen av om det foreligger et vesentlig mislighold for det aktuelle tilfellet, kan by på vanskeligheter. I andre tilfeller kan det være relativt klart at misligholdet er vesentlig. Hvordan den konkrete hevingsvurderingen kan bli, vil behandles i punkt 5.2. Først er det nødvendig å stadfeste terskelen for heving av utviklingskontrakter, som et grunnlag for vurderingen. Dette gjøres i det følgende punkt.

### 5.1 Terskelen for heving av utviklingskontrakter

Generelt kan det sies at terskelen for heving er høy. Prinsippet om at avtaler skal holdes taler i samme retning. Det forhold at det eksisterer et slikt prinsipp er alene et argument som viser at man ikke uten videre kan tre ut av et kontraktsforhold. At terskelen for heving er høy, gjelder også for utviklingskontrakter generelt.

---

<sup>141</sup> Se blant annet kjøpsloven §§ 25 og 39 og avhendingsloven §§ 4-3 og 4-13

<sup>142</sup> Se blant annet Rt. 2015 s. 321 avsnitt 54 og Rt. 2010 s. 710 avsnitt 42-43

Det forhold at utviklingskontrakter kan være basert på omfattende forhandlinger, ha varighet på flere år og være involvert med store og kostbare ressurser, tilsier at terskelen burde forhøyes ytterligere. Konsekvensene av heving vil kunne ha større betydning for utviklingskontrakter, enn ved et mindre tilvirkningskjøp.<sup>143</sup> I samme retning taler uttalelse fra Føyen m.fl. Heving omtales som et ”alvorlig skritt” i et utviklingsprosjekt.<sup>144</sup>

Samtidig vil risikoen for tap øke i tråd med prosjektets størrelse og omfang, noe som kan tilsi at terskelen for heving for det enkelte utviklingsprosjektet vil øke tilsvarende. For alle de utvalgte standardkontraktene vil det være grunn til at terskelen for heving er relativt høy. Kontraktene er alle beregnet for større prosjekter, og konsekvensene av heving kan følgelig være mer betydningsfulle.

Videre kan det utledes fra rettspraksis som omtales herunder, at kontraktsgjenstandens mer eller mindre spesielle egenskaper kan få betydning for terskelen for heving. Skillet mellom generiske og specieytelser i den alminnelige obligasjonsretten vil være relevant.<sup>145</sup>

I LB 2004-8893 hevdet leverandøren at det var tale om en utviklingskontrakt. Hadde retten kommet frem til at saken omhandlet en utviklingskontrakt, og ikke et kjøp, ville terskelen for heving trolig være en annen. Selv om det ved kjøp og utvikling av programvare kan stilles mange av de samme kravene til selve produktet, byr utvikling på andre utfordringer og usikkerheter.

Lagmannsretten fastslo i LB 2015-3440 at det gjelder et skjerpet vesentlighetskrav ved utviklingskontrakter hvor leveransen er spesielt utviklet for kunden. Retten begrunner ikke dette nærmere. En av begrunnelsene kan være at leverandøren typisk vil ha vanskelig for å utnytte varen i et annet kontraktsforhold, slik tilfellet ofte er for specieytelser.

---

<sup>143</sup> Udsen (2016) s. 471

<sup>144</sup> Føyen (2006) s. 483

<sup>145</sup> En generisk ytelse finnes i flere eksemplarer, mens en specieytelse er individuelt bestemt og kan normalt ikke benyttes av andre, jf. Hagstrøm (2011) s. 130.

## **5.2 Momenter i helhetsvurderingen**

For å avgjøre om det foreligger vesentlig mislighold må det altså foretas en helhetsvurdering. Det er hensiktsmessig å angi momenter som kan være retningsgivende for vurderingen. En rekke momenter kan være relevante, og listen er ikke uttømmende.

Slike momenter vil normalt ikke fremgå av kontrakten, men kan utledes av rettspraksis og juridisk teori. Momenter av generell karakter kan benyttes ved ethvert avtaleforhold hvor det skal avgjøres om det foreligger vesentlig mislighold. Momentene vil imidlertid kunne få ulik betydning og vekt for utviklingskontrakter. For utviklingskontrakter vil det også være særskilte momenter som gjør seg gjeldende for vurderingen.

### **5.2.1 Misligholdets karakter og omfang**

Et mislighold kan som tidligere omtalt og behandlet bestå av ulike forhold, og være av ulikt omfang. Misligholdets karakter og omfang kan virke inn på vesentlighetsvurderingen.<sup>146</sup> Om det er tale om forsinkelse, feil eller mangel vil ikke nødvendigvis være mer eller mindre vesentlig. Vurderingen av mangel og forsinkelse kan også tidligere vist i pkt. 4.1 bli overlappende. Det er derfor ikke uvanlig at misligholdet består av både mangel og forsinkelse.

Misligholdet kan karakteriseres etter alvorlighetsgrad og mulige skadevirkninger slik som i SSA-S.<sup>147</sup> I SSA-S pkt. 2.3.3 er det oppstilt en kategorisering av feil etter alvorlighetsgrad, og er den eneste av kontraktene med en slik kategorisering. Dette underbygger nok en gang hvordan kontrakten er forsøkt å være uttømmende. En slik kategorisering bidrar til forutberegnelighet, og kan motvirke uenighet med hensyn til den oppståtte feil og dens virkning. Det skilles mellom a) kritiske feil, b) alvorlige feil og c) mindre alvorlige feil. Kategoriseringen er generelt oppstilt. Det utelukkes derfor ikke at den kan gis overføringsverdi til de andre kontraktene.

For å konstatere det objektive avviket hva gjelder forsinkelse, vil tidspunktet for levering og godkjenning som vist i pkt. 4.3 være avgjørende. Forsinkelsens varigheten er det sentrale. Forsinkelsen i LB-2009-140456 utgjorde ett år og nesten to måneder. Retten anså det klart at

---

<sup>146</sup> Rt. 2010 s. 710 avsnitt 44. I dommen behandles ”mangler”. Det er likevel nærliggende at momentene også får betydning for mislighold generelt.

<sup>147</sup> Se Føyen (2006) s. 336

forsinkelse av et slikt omfang for ”et utviklingsprosjekt som etter avtalen ikke skulle ta mer enn fem måneder, utgjør et vesentlig mislighold”. Uttalelsen kan i en viss grad ha overføringsverdi for andre utviklingsprosjekter. Hvor forsinkelsen utgjør det dobbelte av avtalt tid, er dette en indikasjon på at misligholdet er vesentlig.

Et omfangsrikt mislighold kan alene være et moment som taler for at misligholdet er vesentlig. Ved mislighold av større omfang, vil det også være nærliggende at leverandøren skulle handlet annerledes. Mens det skal mer til for at misligholdets karakter er et tilstrekkelig selvstendig moment, fordi misligholdet og dets karakter ikke nødvendigvis kan kontrolleres.

### **5.2.2 Spesifikasjonsbeskrivelse og løsningsbeskrivelse**

Har kunden utformet presise og realistiske kriterier for utviklingen, er dette et forhold som omtalt i pkt. 2.4.2 taler for at misligholdet ikke burde inntrådt og likeledes at misligholdet er vesentlig.<sup>148</sup> I motsatt retning kan en mindre presis og urealistisk spesifikasjonsbeskrivelse tale i kundens disfavør. Det samme gjelder for leverandøren og hans utforming av løsningsbeskrivelsen. Spesifikasjonen er hovedsakelig relevant for spørsmålet om mangel, men kan også inneholde angivelser av bestemte tidsfrister.

I LB-2015-34400 utformet leverandøren en kravspesifikasjon ”light” som ble inntatt i kontrakten og dannet grunnlaget for utviklingen. Partene var enige om at spesifikasjonen ikke var fullverdig. De nærmere kravene skulle fastsettes i UX-fasen, som retten betegner som selve utviklingen av leveransen. Problemet var at det forelå svært lite dokumentasjon om hva partene hadde blitt enige om under UX-fasen. Retten kunne derfor ikke basere seg på annet enn kravspesifikasjon ”light” ved vurderingen av misligholdet og heving. Det ble fastslått at; ”I et slikt utviklingsprosjekt er det behov for en detaljert kravspesifikasjon som klarlegger/tydeliggjøre hva som skal leveres.”

Kravspesifikasjonen var således innvirkende for rettens vurdering av mislighold, og om misligholdet var vesentlig. Den mangelfulle kravspesifikasjonen gikk utover leverandøren selv, og ledet til at kunden fikk medhold i kravet om heving. Kravspesifikasjonen var imidlertid bare et tilleggsmoment i vesentlighetsvurderingen. Det er ikke utenkelig at en

---

<sup>148</sup> Torvund (1997) s. 65



spesifikasjon generelt kan tillegges stor vekt, særlig i et større og mer omfattende prosjekt. Behovet for klare spesifikasjoner øker i tråd med prosjektets kompleksitet.

### **5.2.3 Formålet med kontrakten og produktet**

Formålet med kontrakten og produktet kan gi en overordnet ramme for utviklingen, og være moment i vurderingen av om misligholdet er vesentlig.<sup>149</sup> Å ferdigutvikle og levere det angitte produktet etter kontraktens vilkår vil være formålet med kontrakten. Formålet med produktet vil derimot kunne variere alt etter hvilket produkt det er tale om. Leverandøren må gjøres kjent med formålet dersom dette skal kunne påberopes, og har vist i pkt. 2.4.2 en side til spesifikasjonen.<sup>150</sup>

Et praktisk eksempel er utvikling av en robotstøvsuger. Formålet med en robotstøvsuger er å få gulvet tilnærmet støvfritt gjennom en automatisert prosess. Dersom roboten kan bevege seg rundt uten bruk av manuell styring, vil den oppfylle et av dens funksjoner. Men dersom den ikke evner å suge opp støv, er formålet forfeilet. Her vil både automatisert bevegelse og støvsuging være nødvendige funksjoner for å oppfylle produktets formål. Oppfyller ikke roboteten dens formål, er heller ikke formålet med kontrakten oppnådd.

I LB-2004-8893 som omtalt i pkt. 4.3.2 var formålet med tjenesten detaljert angitt i kravspesifikasjonen. Formålet var først og fremst å utvikle en automatisert talestyrt informasjonstjeneste, som skulle erstatte og forbedre kundens nåværende system. Retten kunne derfor relativt enkelt ta stilling til misligholdet og dets art. Retten kom frem til at formålet ikke var oppnådd på bakgrunn av at: ”.....Systemet fungerte ikke som et talesvarsystem. Langt mindre var det i stand til å erstatte det systemet NSB hadde”.

I LB-2015-34400 ble formålet ansett å være vesentlig forfeilet. Konseptet som gikk ut på å selge klær på internett, kunne aldri realiseres. Fordi sentrale funksjoner som omtalt i pkt. 4.5.3 var mangelfulle, det var ikke mulig å selge klær og på foreskrevne måte gjennom tjenesten. Formålet ble derfor aldri oppnådd.

LB-2004-8893 og LB-2015-3440 viser at hvor formålet ikke er oppnådd, er dette et moment som alene vil kunne lede til heving.

---

<sup>149</sup> Se LB-2004-8893 og LB-2015-34400

<sup>150</sup> Torvund (1997) s. 195

#### **5.2.4 Misligholdets betydning for kunden**

Misligholdets betydning for kunden er relevant i vesentlighetsvurdering og beror på en konkret vurdering.<sup>151</sup> Det må foretas en objektiv vurdering av de subjektive forhold.

Utviklingsprosjektets art vil være relevant for misligholdets betydning.<sup>152</sup> Mislighold i form av for eksempel funksjonsmangler vil kunne få mindre betydning for en blogg kontra en betalingsløsning. Videre vil kundens behov og ønsker kunden kunne påvirke hvilken betydning misligholdet får.<sup>153</sup> Behov og ønsker har i likhet med produktets formål en side til spesifikasjonen. Skal produktet være klart for testing for en bestemt kundegruppe eller det er kunngjort at produktet skal lanseres kommersielt på et bestemt tidspunkt, er det viktig at produktet er tilgjengelig og anvendelig på angitte tidspunkt. Dette kan få stor betydning for kunden, men må være synliggjort for leverandøren for å kunne påberopes.<sup>154</sup>

Misligholdets betydning er et moment som kan ha stor vekt i retning av vesentlig mislighold, som LB-2015-3440 illustrerer.

#### **5.2.5 Skyld og aktsomhet**

Det er ikke et vilkår for heving at det foreligger skyld hos misligholderen.<sup>155</sup> Om leverandøren har skyld i misligholdet, vil dette være et relevant tilleggsmoment i vesentlighetsvurderingen.<sup>156</sup> Spørsmålet om skyld beror på en bevismessig vurdering. I sammenheng med vurderingen av skyld, vil også graden av aktsomhet være relevant.<sup>157</sup> Dersom leverandøren har tatt alle rimelige forholdsregler, og misligholdet likevel inntreffer, taler dette for at misligholdet ikke er vesentlig. Har derimot leverandøren valgt et handlingsalternativ foran et annet, og dette kunne forhindre misligholdet, vil uaktsomheten lettere lede til et vesentlig resultat. Likeledes dersom leverandøren har handlet grovt uaktsomt eller forsettlig.

---

<sup>151</sup> Se Rt. 2010 s. 710 avsnitt 45

<sup>152</sup> Udsen (2016) s. 546

<sup>153</sup> LB-2015-34400 og Torvund (1997) s. 22

<sup>154</sup> Se Hagstrøm (2011) s. 432

<sup>155</sup> Rt. 2010 s. 710 avsnitt 42

<sup>156</sup> Rt. 2010 s. 710 avsnitt 46

<sup>157</sup> Rt. 2010 s. 710 avsnitt 53

Hvorvidt leverandøren har overholdt opplysningsplikten er som nevnt i pkt. 4.1, og nærmere behandlet i pkt. 4.5.4 et relevant subjektivt forhold. Leverandørens lojale opptreden med hensyn til opplysning om produktets tilstand og fremdrift er også betinget av skyld og aktsomhet. Graden av skyld vil igjen påvirke hvor stor vekt manglende eller mangelfulle opplysninger kan tillegges. Hvis leverandøren bevisst har holdt tilbake opplysninger av særlig betydning for kunden, er dette nært opp mot svikaktig opptreden, og styrker misligholdets vekt. Har derimot kunden opptrådt nærmere skyldgraden uaktsomhet, er det mindre grunn til å vektlegge misligholdet.

Dersom kunden selv har skyld i misligholdet, kan det foreligge kreditormora. Misligholdet vil da ikke kunne påberopes av kunden, slik LG-2012-182014 belyser. Som omtalt i pkt. 4.4.1 fikk ikke kunden medhold i hevingskravet. Dommen illustrerer også at hvor misligholdet er forårsaket av begge vil det være vanskeligere for kravsfremsetteren å nå frem med et krav om heving.

### **5.2.6 Forbehold fra leverandøren**

Har leverandøren gitt et forbehold om at enkelte feil eller forsinkelser kan inntre i forkant, og disse likevel inntre, kan forbeholdet virke inn på vesentlighetsvurderingen. Et forbehold fraskriver ikke leverandøren alt ansvar, men gjør at kunden kan ta visse forhåndsregler, og gjør således misligholdets inntreden mindre alvorlig og klanderverdig.

I TOSLO-2001-11218 som omtalt i pkt. 2.1 hadde leverandøren unnlatt å påta seg en absolutt forpliktelse for utviklingsprosjektet, og fast pris og leveringsdato ble ikke avtalt.

Leverandøren forbeholdt at visse usikkerheter kunne inntre, noe retten tok hensyn til. Har derimot leverandøren gitt uttrykk for at de aktuelle handlingene kan utføres uten problemer, og mislighold likevel inntre, taler dette i en viss utstrekning for at misligholdet er vesentlig.

### **5.2.7 Profesjonalitet, kyndighet og styrkeforhold**

Leverandørens og kundens profesjonalitet og kyndighet kan innvirke på forventningene til den enkelte og følgelig om misligholdet er vesentlig.<sup>158</sup> Likeledes for styrkeforholdet mellom partene. LB-2015-34400 belyser også dette. I denne saken ble leverandøren valgt som en av verdens største aktører på området. Kunden var et nyoppstartet gründerselskap, og konseptet ble utviklet under studier ved Høyskolen i Molde. Forskjellen i styrkeforholdet mellom

---

<sup>158</sup> Rt. 2006 s. 522 avsnitt 37

partene var betydelig, og forventningene til leverandøren var derfor betraktelig høyere. Lagmannsretten ser ut til å slå ned på at leverandøren utnyttet styrkeforholdet mellom partene.

I LG-2012-182014 som omtalt i pkt. 4.4.1 var derimot styrkeforholdet mellom partene et annet. Kunden hadde ikke foretatt en slik bestilling tidligere og leverandørens selskap var relativt lite og i oppstartsfasen. Retten la derfor til at det ”for begge parter var en viss usikkerhet med hensyn til gjennomføringen av kontrakten”. På denne måten var partene mer likestilte, noe retten tok i betraktning i den videre hevingsvurderingen.

### **5.2.8 Prosjektets omfang og kompleksitet**

Utgangspunktet er normalt at leverandøren har ansvaret og risikoen for prosjektet.<sup>159</sup>

Prosjektets omfang og kompleksitet kan føre til økt usikkerhet ved gjennomføringen. Ved et visst omfang og kompleksitet kan prosjektet ha større sannsynlighet for å møte på utfordringer og problemstillinger som kan lede til heving. Dette kan innvirke på vesentlighetsvurderingen, slik at det skal mer til for at misligholdet anses som vesentlig.<sup>160</sup>

### **5.2.9 Virkningen av heving**

Virkningene av heving kan få betydning for vesentlighetsvurderingen.<sup>161</sup> Graden av innrettelse kan her være relevant.<sup>162</sup> I hvilken grad partene rammes vil også avhenge av hvordan hevingen skal gjennomføres, noe som behandles nærmere i pkt. 6.

Skade på leverandørens omdømme kan være en virkning av heving. For kunden vil det på den annen side være viktig å avslutte avtaleforholdet, for deretter å kunne benytte en annen leverandør. Kunden vil da få en ny mulighet til å komme videre med prosjektet og oppnå ønsket resultat. Samtidig vil mulig heving kunne ha en preventiv effekt.<sup>163</sup> Selv om heving kan få store negative konsekvenser for leverandøren, kan også en trussel om heving virke preventivt og gjøre at leverandøren utfører det nødvendige arbeidet.

---

<sup>159</sup> Føyen (2006) s. 43

<sup>160</sup> Se LB-2015-34400 hvor prosjektet i størrelse og kostnad var relativt omfangsrikt. I TOSLO 2001-11218 anså retten også prosjektet som relativt omfattende noe som gjorde prosjektet mer usikkert.

<sup>161</sup> Rt. 1999 s. 408 på s. 418 og Rt. 1998 s. 1510 på s. 1518

<sup>162</sup> Rt. 1999 s. 408 på s. 422

<sup>163</sup> Hagstrøm (2011) s. 427

Virkingen av heving for både leverandør og kunde vil være av betydning i hevingsvurderingen. Dette vil trolig kun utgjøre et tilleggsmoment.

### **5.3 Avveining av momentene**

Vurderingen av om det foreligger et vesentlig mislighold, beror som nevnt på en helhetsvurdering. Alle de aktuelle momentene må derfor avveies opp mot hverandre.

Momenter som formål og misligholdets betydning vil kunne få stor vekt, som vist til gjennom LB-2015-34400. Misligholdet i saken ledet til at formålet ikke kunne realiseres, tap av produktets brukere og til slutt av investerte ressurser.

Et omfangsrikt mislighold kan også utgjøre et tungtveiende argument for vesentlighet. Hvor det er tale om et stort antall feil, mangler og forsinkelser som har vedvart over en betydelig tidsperiode vil det være lite tvil om at dette utgjør et vesentlig mislighold. Om misligholdet har gjentatt seg, slik det er regulert i PS 2000 Sol pkt. 10.5, kan også være av betydning. Dersom det som omtalt i pkt. 4.2 også er en *mulighet* for at misligholdet kan gjenta seg, vil dermed misligholdets omfang fortsette å øke, noe som kan styrke forholdets betydning.

Består misligholdet derimot av kun et visst antall feil og mangler, som også er av mindre alvorlig art, må det trolig foreligge en lenger forsinkelse for at forholdet skal anses vesentlig. Motsetningsvis dersom forsinkelsene er korte, må det stilles strengere krav til omfanget av feil og mangler. Er misligholdet av et mindre omfang vil de andre momentene få større rettskildemessig betydning.

Leverandørens evne og vilje til å gjennomføre prosjektet som omtalt i pkt. 4.2 er også av betydning for om det foreligger grunnlag for heving på grunn av inntrådte forhold. I LB-2015-34400 anså retten kunden berettiget til å heve når det viste seg at leverandøren ikke kom til å overholde forpliktelsene. Leverandørens gjennomføringsvilje- og evne kan også slik LB-2015-34400 viser, sees i sammenheng med momentene om profesjonalitet og kyndighet og med skyld og aktsomhet.

Selv om det kun er tale om mindre feil og/eller forsinkelser kan dette få store konsekvenser for kunden. Eksempelvis hvor det er tale om hotellromapplikasjon, og feilen medfører tilfeller av overbooking. Dette alene er trolig ikke tilstrekkelig for at misligholdet er vesentlig. Konsekvensene må være så store at de kan få permanente skader, dersom omfanget ikke er

betydelig. Dersom de mangelfulle eller forsinkede funksjoner også er lett gjennomførbare, styrkes momentet om misligholdets virkning ytterligere i retning av et vesentlig resultat.

Derimot vil mangler og forsinkelser av komplekse funksjoner i større grad kunne passere. Dette er likevel et moment som ikke kan tillegges stor vekt fordi det generelt må kunne forventes at leverandøren utfører det avtalte. Leverandøren bør i så fall ta forbehold og varsle om arbeidsoppgavenes utfordringer. Profesjonalitet og kyndighet vil igjen virke inn på hva som kan forventes ved leverandørens utføring av arbeidsoppgaver.

Hvis leverandøren ytterligere har handlet skyldbetingende, gjør hensynet til lojalitet og tillitt i kontraktsforholdet at vekten av de øvrige momentene styrkes. Derimot vil det i tilfeller hvor leverandøren har tatt forbehold og samtidig varslet kunden om mulige problemer, være mindre grunn til å klandre leverandøren. Kunden vil da ha mulighet til å avverge eller minimere skadevirkningene av misligholdet. Eksempelvis vil kommersiell lansering av produktet kunne forskyves. Dermed kan også forbehold og manglende skyld svekke vekten av de andre momentene.

Kan misligholdet føres tilbake til mangelfull spesifisering kan dette tillegges vekt i vesentlighetsvurderingen. Hvis utformingen skyldes slurvete og lite gjennomarbeidet håndtering, anses dette i tillegg å være klanderverdig. Ytterligere styrkes momentets vekt, dersom leverandøren bevisst har bortprioritert prosjektet og spesifikasjonsutformingen. På den annen side kan ikke en mangelfull spesifisering tillegges like stor vekt, dersom utformeren har handlet samvittighetsfullt og etter beste evne. Dersom spesifikasjonen skyldes dårlig arbeid fra leverandøren, kan et forbehold etter mitt skjønn ikke tillegges stor betydning. For utvikling etter smidig metodikk vil mangler ved spesifikasjonsbeskrivelsen tillegges mindre vekt i vurderingen. Det som er høyst prioritert må derimot spesifiseres klart, og vil kunne tillegges større betydning. For IKT SUP-04 er spesifikasjonsbeskrivelsen endelig, og må derfor tillegges stor vekt.

Det er i utgangspunktet i begge partenes interesse at prosjektet ferdigstilles. Heving bør forbeholdes de mest alvorlige tilfellene. Er det imidlertid tungtveiende forhold som gjør at ferdigstillelse ikke kan finne sted innen nærmeste fremtid, er heving en fornuftig og tilnærmet uunngåelig løsning. Partenes interesser for og mot heving vil blant annet variere etter prosjektets art, investerte ressurser og videre samarbeid. En helhetsvurdering av alle de relevante momenter, kan sikre partene en overveid vurdering og et rimelig resultat.

## 6 HEVINGSOPPGJØRET

---

Heving inntreer når kravet erkjennes av mottakeren, eller når dette stadfestes av en rettslig instans. Ved heving bortfaller partenes oppfylleelsesplikt.<sup>164</sup> Kontrakten som sådan faller imidlertid ikke bort på samme måte som ved oppsigelse eller ugyldighet.<sup>165</sup> Ved heving er det fortsatt mulig å gjøre andre krav som erstatning gjeldende.<sup>166</sup> Har heving inntrådt, må det følgelig foretas et oppgjør mellom partene.

Heving kan skje med virkning fra og med tidspunktet for heving (ex nunc). Heving ex nunc kan også betegnes som delvis heving, da den allerede utførte tjenesten vil bestå urørt. For det andre kan heving gjøres tilbakevirkende (ex tunc).<sup>167</sup> For utviklingskontrakter vil ikke nødvendigvis hverken heving ex nunc eller ex tunc være passende. Løsningen avhenger av en sammensatt og konkret vurdering, når dette ikke følger direkte av kontrakten.

### 6.1 Standardkontraktene

I SSA-S er hevingsoppgjøret regulert i pkt. 14. Etter bestemmelsens første ledd skal heving skje med fremtidig virkning. Etter annet ledd kan heving skje med tilbakevirkende kraft dersom ”kunden har lite eller ingen nytte av det presterte på hevingstidspunktet og ikke med rimelighet kan forventes å få leveransen ferdigstilt med bistand fra en annen leverandør.” Heving med tilbakevirkende kraft fremstår med dette å være unntaket, hvor det oppstilles to krav.

Et produkt som har lite eller ingen nytte vil eksempelvis ha stagnert i utviklingen, være beheftet med en rekke betydelige feil eller fastsatt med rådighetsbegrensninger. Det andre vilkåret som oppstilles i pkt. 14, referer til dekningskjøp. ”Med rimelighet” kan forstås som at så vel økonomiske som praktiske årsaker gjør ferdigstillelse hos andre problematisk. Utviklingsarbeidet kan være så spesielt eller komplisert, at andre leverandører ikke har kompetanse til å fullføre. Feilene kan også være av et omfang som ikke er mulig for andre å håndtere. I noen tilfeller kan det være mer hensiktsmessig å starte helt på nytt.

---

<sup>164</sup> Dette følger blant annet kjøpsloven § 64 første ledd

<sup>165</sup> Hagstrøm (2011) s. 425

<sup>166</sup> Op. cit

<sup>167</sup> Hagstrøm (2011) s. 453

Etter PS 2000 Sol kan kontrakten ”bare heves med virkning for de Oppdragsavtaler som ennå ikke er Godkjent, og Bistandsavtaler kan bare heves med virkning for pågående Avtaler med virkning fremover”. Heving kan altså bare foretas ex nunc. Kontrakten legger ikke opp til noen alternativ løsning, og kan følgelig lede til et tap for en eller begge av partene.

IKT SUP-04 inneholder derimot ikke regler for hevingsoppgjøret. Spørsmålet er om kontrakten kan utfylles av bakgrunnsretten, og i så fall hvilken rett som skal anvendes.

## **6.2 Bakgrunnsretten**

For alminnelige kjøp følger utgangspunktet for hevingsoppgjøret av kjøpsloven § 64 annet ledd. Etter denne bestemmelsen vil heving foretas med tilbakevirkende kraft og partene må levere tilbake det de har mottatt. Tilbakelevering eller restitusjon forutsetter at ytelsen etter sin art kan tilbakeleveres og i samme stand.<sup>168</sup> Dersom ytelsene ikke kan tilbakeleveres, kan heving bare skje med fremtidig virkning. Det samme gjelder for tilvirkningskjøp som reguleres av kjøpsloven For utviklingskontrakter er tilbakelevering på samme måte som ved overlevering, lite praktisk. Programvare er som nevnt ikke en fysisk gjenstand.<sup>169</sup> Man kan derfor ikke uten videre kan legge til grunn det samme utgangspunktet som for alminnelige kjøp.

Hensynet til prinsippet om ytelse mot ytelse taler derimot for at heving skal gjennomføres slik kjøpsloven foreskriver. Dette forutsatt at leverandøren har misligholdt oppfylleelsesplikten og kunden har utført sine forpliktelser. Hensynet kan derimot ikke tillegges nevneverdig betydning dersom kunden for eksempel ikke har oppfylt medvirkningsplikten. Regelen om restitusjon kompliseres ytterligere, ettersom en programvare skapes gradvis. Det må tas hensyn til hvor mye som er utviklet og verdien av dette.

I og med at de andre kontraktene oppstiller heving ex nunc som hovedregel, er dette et forhold som taler for at regelen burde få anvendelse for IKT SUP-04. På den annen side er IKT SUP-04 egnet for utvikling etter fossefallsmodellen. Samme gjennomføringsmåte for IKT SUP-04 som SSA-S og PS 2000 Sol er derfor ikke nødvendigvis den mest hensiktsmessige.

---

<sup>168</sup> Hagstrøm (2011) s. 447

<sup>169</sup> Føyen (2006) s. 470 og Udsen (2016) s. 526



Ifølge Føyen m.fl. vil hevingsoppgjøret for utviklingskontrakter blant annet være avhengig av prosjektets art, hvem som skal ha bruks- og opphavsrettigheter til produktet og om produktet kan brukes av andre.<sup>170</sup> Disse momentene vil ofte være aktuelle for ett og samme tilfelle. Skal kunden for eksempel ha eksklusive rettigheter til programvaren, kan ikke produktet brukes av andre. Er prosjektet av spesiell art, er det også begrensede bruks- eller utnyttelsesmuligheter for andre.

I tillegg er det også vanskelig å definere produktet som en helhet, slik som ved alminnelige kjøp.<sup>171</sup> Enkelte deler av produktet vil kunne brukes av kunden eller andre, være av generell art, mens andre deler er av mer spesiell art. Eksempelvis vil designet til flyselskapet SAS som en del, ikke kunne brukes av andre. Derimot vil deres betalingsløsning kunne brukes av andre, forutsatt at kontrakten ikke inneholder konkurransebegrensninger.

Etter IKT SUP-04 pkt. 5.1.1 skal kunden i utgangspunktet ha rettighetene til produktet. Dette taler for at heving må foretas ex nunc, da produktet ikke kan brukes av andre uten kundens samtykke og vilkår. På den annen side kan partene etter IKT SUP-04 pkt. 5.1.1 avtale andre løsninger om rettighetene. Det er da ikke åpenbart at heving vil skje med fremtidig virkning.

De ovennevnte betraktninger underbygger at hevingsoppgjøret beror på en sammensatt vurdering hvor de enkelte komponenter av produktet ofte må vurderes enkeltvis. En kombinasjon av både heving ex nunc og ex tunc kan forekomme for utviklingskontrakter. Det er på det rene at IKT SUP-04 er uregulert hva gjelder hevingsoppgjøret. En entydig generell konklusjon vedrørende utfylling av kontrakten, kan etter denne vurderingen ikke gis.

## **7 AVSLUTTENDE BEMERKNINGER**

---

Valget mellom SSA-S, PS 2000 Sol og IKT SUP-04 kan som avhandlingen belyser få betydning for spørsmålet om heving. Det er flere fordeler med å anvende en anerkjent standardkontrakt for utvikling av programvare. Kontraktene er utformet av personer med særlig kunnskap på området, men med ulikt utgangspunkt.<sup>172</sup> De er generelt utformet, men legger opp til tilpasninger i bilag.

---

<sup>170</sup> Føyen (2006) s. 484

<sup>171</sup> Føyen (2006) s. 25

<sup>172</sup> Jf. pkt. 2.3 hvor det vises til forskjellene mellom aktørene

Anvendes ikke en av standardkontraktene, kan partene utforme andre løsninger, noe som kan være mer fordelaktig i enkelte situasjoner. For eksempel ved at kontrakten er mindre omfattende og senker kostnaden ved kontraktsinngåelse. På den annen side vil partene i større grad måtte forutse konfliktsituasjoner og utforme kontrakten eller påvirke dens innhold deretter. I standardkontraktene er potensielle konflikter og hindringer allerede søkt hensyntatt.

Ved valg av standardkontrakt har partene uansett et ansvar for å sette seg inn i kontrakten. Dette bekrefter avgjørelse inntatt i HR-2016-1440, som redegjort for i pkt. 2.3. Det er også viktig at kontrakten tilpasses det aktuelle kontraktsforholdet og dets særegenheter. En kontrakt kan være velfungerende for et prosjekt, men være mindre eller dårlig egnet for et annet. Selv om man velger den kontrakten som er best egnet for prosjektet, kan det likevel inntre forhold som gjør at man ikke oppnår ønsket resultat. I enkelte tilfeller kan heving være uunngåelig, til tross for en godt utformet kontrakt.

Partenes opptreden enkeltvis og med hverandre er elementært for utfallet av kontraktsforholdet. Jevnlig og god kommunikasjon mellom partene er en viktig faktor for å oppnå ønsket resultat. Dette henger også nært opp mot behovet for et godt fungerende samarbeid, som er fremhevet flere steder i avhandlingen. Dersom kommunikasjonen og samarbeidet svikter, vil dette kunne lede til heving uavhengig av kontrakten.

Valg av bakgrunnsrett kan også som avhandlingen viser komme på spissen. Kjøpsloven er som særlig vist i pkt. 4.3 om levering, godkjennelse og risikoovergang og pkt. 6.2 om bakgrunnsretten vedrørende hevingsoppgjøret, ikke alltid passende på utviklingskontrakter. Det er derfor spesielt viktig at kontraktene er utfyllende regulert på disse punktene, for å skape forutberegnelighet og motvirke usikkerhet.

Man kan med trygghet si, at alminnelige obligasjonsrettsrettslige regler og kjøpsloven påvirker rettstilstanden for utviklingskontrakter.<sup>173</sup> IT-kontraktsrett og spesielt utviklingskontrakter adskiller seg imidlertid fra den alminnelige kontraktsretten på flere punkter. Det må for utviklingskontrakter både i kontraktsutformingen og gjennomføringen av kontrakten tas særlig hensyn til særtrekk som spesifikasjons- og løsningsbeskrivelse,

---

<sup>173</sup> Se Føyen (2006) s. 420

utviklingsmetode, kundens medvirkning og testing av produktet. Disse særtrekkene kan som avhandlingen har belyst, få betydning for spørsmålet om heving.

Spørsmålet om heving av utviklingskontrakter krever som avhandlingen har belyst også en viss innsikt i IT, noe som ytterligere kan være en utfordring for rettsanvendere. Dette er imidlertid ikke ulikt fra andre rettsområder som entrepris, petroleum og alminnelige eiendomssalg. For å avgjøre et spørsmål om heving er det også for disse områdene nødvendig med en viss fagkunnskap. Mangler vedkommende aktør, enten det er kunde eller advokat nødvendig innsikt i fagområdet, bør slik kunnskap innhentes.

Slik tidligere påpekt i pkt. 2.4.1 er IT-retten et område i rask vekst. Dette byr på utfordringer for rettsanvendere i vid forstand, samt for potensielle leverandører og kunder. Dersom flere saker om utviklingskontrakter kommer opp for domstolene, og etter hvert for Høyesterett, vil dette bidra til større avklaring på rettsområdet. Samtidig vil området fortsette å utvikles videre, og kan gjøre det vanskelig for rettsanvendere å holde seg oppdatert til enhver tid.

Hva som konkret kan lede til heving, hevingsadgangen og virkningene av heving for utviklingskontrakter, kan således endres i tråd med utviklingen av IT som et fag- og rettsområde. De generelle retningslinjene for problemstillingene som er fremhevet ulike steder i avhandlingen er derimot av mer fast karakter, og vil ikke nødvendigvis endres like raskt. Disse retningslinjene gir påregnelige føringer for problemstillingene omkring heving.

## 8 REFERANSELISTE

---

### Kontrakter

Den Norske Dataforening (2013) : *Dataforeningens kontraktsstandard for oppdragsbasert smidig utvikling av programvare* (PS 2000 Sol).

<https://www.dataforeningen.no/bestill.134118.no.html#add%20to%20shopping%20cart%20PS2000-8>

Difi (2015): *Smidighetsavtalen* (SSA-S). <https://www.anskaffelser.no/verktoy/smidigavtalen-ssa-s>

IKT-Norge (2010) : *Systemutviklingsprosjekt – Standardavtale* (IKT SUP-04).

<https://www.ikt-norge.no/butikk/systemutviklingsprosjekt-standardavtale-norsk-arlisens/>

### Lovgivning

Lov om opphavsrett til åndsverk m.v (åndsverkloven) 12. mai 1965 nr. 2

Lov om kjøp (kjøpsloven) 13. mai 1988 nr. 27

Lov om voldgift (voldgiftsloven) 14. mai 2004 nr. 25

Lov om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven) 17. juni 2016 nr. 73

### Forskrifter

Forskrift om universell utforming av IKT-løsninger (2013) : Forskrift om universell utforming av informasjons- og kommunikasjonsteknologiske (IKT)-løsninger (nr. 732/2013)

## **Rettspraksis**

Rt. 1978 s. 1484

Rt. 1998 s. 1510

Rt. 1999 s. 408

Rt. 2002 s. 1110

Rt. 2010 s. 710

Rt. 2015 s. 321

HR-2016-1440

LB-2004-8893

LB-2009-140456

LG-2012-182014

LB-2015-34400

TOSLO-2001-11218

TOSLO-2009-72662

## **Juridisk teori**

Andersen (2005): Mads Bryde Andersen. *IT-RETTEN*. København, 2005

Føyen (2006): Arve Føyen, Kristine M. Madsen, Christine Klûwer og Elisabeth Wille. *Kontrakter for utvikling av programvare*. Oslo, 2006

Haaskjold (2013): Erlend Haaskjold. *Kontraktsforpliktelser*. 2. utgave, Oslo, 2013

Hagstrøm (2011): Viggo Hagstrøm. *Obligasjonsrett*. 2. utgave, Oslo, 2011

Hov (2002): Jo Hov. *Avtalebrudd og partsskifte. Kontraktsrett II*. 4. utgave, Oslo, 2002

James Cadle & Donald Yeates. *Project Management for Information Systems*. 5. edition, England, 2008

Nygaard (2004): Nils Nygaard. *Rettsgrunnlag og standpunkt*. 2. utgave, 2004

Torvund (1997) : Olav Torvund. *Kontraktsregulering - IT kontrakter*. Oslo, 1997

Udsen (2016): Henrik Udsen. *IT-RET*. 3. utgave, København, 2016

### **Elektroniske kilder**

#### **Store norske leksikon:**

<https://snl.no/programvare> (sist lest 02.04.17)

<https://snl.no/dataprogram> (sist lest 02.04.17)

#### **Difi:**

<https://www.anskaffelser.no/it/statens-standardavtaler/velg-riktig-avtale> (sist lest 02.04.17)

<https://www.anskaffelser.no/it/statens-standardavtaler/statens-standardavtaler-ssa> (sist lest 02.04.17)

<https://www.difi.no/om-difi> (sist lest 02.04.17)

#### **IKT-Norge:**

<https://www.ikt-norge.no/om-ikt-norge/> (sist lest 02.04.17)

<https://www.ikt-norge.no/butikk/> (sist lest 02.04.17)

**Den Norske dataforening:**

<https://www.dataforeningen.no/om-dnd.134466.no.html> (sist lest 02.04.17)

<https://www.dataforeningen.no/it-kontrakter.160152.no.html> (sist lest 02.04.17)

**Regjeringen:**

[https://www.regjeringen.no/contentassets/9018344feae44c1f9a2a114e768ebd1b/suksess\\_fias\\_ko\\_offentlige\\_ikt-prosjekter.pdf](https://www.regjeringen.no/contentassets/9018344feae44c1f9a2a114e768ebd1b/suksess_fias_ko_offentlige_ikt-prosjekter.pdf) (sist lest 02.04.17)

**TV2:**

<http://www.tv2.no/a/8353567/> (sist lest 02.04.17)

**Gemini. Forskningsnytt fra NTNU og SINTEF:**

<https://gemini.no/2014/03/norske-it-forskere-pa-topp-i-verden/> (sist lest 02.04.17)

# Vedlegg

---

**Vedlegg 1: Den Norske Dataforening ”Veiledning for utarbeidelse og bruk av kontrakten”**