
Flügger-dommen: Inspiration for kontraktudarbejdelse og projektadfærd i it-projekter

22.5.2019

Der blev for nyligt afsagt dom i den principielle sag mellem Flügger og Datacon. Det er første gang, at en dansk domstol har forholdt sig til flere forhold vedrørende K02 og dens anvendelse i forhold til levering af et ERP-system (her med Microsoft Dynamics AX som platform). Flere forhold i dommen kan tjene som inspiration i forhold til både kontraktudarbejdelsen for et it-system og god projektadfærd hos både kunde og leverandør.

Emne 1 - Forholdet mellem afprøvning, idriftsættelse og levering

Domskonklusion:

Retten fastslår,

- a. at leverandørens leveranceansvar består, og at kundens reklamationspligt ikke indtræder, før der er gennemført afprøvning i overensstemmelse med K02-aftalens afprøvningsbestemmelser, og at dette gælder uanset om der sker idriftsættelse på et tidligere tidspunkt

Kontakt

Søren Skibsted
Partner

Direkte: +45 38 77 43 83
Mobil: +45 24 86 00 19
SSK@kromannreumert.com

KROMANN REUMERT

- b. at den væsentligste årsag til de opståede problemer efter systemet blev sat i drift var den manglende afprøvning som beskrevet i K02-aftalen, at dette medførte en række problemer, herunder manglende performance, utilstrækkelig fejltolerance samt funktionelle mangler, og at systemet således ikke var klart til at blive sat i drift og på det grundlag må anses for mangelfuldt
- c. at beslutning om idriftsættelse ikke blev truffet af Flügger alene eller i strid med leverandørens rådgivning, og kundens beslutning om idriftsættelse kan ikke anses for en sådan grad af egen skyld, at leverandøren fritages fra sit leveranceansvar.

Bemærkninger:

- Uklar konklusion om levering: Domsformuleringerne synes specielle og efterlader tvivl om dommens rækkevidde. I forhold til a) ovenfor får man indtryk af, at retten ikke mener, at levering er sket, og at alle konsekvenserne forbundet med levering derfor ikke er indtrådt, selv om kunden i et vist omfang anvender systemet til understøttelse af kundens forretning. Det kan også være en rigtig konklusion i den konkrete sag, men under alle omstændigheder kan dommens princip ikke udstrækkes ubegrænset. Det må blandt andet forventes, at levering vil kunne blive anset for sket ved idriftsættelse (eller i hvert fald på et tidspunkt hvor systemet anvendes til understøttelse af hovedparten af kundens forretning), og at leveranceansvaret selvsagt ikke vil kunne bestå i hele systemets levetid, selv om der aldrig måtte blive gennemført en afprøvning.

I modsætning til rettens bemærkning vedrørende a), synes domsformuleringen i b) at forudsætte, at der er sket levering af systemet. I modsat fald ville mangelregimet, som formuleringen henviser til, ikke være relevant at bringe i anvendelse. Der består en afgørende forskel mellem de to situationer, hvor der er, henholdsvis ikke er sket levering. Parternes anbringender synes heller ikke at bringe klarhed over forholdet, og dommens rækkevidde kan derfor være vanskelig at bedømme.

- Afprøvning uden kvalificerede mangler er et "must": I forhold til kundens

KROMANN REUMERT

projektadfærd bør idriftsættelse uden en systematisk afprøvning og/eller med ikke-uvæsentlige mangler ikke finde sted, medmindre dette sker som led i en tabsbegrænsningsbestræbelse. Kunden risikerer i givet fald:

- at give afkald på eller indskrænke leverandørens leveranceansvar
 - at give afkald på retten til afvisning af levering baseret på reglerne om forsinkelse (som stiller mindre byrdefulde krav i forhold til mangelsregimet)
 - at udløse garanti- og reklamationsperiodens begyndelse samt betaling af et eventuelt løbende vedligeholdelsesvederlag
 - at fortabe muligheden for at gøre mangler gældende på et tidspunkt, hvor systemet ikke er gennemprøvet i en passende lang driftsperiode.
- Forholdsregler ved tidlig idriftsættelse: Hvis idriftsættelse besluttet, bør kunden i alle tilfælde gøre det klart, hvorledes en idriftsættelse skal håndteres kontraktuelt, herunder om der er tale om en godkendelse betinget af afhjælpning af identificerede mangler indenfor en fast tidsperiode. Kunden er aftalemæssigt typisk stillet bedre ved at udskyde levering, indtil systemet har den aftalte kvalitet, og dermed udskyde konsekvenserne forbundet med levering, herunder overgang til mangelregimet, påbegyndelse af garanti- og reklamationsperioden samt igangsætning af et løbende vederlag for vedligeholdelse.

Før idriftsættelse bør kunden og leverandøren gøre sig omhyggelige overvejelser, herunder ved egentlig rådgivning fra leverandørens side om konsekvenserne forbundet med idriftsættelse uden en bestået overtagelsesprøve. Sådanne overvejelser bør omfatte idriftsættelsens betydning for færdiggørelse af systemet i aftalt kvalitet på en effektiv måde (det er generelt dyrere at rette fejl i drift). De bør også omfatte eksisterende manglers betydning for systemets passende understøttelse af kundens forretning samt risikoen for afledte tab og andre uheldige virkninger, blandt andet i forhold til slutbrugeroplevelsen.

Procedurerne og dommen synes ikke at behandle pkt. 8.5 i K02 om tidlig idriftsættelse, før overtagelsesprøven er bestået. Bestemmelsen synes umiddelbart at kunne have været relevant – direkte og indirekte – for en række af dommens konklusioner.

KROMANN REUMERT

- Kontraktudarbejdelse: I forhold til kontraktudarbejdelse bør det overvejes, om K02 skal suppleres med følgende elementer:
 - Kundens ret til idriftsættelse uden afprøvning og uden godkendelse af leverancen
 - Hvorledes parterne skal håndtere forholdet mellem levering og idriftsættelse samt adgangen til betinget godkendelse og konsekvenserne i forhold til garanti- og reklamationsperiode samt betaling af vedligeholdelsesvederlag
 - Leverandørens ret og pligt til rådgivning af kunden i forbindelse med idriftsættelse (også i tilfælde af kundens undladelse af afprøvning), herunder konsekvenser forbundet med korrekt og mangelfuld rådgivning
 - Beskrivelse af konsekvenser af idriftsættelse uden afprøvning, herunder i forhold til levering, afvisningsret, leveranceansvar, garanti- og reklamationsperiode samt afledte tab
 - Regulering af kundens egen skyld og accept af risiko, blandt andet i forhold til forøget kompleksitet og ressourceforbrug med systemets færdiggørelse samt den forøgede risiko for tab og utilsigtede virkninger i kundens forretning.

Emne 2 - Forholdet mellem leverandørens leveranceansvar og kundens opgaver

Domskonklusion:

Retten fastslår,

- a. at Flüggers betydelige opgaver i projektet ikke kan føre til ophør af leverandørens leveranceansvar, så længe der ikke var foretaget afprøvning
- b. at leverandøren, henset til Flüggers involvering i projektet, herunder ved ekstern bistand, ikke kan pålægges et skærpet ansvar i projektet
- c. at leverandøren ikke har noget ansvar for systemets infrastruktur, som skulle etableres af kunden selv, og som var en forudsætning for driften af systemet – heller ikke som følge af den rådgivning, som leverandøren har

ydet i den forbindelse.

Bemærkninger:

- Et delt ansvar er ingens ansvar: Domskonklusionen synes at lægge op til, at en kunde kan have eller tage mange opgaver, herunder af udviklingsmæssig karakter, uden at udhule leverandørens samlede leveranceansvar, så længe der ikke er foretaget afprøvning. En sådan konklusion vil givet ikke gælde i alle tilfælde, hverken i praksis eller obligationsretligt. Således kan et betydeligt kundeansvar i praksis gøre det vanskeligt at gennemtvinge et egentligt leveranceansvar, uanset hvornår kundens ydelser skal erlægges. Et delt ansvar er meget ofte ingens ansvar, og ingens ansvar ender i sidste ende som kundens problem.
- Varsomhed med vidtgående kundeansvar: I forhold til kundens projektdfærd bør kunden – ved projekter hvor kunden har et betydeligt ansvar – i praksis indrette sig på at påtage sig det reelle ansvar for integration af leverandørens ydelser i kundens forretning på en sådan måde, at det skaber en effektiv it-understøttelse. Dette omfatter bl.a. kundens tilvejebringelse af de for projektet rette kompetencer, både kvalitativt og kvantitativt, robust projektledelse og -planlægning samt meget klare, detaljerede beskrivelser af leverandørens leverancer. Dette er sjældent trivielt, og kundens organisation er typisk ikke gearret til at påtage sig et sådan ansvar.

Der kan selvsagt indkøbes konsulentbistand udefra til at løfte denne opgave, som tilfældet var i Flügger-sagen. Det kan – gjort rigtigt – være en god ide. Det forudsætter imidlertid, at det meget klart er aftalt (både med konsulenten og it-leverandøren), hvilket ansvar og hvilken rolle konsulenten har. I praksis etablerer man et tre-parts-forhold, hvor konsulentens rolle kan være vigtig, og hvor de forhold, som et tre-parts-forhold betinger, skal håndteres på effektiv måde. Det kan bestå af alt fra mere let, kortfattet regulering til etablering af en ramme for en egentlig multisourcingleverance.

KROMANN REUMERT

Kundens konsulent må påtage sig sin del af ansvaret i dette set-up. Flügger-sagen omfatter og behandler ikke dette forhold nærmere, idet retten dog synes at lægge vægt på, at kundens anvendelse af en ekstern konsulent er af betydning for, at leverandøren ikke pålægges et skærpet ansvar.

- Kontraktmæssigt alternativ: Som alternativ til et vidtgående kundeansvar kan der kontraktmæssigt opereres med følgende:
 - Robuste typeforsætninger fra kundens side, udover hvad der gælder efter dansk rets almindelige regler om, hvad kunden med føje kan forvente. Dette kan omfatte leverandørens "totalansvar", "fuld it-mæssig understøttelse af kundens forretningsområde", "korrekt udbetaling af x" og lignende formuleringer. I en kompleks leverance, som ved et ERP-system, vil mængden og typen af opgaver være omfattende, og det vil ikke være muligt udtømmende at beskrive alle de forhold, der skal være opfyldt for, at systemet fungerer kontraktmæssigt i drift
 - En samlet governance, der indeholder relevante fora, rapportering, eskalation, early warning-mekanismer og en prismodel, der giver de rette incitament, og som er klar i forhold den samlede betaling for opfyldelsen af alle leverandørens forpligtelser.

Emne 3 - Erstatning og grov uagtsomhed

Domskonklusion:

Retten fastslår,

- a. at Flügger er berettiget til erstatning for de vederlag, som Flügger har betalt, og som vedrører leverandørens afhjælpningspligt, idet retten blandt andet lægger vægt på, at det som regel er mere kompliceret at rette mangler i et system, der er i drift
- b. at leverandøren ikke kan anses for at have handlet groft uagtsomt
- c. at øgede logistikomkostninger, konventionalbod til kunder og internt tidsforbrug i vidt omfang anses for driftstab, følgeskader og andet indirekte

KROMANN REUMERT

tab, som der i henhold til K02 ikke kan ydes erstatning for
d. at Flüggers krav ikke findes tilstrækkeligt godtgjort.

Bemærkninger:

- Egen skyld: Domskonklusionen synes at lægge op til, at Flüggers erstatning for betaling for leverandørens afhjælpningsforsøg nedsættes som følge af Flüggers egen skyld ved at have idriftsat et system, der ikke havde været genstand for afprøvning, og som indeholdt mangler af et vist større omfang. Det giver god mening.
- Grov uagtsomhed: Om leverandøren har handlet groft uagtsomt, beror på en meget konkret vurdering, herunder baseret på den tilrettelagte bevisførelse. Det kan være vanskeligt at bedømme baseret på domsreferatet, men forenklet kan det siges, at jo større et ansvar leverandøren har påtaget sig for systemet og dets korrekte funktion i drift, jo mere omhyggelig må leverandøren være i forhold til at skabe et mangelfrit system. På samme måde skal der også mindre til for, at leverandøren må bære risikoen for indirekte tab m.v. Bevisførelsen i en tvist bør blandt andet tilrettelægges om de emner, som erfaringsmæssigt kan give grundlag for en konklusion om grov uagtsomhed. Det gælder blandt andet leverandørens prioritering af egeninteresser, mangelfuld rådgivning, anvendelse af mindre kvalificerede ressourcer, ikke-effektive afhjælpningsforanstaltninger samt anvendelse af uklare og/eller ikke-anerkendte metoder og projektledelsesværktøjer.
- Internt tidsforbrug: Rettens konklusion om internt tidsforbrug er tvivlsom. Intern tidsforbrug, der medgår til at rette op på en mangelfuld leverance, må typisk anses for et direkte og erstatningsberettiget tab. Den reelle diskussion om intern tid er en anden, nemlig om intern tid kan anses for et økonomisk tab eller blot en for kunden uhensigtsmæssig følgevirkning for kunden. Ved fravær af overarbejdsbetaling, nyansættelser og lignende vil kunden jo fortsat kun betale den faste løn til sine eksisterende medarbejdere. Det er vores opfattelse, at der typisk vil være tale om et erstatningsberettiget tab, og siden Østre Landsrets dom

KROMANN REUMERT

af 23. april 2008, og senere blandt andet U.2013.2113/1H, er der meget, der taler for dette resultat. Den skadelidte skal selvsagt kunne løfte bevisbyrden for, at der er lidt et tab, og her vil domstolene ofte forholde sig kritisk til den fremlagte dokumentation.

- **Tabdokumentation:** Meget ofte bliver betaling af erstatning afgjort baseret på, om kunden kan anses for at have dokumenteret sit tab i tilstrækkelig grad (og ikke på de andre erstatningsbetingelser). Ved fejlslagne it-projekter vil der derfor skulle være passende stort fokus på tabdokumentation, eksempelvis ved indhentelse af revisionserklæringer, intern tidsregistrering efter klare retningslinjer, eller skønserklæringer vedrørende arbejdsomfang. I modsat fald kan en god sag ende op i en meget begrænset erstatningsfastsættelse.
- **Kontraktudarbejdelse:** K02's sondring mellem "driftstab, følgeskader og andet indirekte tab" på den ene side, og øvrige, erstatningsberettigede tab på den anden side bør ikke anvendes uredigeret. Der gives blandt andet ikke noget klart svar på, hvad et driftstab, en følgeskade og/eller et indirekte tab er, og forskellen mellem de tre kategorier er endnu vanskeligere at identificere. Anvendelse af "indirekte tab" er sædvanligt som redskab for at begrænse et erstatningsansvar for en leverandør af en it-leverance. Selv om sådanne tab typisk vedrører tab, der realiseres som led i bestræbelserne på at tilvejebringe en mangelfri ydelse, vil det være god praksis at forholde sig til, om de tab, som konkret kan forventes ved leverandørens misligholdelse, er et direkte eller indirekte tab. Dette kan eksempelvis ske ved opstilling af de forventede tab med angivelse af deres tilhørsforhold. Her vil intern tid være en oplagt kandidat til at være både "et tab" og et "direkte" af slagsen.