

CompLex



Senter for rettsinformatikk / Avdeling for forvaltningsinformatikk

Øyvind Rishoff

Heving av kommersielle avtaler om skytjenester

Om kundens hevingsadgang og hevingsoppgjøret, med henblikk på utvalgte standardavtaler

1/2020



UiO • Det juridiske fakultet

Henvelseler om denne bok kan gjøres til:
Senter for rettsinformatikk
Postboks 6706 St. Olavs plass
0130 Oslo
Tlf. 22 85 01 01
<http://www.jus.uio.no/ifp/om/organisasjon/seri/>

ISBN 978-82-72261-70-1
ISSN 0806-1912

Grafisk produksjon: 07 Media AS - 07.no

Forord

Denne artikkelen baserer seg på min masteroppgave i rettsvitenskap som ble levert våren 2019. Det har vært relativt stor utvikling innenfor området *standardavtaler for skytjenester* etter oppgaven ble levert, uten at det har medført store endringer i oppgaven. Konkret kan IKT-Norge sin Tjenesteavtale og SSA revisjon 2019-2020 nevnes.

Opgavens emne ble valgt på bakgrunn av en interesse for kryssningen mellom teknologi og jus. Skytjenester er en svært attraktiv og aktuell teknologisk løsning, som har fått stor praktisk betydning for aktører i næringslivet. Den teknologiske utviklingen på dette området medfører samtidig et behov for å vurdere hvorvidt rettsreglene er tilpasset den nye teknologien. Et formål med oppgaven var derfor å belyse mulige rettslige utfordringer ved slik ny teknologi.

Temaets aktualitet og behovet for juridisk analyse ble også bekreftet gjennom samtaler med representanter fra både den teknologiske bransjen og det juridiske fagmiljøet. Veilederen min, Olav Torvund, bidro i den forbindelse med gode samtaler knyttet til oppgavens emne og utforming.

Gjennom arbeidet med oppgaven utpenslet det seg særlig ett sentralt spørsmål; *er våre etablerte kontraktsrettslige grunnprinsipper egnet for morgendagens teknologiske løsninger?* Det korte svaret ble – som på sedvanlig vis – at det beror på en konkret vurdering.

Jeg vil takke min trofaste kollokviegruppe for god støtte og verdifulle bidrag til oppgaven. Videre vil jeg takke Wikborg Rein for skriveplass samt gode diskusjons- og sparringsmuligheter. Jeg må også takke min kjære samboer for nøye gjennomlesning, gode refleksjoner og uvurderlige innspill.

Oslo, 11. februar 2020

Øyvind Rishoff

Innhold

Forord	3
1 Innledning	6
1.1 Emnet	6
1.2 Beskrivelse av skytjenester	6
1.3 Aktualitet	9
1.4 Rettskildebildet og metode	10
1.5 Avgrensning og presisering	12
1.6 Videre fremstilling	13
2 Skytjenesteavtaler som kontraktstype	15
2.1 Innledning	15
2.2 Standardavtalene og deres rettslig stilling	15
2.3 Arten av ytelsen	17
2.3.1 Generelt	17
2.3.2 Resultat- og innsatsforpliktelse	18
2.3.3 Hoved- og biforpliktelse	20
2.3.4 Skillet mellom forsinkelser og mangler som misligholdsgrunnlag	21
2.4 Forholdet til personvernretten	24
3 Vilkårene for heving	26
3.1 Innledning	26
3.2 Standardavtalene	26
3.2.1 Fellestrekk ved standardavtalene	26
3.2.2 SSA-L	27
3.2.3 Skytjenesteavtalen	28
3.3 Misligholdsvurderingen	29
3.3.1 SSA-L	29
3.3.2 Skytjenesteavtalen	30
3.4 Antesipert mislighold	31
3.5 Særlig om kravet til vesentlig mislighold	33
3.5.1 Utgangspunktet og typefeil	33
3.5.2 Særlig om kumulative feil ved tjenestenivået som vesentlig mislighold	35

3.5.3	Forholdet til et skjerpet vesentlighetskrav	36
3.6	Kort om bortfall av hevingsretten	38
3.7	I hvilken grad påvirker brudd på databehandleravtalen kundens hevingsadgang?	40
4	Hevingsoppgjøret	44
4.1	Innledning	44
4.2	Forholdet mellom ex tunc og ex nunc	44
4.2.1	Utgangspunktet for tjenestekontrakter	44
4.2.2	Standardavtalene	46
4.3	Opphør av avtalen	47
4.4	I hvilken grad spiller personvernreglene inn ved hevingsoppgjøret?	49
5	Avsluttende betraktninger	53
	Litteratur	55
	Rettskilder	57
	Vedlegg	59
	Utvalgte bestemmelser i SSA-L	59
	Utvalgte bestemmelser i Skytjenesteavtalen	61
	Utvalgte bestemmelser i SSA-D	62

1 Innledning

1.1 Emnet

Emnet for denne oppgaven er heving av kommersielle avtaler om skytjenester. Oppgaven tar for seg både kundens adgang til å heve og det etterfølgende hevingsoppgjøret. Dette medfører at vi skal se på inngangsvilkårene for at kunden kan heve en avtale om skytjenester. Det er bakgrunnsretten og de utvalgte standardavtalene som vil danne utgangspunktet for denne vurderingen. Videre skal vi se på utfordringene omkring hevingsoppgjøret i relasjon til avtaler om skytjenester.

Emnet faller inn under kontraktsretten og mer presist den spesielle kontraktsretten. Det er særegenhetene ved skytjenesteavtaler som kontraktstype som gjennomgående vil være gjenstand for denne oppgavens analyser. I den forbindelse vil det være nødvendig å redegjøre for det teknologiske fenomenet *skytjenester*. Emnet medfører også at visse tilstøtende rettslige spørsmål inngår i oppgaven. I denne sammenheng er det særlig spørsmål tilknyttet data og personvern som blir aktuelle.

1.2 Beskrivelse av skytjenester

På Datatilsynets hjemmesider omtales skytjenester som en samlebetegnelse på alt fra dataprosessering og datalagring til programvare på servere som er tilgjengelig fra eksterne serverparker tilknyttet internett.¹ I Norges Nasjonale strategi for bruk av skytjenester brukes begrepet skytjeneste som en skalerbar tjeneste som blir levert over internett.² Den norske Regjeringen viser her til National Institute of Standards and Technology (heretter NIST) sin definisjon av skytjenester. Ifølge NIST består skytjenester av fem karakteristikk, tre tjenestemodeller og fire leveransemodeller.³

1 Datatilsynet (2018).

2 Kommunal- og moderniseringsdepartementet (2016).

3 Mell, Peter og Timothy Grance (2011): *The NIST Definition of Cloud Computing. Recommendations of the National Institute of Standards and Technology*, U.S. Department of Commerce, NIST Special Publication 800-145.

De fem karakteristikene NIST trekker frem ved skytjenester er at de er behovsbaserte, levert over internett, delte ressurser, umiddelbar fleksibilitet og betaling etter bruk. Tjenestemodellene består av programvare som tjeneste (SaaS), plattform som tjeneste (PaaS) og infrastruktur som tjeneste (IaaS).⁴ Leveransemodellene er en allmenn sky, en gruppesky, en privat sky og en hybrid sky.

Det finnes ikke en allmenn anerkjent definisjon på hva en skytjeneste er, men med utgangspunktet i NIST sine kjennetegn ved skytjenester har det dannet seg en relativ stor enighet om begrepet.⁵ Hva som ligger i NIST sine karakteristikker, tjenestesemodeller og leveransmodeller skal jeg gjøre rede for i det følgende.

IaaS, PaaS og SaaS er begreper man bruker for å kategorisere tjenestemodellene for skytjenester. Felles for alle tjenestemodellene er at de alle omhandler en tjeneste knyttet til IT-ressurser. Ulikheten ligger i hva sluttbrukeren har tilgang til. Det er ikke vanntette skott mellom de ulike modellene og begrepene kan tenkes på som ulike punkter på en skala.⁶

I et avtaleforhold med den valgte modellen IaaS får brukeren tilgang til infrastrukturen. Eksempler på denne typen er Amazon Web Service og Microsoft's Azure.⁷ Denne modellen gir brukeren stor tilgang til egen modifikasjon og anvendes av brukere som ønsker å flytte ut/outsource sin IT-infrastruktur. Typiske ressurser ved en slik modell innebærer lagrings- og serverkapasitet. Et aktuelt spørsmål som har reist seg rundt slike avtaler er relasjonen mellom personvernretten og datamaterialet skytjenesteleverandøren «oppbevarer» på sine servere. Dette kommer jeg tilbake til i punkt 4.4.

PaaS-modellen gir brukeren tilgang til en plattform. Ved disse avtalene har skytjenestetilbyderen ansvaret for infrastrukturen til skyen. For øvrig er ikke skillet mellom en IaaS-modell og en PaaS-modell særlig skarpt.⁸ Azure App Service og Google Cloud Platform er eksempler på PaaS-løsninger. I dette avtaleforholdet ønsker brukeren å få tilrettelagt et utgangspunkt for utvikling av applikasjoner eller programmer. Fleksibiliteten som følger av en IaaS-modell opprettholdes ikke ved anvendelse av en PaaS-løsning. Brukeren vil for det første mangle innsikt i den grunnleggende server- og lagringskapasitet og for det andre være bundet av et programmeringsspråk som harmoniserer med

4 SaaS – Software as a Service, PaaS – Platform as a Service og IaaS – Infrastructure as a Service.

5 Udsen (2019) s. 606. Flere anerkjente juridiske forfattere som skriver om cloud computing viser til NIST blant andre Henrik Udsen, W Kuan Hon og Christopher Millard.

6 Millard (2013) s. 4.

7 Hon (2017) s. 2.

8 L.c.

tilbyderen av plattformen.⁹ På den andre siden gjøres denne modellen attraktiv ved at brukeren slipper å bruke ressurser på å tilrettelegge for utvikling.

SaaS er den modellen som gir brukeren minst fleksibilitet men oppleves til gjengjeld mest brukervennlig. Eksempler på en slik løsning er Facebook og Microsoft Office 365. Modellen skiller seg i stor grad fra IaaS- og PaaS-modeller ved at brukeren har svært lite innflytelse over tjenesten og det vil ofte begrense seg til endring av innstillinger og til en viss grad databruk.¹⁰

De ulike leveransemodellene for skytjenester skiller seg også noe fra hverandre. Noen inndelinger betegner hvor skytjenesteserveren fysisk er plassert, mens andre betegnelser viser til hvem som har adgang til skytjenesten.¹¹ Ytterpunktene er privat sky og allmenn sky der det – som navnene indikerer – skilles mellom tilgangsmulighetene til de ulike skytjenestene. Fra et rettslig perspektiv vil en allmenn skytjeneste bære mer preg av å tilby standardtjenester på standardvilkår. Ved inngåelse av avtaleforhold om en privat skytjeneste vil det derimot være større anledning til å forhandle på vilkårene for tjenesten.

Oppsummeringsvis kan det sies at begrepet skytjeneste blir brukt om tjenester som levers over internett og ordet sky blir i denne sammenheng brukt for å illustrere at tjenestene nettopp leveres over *internett*. Som vi ser omfatter ordet skytjenester en rekke ulike modeller/løsninger. Fellesnevneren er informasjonsteknologitjenester (IT-tjenester) som blir levert over internett. En del av utviklingen rundt skytjenester var å flytte tjenester som ofte ble betjent lokalt til å være tilgjengelig via internett. Som en følge av det vil selve tjenestene være IT-tjenester som aktørene i samfunnet har brukt i mange år. Skytjenestemodeller skiller seg således fra den eldre ordningen med deres nettbaserte tilgjengelighet og fleksibilitet.

Endelig nevnes det at de ovennevnte tjenestemodeller og leveransemodeller vil primært sett tjene som nyttige begreper når teknologien omtales. Som nevnt er det ikke klare skiller og ved den videre rettslige drøftelsen vil selve innholdet i tjenesten være avgjørende.

9 Millard (2013) s. 12.

10 Millard (2013) s. 13.

11 Udsen (2014) s. 55.

1.3 Aktualitet

Juridiske spørsmål knyttet til skytjenester er aktuelt først og fremst som følge av den teknologiske utviklingen. Utvikling av skytjenester tilsvarende de på markedet i dag har sin opprinnelse tilbake til tidlig 2000-tallet. En av hovedårsakene til utviklingen var ønsket om å forbedre data- og serverkapasitet.¹²

Et resultat av den ovennevnte utviklingen er en stor økning i bruken av denne teknologien. Flere og flere bedrifter og virksomheter går til anskaffelse av skytjenesteløsninger. Det medfører kontraktsinngåelser og kontraktsavviklinger med skytjenester i sentrum. Dette byr på utfordringer. Avtalene vil hovedsakelig inngås etter etablerte grunnprinsipper fra kontraktsretten. En slik tilnærming vil i stor grad danne grunnlaget for gode juridiske skytjenesteavtaler. Imidlertid kan utfordringene melde seg når skytjenesters kompleksitet blir satt på spissen. Et konkret tilfelle er alle tilstøtende spørsmål som springer ut av samspillet med personvernreglene.

Teknologien knyttet til skytjenester er aktuell utover det rettslige, og har vært utsatt for stadig økende politisk søkelys. Et økt fokus på bruk av skytjenester fra Regjeringen retter seg både mot det offentlige og det private markedet.¹³ En stor del av begrunnelsen for å vie oppmerksomhet til skytjenester er målsetningen om å forbedre og effektivisere virksomhetene. På den ene siden er skytjenester fleksible og er godt egnet til å tilpasse seg den enkelte virksomhetens behov. På den andre side er det ofte tale om kompliserte tjenesteavtaler som tar i bruk avansert teknologi. For at virksomheter skal kunne benytte seg av skytjenester på best mulig måte, er det avgjørende å ha kjennskap til skytjenesters stilling i norsk rett.

I digitaliseringsrundskrivnet fra 2018 er det oppstilt som et krav at offentlig virksomheter skal benytte skytjenester når det ikke foreligger spesielle hindringer og det fremstår som den mest hensiktsmessige og kostnadseffektive løsningen.¹⁴ Det har med andre ord vært en strategi fra myndighetene over en periode på

12 En enkel og kort sammenfatning av utviklingen: Tidligere var en virksomhet avhengig av lokal serverkapasitet for å kjøre sine IT-systemer. En av utfordringene var at kapasiteten og bruksmengden ikke samsvarte. I tidsperiodene der etterspørselen var høyest ble kravet til serverkapasitet stadig hevet og det måtte anskaffes permanent høyere kapasitet. Som en naturlig følge av dette ble det stående ledig kapasitet i tidsperiodene uten høy etterspørsel. En slik løsning var ikke optimal for noen bedrift og medførte blant annet utviklingen av skytjenester. For ytterligere redegjørelse for utviklingen se: <https://www.dataversity.net/brief-history-cloud-computing/#>.

13 Kommunal- og moderniseringsdepartementet (2016) s. 4.

14 Kommunal- og moderniseringsdepartementet (2018).

flere år å få virksomhetene opp i skyen. Det er naturlig at en slik satsning vil medføre en økt inngåelse av skytjenesteavtaler både i privat og offentlig sektor. For offentlige virksomheter kan rettslige spørsmål om skytjenester sees på fra to ulike perspektiv. For det første kan det reises spørsmål om adgangen til bruk av skytjenester. Dette spørsmålet knytter seg blant annet til vårt eksisterende regelverk hva gjelder tilgang til ulik informasjon slik som regnskap og annet arkivert materiale.¹⁵ For det andre kan man se på skytjenester som en kontraktsregulert ytelse, hvilket innebærer at alminnelige kontraktsrettslige spørsmål oppstår. Det er den sistnevnte synsvinkelen som vil behandles i denne oppgaven.

En økende internasjonalisering medfører også at skytjenester blir interessant. Tjenestelevering over internett muliggjør en global kundekrets for skytjenesteleverandørene. Når partskonstruksjonene krysser landegrensar vil det ofte oppstå flere rettslige utfordringer. I og med at de aller fleste store skytjenesteleverandørene er amerikanske vil det kunne oppstå motstrid mellom amerikansk lovgivning – på føderalt og delstatsnivå – og europeisk lovgivning med GDPR som gjeldende regelverk. Fra EU sin side er det et mål å fjerne tekniske og juridiske barrierer som hindrer fri bruk av skytjenester. Det som særlig trekkes frem er nasjonale reguleringer om hvor datamateriale kan lagres innenfor EØS-området.¹⁶

Som vi ser er det en rekke faktorer som aktualiserer et rettslig søkelys på skytjenester. Denne oppgaven tar kun sikte på å dekke én side av det rettslige utfordringene som gjør seg gjeldende i skytjenesteforhold. Oppgaven forsøker dermed ikke å presentere et fullstendig bilde av de rettslige spørsmålene som kan oppstå ved skytjenester. Ved avtaleinngåelser som omhandler skytjenester er det derimot sentralt å ha kunnskap om de ovennevnte forhold. Ofte kan kontraktens utforming bli påvirket av partenes lovpålagte forpliktelser.¹⁷ En redegjørelse for disse forpliktelsene faller imidlertid utenfor oppgavens ramme.

1.4 Rettskildebildet og metode

Ved skytjenesteavtaler som er underlagt norsk rett vil den primære rettskilden være avtalen partene imellom.¹⁸ Partene står i utgangspunktet fritt til å avtale sitt mellomværende. Oppstår det uenighet mellom partene om innholdet i kontrakten, vil alminnelige regler for avtaletolkning og utfylling komme til anven-

¹⁵ Se arkivlova og regnskapsloven.

¹⁶ St.meld. nr. 27 (2015-2016).

¹⁷ Se Haaskjold (2013) s. 58 om *legale forbud* og avtalevilkår som potensielt strider mot lov.

¹⁸ Se eksempelvis Hagstrøm (2011) s. 42, Udsen (2014) s. 31, Skoghøy (2018) s. 94 og Haaskjold (2013) s. 17.

delse.¹⁹ Formålet med tolkningen vil være å finne ut hva partene har ment.²⁰ Det kan også tenkes tilfeller der avtalen er taus i relasjon til den omtvistede delen av kontrakten. Dersom en slik situasjon oppstår må partene se hen til den relevante bakgrunnsretten.²¹

Det finnes per dags dato ingen lov som regulerer den kontraktuelle delen av skytjenester. Kjøpsloven kan i visse tilfeller tenkes å kunne komme til anvendelse på enkelte deler av en skytjenesteavtale, men vil i utgangspunktet ikke utgjøre bakgrunnsretten for skytjenester.²² Som ved alle andre sammensatte ytelser, vil det avgjørende være å se på hva som fremstår som primærytelsen. Når primærytelsen regnes som en tjeneste vil kjøpsloven ikke få direkte anvendelse.²³ Underrettspraksis viser at for utviklingsavtaler er det aktuelt å trekke analogislutninger fra kjøpsloven.²⁴ Hvor omfattende en slik utfylling kan være beror på en konkret vurdering av hvert enkelt spørsmål.

Utgangspunktet er at det er den alminnelig obligasjonsretten som utgjør bakgrunnsretten for avtaler om skytjenester. Som nevnt er en skytjenesteavtale en avtale om en *tjeneste* mot vederlag. Det finnes ingen norsk lov som i sin alminnelighet som regulerer tjenestekjøp slik som for eksempel kjøpsloven regulerer avtaler om kjøp. Vi ser etter dette at hverken kontraktstypen eller selve hovedytelsen er direkte lovregulert. Derimot vil bransjepraksis, kutymen og annen sedvane være relevant dersom spørsmålet ikke kan løses etter andre rettskilder.²⁵ Bransjepraksisen innenfor teknologisektoren har utviklet seg mye de siste årene og det har blitt forsøkt fra ulike aktører å utvikle standarder som gjelder for kjøp av teknologiske tjenester. De to standardavtalene som vil berøres i størst grad i denne oppgaven er eksempler på denne utviklingen, og deres rettslige stilling vil behandles i punkt 2.2.

I en rettslig kontekst er ikke skytjenesteavtaler som kontraktstype særlig utbredt. Som en følge av dette vil oppgaven tidvis vise til andre IT-kontraktstyper og rettskildematerialet knyttet til de kontraktstypene. Dette forholdet blir gjort rede for i punkt 2.1. Tilsvarende vil det være for rettspraksis. Overordnet kan det nevnes at det eksisterer lite rettspraksis – spesielt høyesterettspraksis –

19 Se Woxholth (2017) s. 403 ff. og Haaskjold (2013) s. 168.

20 Se Rt-1993-565 på s. 569.

21 Se for eksempel HR-2016-1447-A avsnitt 46: «[...] ikke være tvilsomt at bakgrunnsretten vil være et relevant selvstendig tolkningsmoment når en sikker løsning ikke følger av den inngåtte avtale.».

22 Udsen (2014) s. 32.

23 Se kjøpsloven § 2 andre ledd.

24 Se TOSLO-2009-72662.

25 Hagstrøm (2011) s. 59.

som omhandler oppgavens kjerneområdet. Dels kan manglende rettspraksis skyldes at aktørene ofte vil avtale tvisteløsningsformer slik som voldgift.²⁶ Dels kan det skyldes en treghet fra teknologien utvikles i bransjen til rettstvister om teknologien når domstolsapparatet.

Andre sider ved skytjenester er til en viss grad lovregulert. Hovedsakelig er det gjennom personvernretten og personopplysningsloven som gjennomfører GDPR i norsk rett.²⁷ Reglene kommer til anvendelse på skytjenester som følge av at datamaterialet som behandles i de ulike tjenestene ofte omfattes av GDPR. Reglene om innsynsrett og adgangen til informasjon i henhold til straffe- og sivilprosessen kan også påvirke utformingen av skytjenesteavtaler.²⁸ For bruk i det offentlige kan regler som sier noe om hvor og hvordan datamateriale skal lagres spille inn ved anvendelsen av skytjenester. Når det gjelder regnskapsloven og arkivloven har det i senere år oppstått spørsmål om hvorvidt de legger en begrensning for bruk av skytjenester som lagringsplattform for slikt datamateriale. Under skrivingen av oppgaven ble det 02.04.2019 overlevert utkast til nye lov om samfunnsdokumentasjon og arkiver. Utkastet knytter spørsmålene direkte opp til bruk av skytjenester og generelt sett virker det som utvalget foreslår endringer som skal forenkle bruken av skytjenester i forbindelse med dokumentasjon og arkiver.²⁹

1.5 Avgrensning og presisering

Rettslige spørsmål som springer ut av skytjenester er mange og ulike.³⁰ I denne oppgaven er det skytjenester som kontraktsgjenstand som vil behandles. Tittelen på oppgaven viser til en ytterligere avgrensning. Oppgaven legger sitt hovedfokus på kommersielle skytjenesteavtaler. En slik avgrensning vil medføre at jeg hovedsakelig kommer til å omtale skytjenesteløsninger som omfattes av tjenestemodellene PaaS og IaaS. For eksempel vil en gratis SaaS-løsning, slik som Facebook, falle utenfor. Ikke enhver SaaS-løsning er gratis. En avtale om Microsoft Office 365 vil være en SaaS-løsning, men denne type avtaler vil holdes utenfor oppgaven idet de stort sett inngås basert på en rekke standardvilkår fra leverandøren.

²⁶ Se voldgiftsloven § 5 om offentlighet.

²⁷ Se personopplysningsloven § 1.

²⁸ Se eksempelvis HR-2019-610-A.

²⁹ Se nærmere NOU 2019:9 og særlig kapittel *Utførselsforbudet. Skytjenester* på side 198.

³⁰ Se for eksempel Christopher Millard sin bok *Cloud Computing Law* som primært sett omhandler andre rettslige sider ved skytjenester.

I avtaleforholdene vi følgelig står igjen med vil det ofte foreligge tre eller to parter. Det medfører behov for en ytterligere presisering. Sluttbrukeren eller kunden vil alltid være en part og det samme vil gjelde for skytjenestetilbyderen. Når vi da noen ganger står overfor et tredjepartsforhold er det fordi det ofte brukes en integrator eller en agent/forhandler.³¹ Konstellasjonen kan sammenlignes med nettsider som tilbyr for eksempel flyreiser, hotell eller leiebil på vegne av tredjeparter. I oppgaven vil jeg omtale forholdet mellom kunden og integratoren.³² Når jeg skriver om bestemmelser som gjør et poeng ut av tredjeparten vil dette bemerkes. Det er hovedsakelig to grunner til at denne fremstillingen velges. For det første er de aktuelle standardavtalene utformet for å gjelde på et forhold mellom en kunde og en integrator. Og for det andre er de store skytjenestetilbyderne innflytelsesrike internasjonale selskaper som gjennom sine solide markedsposisjoner lener seg på sine egne avtalevilkår.

Det er kun kundens hevingsadgang som behandles. Dette medfører at tilfeller der leverandøren har rett til å heve som følge av mislighold fra kundens side faller utenfor oppgaven.

Oppsummeringsvis er det kommersielle kontraktsforhold om skytjenester mellom en norsk kunde og en norsk integrator som vil være gjenstand for oppgaven. Det er for disse kontraktsforholdene de norske standardavtalene aktivt kan brukes. Standardavtalene kan for det første – slik de er tiltenkt – benyttes som utgangspunkter for kontraktene for det ovennevnte forhold, og for det andre brukes som utgangspunkter for denne oppgaven idet den behandler den nevnte partskonstellasjonen.

1.6 Videre fremstilling

Oppgavens oppbygning følger en trinnvis struktur. I kapittel 2 skal vi se på skytjenesteavtaler som kontraktstype. Kapittelets hovedvekt vil gå med på å se på hvordan sentrale kontraktsrettslige vurderinger stiller seg i en avtale om skytjenester. Skytjenestekontraktens side til personvernretten vil også behandles i dette kapitlet. Som vi skal se er dette samspillet komplisert og det aktualiseres både i relasjon til hevingsvilkårene og hevingsoppgjøret.

31 Eksempler på slike integratorer er; Basefarm og Intility.

32 Utover i oppgaven vil begrepsbruken begrense seg til; kunden og leverandøren. Jeg kommer kun til å omtale leverandøren som integrator når det er sentralt å få frem rollen leverandøren har i det nevnte trepartsforholdet.

I kapittel 3 skal vi ta for oss vilkårene for heving. Under dette kapittelet ser vi at oppgavens oppbygning er sentral. Vilrårene som trekkes frem ved denne delen av oppgaven vil bygge på vurderinger og drøftelser fra det tidligere kapittelet. I dette kapittelet vil en stor del av fokuset ligge på standardavtalene. Med utgangspunkt i standardavtalene vil vi se på vilkårene for kundens hevingsrett. Vurderinger som kan nyanserer vilkårene vil også behandles.

I kapittel 4 tar vi for oss hevingsoppjøret. Det sentrale er hvordan partene avslutter avtalen seg imellom. Det oppstår en rekke interessante spørsmål som følge av at avtalen er en skytjenesteavtale. Det som særlig skal belyses er spørsmål knyttet til bistandsplikten, tilbakeholdsretten og skillet mellom heving ex nunc og ex tunc.

Avslutningsvis vil det i kapittel 5 gjøres enkelte oppsummerende betraktninger.

2 Skytjenesteavtaler som kontraktstype

2.1 Innledning

Som kontraktstype inneholder en skytjenesteavtale elementer både fra en drifts-avtale og en softwarelisensavtale.³³ Hver enkelt avtale vil ofte tilpasses kundens behov og det er nettopp her skytjenester – med sin fleksibilitet – kommer til nytte. Fra et kontraktsrettslig perspektiv kan dette føre til rettslig utfordringer. Klassiske kontraktsytelser blir flettet sammen og det kan oppstå variasjoner i de rettslige mekanismene innad i samme avtaleforhold.³⁴ Det vil ofte være et skille mellom etableringsfasen og tjenesteperioden og partenes rettigheter og plikter vil være ulike i de forskjellige fasene. Som jeg skal komme tilbake til senere i oppgaven kan dette få betydning for heving og hevingsoppgjøret.

Skytjenesteavtaler kan betraktes som såkalte hybridavtaler.³⁵ Dette innebærer at vi må se nærmere på forpliktelsene som springer ut av et slikt kontraktsforhold. I dette kapittelet skal vi for det første se nærmere på standardavtalene og deres rettslige stilling. Standardavtalene vil følgelig danne et utgangspunkt for hvordan forpliktelsene kan reguleres. For det andre skal vi på et generelt nivå se på kjennetegn ved ytelsene i et skytjenesteforhold. Det er ytelsene partene er pålagt å prestere som igjen vil danne hevingsgrunnlaget dersom partene vil heve avtalen. Endelig skal vi se på forholdet mellom skytjenester som kontraktstype og personvernretten.

2.2 Standardavtalene og deres rettslig stilling

I løpet av de siste årene har det blitt utviklet flere standardavtaler som er tenkt anvendt på avtaler om skytjenester. Direktoratet for forvaltning og IKT (Difi) har utviklet *avtale om løpende tjenestekjøp* (SSA-L) som skal egne seg for kjøp av standardiserte skytjenester. Den Norske Dataforeningen (DND) har også

33 Udsen (2019) s. 607. Med begrepet driftsavtale forstås en avtale som omhandler virksomhetens IT-systemer og det tilhørende driftsmiljøet. Med begrepet softwarelisensavtale forstås en avtale som omhandler vilkårene for å bruke standardiserte programvarer.

34 Det kan forekomme ulike rettsvirkninger av et mislighold avhengig av hvilken fase avtaleforholdet befinner seg i, se punkt 4.2.2.

35 Udsen (2014) s. 57.

utviklet en kontraktstandard - *Skytjenesteavtalen*.³⁶ Det vil være disse to avtalene som danner utgangspunktet for bruken av standardavtaler i oppgaven.³⁷ Ved siden av de to ovennevnte finnes i tillegg *Driftsavtalen* (SSA-D) som også kan være relevant å se på i relasjon til skytjenester.³⁸

Fremveksten av avtaler tiltenkt særskilt for skytjenester vitner om at dette er en kontraktstype som skiller seg fra andre typiske avtaler om IT-ressurser. I denne oppgaven vil standardavtalene brukes aktivt og med den hensikt å danne et drøftelses- og sammenlikningsgrunnlag.

Som rettskilde er standardavtalene for skytjenester ikke sammenlignbare med for eksempel de mer kjente standardkontraktene innenfor entrepriseretten.³⁹ Dette kan begrunnes på flere måter. For det første har ikke standardavtalene for skytjenester gjennomgått den samme utarbeidelsen som standardkontraktene innenfor entrepriseretten. Ulikheten ligger i at for standardavtalene for skytjenester har man ikke klart å gjennomføre en utarbeidelsesprosess der alle partene i bransjen var representert. Som en følge av det vil ikke aktørene i bransjen betrakte standardavtalene for skytjenester for objektive på lik linje med standardkontraktene innenfor entrepriseretten.⁴⁰ For det andre kan det tenkes at de globale og internasjonale markedsaktørene vanskeliggjør fremveksten av en sterk norsk standard. I mange tilfeller vil kontraktsposisjonen ikke være sterk nok til å vinne frem mot standardvilkårene til de store skytjenestetilbyderne.⁴¹ For noen forhold er det tilnærmet umulig i og med at skytjenestetilbyderen forlanger at integratoren speiler vilkårene fullt ut mot kunden. Det blir samtidig feil å hevde at dette er tilfellet alle ganger og i alle fall at det kommer til å være tilfellet i overskuelig fremtid. I skrivende stund er det for eksempel stor interesse for utviklingen av datasentrene i stor skala på norsk jord.⁴² Det kan tenkes at

36 DND sin standard er tilgjengelig på: <https://dataforeningen.wpengine.com/skybaserte-tjenester/>

37 Ved siden av avtalene til DND og Difi har også IKT-Norge produsert avtaler av lignende karakter. Begrunnelsen for at de ikke nevnes i oppgaver er at de våren 2019 var under revisjon og tilgangen var begrenset.

38 Statens standardavtaler er tilgjengelig på: <https://www.anskaffelser.no/avtaler-og-regelverk/statens-standardavtaler-ssa>

39 *Standardavtaler* og *standardkontrakter* brukes om hverandre, innenfor avtaler om teknologiske tjenester brukes ofte begrepet *avtale* mens det i entrepriseretten ofte omtales som *kontrakt*.

40 Se for eksempel Hagstrøm (2014) s. 25 om de representerte parter.

41 De tre største per 2019 er: Microsoft, Amazon og Google. For en større oversikt se *EY Norwegian Cloud Maturity Survey 2019* tilgjengelig på: [https://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/EY_-_Norwegian_Cloud_Maturity_Survey/\\$FILE/EY-Norwegian-Cloud-Maturity-Survey.pdf](https://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/EY_-_Norwegian_Cloud_Maturity_Survey/$FILE/EY-Norwegian-Cloud-Maturity-Survey.pdf)

42 Brombach (2018).

denne utvikling avhjelper utfordringene med jurisdiksjon og lovvalgsspørsmål og vil bidra til utformingen av standarder på nasjonalt og regionalt nivå.

Som hovedregel må standardavtalen være uttrykkelig vedtatt for å etablere forpliktelser mellom partene.⁴³ Undertiden kan også en standardavtale tjene som et uttrykk for en etablert praksis innenfor den aktuelle bransjen. I disse tilfeller kan en standardavtale vektlegges i en viss grad uten at den nødvendigvis er uttrykkelig inntatt i kontrakten. Ulikhetene som nevnt ovenfor mellom entrepriseretten og IT-retten er sentrale momenter hva gjelder en standardavtale sin rettskildemessige vekt uten vedtagelse. Et ytterligere skille kan trekkes opp mellom ensidige utarbeidede standardvilkår og fremforhandlede standardavtaler. Det førstnevnte tilfellet vil omfatte for eksempel standardvilkårene de store skytjenestetilbyderne har på sine allmenne tjenester (public clouds), mens det andre tilfellet knytter seg til standardavtalene som vokser frem gjennom forhandlinger i IT-bransjen.

Rettskildemessig kan det ovennevnte skillet få betydning. Ved avtaler med ensidige utarbeidede vilkår kan det ofte oppstå ubalanse, og for eksempel ved forbrukerforhold er dette regulert til fordel for den svake kontraktspart.⁴⁴ Det medfører at domstolene i mindre grad vil akseptere vilkår som strekker seg langt fra den aktuelle bakgrunnsretten. Motsetningsvis vil det ved fremforhandlede standardavtaler foreligge en forutgående forhandlingsprosess mellom partene. Tolkningen av bestemmelsene i den fremforhandelnde standardavtalen vil mer eller mindre minne om en lovtekst.⁴⁵ I et avtaleforhold mellom profesjonelle parter vil dommeren normalt sett vise større tilbakeholdenhet før de tilsidesetter kontraktsbestemmelser som springer ut fremforhandlede standardavtaler.⁴⁶

2.3 Arten av ytelsen

2.3.1 Generelt

Ved en avtale om skytjenester kan det være noe utfordrende å kartlegge primærytelsen på et generelt grunnlag. I relasjon til mislighold og misligholdsankjoner vil dette være noe avtalepartene i større grad vil avtale seg imellom. Det vil for ulike kunder av skytjenester også fremstå ulikt hva som vil være

43 Skoghøy (2018) s. 100.

44 Se avtaleloven § 37.

45 Haaskjöld (2013) s. 415.

46 Ibid. s. 416.

primærytelsen.⁴⁷ Selv om det ovennevnte forholdet kan være utfordrende kan det trekkes frem visse fellestrekk.

Et fellestrekk er at ytelsen fra leverandøren alltid vil inneholde et visst tjeneste-element.⁴⁸ Det fremstår klart hvis man ser på en av de teknologiske begrunnelsene for utviklingen av skytjenester. Kunden har beveget seg vekk fra *kjøp* av egne servere til å kjøpe en *tjeneste* skytjenesteleverandøren tilbyr. I en forlen-gelse av at vi står overfor en tjeneste, er det hensiktsmessig å se om ytelsen er å regne som en resultatforpliktelse eller en innsatsforpliktelse. Videre skal vi også se på sontringen mellom hoved- og biforpliktelser samt skillet mellom forsin-kelser og mangler som misligholdsgrunnlag.

2.3.2 Resultat- og innsatsforpliktelser

Skillet mellom en resultatforpliktelse og en innsatsforpliktelse er avgjørende når man skal ta stilling til om den ytende part er i mislighold. Begrepene benyttes for å skille hvorvidt realdebitor har pådratt seg å frembringe et bestemt resultat eller om realdebitor kun har påtatt seg å yte faglig forsvarlig innsats.⁴⁹ Et kon-traktsforhold vil ikke nødvendigvis falle i den ene eller andre kategorien. For å finne ut om man står overfor en resultatforpliktelse eller en innsatsforpliktelse må man foreta en ordlydsfortolkning av den aktuelle kontraktsteksten. En naturlig tolkning av den skrevne teksten danner utgangspunktet, men også andre momenter kan spille inn.⁵⁰ Det har gjennom rettspraksis og juridisk teori utviklet seg en del momenter man typisk legger vekt på når man skal avgjøre om man står overfor en resultatforpliktelse eller en innsatsforpliktelse. UNIDROIT PICC art. 5.1.1 oppstiller momentene gjennom fire ikke-uttømmende punkter. UNIDROIT PICC utgjør ikke bindende regler, men de oppstiller anbefalte løs-ninger med rettskildemessig vekt tilsvarende deres overbevisningskraft.⁵¹ Punk-tene har blitt tillagt stor vekt i praksis.⁵²

Første punkt er den skriftlige formuleringen av kontraktens ordlyd. Ordlyden i kontrakten er naturligvis sentral og det samsvarer godt med de alminnelige reglene om avtaletolkning at ordlyden gis stor vekt for å finne innholdet. Når ordlyden er klar – enten i retning av en resultatforpliktelse eller en innsatsfor-pliktelse – gir konklusjonen seg ofte selv. Utfordringene oppstår når ordlyden ikke trekker tydelig i den ene eller andre retning. Et eksempel kan tjene som

47 I praksis ved bruk av standardavtaler vil ytelsene og kravene spesifiseres i bilag til kontrakten, se for eksempel SSA-L punkt 1.2 og Skytjenesteavtale punkt 2.1.

48 Se karakteristikkene ved skytjenester redegjort for i punkt 1.2.

49 Hagstrøm (2011) s. 126.

50 Haaskjold (2013) s. 454.

51 Hagstrøm (2011) s. 62.

52 L.c.

illustrasjon. Oppetid eller tjenestekvalitet er ofte en sentral del ved IT-kontrakter. For skytjenesteavtaler vil det være tilsvarende. Tjenestekvaliteten vil typisk settes til 99-99,5% litt avhengig av hvor kritisk ytelsen er for brukeren.⁵³ Vi tenker oss at en slik beskrivelse av oppetiden til ytelsen er inntatt i kontrakten. Er dette et resultat leverandøren har påtatt seg å levere eller har leverandøren påtatt seg å yte faglig forsvarlig innsats for å nå den angitte opptiden for leveransen? For å få oversikt over oppetiden er det ofte slik at brukeren foretar en analyse som gjengis over et visst intervall (for eksempel hver måned). Ved bruk av disse resultatene kan man se om det foreligger avvik fra den kontraktsmessige opptiden. Isolert sett kan man således tenke at dersom den faktiske oppetiden ikke samsvarer med den kontraktsmessige oppetiden står man overfor en mangel ved tjenesten. Det er imidlertid ikke fra et praktisk perspektiv åpenbart at man vil regne det som en resultatforpliktelse. Punktene som behandles nedenfor vil ofte måtte supplere ordlyden for å komme til en hensiktsmessig konklusjon.

Andre punkt er vederlaget og andre vilkår i kontrakten. Både selve vederlagssummen og andre vilkår (typisk generalklausuler om de overordnede formålene ved avtaleforholdet) i kontrakten vil påvirke hvorvidt man tolker ytelsen til å være en resultatforpliktelse eller en innsatsforpliktelse. I dommen inntatt i Rt-1971-144 som omhandler tolkningen av en lisenskontrakt og de tilhørende forpliktelsene for partene, kommer Høyesterett til at det gir lite mening å omtale noe som en resultatforpliktelse hvis det resultatet fremstår uforenlig med de resterende bestemmelsene i kontrakten.⁵⁴ Dommen underbygger viktigheten av å tolke en enkelt ytelse i lys av kontrakten i sin helhet.

Tredje punkt er selve ytelsen og dens karakter. Dersom ytelsen realdebitor påtar seg involverer en stor risiko for å oppnå resultatet, vil det ofte tale for at man står ovenfor en innsatsforpliktelse.⁵⁵ Henter vi tilbake det ovennevnte eksempelet om oppetiden ved en skytjeneste kan vi se etter særtrekkene ved denne ytelsen. Spørsmålet som kan stilles er om det for en skytjenesteleverandør løper en stor risiko i det å klare å levere den kontraktsfestede oppetiden. Som nevnt kan en skytjenesteløsning innebære en rekke ulike konfigurasjoner. En leverandør av en IaaS-modell kan for eksempel ha en rekke brukere av sin infrastruktur. Denne infrastrukturen vil i neste omgang både kommunisere med plattformtjenester og softwaretjenester. Vi ser altså at ytelsen kan være svært sammensatt og det vil alltid løpe en viss risiko når tjenesten er betinget av flere ulike aktører. Komplexiteten og det dynamiske elementet ved skytjenesteløsninger som ytelse kan trekke i retning av at det er fornuftig å omtale det som en innsatsforpliktelse.

53 Udsen (2014) s. 273.

54 Se Rt-1971-144 på s. 152.

55 Haaskjold (2013) s. 455.

Fjerde punkt omhandler i hvilken grad kontraktspartens adferd påvirker realdebitor sin evne til å oppfylle ytelsen. Kontrakter om IT- og IKT-løsninger bærer ofte preg av et tett samspill mellom partene. Til illustrasjon kan punkt 8.1 i Skytjenesteavtalen nevnes. Punkt 8.1 omhandler leverandørens plikter ved avslutning av avtalen. Ved avslutningen av avtalen plikter leverandøren å bidra med kompetanseoverføring og dataoverføring. Vi ser at dersom det skal være mulig for en leverandør å gjennomføre sine kontraktsforpliktelser er leverandøren helt avhengig av bistand fra kunden. Dette er kun ett av mange eksempler som underbygger at ytelser som springer ut av denne type kontrakter ofte vil kreve et tett samarbeid.

Som den ovennevnte gjennomgangen har illustrert er det nærliggende å kategorisere de typiske ytelsene ved en skytjenesteavtale som innsatsforpliktelser. Det er imidlertid ingen nødvendighet å «definere» alle ytelsene i kontrakten som henholdsvis resultatforpliktelser eller innsatsforpliktelser. En avtale om en skytjenesteløsningen vil nesten alltid både inneholde resultatforpliktelser og innsatsforpliktelser. Endelig kan det også tenkes at en enkelt ytelse inneholder elementer som tilhører begge kategorier.⁵⁶

2.3.3 Hoved- og biforpliktelser

Utgangspunktet for hva som utgjør avtalens hovedforpliktelse må bestemmes ut ifra avtalenes klassifiserende element. Med det klassifiserende element menes den forpliktelsen som gjør avtalen til for eksempel en kjøpsavtale, en tjenesteavtale, en entrepriseavtale eller en leieavtale.⁵⁷ For skytjenesteavtaler kan det oppstå utfordringer knyttet til sontringen mellom hoved- og biforpliktelser. I sin enkleste form kan hovedforpliktelsen kartlegges relativt enkelt. Realdebitor skal levere en skytjeneste og realkreditor skal yte et vederlag. Utfordringene knytter seg til i hvilken grad de ulike elementene ved en leveranse av en skytjeneste er å regne som hovedforpliktelsen.

I standardavtalene blir partenes plikter regulert gjennom ulike bestemmelser og bilag. En slik regulering fører til klarhet hva gjelder partenes plikter. Selv om det ikke uttrykkelig inntas hva som er hovedforpliktelsen og hva som er mer å regne som biforpliktelser, kommer dette til en viss grad frem av sammenhengen. Eksempelvis vil en oppdateringsplikt være en biforpliktelse i relasjon til leveringsplikten av oppdateringsobjektet. Imidlertid kan vi også tenke oss tilfeller der skillet på pliktene ikke kommer så tydelig frem av avtalen eller avtaleforholdet. Ofte kan slike forhold føre til uenighet mellom partene. Grunnen til at dette

⁵⁶ Ibid. s. 456.

⁵⁷ Høgberg (2017) s. 93.

er særlig aktuelt i skytjenesteavtaler er fordi det er tale om komplekse avtaleforhold som består av ulike elementer. Som typiske elementer kan nevnes: selve leveringen av tjenesten, bistandsplikt ved opphør, kompetanseoverføring ved endringer, og vedlikehold av tjenesten. Vi ser her at det er en rekke forhold som ikke nødvendigvis faller inn under begrepet hoved- og biforpliktelse.

Som vi forstår er ikke skillet mellom hoved- og biforpliktelser alltid like skarpt. Samtidig kan det trekkes opp noen linjer som gjør at vi kan skille de ulike forpliktelsene fra hverandre. Hagstrøm gir følgende karakteristikkk til biforpliktelsene: «de stiller krav til aktsom og lojal opptreden [...] Dette krav til aktsomhet og lojalitet må gjelde ikke bare ved stiftelsen, men så lenge forpliktelsen består.»⁵⁸ Med denne karakteristikken som utgangspunkt ser man at flere forpliktelser som springer ut av en avtale om skytjenester vil betegnes som biforpliktelser. Et særlig aktuelt eksempel er hvordan leverandørens plikt til å bistå ved avslutningen av avtalen er å regne som en biforpliktelse uavhengig av hva partene har inntatt i avtalen. Dette kommenteres ytterligere i punkt 4.3.

2.3.4 Skillet mellom forsinkelser og mangler som misligholdsgrunnlag

Når det gjelder hvilke misligholdsbeføyelser kunden kan gjøre gjeldende er det avgjørende å vite om misligholdet er en forsinkelse eller en mangel. Kontrakten mellom partene kan inneholde ulike beføyelsesmuligheter avhengig av om det er en forsinkelse eller en mangel ved tjenesten. I en avtale om skytjenester kan det i noen situasjoner imidlertid være vanskelig å konstatere om misligholdet er en mangel eller en forsinkelse.

Et naturlig utgangspunkt er å skille mellom tiden frem til tjenesten etter kontrakten skal være i full drift og tiden tjenesten løper i sin avtalte periode.⁵⁹ Etter denne inndelingen vil det foreligge en forsinkelse dersom det ikke leveres til den avtalte oppstartsdatoen og en mangel dersom det inntreffer et mislighold i tjenesteperioden.⁶⁰ Vi kan enkelt tenke oss situasjoner som i tjenesteperioden også kan – etter en alminnelig ordlydsfortolkning – kategoriseres som en forsinkelse. Som illustrasjon kan vi se for oss at det er avtalt mellom partene at det skal gjennomføres en oppgradering av tjenesten hvert halve år med frister 1. mai og 1. november. Dersom oppgraderingen ikke finner sted til rett tid er det naturlig å omtale det som en forsinkelse. På samme tid kan man også si at siden tjenesten ikke har fått den planlagte oppgraderingen er den til en viss grad mangelfull.

58 Hagstrøm (2011) s. 123 med videre henvisning til Rt-1988-1078 på s. 1084.

59 I Skytjenesteavtalen omtales den forutgående perioden som et etableringsprosjekt jf. Skytjenesteavtalen punkt 1. I SSA-L omtales perioden som etableringsfasen jf. SSA-L punkt 3.

60 Udsen (2019) s. 708.

Om misligholdet fra et juridisk ståsted utgjør en mangel eller en forsinkelse vil bero på en konkret vurdering.⁶¹

Betydningen for skillet kan videre illustreres gjennom en henvisning til misligholdssanksjonene som følger av SSA-L. Etter standardkontrakten er misligholdssanksjonene for kunden forskjellige ved mangler og forsinkelser. I SSA-L punkt 9.2.1 første avsnitt står følgende:

«Ved mislighold fra Leverandørens side, er det Leverandørens ansvar å avhjelpe feilen på en slik måte at tjenesten bringes i overensstemmelse med det som er avtalt. Feilen skal avhjelpes så snart som mulig.»

Bestemmelsen viser til at kunden har rett til å kreve avhjelp så snart som mulig. Den ovennevnte bestemmelsen må imidlertid leses i sammenheng med erstatningsbestemmelsen i punkt 9.2.6. Punkt 9.2.6 gir kunden rett på erstatning for direkte tap som følger av mislighold fra leverandøren sin side.⁶² Kunder har derimot ingen rett til å kreve erstatning for indirekte tap som følge av misligholdet. Med indirekte tap forstås etter standardavtalen blant annet «tapt fortjeneste av enhver art» jf. SSA-L punkt 9.2.6 tredje avsnitt. Dersom vi henter tilbake det ovennevnte eksempelet vil vi se at en slik mangel eller forsinkelse ved en oppdatering mest sannsynlig vil medføre et indirekte tap for kunden (forutsatt at det oppstår et økonomisk tap). Resultatet vil etter SSA-L være at kunden ikke kan søke tapet sitt erstattet og må avvente leverandørens avhjelpstid.

Misligholdssanksjonene ved forsinkelser er regulert i SSA-L punkt 9.2.3. Ordlyden i punkt 9.2.3 første avsnitt lyder slik:

«Blir ikke avtalt tidspunkt for levering (leveringsdag), eller annen frist som partene i bilag 3 har knyttet dagbøter til, overholdt, foreligger det forsinkelse fra Leverandørens side som gir grunnlag for dagbot.»

Slik bestemmelsen er utformet legger den opp til at partene har avtalt konkrete tilfeller av forsinkelser der dagbøter blir aktuelt. Dette medfører at det allerede ved avtaleinngåelsen er sentralt for partene å ta stilling til om ulike mislighold er å regne som forsinkelser eller ikke. Vi ser etter dette at SSA-L ikke har en alminnelig regulering av fristoverskridelser, dersom dette ikke er forhåndsavtalt mellom partene.

61 L.c.

62 Se SSA-L punkt 9.2.6 første avsnitt.

I lagmannsrettsdommen LB-2016-136511-2 hadde en forening inngått en avtale med en leverandør om kjøp av utstyr og tjenester og disposisjonsrett til programmer. Kunden hevet kjøpet som følge av forsinkelse og feil ved det som delvis var levert. Leverandøren på sin side anførte at saken kun måtte vurderes etter forsinkelsesreglene i avtalen. Til dette uttaler lagmannsretten:

«Lagmannsretten bemerker at på hevingstidspunktet var [leverandøren] kjent med rapporten fra [kunden] der det var påberopt flere tekniske feil ved løsningen. [Leverandøren] var i prinsippet villig til å rette en del av feilene, og oppfattes ikke å være uenig i at systemet ikke var teknisk ferdigstilt på hevingstidspunktet. Når retting ikke skjedde, var det fordi [leverandøren] mente seg uforpliktet til å rette feil og/eller ferdigstille systemet før [kunden] betalte fakturer som [leverandøren] mente [kunden] var pliktig å betale. I denne situasjonen er det etter lagmannsrettens syn mest nærliggende å vurdere misligholdet som et spørsmål om det forelå en *mangelfull* leveranse.»

Resultatet i dommen ble – som det også følger av standardavtalene – at reglene om dagbøter ikke kom til anvendelse.⁶³ Hvorfor lagmannsretten kommer til at den aktuelle situasjonen skulle regnes som en mangel fremfor en forsinkelse fremstår noe uklart. Et mulig moment kan være at leverandøren i den ovennevnte saken hadde kunnskap om at kunden påberopte flere tekniske feil ved løsningen. Dette var feil leverandøren mente seg uforpliktet til å rette som en følge av betalingsmislighold fra kunden. Som en følge av dette var det ingen holdepunkter som tilsa at leverandøren ville levere mer. For forhold der det ikke foreligger utsikter for ytterligere leveringer fra leverandøren, er det nærliggende å omtale forholdet som en mangelfull levering. Forholdet var også utenfor de klare forsinkelsestilfellene ved at *noe* var levert og det avgjørende var at leveringen ikke var ferdigstilt. Atter kan det også tenkes at dommeren kom til at kontraktens misligholdsbeføyelser som følge av mangler var riktig å anvende i den konkrete saken.

Det foreligger generelt lite veiledning på hvordan man skal vurdere en situasjon dersom det både er nærliggende å omtale det som en mangel eller en forsinkelse. Som dommen illustrerer vil spørsmålet om det foreligger en mangel eller en forsinkelse måtte bero på en konkret vurdering. Samtidig kan skillet mellom mislighold i form av forsinkelser og mangler få store konsekvenser avhengig av hvordan misligholdsbeføyelsene til de ulike misligholdstypene er regulert i avtalen. Partene har således et insentiv til å klargjøre hvordan problematikken skal løses, før en potensiell uklar situasjon oppstår.

63 Det vil ofte være det største praktiske skillet mellom å kategorisere et forhold som en mangel eller en forsinkelse. Videre kan det også ha en innvirkning på hevingsadgangen dersom det er et vilkår at maksimal dagbot har utløpt. Se SSA-L pkt. 9.2.5 (4).

2.4 Forholdet til personvernretten

Som nevnt i punkt 1.4 kan personvernreglene spille en rolle ved avtaler om skytjenester. Det er lite som skal til for at innholdet i en skytjeneste omfattes av regelverket. Med det som utgangspunkt er det naturlig å se på samspillet og i hvilken grad partene i en skytjenesteavtale aktivt må forholde seg til personvernreglene.

Personopplysningeloven og GDPR som er gjennomført i norsk rett gjelder «ved helt eller delvis automatisert behandling av personopplysninger og ved ikke-automatiserte behandling av personopplysninger som inngår i eller skal inngå i et registerjef. Personopplysningeloven § 2. Dersom partene i en avtale om skytjenester behandler personopplysninger på ovennevnte måte vil de være underlagt regelverket. Personvernforordningens art. 4 punkt 1 lyder slik:

«Personopplysninger» enhver opplysning om en identifisert eller identifiserbar fysisk person («den registrerte»); en identifiserbar fysisk person er en person som direkte eller indirekte kan identifiseres, særlig ved hjelp av en identifikator, f.eks. et navn, et identifikasjonsnummer, lokaliseringsopplysninger, en nettidetifikator eller ett eller flere elementer som er spesifikke for nevnte fysiske persons fysiske, fysiologiske, genetiske, psykiske, økonomiske, kulturelle eller sosiale identitet.»

Vi ser her at definisjonen av hva som regnes som personopplysninger favner svært vidt. Opplysninger slik som navn, adresse og fødselsdato er enkelt å kategorisere som personopplysninger. Mer perifere opplysninger som man nødvendigvis ikke knytter til en fysisk person kan være vanskeligere å kategorisere som en personopplysning eller ikke. For eksempel kan en MAC-adresse eller en IP-adresse også utgjøre en personopplysning hvis de muliggjør identifikasjon av en fysisk person.⁶⁴ Med det for øyet er det ikke vanskelig å forstå at partene i en skytjenesteavtale ofte vil være underlagt personvernlovgevingen.

Det følger videre av art. 3 hvem som omfattes av GDPR i relasjon til deres geografiske tilknytning. Som nevnt om avgrensning i punkt 1.6 vil jeg ta for meg forholdet mellom kunden og integratoren. Det forutsettes i det følgende at integratoren og kunden faller inn under det geografiske virkeområdet i art. 3.

Ved behandling av personopplysninger er det ofte involvert tre ulike aktører som det knyttes ulike krav og rettigheter til. Disse er «den registrerte», «den

64 Wessel-Aas (2018) s. 101. (MAC-adresse og IP-adresse står henholdsvis for Media Access Control adresse og Internet Protocol adresse).

behandlingsansvarlige» og «databehandleren».⁶⁵ I tilknytning til de videre drøftelsene skal vi se på de tilfellene partene i skytjenesteavtalen er å regne som den behandlingsansvarlige og som databehandler.

Det følger av forordningen art. 28 at dersom en databehandler skal behandle data på vegne av en behandlingsansvarlig må de inngå en databehandleravtale. Dette vil ofte være tilfelle ved inngåelse av en avtale om skytjenester. Både SSA-L og Skytjenesteavtalen har punkter som regulerer forholdet tilknyttet kravet til databehandleravtale. I SSA-L punkt 6.2 heter det blant annet:

«Dersom Leverandøren ved utførelsen av tjenesten skal behandle personopplysninger, skal Leverandøren i bilag 2 beskrive hvordan tilfredsstillende behandling i tråd med personopplysningsregelverket skal oppnås og gjennomføres [...]».

Mens ordlyden i Skytjenesteavtalen punkt 11.2 er følgende:

«Dersom Skytjenestene medfører behandling av personopplysninger, skal det inngås egen databehandleravtale, som fremgår av bilag 7.»

De ansvarlige for å utvikle standardavtalene har følgelig funnet det naturlig å inkludere klausuler om databehandleravtaler. Dette underbygger ytterligere hvor sammenflettet skytjenester og personvernreglementet er. Det nevnes for ordens skyld at kravet til en databehandleravtale som følge av art. 28 vil stå like sterkt selv om partene ikke anvender en standardavtale eller om standardavtalen ikke har inntatt en databehandlerklausul.

65 Begrepe er fra personvernforordningen art. 4.

3 Vilkårene for heving

3.1 Innledning

Kontraksavvikling skal i utgangspunktet finne sted som avtalt i den aktuelle kontrakten. Det kan for eksempel være ved fullstendig oppfyllelse fra begge parter eller ved et avtalt tidspunkt. Heving er derimot en reaksjon fra den ene part om at det foreligger et kontraktsbrudd som danner grunnlaget for kontraktens opphør. Heving er regulert i alle kontraktslovene og det er på det rene at den alminnelige hevingsretten følger av alminnelige obligasjonsrettslige prinsipper. Det som ofte er avgjørende – og som vil være det sentrale i den kommende drøftelsen – er i hvilke tilfeller hevingsretten oppstår og hvordan hevingsoppjøret gjennomføres.

Hovedvilkåret for at det skal oppstå en hevingsrett er at det foreligger et vesentlig kontraktsbrudd. Med et kontraktsbrudd forstås en oppfyllelessvikt som skyldes kreditor eller forhold på hans side.⁶⁶ Ethvert kontraktsbrudd vil ikke gi medkontrahenten hevingsrett. Som følge av at heving er en svært alvorlig misligholdsbeføyelse taler gode grunner for hevingsretten først er aktuell ved kvalifiserte kontraktsbrudd.⁶⁷ Kontraktsbruddet vil behandles i punkt 3.3 og vesentlighetskravet vil behandles i punkt 3.5. I dette kapitlet skal vi også kort se på bortfall av hevingsretten som følge av varsling og reklamasjon. Endelig vil vi se på spørsmålet om brudd på databehandleravtalen kan påvirke kundens hevingsadgang.

3.2 Standardavtalene

3.2.1 Fellestrekk ved standardavtalene

Standardavtalene har alle egne deler om avslutning av avtalene. Det er ikke nødvendigvis heving som medfører at avtalen opphører. Det normale er at kontrakten løper ut i henhold til den avtalte tjenesteperioden eller ved en oppsigelse fra kunden. De delene i standardavtalene som omhandler avslutningsprosessen av avtalene vil få anvendelse uavhengig av hvordan avtalens bringes til opphør. Standardavtalene er bygget opp slik at de først viser til vilkårene som

⁶⁶ Se Hagstrøm (2011) s. 327 med videre henvisning til kjøpsloven §§ 20, 30 og 51.

⁶⁷ Hagstrøm (2011) s. 426.

må foreligge for et hevingskrav, deretter oppstilles ytterligere pålagte plikter ved gjennomføringen av hevingsoppgjøret (avslutningen).

I alle standardavtalene fra staten er hevingsvilkårene nesten helt like. SSA-V skiller seg noe fra SSA-D og SSA-L ved at det ikke er et klart skille på forsinkelser og mangler. Skillet mellom mangler og forsinkelser er imidlertid ikke så tydelig for denne type avtaler og jeg viser tilbake til drøftelsen i oppgavens punkt 2.3.4. SSA-L og SSA-D har både regulert forhold som gjør at kunden kan få hevingsrett som følge av et vesentlig mislighold og en vesentlig forsinkelse.

3.2.2 SSA-L

I SSA-L er hevingsvilkårene for kundens hevingsadgang inntatt i punkt 9.2.5. Punkt 9.2.5 første avsnitt:

«Dersom det foreligger vesentlig mislighold fra Leverandørens side, kan Kunden, etter å ha gitt Leverandøren skriftlig varsel og rimelig frist til å bringe forholdet i orden, heve avtalen med umiddelbar virkning.»

I dette punkt oppstilles den generelle hevingsadgangen ved mislighold for kunden. Ved siden av prosessuelle krav hva gjelder varsling og frister er det avgjørende at det foreligger «vesentlig mislighold». Hva som ligger i vilkåret har partene ikke uttømmende regulert i punkt 9.2.5 andre avsnitt. I SSA-L punkt 9.2.5 heter det:

«Dersom avtalt funksjonalitet i bilag 1 og 2 fjernes i tredjepartsleveranser og Leverandøren ikke evner å hindre dette, vil slikt tap av funksjonalitet, dersom tapet av funksjonalitet betraktes som en kritisk feil etter avtalens punkt 3.3, eventuelt som definert i bilag 3, innebære vesentlig mislighold fra Leverandørens side.»

Partene har således gjennom kontrakten regulert hva som regnes som vesentlig mislighold ved visse tilfeller. Forholdet til kritiske feil etter avtalens punkt 3.3 kommenteres nærmere i oppgavens punkt 3.5. Denne fremgangsmåten medfører større forutberegnelighet for begge parter. Leverandøren har fått opplysninger fra kundens side om hvilke funksjoner og elementer ved tjenesten kunden finner avgjørende ved at de har kontraktsfestet at mislighold av de aktuelle funksjoner er å regne som vesentlig mislighold.

Kontrakten regulerer heving som følge av forsinkelse i punkt 9.2.5 fjerde avsnitt. Punkt 9.2.5 fjerde avsnitt lyder slik:

«Dersom det vesentlige misligholdet består i at tjenesten er vesentlig forsinket, kan Kunden, etter at Leverandøren er gitt skriftlig varsel og rimelig frist til å bringe forholdet i orden, heve hele eller deler av avtalen med umiddelbar virkning. Vesentlig forsinkelse foreligger når levering ikke er skjedd når maksimal dagbot er nådd, eller etter utløpet av en tilleggsfrist dersom denne utløper senere.»

Forsinkelsestilfellene er i større grad uttømmende regulert gjennom kontrakten. Hva som regnes som vesentlig forsinkelse er avtalt mellom partene og kan bestemmes både gjennom dagbotstiden og eventuelle tilleggsfrister. I SSA-L er den maksimale dagboten satt til 100 dager, men partene vil forut for avtaleinngåelsen naturligvis kunne forhandle på denne lengden. Til sammenlikning har den danske standardavtalen D17 satt sin lengde til 40 dager.⁶⁸

Kontrakten har altså regulert det slik at kunden er avskåret hevingsretten dersom maksimal dagbot ikke er nådd. Det gjenspeiler den grunnleggende hovedregelen om at heving er en svært alvorlig misligholdsbeføyelse og rammer partene hardt. Vi ser at det i realiteten blir tale om et skjerpet vesentlighetskrav for disse tilfellene. Dette skal vi se nærmere på i punkt 3.5.3. Det er imidlertid inntatt et unntak dersom leverandøren leverer forsinket ved forsett eller grov uaktsomhet. Unntaket er vanlig i en denne type kontrakter idet lojalitet og fortrolighet står sentralt.

3.2.3 Skytjenesteavtalen

I Skytjenesteavtalen er kundens hevingsadgang inntatt i punkt 13.2.5. Punktet har følgende ordlyd:

«Ved vesentlig mislighold kan Kunden, etter å ha gitt Leverandøren skriftlig varsel og rimelig frist til å bringe forholdet i orden, heve Avtalen helt eller delvis og kreve erstatning. [...]».

På tilsvarende måte som i SSA-L er det sentrale vilkåret at det foreligger vesentlig mislighold ved siden av de prosessuelle vilkårene. Kontraktens punkt viser kun til et krav om vesentlig mislighold og det er ikke inntatt et skille mellom mislighold i form av forsinkelse og materielt mislighold (typisk mangler eller fravær av et tjenesteelement). Selv om hovedpunktet for kundens hevingsadgang ikke omhandler heving som følge av vesentlige forsinkelser, er det til en viss grad kontraktsfestet i Skytjenesteavtalen punkt 5.3.3. I Skytjenesteavtalen punkt 5.3.3 er det inntatt følgende ordlyd:

68 Udsen (2019) s. 711.

«Dersom Oppstartsdagen blir forsinket i forhold til avtalt dato, løper en dagbot slik der fremgår av Bilag 3 og Bilag 6. Etter dagbotsperiodens utløp regnes forsinkelsen som vesentlig mislighold og Kunden kan heve Avtalen. [...]».

Skytjenesteavtalen regulerer følgelig vesentlig forsinkelse kun opp mot den avtalte oppstartsdagen. I og med at standardavtalen er bygget på en modell som skiller mellom etableringsprosjektet og en tjenesteperiode, er det lagt opp til at forsinkelse kun foreligger frem til oppstartsdagen. Vi ser her at Skytjenesteavtalen og SSA-L sine respektive hevingspunkter stiller seg noe ulikt til forsinkelser som grunnlag for heving.

3.3 Misligholdsvurderingen

3.3.1 SSA-L

I SSA-L punkt 9.1 reguleres hva som regnes som mislighold fra leverandørens sin side. Punkt 9.1 første avsnitt lyder slik:

«Det foreligger mislighold fra Leverandørens side dersom tjenesten ikke er i samsvar med de funksjoner, krav eller frister som er avtalt.»

Som i den alminnelige obligasjonsretten er det sentrale om det foreligger et objektivt avvik fra det avtalte mellom partene.⁶⁹ For å kartlegge hva som er avtalt mellom partene må man se hen til utgangspunktet for avtaleforholdet. Etter SSA-L fremstiller kunden sine krav på bakgrunn av sine behov, hvilket blir inntatt i bilag 1 til standardavtalen. Kravene som følger av bilag 1 vil altså danne utgangspunktet for misligholdsvurderingen.

Et viktig – og praktisk – skille som må trekkes opp er forholdet mellom et topartsforhold og et tredjepartsforhold hva gjelder misligholdsvurderingen. Dersom den aktuelle avtalen innebærer at kundens avtalepartner er en integrator vil dette få betydning for hvilke tilfeller avtaleparten etter SSA-L er i mislighold. Der det benyttes en tredjepartsleveranse følger det av SSA-L punkt 2.2 at vilkårene for tredjepartsleveransen må inntas i avtalen med bindende virkning for kunden. I SSA-L punkt 2.2 avsnitt 3 heter det:

«Leverandøren er ikke ansvarlig overfor Kunden for feil i tredjepartsleveranser som oppstår etter leveringsdag. Dette innebærer at Kunden ikke kan påberope seg manglende oppfyllelse av avtalte kvalitetskrav etter leveringsdag, herunder krav til tjenestenivå, dersom dette skyldes feil i tredjepartsleveranser. Dette gjelder også tap eller ødeleggelse av data. [...]».

⁶⁹ Se eksempelvis Høgberg (2017) s. 128 og Hagstrøm (2011) s. 327.

I dette avsnittet vises det til «avtalte kvalitetskrav». Som vi så ovenfor kunne mislighold etter SSA-L punkt 9.1 knytte seg til tre ulike tilfeller. Her ser vi at det er gjort et bevisst valg på å skille mellom funksjoner og krav. Det fremstår sentralt for misligholdsvurderingen om det aktuelle tilfellet regnes som en funksjonalitet eller et krav (krav i denne sammenheng knyttes til krav til kvalitet og tjenestenivå). Under alle omstendigheter oppstilles det fortsatt et krav til akt-som adferd fra leverandøren. Selv om objektivt avvik ikke medfører at leverandøren er i mislighold hva gjelder krav til kvalitet og tjenestenivå vil leverandøren fortsatt risikere ansvar som følge av uaktsomhet. Det følger av SSA-L punkt 2.2 avsnitt tre der det blant annet heter: «[...] Ansvarsbegrensningene i dette avsnittet gjelder ikke dersom Leverandøren kunne eller burde ha begrenset omfanget og/eller konsekvensene av slike feil».

Ved funksjonalitet stiller det seg noe annerledes. I punkt 2.2 avsnitt fem åpnes det for misligholdssanksjonene prisavslag og heving dersom den avtalte funksjonaliteten ikke finner sted. Funksjonaliteten til tjenesten og formålet med å anskaffe tjenesten er ofte sammenfallende. Sett i sammenheng og med blick til den alminnelige obligasjonsretten virker dette skillet fornuftig.⁷⁰ Selve funksjonen og egenskapene ved tjenesten regnes som primærytelsene og de er avgjørende for å opprettholde tjenesteforholdet. Vi ser at mislighold som medfører at formålet med tjenesten blir forsømt er særlig regulert.

Oppsummeringsvis oppstiller SSA-L visse retningslinjer for misligholdsvurderingen. Misligholdsvurderingen påvirkes i stor grad av tredjepartsleveranser som vi har sett ovenfor. Én utfordring er at vurderingen tar utgangspunktet i bilaget som gir uttrykk for kundens behov på tidspunktet for avtaleinngåelsen. For avtaler som løper over flere år kan både forhold på kundens og leverandørens side endres. For å avhjelpe et slikt problem kan det være hensiktsmessig at partene relativt regelmessig forsikrer seg om at utgangspunktet for misligholdsvurderingen er korrekt.

3.3.2 Skytjenesteavtalen

I Skytjenesteavtalen punkt 13.1 er det regulert hvilke tilfeller leverandøren er i mislighold. Punkt 13.1 lyder slik:

«Det foreligger mislighold fra Leverandøren sin side dersom Skytjenestene eller øvrige plikter ikke utføres som beskrevet i Avtalen og dette ikke skyldes Kundens forhold [...]».

⁷⁰ Se eksempelvis håndverkertjenesteloven §§ 15 og 26 om betydningen av formålsforfeiling.

Utgangspunktet er det samme som ved SSA-L og det er det objektive avviket fra kontraktmessig ytelse som er grunnlaget for mislighold. Tilsvarende er leverandørens samlede forpliktelser samlet i bilag 1 til avtalen. Et skille fra SSA-L er hvordan standardavtalene forholder seg til mislighold i relasjon til tredjepartsleveranser. Som vi så ovenfor forelå det ikke mislighold fra integratoren sin side dersom det var feil i tredjepartsleveransen. Utgangspunktet etter Skytjenesteavtalen er – som det følger av punkt 2.2 – at «leverandøren er ansvarlige for sine underleverandører». For de tilfellene kunden benytter seg av en integrator og en tredjepart (som leverer en standardisert skytjeneste) vil integratorens mislighold løses etter Skytjenesteavtalen punkt 2.2.1 som omhandler motstridene bestemmelser innad i standardavtalen. Ansvarsfraskrivelsen som fulgte av SSA-L punkt 2.2 tredje avsnitt er ikke tilsvarende inntatt i Skytjenesteavtalen. I Skytjenesteavtalen løses det derimot ved særskilte bestemmelser for standardiserte skytjenester jf. Skytjenesteavtalen punkt 2.2.1. I Skytjenesteavtalen punkt 2.2.1 heter det blant annet: «[...] Særskilte betingelser går foran Avtalens tilsvarende bestemmelser».

Som vi ser er det ikke stor forskjell på misligholdsvurderingen etter SSA-L og Skytjenesteavtalen. Det avgjørende er det objektive avviket fra den kontraktmessige ytelsen partene har blitt enig om. En viss ulikhet er det ved tredjepartsleveranser. Etter SSA-L så vi at forholdet som utgjorde misligholdet var av betydning. For visse misligholdssituasjoner kunne ikke misligholdssanksjoner gjøres gjeldende, mens det for andre misligholdssituasjoner var tydelige anvisninger til heving og prisavslag. Løsningen etter Skytjenesteavtalen var noe annerledes, der det avgjørende var om de særskilte betingelsene og avtalen inneholdt tilsvarende bestemmelser. Var det grunnlag for å si at det var tilsvarende bestemmelser ville de særskilte betingelsene gå foran. Praktisk vil slike særskilte betingelser inneholde tilsvarende ansvarsfraskrivelser som inntatt i SSA-L punkt 2.2 tredje avsnitt. Konsekvensen er at resultat antagelig blir relativt likt etter begge standardavtalene.

3.4 Antesipert mislighold

Antesipert eller forventet mislighold er de tilfellene der den ene part reagerer på et mislighold som med større eller mindre grad av sikkerhet kan forventes å inntreffe.⁷¹ Denne retten inntreffer når det er helt på det rene at den ene part vil misligholde kontrakten. Foruten tilfellene der det foreligger visshet om misligholdet, vil også tilfeller der debitor enten har sagt ifra om at misligholdet vil inntre eller hevder seg uforpliktet, omfattes av retten.⁷²

71 Høgberg (2017) s. 173.

72 Hagstrøm (2011) s. 609 med vider henvisning til Rt-1924-1056 og Rt-1924-1199.

Det ovennevnte utgangspunktet danner grunnlaget for en tilbakeholdsrett ved et forventet kontraktsbrudd. Skal et forventet kontraktsbrudd tenkes å danne grunnlaget for heving, vil terskelen heves. Den tradisjonelle oppfatningen har vært at hevingsrett betinger en meget høy grad av sannsynlighet for at et vesentlig mislighold vil inntreffe.⁷³ Det er videre ikke tilstrekkelig at sannsynlighetskravet fremstod som oppfylt for den part som fremmer heving som følge av et forventet kontraktsbrudd, sannsynligheten må være objektiv.⁷⁴

Hverken i SSA-L eller i Skytjenesteavtalen er det tatt inn bestemmelser som regulerer tilfeller av forventet mislighold. Om dette skyldes at de som utformet standardavtalene fant det unødvendig eller glemte det er vanskelig å si. At det aldri oppstår tilfeller av forventet mislighold ved avtaler om skytjenester kan neppe være riktig. Om tilfellene oppstår og om partene er forpliktet til å forholde seg til en eventuell rett er ikke nødvendigvis sammenfallende. Som følge av det strenge kravet for at hevingsretten skal bli aktuell som følge av et forventet kontraktsbrudd, vil anvendelsesområdet neppe strekke seg ut over de lovfestede tilfellene.⁷⁵

Implementering av en skytjeneste og for en virksomhet å flytte IT-infrastrukturen sin er ofte en komplisert prosess. Dersom man ser at det vil inntreffe et mislighold som gir hevingsrett fra leverandørens side, vil kunden likevel ikke være tjent med å heve avtalen i de fleste tilfeller. Dette underbygges av at det for kunden kan fremstå som et større tap å måtte begynne prosessen på nytt kontra misligholdet som kan forsinke oppstarten. Partene har i stedet avhjulpet disse tilfellene med reguleringer om dagbøter ved forsinkelser fra leverandørens side.⁷⁶

73 Hagstrøm (2011) s. 612.

74 Høgberg (2017) s. 174.

75 Hagstrøm (2011) s. 614 med henvisning til kjl. § 62 (1), avhl. § 6-2, hvtjl. §§ 15 (3) og 26 (2), bofl. §§ 20 (1) 2. pkt., 34 (1) 2. pkt. og 57 (1) 2. pkt. og husll. § 2-12 (2).

76 Se SSA-L pkt. 9.2.3 og Skytjenesteavtalen pkt. 5.3.3.

3.5 Særlig om kravet til vesentlig mislighold

3.5.1 Utgangspunktet og typefeil

Som gjennomgått ovenfor regulerer standardavtalene til en viss grad hvilke typer mislighold som kan regnes som vesentlige. I SSA-L er det mellom partene avtalt at fravær av visse funksjoner vil medføre et vesentlig mislighold og det er inntatt konkrete tidsperioder for når det foreligger en vesentlig forsinkelse.⁷⁷ Det kan imidlertid være vanskelig å se for seg at alle tilfeller av vesentlige mislighold er regulert i kontrakten. Vi skal i det følgende se på hvordan bakgrunnsretten stiller seg til vurderingen av om det foreligger vesentlig mislighold i avtaler om skytjenester.

I kontraktslovgivningen er vilkåret om «vesentlig mislighold» gjennomgående når det er tale om hevingsadgangen til partene.⁷⁸ Det er rikelig med rettspraksis og juridisk teori om hva som ligger i det alminnelige obligasjonsrettslige vilkåret til vesentlighetskravet ved mislighold. Overordnet kan det sies at et mislighold er vesentlig dersom «kreditor har rimelig grunn til å si seg løst fra kontrakten», jf. Rt-1998-1510, Rt-1999-408 og Rt-2010-710.⁷⁹ Førstvoterende uttaler eksempelvis i Rt-2010-710 premiss 43, følgende:

«Det skal altså foretas en helhetsvurdering hvor det overordnede spørsmålet er om kjøperen har rimelig grunn til å si seg fri fra kontrakten.»

Helhetsvurderingen tar utgangspunkt i det objektive avviket fra kontraktsmessig oppfyllelse, og ved mangler skal både mangelens karakter og omfang tillegges vekt.⁸⁰ I denne helhetsvurderingen kan det inngå en rekke ulike momenter. Hvilket moment som tillegges avgjørende vekt vil variere fra sak til sak. I det følgende skal vi se på utvalgte momenter ved vesentlighetsvurderingen som kan tenkes å få særlig betydning ved skytjenesteavtaler.

Som følge av at skytjenester kan omfatte en rekke ulike løsninger for kunden er det hensiktsmessig å skille noen tilfeller fra hverandre. En PaaS- eller en IaaS-løsning kan inneholde store elementer av individualisering og tilpasning for kunden. For disse tilfellene kan det trekkes visse paralleller til de såkalte utviklingsavtalene. Med en utviklingsavtale forstås en avtale der leverandøren skal levere en spesialutviklet programvare til kunden.⁸¹ Det avgjørende er om leverandørens ytelse kun har verdi for den bestemte kunden som er part i avtalen. For disse

77 Se oppgavens punkt 3.2.

78 Se for eksempel kjl. § 25, avhl. § 4-13 og hvttl. § 26.

79 Hagstørn (2011) s. 428.

80 L.c. med henvisning til Rt-1998-1510 og Rt-1999-408.

81 Udsen (2014) s. 45.

forhold vil verdiforspillelsesbetraktninger være et sentralt moment for vesentlighetsvurderingen. Derimot vil typiske SaaS-løsninger i større grad være standardisert og hensynet til verdiforspillelse gjør seg ikke gjeldende på tilsvarende måte. Vi ser altså at kundens adgang til å heve i en viss utstrekning blir direkte berørt av i hvilken grad tjenesten individualiseres basert på kundens behov.

Ved vurderingen om en mangel utgjør et vesentlig kontraktsbrudd skal blant annet mangelens karakter og omfang tillegges vekt. I skytjenesteavtaler vil særlig mangelens karakter og nærmere bestemt mangelens konsekvens for kunden ha stor betydning. Vi kan eksempelvis se for oss samme mangel i to ulike skytjenesteleveranser som får helt ulike konsekvenser for de respektive kundene. Som en følge av denne variasjonen er det sentralt for kunden å regulere typefeil som kan få store konsekvenser. En slik regulering av typefeil finner vi SSA-L pkt. 3.3 som omhandler godkjenningssprøve og leveringsdag. Standardkontrakten deler inn feil på tre nivåer og de omtales som «A - kritisk feil», «B - alvorlig feil» og «C - mindre alvorlig feil». Inndelingen av feil knytter seg ikke til heving, men kundens godkjenning av tjenesten før levering. I SSA-L pkt. 3.3 (3) står det blant annet:

«Kunden kan ikke underkjenne tjenesten dersom feilen(e) er uvesentlige for Kundens bruk. A- og B-feil anses hver for seg som vesentlige, med unntak av B-feil som ikke er vesentlige for Kundens mulighet til å ta tjenesten i ordinære bruk mens feilretting pågår [...]».

Om det er anledning til å trekke på en slik inndeling av feil ved vurderingen av hevingsadgangen er usikkert. Til en viss grad må man kunne hente inspirasjon fra kriteriene for godkjenning, men det kan ikke under noen omstendighet trekkes en direkte slutning i relasjon til hevingsspørsmålet.⁸² At det som hovedregel må stilles strengere krav til et mislighold som skal danne grunnlag for heving kontra grunnlag for manglende godkjenning fremstår fornuftig. Det underbygges av hensynene som ligger bak den høye hevingsterskelen om at heving som beføyelse kan ramme leverandøren hardt. I en godkjenningsperiode vil ikke hensynet gjøre seg gjeldende på tilsvarende måte. Det kan derimot være hensiktsmessig for kunden å styrke sin posisjon i kontrakten ved å anvende en tilsvarende inndeling av mislighold også etter oppstart. En slik regulering vil som regel bli underlagt forhandling mellom partene. For leverandøren kan inndelingen av mangler som fører til hevingsrett være byrdefull, fordi den ikke gir anledning til å foreta en konkret vurdering. Inndelingen kan dermed medføre en risiko for at kunden kan heve i situasjoner der mangelen ikke vil regnes som vesentlig etter en konkret vurdering.⁸³

82 Udsen (2014) s. 323.

83 Ibid. s. 324.

3.5.2 Særlig om kumulative feil ved tjenestenivået som vesentlig mislighold

Kumulative feil ved skytjenester kan enkelt tenkes, og kan danne grunnlaget for å kategorisere et mislighold som vesentlig. Denne adgangen følger blant annet av Rt-1980-901 der domstolen kom til at det forelå et vesentlig mislighold « [...] særlig når man ser disse forholdene i sammenheng». ⁸⁴ Som følge av sin struktur og oppbygning inneholder en avtale om skytjenester en rekke ulike elementer som bærer preg av ulike enkelttjenester. Som eksempler på slike enkelttjenester kan nevnes kundens tilgang på lagringsplass, tilgang til ulike programvarer og tjenester knyttet til infrastrukturen. Spørsmålet som kan reises er i hvilken grad flere mindre kontraktsmessige avvik kan kumuleres til å utgjøre et avvik som kan regnes så vesentlig at det gir kunden hevingsadgang.

Et situasjon som er særlig aktuelt ved skytjenester er driftsstans. Enhver tjeneste levert over internett vil berøres av en viss mengde driftsstans. I hvilken grad dette skal regnes som alminnelige mislighold vil bero på partenes avtale om tjenestenivå. I SSA-L er partene oppfordret til å avtale et tjenestenivå og avvik fra dette tjenestenivået kan medføre økonomisk kompensasjon jf. SSA-L punkt 9.2.4. Denne kompensasjonen vil til en viss grad avhjelpe situasjonen kunden blir satt i som følge av avvik fra det avtalte tjenestenivået. Selv om partene har avtalt at slike avvik skal medføre økonomisk kompensasjon, kan vi tenke oss tilfeller der utbedringen av driftsstanstilfellene uteblir. Som en følge av dette kan kunden belastes mer enn hva den økonomiske kompensasjonen avhjelper.

Etter kjøpsloven § 36 (1) har selgeren kun rett til å rette en mangel når det skjer uten «vesentlig ulempe» for selgeren. Kjøpsloven § 36 (1) er således en begrensning for at selgeren ikke kan gjennomføre ubegrensede rettingsforsøk. ⁸⁵ Etter forarbeidene åpnes det for at kjøperen kan avvise ytterligere rettinger fra selger og heve kjøpet dersom selger har benyttet seg av flere rettemuligheter. ⁸⁶ En liknende tankegang er det naturlig også å legge til grunn ved avtaler om skytjenester. Kunden stilles svakt dersom leverandøren har utømmelige avhjelpsforsøk og kunden må ta til takke med økonomisk kompensasjon og erstatning. SSA-L punkt 9.2.1 andre avsnitt omhandler gjentatte avhjelpsforsøk og lyder slik:

«Dersom det tross gjentatte forsøk ikke har lyktes Leverandøren å avhjelpe mangelfull tjeneste, kan Kunden kreve forholdsmessig prisavslag.»

⁸⁴ Rt-1980-901 på s. 910.

⁸⁵ Bestemmelsen kan sammenliknes med fjkl. § 30 (2) som begrenser avhjelpsforsøkene til to. Denne bestemmelsen bærer naturligvis preg av forbrukerhensyn så den vil ikke ha direkte overføringsverdi.

⁸⁶ Ot.prp. nr. 80 1986-1987 s. 88.

Vi ser her at standardkontrakten ikke legger opp til samme hevingsadgang som det som følger av forarbeidene til kjøpsloven. At kunden får anledning til å kreve et forholdsmessig prisavslag medfører ikke noe særlig realitetsendring fra kravet om økonomisk kompensasjon og eventuell erstatning. Gode grunner taler for at kumulerende feil ved tjenestenivået utgjør et vesentlig mislighold i visse tilfeller. Et skille må samtidig trekkes opp mellom driftsstans som bærer preg av å være generelle/permanente og enkelt situasjoner som har blitt avhjulpet tidligere. Det vil være det førstnevnte forholdet som kan føre til hevingsadgang.⁸⁷

3.5.3 Forholdet til et skjerpet vesentlighetskrav

Her er vurderingstemaet om det ved avtaler om skytjenester kan tenkes et skjerpet vesentlighetskrav ved heving. Spørsmålet springer ut av at det ved en rekke kontraktstyper gjelder et *skjerpet vesentlighetskrav* som vilkår for heving.⁸⁸ Utgangspunktet for hvilket vesentlighetskrav som gjelder for en skytjenesteavtale er hva som er avtalt mellom partene. I standardavtalene ser vi at det er ulike løsninger. Både Skytjenesteavtalen og SSA-L oppstiller et såkalt alminnelige vesentlighetskrav ved mangler som kan føre til heving jf. ordlyden «vesentlig mislighold» i henholdsvis SSA-L pkt. 9.2.5 (1) og Skytjenesteavtalen pkt. 13.2.5 (1). Standardavtalene gir derimot anvisning på en annen hevingsterskel for heving som følge av forsinkelser. I utgangspunktet er ordlyden tilsvarende for mangelstilfeller som ved forsinkelsestilfeller. I SSA-L pkt. 9.2.5 (4) heter det:

«Dersom det vesentlige misligholdet består i at tjenesten er vesentlig forsinket, kan Kunden [...] heve [...] avtalen med umiddelbar virkning.»

Det som medfører at hevingsterskelen er ulik er at vesentlig forsinkelse kun inntrer når den maksimale dagboten er nådd jf. SSA-L pkt. 9.2.5 (4) siste punktum. Om en slik regulering skriver Hagstrøm:

«En annen teknikk for å uttrykke et skjerpet vesentlighetskrav for heving, men samtidig ikke innføre retts tekniske vanskelige håndterbare regler, finnes i standardvilkår som åpner for heving ved forsinkelse først når maksimal dagbot er opptjent.»⁸⁹

Kunden blir følgelig stående overfor en situasjon der tjenesten er vesentlig forsinket etter en konkret vurdering men det foreligger ikke hevingsadgang som følge av kravet til utløpt dagbotperiode.⁹⁰ På dette punktet ser det ut som standardavtalene har hentet inspirasjon fra blant annet entrepriseretten som har

87 Udsen (2019) s. 712.

88 Hagstrøm (2011) s. 440.

90 Tilfellet kan sammenlignes med tilfellet nevnt i avhandlings pkt. 3.5 om leverandørens forhold til mangler som kan føre til hevingsadgang.

tilsvarende regulering.⁹¹ Skytjenesteavtalen legger opp til at forsinkelser kun forekommer før oppstartsdagen jf. pkt. 5.3.3. Når tjenesten er i denne fasen kan vi se store likheter til tilvirkningskjøp og entrepriseforhold. I entrepriseforhold begrunnes kravet til at fristen må løpe ut før heving blir aktuelt i at entreprenøren har en *rimelig rettefrist*.⁹² Når en skytjeneste er i den fasen som nevnt ser vi likheter til entrepriseoppdrag, og hensynene bak reguleringen fremstår fornuftige også for de forholdene.

Som nevnt er det ofte slik at vesentlighetskravet ved heving knyttes opp til hvilken kontraktstype den aktuelle kontrakten faller inn under. Spørsmålet som kan reises er i hvilken grad en avtale om skytjenester faller inn under en kontraktstype som tradisjonelt har oppstilt et skjerpet vesentlighetskrav.

Grunnlaget for at terskelen heves for visse kontraktstyper er fordi heving kan ramme debitor spesielt hardt. To kontraktstyper hvor en slik terskel er lovfestet er kjøpsloven § 26 (tilvirkningskjøp) og håndverkertjenesteloven §§ 15 og 26. I kjøpsloven er det kun inntatt bestemmelser om hevingsadgangen ved tilvirkningskjøp når misligholdet består av forsinkelser. I håndverkertjenesteloven er både mangler og forsinkelser regulert. Sammenfattet oppstiller bestemmelsene en hevingsrett som kun gjør seg gjeldende der tjenesten eller kjøpet blir «vesentlig forfeilet» som følge av misligholdet. I dette vilkåret ligger det en tanke om at et vesentlig mislighold ikke er tilstrekkelig for å statuere en hevingsrett, det avgjørende er om formålet ved kontrakten faller bort som følge av misligholdet. Med dette som et utgangspunkt kan vi vurdere hvilke eventuelle likhetstrekk en skytjenesteavtale har med slike kontraktstyper.

Det første som må nevnes er at skytjenester kan være svært ulike.⁹³ I begrepet skytjenester ligger det tjenester som i stor grad er standardisert og tjenester som er skreddersydd for svært kompliserte kunder. Det må følgelig kunne sies at et skjerpet vesentlighetskrav ikke gjør seg gjeldende ved enhver skytjenesteavtale.

Det avgjørende vil være i hvilken grad den konkrete skytjenesteavtalen inneholder elementer fra de kontraktstypene der et skjerpet vesentlighetskrav gjør seg gjeldende. Det er imidlertid ikke kun kontraktstypen som er bestemmende for terskelen. I og med at hevingsretten må vurderes etter en samlet vurdering vil enkelttilfeller ved de samme kontraktstypene også gi ulike resultater.⁹⁴

91 Se Hagstrøm (2014) 356 ff.

92 Ibid. s. 357.

93 Det er stor forskjell på om tjenesten er en SaaS-, PaaS- eller en IaaS-løsning.

94 Høgberg (2017) s. 209.

I lagmannsrettdommen LB-2016-136511-2 uttaler dommeren:

«I en situasjon hvor manglende utbedring fra leverandørens side er begrunnet i forhold på motpartens side, og ikke i at utbedring er teknisk vanskelig, uoverkommelig e.l., kan lagmannsretten ikke se at det er grunnlag for et skjerpet «vesentlighetskrav» under henvisning til at saken gjelder en tilvirkningskontrakt.»

Vi ser at grunnlaget for misligholdet som materialiserer seg kan være avgjørende for hvilken terskel som legges til grunn ved spørsmålet om heving. I et sammenflettet kontraktsforhold som ofte en avtale om skytjenester representerer, fremstår en slik tilnærming fornuftig. Ved vurderingen vil også tjenestens fase kunne være av betydning. I etableringsfasen for en omfattende og komplisert skytjenesteavtale som blir etablert særskilt for en bestemt kunde, vil hensynene bak det strenge hevingsvilkåret ved tilvirkningskjøp gjøre seg gjeldende. På den andre siden av skalaen kan vi tenke oss en standardisert løsning som er inne i sin alminnelige tjenesteperiode. For dette forholdet er det få holdepunkter som tilsier at noe annet enn et alminnelig vesentlighetskrav skal legges til grunn. Som vi ser må hvert enkelt tilfelle vurderes konkret, og partene vil således være tjent med å ta stilling til spørsmålet ved kontraktsinngåelsen.

3.6 Kort om bortfall av hevingsretten

Det er ikke normalt å omtale reklamasjon som et vilkår for å kunne heve en avtale.⁹⁵ Men for den praktiske rettsanvendelsen er det nærliggende å se på rettmessig reklamasjon som et vilkår for å kunne heve en avtale. En slik tilnærming underbygges av at oppfyllelse av hevingsvilkårene ikke får betydning dersom reklamasjonsforpliktelser er forsømt. I slike tilfeller kan hevingsretten likevel ha gått tapt.

Reklamasjonsregler er gjennomgående i kontraktslovgivningen.⁹⁶ Reklamasjonsplikten pålegger den misligholdte part å komme med innsigelser overfor sin kontraktsmotpart. En slik plikt er sentral for at partene skal være klar over hverandres kontraktsposisjon i relasjon til et pretendert mislighold. Reklamasjonsreglene pålegger på ingen måte en plikt til å påberope et mislighold, men reglene kommer derimot til anvendelse når dette gjøres. Reklamasjon er ulikt regulert i Skytjenesten og SSA-L. I SSA-L punkt 9.1 (3) heter det:

«Kunden skal reklamere skriftlig innen rimelig tid etter at misligholdet er oppdaget eller burde vært oppdaget.»

⁹⁵ Hverken i Hagstrøm (2011) eller Høgberg (2017) behandles reklamasjon under vilkårene for heving.

⁹⁶ Se for eksempel kjl. § 32, hvttj. §§ 12 og 22 og avhl. § 4-19.

Ordlyden i bestemmelsen er svært lik reklamasjonsbestemmelsene i kontraktslovgivningen. Det oppstilles et krav om at kunden ikke må vente for lenge med å gjøre forholdet gjeldende jf. «rimelig tid». Hva som vil utgjøre «rimelig tid» i den aktuelle situasjonen vil bero på en konkret vurdering.⁹⁷ Helt generelt må det nok kunne tenkes at reklamasjonsfristen for skytjenester vil være relativt kort. Dette underbygges med at tjenesten er et løpende avtaleforhold og det til en viss grad kreves jevnlig kommunikasjon mellom partene. Videre vil partene ha svært enkel tilgang til hverandres kommunikasjonskanaler og det må således kunne legges til grunn at varsling er praktisk å gjennomføre.

I Skytjenesteavtalen er det ikke inntatt egne reguleringer om reklamasjon ved misligholdstilfeller i tjenesteperioden. Begrunnelsen for hvorfor ikke standarden er utformet med reklamasjonsregler ved mislighold i tjenesteperioden fremstår noe uklar. For feil i perioden frem til ordinær drift er det derimot oppstilt et krav om at kunden varsler. I punkt 5.4.2 heter det blant annet:

«I Godkjenningsperioden skal Kunden uten ugrunnet opphold gi Leverandøren skriftlig melding om eventuelle feil knyttet til Skytjenestene [...]».

Etter denne bestemmelsen ser vi at reklamasjon skal skje «uten ugrunnet opphold». Ordlyden skiller seg således fra kravet om reklamasjon innen «rimelig tid» som følger av SSA-L punkt. 9.1 (3). Begge standardenes formuleringer av reklamasjonsfristene medfører at en må agere raskt ovenfor medkontrahenten. Betegnelsen «uten ugrunnet opphold» gir en enklere vurdering i og med at kun et begrunnet opphold kan rettfærdiggjøre et manglende reklamasjon. At en må reklamere innen «rimelig tid» gir en større anledning til å foreta ulike rimelighetsbetraktninger.

Etter mitt syn vil ordlyden «uten ugrunnet opphold» danne den mest hensiktsmessige reklamasjonsfristen for skytjenesteavtaler. Begrunnelsen for det er at ordlyden fremstår mer presis enn betegnelsen «rimelig tid». Som nevnt ovenfor vil partene ha et løpende tjenesteforhold, og det er få holdpunkter som tilsier at kunden skal ha en lengre reklamasjonsfrist enn nødvendig. Som vi ser er det ikke en tydelig reklamasjonsnorm ved standardavtalene. Som en følge av reklamasjonsreglens stilling i den alminnelige kontraktsretten må en kunne anta at reglene vil kunne påberopes under et hvert kontraktstilfelle med mindre noe annet er uttrykkelig vedtatt.⁹⁸

97 Se Ot.prp. nr. 66 1990-1991 s. 117 om reguleringen i avhendingslova.

98 Hagstrøm (2011) s. 353.

3.7 I hvilken grad påvirker brudd på databehandleravtalen kundens hevingsadgang?

Personvernlovgivningen er utformet med fokus på vern av mennesker.⁹⁹ Det er tale om rettighetslovgivning som skal sikre individer vern om sine personopplysninger. Som en følge av dette er ikke reglene utformet med sikte på å passe et kontraktsforhold tilsvarende en databehandleravtale. For eksempel står det ingenting i personvernforordningen om heving av en databehandleravtale. Hovedbegrunnelsen for dette er at lovgivningen har rettighetene til individene for øyet og mange tilfeller faller utenfor et klassisk kontraktsforhold.

For å se på konsekvensene av brudd på en databehandleravtale må vi først redegjøre kort for sanksjonssystemet til personvernforordningen. Det er kun den registrerte som har klagerett etter forordningen, jf. art. 77. Videre har den registrerte anledning til klage på en konkret behandling uavhengig av om det er den behandlingsansvarlige eller databehandleren som faktisk har gjennomført den feilaktige behandlingen. Etter dette ser vi at regelverkets første prioritet er å sikre rettighetene til den registrerte. Både den behandlingsansvarlige og databehandleren vil hefte solidarisk overfor den registrerte, hvilket innebærer at partene må søke regress av hverandre dersom forsømmelsen kun knytter seg til behandling fra en av dem. Det er i denne delen av prosessen det blir interessant å se på databehandleravtalen opp mot skytjenesteavtalen mellom den behandlingsansvarlige og databehandleren.

Hva gjelder forholdet mellom den behandlingsansvarlige og databehandleren regulerer forordningen kun ansvar og erstatning. Utgangspunktet er at behandlingsansvarlig har ansvar ved ethvert brudd overfor den registrerte. Dette kommer til uttrykk slik i art. 82. (2) første punktum:

«Enhver behandlingsansvarlig som vært involvert i behandling, skal være ansvarlig for skaden forårsaket av behandling som er i strid med denne forordningen. [...]».

Det er naturlig at et strengere ansvar legges på den behandlingsansvarlige i og med at behandlingen som strider mot forordningen enten springer ut av en instruks som er gitt til databehandleren eller aktivitet fra databehandlerens selv.¹⁰⁰ At denne ansvars plasseringen er passende i ethvert tilfelle er imidlertid feil. For de tilfellene databehandleren går utenfor eller handler i strid med en instruks gitt av den behandlingsansvarlige vil ansvaret tillegges databehandleren jf. art. 82 (2) andre punktum. Forholdet berøres også av art. 28 (10). Denne

⁹⁹ Se GDPR art. 1 (1).

¹⁰⁰ Skullerud (2018) s. 338.

bestemmelsen viser til at dersom databehandleren opptrer som en behandlingsansvarlig – ved å fastsette formålene og midlene for behandlingen – vil ansvaret som kan knyttes til en behandlingsansvarlig også belastes databehandleren.

Videre er forholdet mellom databehandleren og den behandlingsansvarlige regulert i art. 82 (3) om ansvarsbegrensning, art. 82 (4) om solidaransvar og art. 82 (5) om regress. Ansvarsbegrensningen som følger av art. 82 (3) knytter seg til to ulike forhold. For det første er det tale om en alminnelig ansvarsbegrensning som følge av force majeure-tilfeller. Det andre forholdet er relatert til de tilfellene der virksomheten kan godtgjøre at den på ingen måte er ansvarlig for hendelsen som medførte brudd på forordningen.¹⁰¹ Det avgjørende for dette unntaket er om hendelsen er å regne for utenfor virksomhetenes kontrollsfære. I og med at det er den behandlingsansvarlige som har hovedansvaret blir ofte spørsmålet om adferden til databehandleren er utenfor den behandlingsansvarliges kontroll. Tilfellene der den behandlingsansvarlige får ansvaret sitt begrenset er der databehandleren opptrer illojalt og den behandlingsansvarlige har gjort alle rimelige tiltak for å hindre den illojale adferden.¹⁰²

Hovedregelen etter art. 82 (4) er at både den behandlingsansvarlige og databehandleren hefter solidarisk overfor den registrerte. Som nevnt tar regelverket sikte på å ivareta den registrerte sine rettigheter og solidaransvaret skal sikre gode dekningsmuligheter for den skadelidte. Denne bestemmelsen får innvirkning på det kontraktuelle forholdet mellom kunden og leverandøren dersom de er underlagt forordningen. I SSA-L punkt 6.2 (9) er det tatt inn en klausul om forholdet til personvernlovgivningen, og det heter blant annet:

«Partenes erstatningsansvar for skade som rammer den registrerte eller andre fysiske personer og som skyldes overtredelse av [...] følger bestemmelsene i personvernforordningen artikkel 82.»

Regressadgangen mellom den behandlingsansvarlige og databehandleren følger av art. 82 (5). Bestemmelsen er naturlig når det nevnte utgangspunktet er at både den behandlingsansvarlige og databehandleren hefter solidarisk for skade den registrerte lider. Som vi ser danner art. 82 grunnlaget for hvordan den behandlingsansvarlige (kunden) og databehandleren (leverandøren) forholder seg til hverandre dersom det kommer et krav fra den registrerte. Forordningen tar derimot ikke for seg hvilken betydning et mislighold av reglementet har for kontrakten mellom den behandlingsansvarlige og databehandleren. Partene kan forholde seg til tilfellene på to ulike måter. For det første kan de avtale at misligh-

101 Skullerud (2018) s. 339.

102 Skullerud (2018) s. 339.

hold av databehandleravtalen reguleres av hovedavtalen. Denne tilnærmingen ser vi blant annet fra det danske Datatilsynet i sin standardmal for databehandleravtaler.¹⁰³ Punkt 13 (1) lyder slik:

«En eventuel (særlig) regulering af konsekvenserne af parternes misligholdelse af databehandleraftalen vil fremgår af parternes «hovedaftale» eller af denne aftales Bilag D.»

Den andre tilnærmingen er å regulere mislighold av databehandleravtalen selvstendig i selve databehandleravtalen. Bestemmelsene inntatt i punkt 2.4 i oppgaven viser at både SSA-L og Skytjenesteavtalen antagelig heller mot en slik tilnærming. Det foreligger ingen holdepunkter som tilsier at mislighold av databehandleravtalen skal reguleres av avtalen om skytjenesten.

I relasjon til misligholdets betydning for selve skytjenesteavtalen skulle man regne med at klarheten er størst dersom det reguleres i hovedavtalen. Dette vil medføre at partene har tatt stilling til hva et eventuelt mislighold av personvernforpliktelsene fører til. For visse virksomheter som inngår avtaler om skytjenester vil overholdelsen av personvernreglene være meget sentral for deres virksomhetsstrategi. I slike tilfeller fremstår det naturlig å innta misligholdsbeføyelsene i hovedavtalen. Kunden vil dermed kanalisere ethvert mislighold av betydning mot misligholdsreguleringen i hovedavtalen. Leverandøren vil på sin side ofte ikke ønske en slik løsning. Det kan skyldes at man ønsker å skille den kommersielle skytjenesteavtalen fra de lovpålagte forpliktelsene etter personvernforordningen. Minimumskravene etter forordningen oppstiller ingen rett for den behandlingsansvarlige til å kunne si seg fri fra kontrakten med databehandleren på grunn av brudd på personvernreglene.

Fraværet av kontraktsmekanismer som knytter mislighold av databehandleravtalen opp mot misligholdsbeføyelsene som følger av hovedavtalen vil ofte være fordelaktig for leverandøren og uheldig for kunden. Vi kan tenke oss et tilfelle der leverandøren (databehandleren) misligholder databehandleravtalen og blir møtt av et krav fra den registrerte. Kunden (den behandlingsansvarlige) og leverandøren hefter solidarisk og kunden kan kreve eventuell regress fra leverandøren dersom det er på det rene at skaden skyldes forsømmelse fra leverandørens side. Dersom misligholdet kun reguleres av databehandleravtalen isolert sett vil kundens kompensasjon være uttømt etter regresskravet. Det vil ikke være tale om å kunne heve en databehandleravtale, og misligholdet vil ikke kunne «berike» kontraktsposisjonen til kunden ytterligere.

103 Standardmalen er tilgjengelig på: <https://www.datatilsynet.dk/generelt-om-databeskyttelse/vejledninger-og-skabeloner/>

Står vi derimot overfor en mer direkte kobling mellom mislighold av databehandleravtalen og misligholdssanksjonene etter hovedavtalen blir saken en annen. Kunden vil i det scenarioet ha hatt anledning til å kontraktsfeste betydningen av brudd på personvernforpliktelsene samt kumulere feil fra leverandørens side dersom det er aktuelt. Dersom kunden er en virksomhet som har personvern særlig høyt på sin prioriteringsliste vil dette fremstå som en naturlig måte å løse spørsmålet mellom partene på.

Vi står igjen med at personvernlovgivningen legger få føringer på hvordan det aktuelle spørsmålet reguleres mellom partene. Det fremstår samtidig som en aktuell problemstilling i og med at databehandleravtalen innehar en unik posisjon i kontraktsforholdet mellom kunden og leverandøren. Slik jeg tolker det vil det være den oppmerksomme kunde som kan tjene mest på å inkludere misligholdssanksjoner på databehandleravtalen i hovedavtalen.

4 Hevingsoppgjøret

4.1 Innledning

I dette kapittelet skal vi se på hevingsoppgjøret. Når heving har blitt et faktum mellom partene må det kartlegges hvordan prosessen skal gjennomføres. En avgjørende sontring er hvorvidt hevingen gjelder for både tidligere og fremtidige ytelser eller kun for fremtidige ytelser. Spørsmålet kan også formuleres som hvorvidt det foreligger adgang til å heve *ex tunc* eller *ex nunc*.¹⁰⁴ Videre skal vi se på hvordan standardavtalene tar for seg opphøret av kontraktene. Et spørsmål som er av særlig interesse er omfanget av den såkalt bistandsplikten ved opphøret av avtalene. Både standardkontraktene og bakgrunnsretten vil kaste lys over hvordan spørsmålet kan besvares ved skytjenesteavtaler. Aktuelt og interessant er også i hvilken grad personvernreglene påvirker et hevingsoppgjør mellom partene i en skytjenesteavtale. I kapittelets siste del vil vi se hen til denne problematikken. Delen bærer preg av å omhandle et område med minimalt av rettspraksis og få andre rettskilder forøvrig. Formålet vil være å løfte frem potensielle problemstillinger knyttet til samspillet mellom skytjenestekontrakter og personvernreglene.

4.2 Forholdet mellom *ex tunc* og *ex nunc*

4.2.1 Utgangspunktet for tjenestekontrakter

Hovedregelen ved heving av en alminnelig kjøpskontrakt er at partene skal restituere sine ytelser.¹⁰⁵ Typisk vil det bety at realytelsen tilbakeføres fra realkreditor til realdebitor mens vederlaget tilbakeføres fra pengekreditor til pengedeбитor. I mange kontraktsforhold er ikke en slik løsning gjennomførbar. Det kan være flere forhold som medfører at det er vanskelig eller umulig for partene å restituere sine ytelser. Et forhold kan være tjenestens art.¹⁰⁶

En rekke kontraktsforhold kan ikke etter sin art føres tilbake ved hevingsoppgjøret. Dette vil for eksempel være tilfeller som et arbeidsforhold eller en husleieavtale. Det er ikke mulig for en utleier å «få tilbake» leietakers bruk av leieobjektet. Det samme kan tenkes om et arbeidsforhold; det er ikke mulig å levere tilbake selve arbeidstiden som arbeidstakeren har lagt ned.

¹⁰⁴ Begrepene *ex tunc* og *ex nunc* knytter seg henholdsvis til adgangen til å heve bakover og fremover i tid.

¹⁰⁵ Se kjøpsloven, § 64 (2).

¹⁰⁶ Hagstrøm (2011) s. 453.

Skytjenester vil også falle inn under tilfellene av kontraktsytelser som etter sin art ikke kan tilbakeføres. Spørsmålet blir således om det kun er adgang til å heve med virkning for fremtidige ytelser. En slik modell – med heving kun fremover i tid – er valgt i lovgivningen for byggebransjen.¹⁰⁷ Adgangen til kun å heve fremover i tid vil være utgangspunktet for kontrakter som innehar et sentralt tjenestelement. Det sentrale fellestrekket ved disse kontraktene er at ytelsen ikke kan tilbakeføres.

Det må kunne relativt sikkert sies at hovedregelen for skytjenesteavtaler er at det kun foreligger anledning til å heve ex nunc. Som en tjenesteavtale samsvarer en slik løsning med tilnærmet alle andre reguleringer av tilsvarende tjenesteavtaler.¹⁰⁸ For utviklingsavtaler av programvarer trekkes det opp et skille som får betydning for hevingsoppgjøret. På den ene siden har man prosjekter der kunden medvirker i stor grad og har en selvstendig interesse i materialet som utvikles. På den andre siden er prosjekter som er hovedsakelig styrt av leverandøren, og leverandøren motsetter seg at kunden får tilgang til en delvis utviklet programvare.¹⁰⁹

En kan tenke seg skytjenesteløsninger der kunden skal medvirke i stor grad. Eksempelvis kan kunden være en virksomhet som har et avansert og komplisert system. Kunden sitt ønske med skytjenesteavtalen er å tilpasse systemet sitt til en skytjenesteløsning. For slike tilfeller vil kundens medvirkningsgrad være stor. Det kan tenkes at medvirkningen fra kunden er helt avgjørende for at skytjenesteløsningen skal bli vellykket. Dersom man står overfor et slikt tilfelle vil ikke hovedregelen om at det kun er anledning til å heve ex nunc alltid passe like godt. Vi ser at det kan være likhetstrekk til tilfellene som er nevnt over ved utviklingsavtaler.

107 Hagstrøm (2011) s. 454 med henvisning til NS 8405 pkt. 39.2 og bustadoppføringslova § 21 jf. § 34.

108 Se forrige note.

109 Føyen (2006) s. 484.

4.2.2 Standardavtalene

Av standardavtalene er det kun Driftsavtalen (SSA-D) som spesifikt regulerer hevingsoppjøret og forholdet mellom ex tunc og ex nunc. SSA-D punkt 14 første avsnitt lyder slik:

«Ved heving i etableringsfasen som skyldes Leverandørens mislighold, kan Kunden kreve tilbakebetaling av det som er betalt, med tillegg av renter, tilsvarende NIBOR pluss 1 (én) prosent fra det tidspunkt betaling er skjedd. Hvis heving skjer etter oppstartsdagen, har Leverandøren likevel krav på å få beholde driftsvederlaget for den perioden driftstjenesten har vært i ordinær bruk hos Kunden, med fradrag av prisavslag i henhold til punkt 11.5.3 annet avsnitt.»

Denne reguleringen skiller på de ulike fasene i prosjektet. I etableringsfasen vil kunden kunne heve med full virkning tilbake i tid. Vi ser at dersom prosjektet er av en viss størrelse – som ofte vil medføre en lengre etableringsfase – vil leverandøren bære en stor risiko. Leverandøren risikerer følgelig å måtte tilbakebetale hele vederlaget som er mottatt for arbeidsinnsatsen i etableringsfasen om avtalen heves. En slik løsning kan ramme leverandøren hardt. På den andre siden vil en avskåret adgang til å heve med full tilbakevirkning ramme kunden hardt. I og med at vi befinner oss i etableringsfasen vil ikke kunden få noe verdi som følge av vederlaget som ytes til leverandøren i denne fasen. Det bærende hensynet bak reguleringen må være at kunden blir stående uten verdi for vederlaget dersom ikke ytelsene tilbakeføres.

Denne reguleringen har likhetstrekk med hevingsbestemmelsen i håndverker-tjenesteloven § 15 (2) andre punktum.¹¹⁰ Bestemmelsen åpner for å heve ex tunc «dersom formålet med tjenesten blir vesentlig forfeilet som følge av [misligholdet]». Et vesentlig mislighold i etableringsfasen kan tenkes å forfeile formålet med avtalen i vesentlig grad. Det er samtidig nærliggende å tenke seg motsatt utfall. Kunden må uansett stille seg spørsmålet om heving med tilbakevirkende kraft rettferdiggjør å måtte iverksette et nytt prosjekt med en ny leverandør. Svaret vil naturligvis måtte bero på en konkret vurdering av hvert enkelt tilfelle. Etter mitt syn kan reguleringen som følger av SSA-D punkt 14 første avsnitt fremstå noe ubalansert. Det må igjen bemerkes at reguleringen kun er tatt inn i én av standardavtalene.

I det tidspunktet tjenesten har kommet i ordinær drift er hovedregelen etter SSA-D at det kun foreligger adgang til å heve ex nunc. I SSA-D punkt 14 andre avsnitt heter det:

¹¹⁰ Bestemmelsen vil kun tjene som en sammenlikning. Lovens virkeområde er mellom næringsdrivende og forbrukere og det vil således være forbrukerhensyn som kan gjøre seg gjeldende.

«Ved heving i ordinær drift har Leverandøren krav på vederlag for ytelser som er kontraktsmessig levert frem til hevingstidspunktet.»

Etter denne reguleringen ser vi at leverandøren har krav på vederlag for kontraktsmessige ytelser frem til hevingstidspunktet. Utfordringen blir dermed å fastslå hvorvidt en yttelse er kontraktsmessig eller ikke. Særlig kan spørsmålet bli vanskelig dersom hevingsgrunnlaget til kunden bygger på en rekke mindre kontraktsbrudd fra leverandøren.¹¹¹

Som nevnt har ikke SSA-L eller Skytjenesteavtalen egne reguleringer om hevingsoppgjøret. Det nærmeste avtalene har av den type regulering av bestemmelser om opphøret av avtalen som vi skal se nærmere på i punktet nedenfor. Bestemmelsene om opphør gir et inntrykk av at skytjenester også inneholder ytelser som kan – og skal – tilbakeføres ved et hevingsoppgjør. Selv om dette er tilfellet, vil det avgjørende for partene ved hevingsoppgjøret være tjenesteelementet ved avtalen.¹¹²

4.3 Opphør av avtalen

Hva gjelder opphør av avtalen – enten ved oppsigelse, heving eller avtalt utløpstid – finnes det reguleringer i alle standardavtalene. I SSA-L punkt 5.3 reguleres forhold som inntreffer når avtalen opphører. Det følger av bestemmelsen at kunden har krav på inntil 30 dager bistand fra leverandøren i forbindelse med etablering av tjenesten hos kunden eller en ny leverandør.¹¹³ Tjenesten skal forbli fullverdig i avslutningsperioden og leverandøren skal bistå kunden i de praktiske forberedelsene til en ny avtaleinngåelse. Bestemmelsen kan synes å legge en rekke plikter på leverandøren man nødvendigvis ikke kjenner igjen fra andre kontraktsforhold. Bistanden er imidlertid gjenstand for et avtalt vederlag mellom partene med mindre opphøret av avtalen skyldes vesentlig mislighold fra leverandøren sin side.

En av grunnene til at denne bistandsplikten må være til stede ved avtaler om skytjenester, skyldes tjenesten sin kompleksitet. Dette medfører at selv om det ikke foreligger en avtalefestet bestemmelse om at leverandøren må yte bistand ved opphør av avtalen, vil kunde fortsatt kunne kreve bistand. Med mindre leverandøren har en særlig grunn til å motsette seg å yte bistand, vil den alminnelige lojalitetsplikten i kontraktsforhold mest sannsynlig gi kunden denne retten.¹¹⁴

111 Se oppgavens punkt 3.5.1 om kumulative feil.

112 Det er selve tjenesteelementet som er av betydelig økonomisk verdi.

113 Se SSA-L punkt 5.3 første avsnitt.

114 Udsen (2019) s. 720.

En slik «grunnleggende rett» til bistand ved opphør fremstår nok rimelig for leverandøren dersom grunnlaget for opphøret skyldes oppsigelse eller avtalt utløpstid. Spørsmålet kan stille seg annerledes dersom opphøret skyldes et vesentlig mislighold fra en av partene. Særlig kan det tenkes de tilfellene der det er leverandøren som ønsker å heve avtalen som følge av vesentlig mislighold fra kunden sin side. I Skytjenesteavtalen punkt 14.6 for tilfellene der leverandøren hever som følge av vesentlig mislighold fra kundens sin side er det konkret regulert slik:

«[...] Leverandøren plikter likevel å gjennomføre avslutning av Avtalen slik det fremgår av punkt 8.1 [...]».

Bestemmelsen vitner om hvor sentral bistandsplikten er ved avvikling av skytjenesteavtaler. Adgangen til å oppstille den samme plikten for leverandøren utenfor avtalefestede forhold er ikke like åpenbar. Udsen argumenterer for at dersom kunden er i et slikt mislighold at det gir leverandøren hevingsadgang, vil også bistandsplikten som eventuelt følger av lojalitetsplikten i kontraktsforhold falle bort.¹¹⁵

Hva bistandsplikten innholdsmessig skal omfatte kan også være gjenstand for uenighet mellom partene. Både SSA-L og Skytjenesteavtalen har bestemmelser som tar sikte på å regulere hva kunden kan kreve bistand til. I SSA-L punkt 5.3 (3) heter det:

«Leverandøren skal bistå Kunden i forbindelse med forberedelsene til eventuell inngåelse av ny avtale og levere den informasjon som er nødvendig i forbindelse med slik forberedelse.»

Det avgjørende for partene i relasjon til den ovennevnte bestemmelsen er å oppnå enighet om hva som ligger i «informasjon som er nødvendig [...]». Dersom partene står overfor et hevingsoppgjør er det nærliggende å tenke at partene ikke ønsker å strekke seg lengre enn det de absolutt må. Et skille går på informasjon som er særskilt utviklet for kunden i forbindelsen med kundens system, (spørsmålet vil hovedsakelig være aktuelt der det er tale om en PaaS- eller en IaaS-løsning). Dette er mest sannsynlig informasjon som kunden har krav på å få levert. Informasjon som kunden mest sannsynlig ikke har krav på vil omfatte den generelle driftsinformasjonen. Herunder faller informasjon som er knyttet til leverandøren sine tjenester og vil innebære informasjon som er sentralt for leverandøren sin konkurranseposisjon.¹¹⁶

115 Udsen (2019) s. 721.

116 Udsen (2014) s. 368.

I dommen TOBYF-2012-127878 tar retten stilling til omfanget av bistandsplikten ved opphøret av en driftsavtale. Grunnlaget for opphøret av avtalen var oppsigelse. Det forelå en avtale mellom partene omtalt som «Driftsavtalen», og det springende punkt ble partenes forståelse av omfanget og rekkevidden av avtalens bestemmelser om overføring av data.¹¹⁷ Retten så videre til partenes avtale punkt 13.5 som viste til at kunden hadde rettigheter til dokumentasjon og materiell som leverandøren utarbeidet. Partene hadde imidlertid inntatt et bilag som viste til at «kunden har eierskap til driftsdokumentasjon som spesielt er utviklet for kunden». Partenes avtale inneholdt en bestemmelse om at bilagene gikk foran avtalen ved motstrid.¹¹⁸ Om det konkrete skillet på ulike driftsdokumentasjon som nevnt ovenfor uttaler retten:

«Imidlertid er det rettens vurdering at driftsdokumentasjon som ikke er spesielt utviklet for [kunden] skal stilles til disposisjon for [kunden] så lenge avtalen varer, men denne dokumentasjonen kan [kunden] ikke viderebringe til tredjemann, som i denne sammenhengen må anses å omfatte [kunders] nye leverandør.»

Som dommen illustrerer vil de konkrete tilfellene måtte avgjøres etter en tolkning av avtalebestemmelsene. Leverandørene vil i disse tilfellene være interesserte i å utlevere minst mulig informasjon og dokumentasjon. For det første ønsker man å avvikle et kontraktsforhold som ikke vil gi avkastning relativt hurtig og for det andre ønsker man i minst mulig grad å gi fra seg informasjon og dokumentasjon som konkurrerende virksomheter kan nyte godt av.

4.4 I hvilken grad spiller personvernreglene inn ved hevingsoppjøret?

Her skal vi se på hvordan forpliktelser etter personvernreglene kan få betydning ved hevingsoppjøret av et kontraktsforhold som er delvis underlagt personvernreglementet. Som ved punkt 3.7 går vi først til personvernforordningen for å se i hvilken grad spørsmålet er berørt. Videre skal vi se på i hvilken grad standardavtalene har tatt høyde for spørsmålet. Det nærmeste vi kommer regulering av spørsmålet etter personvernforordningen er art. 28 (3) bokstav g. Bestemmelsen lyder slik:

«etter den behandlingsansvarliges valg, sletter eller tilbakeleverer alle personopplysninger til den behandlingsansvarlige etter at tjeneste knyttet til behandling er levert, og sletter eksisterende kopier, med mindre unionsretten eller medlemsstatenes nasjonale rett krever at personopplysningene lagres.»

117 Se TOBYF-2012-127878 under rettens vurdering.

118 Sammenlign med SSA-L pkt. 1.3 der hovedregelen er det motsatte.

Art. 28 (3) er den bestemmelsen som pålegger partene å inngå en «avtale eller et annet rettslige dokument». Bestemmelsen danner altså grunnlaget for lovkravet om å ha en databehandleravtale dersom man driver virksomhet som omhandler behandling av personopplysninger. Bokstav g oppstiller videre krav om forhold som må være inntatt i databehandleravtalen når det gjelder fremgangsmåten der «tjenestene knyttet til behandling er levert».

For det første kan spørsmålet om betegnelsen «er levert» tilsi at et hevingstilfeller faller utenfor. Ofte vil ikke den fulle kontraktsmessige tjenesten være levert dersom den ene parten hever avtalen. En slik tolkning er nok lite hensiktsmessig. Selv om tjenestene ikke nødvendigvis er levert i kontraktsmessig forstand vil det for personvernreglene sitt vedkommende være tale om leverte tjenester dersom vi står overfor et hevingsoppgjør. Som vi skal se senere i dette punkt har standardavtalene tatt inn en «videre» ordlyd slik at det fremgår klart at de har tatt stilling til spørsmålet.

Innholdsmessig sier bestemmelsen at det er kunden som ved inngåelsen av databehandleravtalen skal bestemme om personopplysningene skal slettes eller tilbakeføres. Prosessen fremstår uproblematisk isolert sett, men det kan tenkes at det ikke er like rett frem dersom kontraktsforholdet er dynamisk, og kunden endrer standpunkt etter avtaleinngåelsen. For å se potensielle utfordringer ved spørsmålet må det sees i lys av de alminnelige kontraktsmekanismene ved hevingsoppgjøret.

I SSA-L er avslutningen av avtalen regulert i punkt 5.3 som vi så i forrige punkt i oppgaven. Bestemmelsen tar for seg en rekke steg som skal gjennomføres dersom avtalen avvikles gjennom avbestilling, oppsigelse eller heving.¹¹⁹ I punkt 5.3 (4) oppstilles en rekke plikter for leverandøren hva gjelder kundens data. Sammenfattet innebærer plikten at leverandøren må forsikre seg om at alt kunden ønsker utlevert av data finner sted. I punkt 5.3 (6) er det uttrykkelig inntatt at leverandøren ikke har rett til å holde tilbake data som tilhører kunden. Vi ser etter dette at datamateriale etter standardavtalene har en særskilt posisjon som kontraktsgjenstand. Det kan tenkes at forpliktelsene partene har etter personvernlovgivningen medfører behovet for en slik regulering. En slik regulering vil gå på bekostning av en kontraktspart alminnelige tilbakeholdsrett. Resultatet blir til en viss grad at en leverandør står svakt dersom man blir møtt med et krav man mener er urettmessig. Vi ser at likevektsprinsippet og rettferdighetsprin-

119 Se SSA-L punkt 5.3 (1) første punktum.

sippet som danner grunnlaget for tilbakeholdsretten må vike som følge av data-materialet sin posisjon i kontrakten.¹²⁰

Fra tingretten har vi et eksempel der problemstillingen har kommet på spissen. I sak 19-014262TVI-VEFO/LA avsagt 25.02.2019, ble spørsmålet om midlertidig forføyning for utlevering/migrering av data tatt stilling til. Det springende punkt i saken var at kunden ønsket å få bistand til å få dataen sin utlevert. Leverandøren motsatte seg dette kravet. Leverandøren sitt standpunkt var begrunnet med at avtalens opphørsgrunn ikke var gyldig (i den konkrete saken mente kunden at de hadde sagt opp avtalen, mens leverandøren på sin side mente at oppsigelsestiden ikke hadde løpt ut). Tilbakeholdsretten ble ikke påberopt av leverandøren i dette tilfellet. Selv om leverandøren ikke hevdet å benytte seg av en tilbakeholdsrett så vil en innsigelse mot opphør av avtalen i realiteten medføre en form for tilbakeholdsrett. Som en kjennelse om midlertidig forføyning har saken imidlertid liten rettskildemessige verdi, men den tjener som et eksempel på de praktiske problemene som kan oppstå mellom kunden og leverandøren i avtaler om skytjenester.

Sett i en større sammenheng ser vi at det kan oppstå kontraktsmessige utfordringer som følge av at datamaterialet inneholder personopplysninger som medfører at personvernregelverket får anvendelse. Samarbeidet og samspillet som personvernforordningen legger opp til gjennom reglene om databehandleravtaler harmonerer dårlig med et betent kontraktsforhold som for eksempel står overfor et hevingsoppgjør.

Et annet forhold som kan trekkes frem er samspillet mellom databehandleravtalen og skytjenesteavtalen hva gjelder potensiell motstrid. I og med at partene plikter å inngå en databehandleravtale etter personvernforordningen art. 28 (3) får vi altså et tilfelle med to avtaler som i mer eller mindre grad må virke sammen. Det følger av art. 28 (3) bokstav a at: «[databehandleren] behandler personopplysninger bare på dokumenterte instruksjoner fra den behandlingsansvarlige [...]». Motstriden oppstår dersom de dokumenterte instruksene som følger av databehandleravtalen og visse reguleringer eller bestemmelser i hovedavtalen ikke kan harmoniseres. Som en følge av dette bør instruksene som følger av databehandleravtalen tolkes i sammenheng med bestemmelser i hovedavtalen som omhandler det samme forhold.¹²¹ Særlig aktuelt er forhold som omhandler datamateriale i forbindelse med opphøret av avtalen. Et eksempel er hvordan avtalene kan være ulike når det gjelder tilgjengeligheten til data

120 Høgberg (2017) s. 187.

121 Kamarinou (2018) s. 9.

etter opphøret.¹²² Det er ulike hensyn som begrunner hvordan henholdsvis kontrakten og personvernreglene regulerer data ved opphør av en behandling. Fra et personvernrettslig ståsted er blant annet dataminimering og lagringsbegrensning sentrale prinsipper ved behandling av personopplysninger.¹²³ Begrunnelsen fra et kontraktrettslig perspektiv dreier seg derimot i større grad om at partene skal restituere ytelsene sine ved avtalens opphør.

Vi ser herved at personvernreglene spiller inn ved heving av en skytjenesteavtale. En del av utfordringene ser vi springer ut av at både hovedavtalen og databehandleravtalen regulerer datamaterialet ved opphør av avtalen. Dette forholdet er noe partene må ta høyde for ved kontraktsinngåelsen. Som vi har sett er det ikke en ensartet måte å regulere om databehandleravtalen går foran hovedavtalen eller omvendt. Det er vanskelig å si om den ene løsningen er bedre enn den andre. Etter min vurdering vil det avgjørende være at partene klarer å knytte avtalesettene nærmere hverandre gjennom gode avtaleklausuler som omhandler forrangs-, motstrids- og tolkningsbestemmelser.

122 L.c.

123 Se GDPR art. 5 bokstav c og e.

5 Avsluttende betraktninger

Oppgaven har vist at det kan oppstå en rekke ulike problemstillinger ved heving av skytjenester. En del av disse problemstillingene har store likhetstrekk til andre kommersielle kontrakter og rettsanvenderne har således gode forutsetninger for å løse de utfordringene. Når vi skal befatte oss med problemstillinger som ikke har slike likhetstrekk beveger vi oss mot en rettsstilstand som er mer uklar. Dels oppstår problemene som en følge av selve kontraktsytelsen.¹²⁴ Dels kan det også oppstå utfordringer som følge av personvernreglene som får anvendelse ved tilnærmet alle skytjenesteløsninger.¹²⁵

Én betraktning knytter seg til standardavtalene. Standardavtaler og standardkontrakter er fordelaktige i den forstand at de forsøker å regulere særegenhetene ved området de omfatter. Som oppgaven viser er det for skytjenester utviklet ulike standardavtaler. I disse avtalene vil spørsmål som særlig gjør seg aktuelle ved skytjenesteløsninger være regulert. Utfordringen knytter seg til hvilken rettskildemessige vekt avtalene vil ha ved uoverensstemmelser og uenigheter mellom partene.¹²⁶ Dersom partene tvistes om et forhold som er regulert i en standardavtale – men ikke i deres avtale – er det uklart hvordan dommeren går frem. Vi risikerer at dommeren må løse spørsmålet på bakgrunn av den alminnelige bakgrunnsretten, fremfor på bakgrunn av en presumtivt rimelig regulering forankret i standardavtalene. Som vi har sett er det tilfeller der bakgrunnsretten og reguleringene i standardavtalene fraviker en god del.¹²⁷

Vi har også sett at personvernreglene blir trukket inn i kontraktsforhold som omhandler skytjenester. Her oppstår det utfordringer som følge av at personvernreglene i utgangspunktet ikke er ment for kontraktsforhold. Både reguleringen etter selve lovverket og etter standardavtalene kunne med fordel regulert denne kryssningen bedre. Eksempelvis innebærer denne kryssningen at det ikke fremstår klart om et mislighold av databehandleravtalen sine bestemmelser skal reguleres av databehandleravtalen eller hovedavtalen.¹²⁸

124 Se oppgavens punkt 2.3.

125 Se oppgavens punkt 2.4.

126 Se oppgavens punkt 1.4.

127 Se eksempelvis oppgavens punkt 3.5.2.

128 Se oppgavens punkt 3.7.

Endelig kan vi si at kundens hevingsadgang ved skytjenesteavtaler i stor grad er sammenfallende med den alminnelige bakgrunnsretten for beslektede kontraktstyper. Samtidig ser vi reguleringer i standardavtalene som vitner om særegne forhold ved skytjenesteavtaler.¹²⁹ Vi har også sett at det kan være vanskelig å si noe sikkert om kundens hevingsadgang ved den *generelle* skytjenesteavtale. Hovedvilkårene vil angivelig være tilsvarende like fra avtale til avtale, mens nyansene kan – som vi har sett – variere i stor grad.¹³⁰

129 Se eksempelvis oppgavens punkt 3.2.2.

130 Se eksempelvis oppgavens punkt 4.2.1.

Litteratur

- Brombach (2018) Brombach, Harald. (2018) ”Microsoft skal åpne to store datasentre i Norge”, *Digi.no*, 20.06.2018. <https://www.digi.no/artikler/microsoft-skal-apne-to-store-datasentre-i-norge/440383> [Sitert 14.02.2019]
- Datatilsynet (2018) Datatilsynet. *Skytjenester*. (2018), <https://www.datatilsynet.no/personvern-pa-ulike-omrader/internett-og-apper/skytjenester/> [Sitert 26.02.2019]
- Føyen (2006) Føyen, Arve, mfl. *Kontrakter for utvikling av programvare*, 1. utg., Oslo, Cappelen Akademiske forlag, 2006.
- Haaskjold (2013) Haaskjold, Erlend. *Kontraktsforpliktelser*, 2. utg., Oslo, Cappelen Damm, 2013.
- Hagstrøm (2011) Hagstrøm, Viggo. *Obligasjonsrett*, 2. utg., Oslo, Universitetsforlaget, 2011.
- Hagstrøm (2014) Hagstrøm, Viggo og Herman Bruserud. *Entreprisesrett*, 1. utg., Oslo, Universitetsforlaget, 2014.
- Hon (2017) Hon, W Kuan. *Data Localization Laws and Policy; The EU data Protection International Transfers Restriction Through a Cloud Computing Lens*, 1. utg., Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2017.
- Høgberg (2017) Høgberg, Alf Petter og Jo Hov. *Obligasjonsrett*, 2. utg., Oslo, Papinian, 2017.
- Kamarinou (2018) Kamarinou, Dimitra, Christopher Millard og Isabella Oldani. ”Compliance as a Service”, *Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper No. 287/2018 (2018)*.
- Kommunal- og moderniseringsdepartementet (2016) Kommunal- og moderniseringsdepartementet. (2016) *Nasjonalt strategi for bruk av skytjenester*. <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/nasjonalt-strategi-for-bruk-av-skytjenester/id2484403/sec1> [Sitert 22.01.2019]

- Kommunal- og moderniseringsdepartementet (2018) Kommunal- og moderniseringsdepartementet. (2018) *Digitaliseringsrundskrivet*. <https://www.regjeringen.no/no/no/dokumenter/digitaliseringsrundskrivet/id2623277/>
- [Sitert 22.01.2019]
- Millard (2013) Millard, Christopher. *Cloud Computing Law*, 1. utg., Oxford, Oxford University Press, 2013.
- Skoghøy (2018) Skoghøy, Jens Edvin A. *Rett og Rettsanvendelse*, 1. utg., Oslo, Universitetsforlaget, 2018.
- Skullerud (2018) Skullerud, Åste Marie Bergsens, mfl. *Personvernforordningen (GDPR) Kommentartutgave*, 1. utg., Oslo, Universitetsforlaget, 2018.
- Udsen (2014) Udsen, Henrik. *IT-kontraktret*, 1. utg., København, Ex Tuto, 2014.
- Udsen (2019) Udsen, Henrik. *IT-ret*, 4. utg., København, Ex Tuto, 2019.
- Wessel-Aas (2018) Wessel-Aas, Jon og Magnus Ødegaard. *Personvern*, 1. utg., Oslo, Gyldendal, 2018.
- Woxholth (2017) Woxholth, Geir. *Avtalerett*, 10. utg., Oslo, Gyldendal, 2017.

Rettskilder

Lov og forarbeider

Arkivlova	BLov om arkiv [arkivlova] av 04. desember 1992 nr. 126
Avhendingslova	Lov om avhending av fast eiendom [avhendingslova] av 03. juli 1992 nr. 93
Avtaleloven	Lov om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer [avtaleloven] av 31. mai 1918 nr. 4
Bustadoppføringslova	Lov om avtaler med forbrukar om oppføring av ny bustad m.m. [bustadoppføringslova] av 13. juni 1997 nr.43
Forbrukerkjøpsloven	Lov om forbrukerkjøp [forbrukerkjøpsloven] av 21. juni 2002 nr. 34
Husleieloven	Lov om husleieavtaler [husleieloven] av 26. mars 1999 nr. 17
Håndverkertjenesteloven	Lov om håndverkertjenester m.m. for forbrukere [håndverkertjenesteloven] av 16. juni 1989 nr. 63
Kjøpsloven	Lov om kjøp [kjøpsloven] av 13. mai 1988 nr. 27
Personopplysningsloven	Lov om behandlinger av personopplysninger [personopplysningsloven] av 15. juni 2018 nr. 38
Regnskapsloven	Lov om årsregnskap m.v. [regnskapsloven] av 17. juli 1998 nr. 56
Voldgiftsloven	Lov om voldgift [voldgiftsloven] av 14. mai 2004 nr. 25 [Sitert 22.01.2019]
Ot.prp. nr. 80 1986-1987	Ot.prp. nr. 80 1986-1987 <i>Om A Kjøpslov B Lov om samtykke til ratifikasjon av FN-konvensjonen om kontrakter for internasjonale løsørekjøp, vedtatt 11 april 1980 (kjøpsloven)</i>
Ot.prp. nr. 66 1990-1991	Ot.prp. nr. 66 1990-1991 <i>Om lov om avhending av fast eiendom (avhendingslova)</i>
St.meld. nr. 27 (2015-2016)	St.meld. nr. 27 (2015-2016) <i>Digital agenda for Norge – IKT for en enklere hverdag og økt produktivitet.</i>
NOU 2019:9	NOU 2019:9 <i>Fra kalveskinn til datasjø – Ny lov om samfunnsdokumentasjon og arkiver</i>

NS 8405	NS8405:2008: Norsk bygge- og anleggskontrakt
Wessel-Aas (2018)	Wessel-Aas, Jon og Magnus Ødegaard. <i>Personvern</i> , 1. utg., Oslo, Gyldendal, 2018.
Woxholth (2017)	Woxholth, Geir. <i>Avtalerett</i> , 10. utg., Oslo, Gyldendal, 2017.

Rettspraksis

Rt-1924-1056	
Rt-1924-1199	
Rt-1971-144	
Rt-1980-901	
Rt-1988-1078	
Rt-1993-565	
Rt-1998-1510	
Rt-1999-408	
Rt-2010-710	
HR-2016-1447-A	
HR-2019-610-A	
LB-2016-136511-2	
TOSLO-2009-72662	
TOBYF-2012-127878	
TVI-VEFO/LA 19-014262	

Annet

GDPR	2016/679 The EU General Data Protection Regulation
UNIDROIT PICC	UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts
SSA-L	Statens standardavtale: Avtale om løpende tjenestekjøp over internett
SSA-D	Statens standardavtale: Driftsavtalen – avtale om kjøp av driftstjenester
SSA-V	Statens standardavtale: Vedlikeholdsavtalen – avtale om vedlikehold og service av utstyr og programvare

Vedlegg

Utvalgte bestemmelser i SSA-L

Punkt 2.2 (3)

Leverandøren er ikke ansvarlig overfor Kunden for feil i tredjepartsleveranser som oppstår etter leveringsdag. Dette innebærer at Kunden ikke kan påberope seg manglende oppfyllelse av avtalte kvalitetskrav etter leveringsdag, herunder krav til tjenestenivå, dersom dette skyldes feil i tredjepartsleveranser. Dette gjelder også tap eller ødeleggelse av data. Ansvarsbegrensningene i dette avsnittet gjelder ikke dersom Leverandøren kunne eller burde ha begrenset omfanget og/eller konsekvensene av slike feil.

Punkt 3.3 (3)

Kunden kan ikke underkjenne tjenesten dersom feilen(e) er uvesentlige for Kundens bruk. A- og B-feil anses hver for seg som vesentlige, med unntak av B-feil som ikke er vesentlige for Kundens mulighet til å ta tjenesten i ordinære bruk mens feilretting pågår. C-feil anses som uvesentlige, hvis ikke flere C-feil samlet sett medfører at godkjenning vil være klart urimelig.

Punkt 5.3 (3)

Leverandøren skal bistå Kunden i forbindelse med forberedelsene til eventuell inngåelse av ny avtale og levere den informasjon som er nødvendig i forbindelse med slik forberedelse.

Punkt 6.2 (1)

Dersom Leverandøren ved utførelsen av tjenesten skal behandle personopplysninger, skal Leverandøren i bilag 2 beskrive hvordan tilfredsstillende behandling i tråd med personopplysningsregelverket skal oppnås og gjennomføres. Dette omfatter blant annet krav til innebygget personvern, Dette gjelder uavhengig av om Kunden har stilt krav om dette i bilag 1.

Punkt 9.1

Det foreligger mislighold fra Leverandørens side dersom tjenesten ikke er i samsvar med de funksjoner, krav eller frister som er avtalt.

Det foreligger likevel ikke mislighold dersom situasjonen skuldes Kundens forhold eller force majeure, eller dersom forholdet omfattes av de ansvarsbegrensninger vedrørende tredjepartsleveranser som fremgår av punkt 2.2. Forhold som faller inn under punkt 2.2 siste ledd vil likevel anses som mislighold som kan gi grunnlag for misligholdssanksjoner etter punkt 9.2.1 tredje ledd (prisavslag) eller 9.2.5 annet ledd (heving).

Kunden skal reklamere skriftlig innen rimelig tid etter at misligholdet er oppdaget eller burde være oppdaget

Punkt 9.2.1

Ved mislighold fra Leverandørens side, er det Leverandørens ansvar å avhjelpe feilen på en slik måte at tjenesten bringes i overensstemmelse med det som er avtalt. Feilen skal avhjelpes så snart som mulig.

Dersom det tross gjentatte forsøk ikke har lyktes Leverandøren å avhjelpe mangelfull tjeneste, kan Kunden kreve forholdsmessig prisavslag.

Dersom avtalt funksjonalitet i bilag 1 og 2 fjernes i tredjepartsleveranser og Leverandøren ikke evner å hindre dette, vil også slikt tap av funksjonalitet, dersom tapet av funksjonalitet betraktes som en alvorlig eller kritisk feil etter avtalens punkt 3.3, eventuelt som definert i bilag 3, gi Kunden krav på forholdsmessig prisavslag. Det samme gjelder dersom avtalt funksjonalitet ikke er til stede i opprinnelig leveranse og dette ikke blir rettet innen rimelig tid.

Punkt 9.2.3 (1)

Blir ikke avtalt tidspunkt for levering (leveringsdag), eller annen frist som partene i bilag 3 har knyttet dagbøter til, overhold, foreligger det forsinkelse fra Leverandørens side som gir grunnlag for dagbot.

Punkt 9.2.5

Dersom det foreligger vesentlig mislighold fra Leverandørens side, kan Kunden, etter å ha gitt Leverandøren skriftlig varsel og rimelig frist til å bringe forholdet i orden, heve avtalen med umiddelbar virkning

Utvalgte bestemmelser i Skytjenesteavtalen

Punkt 2.2

Leverandørens underleverandører fremgår av Bilag 2. Leverandøren er ansvarlig for sine underleverandører.

Skytjenestene kan omfatte standardiserte skytjenester fra Leverandørens underleverandører, heretter kalt Standard skytjenester. Standard Skytjenester som inngår i Skytjenestene er angitt i Bilag 2 punkt 2.1.

Standard skytjenester kan reguleres av Særskilte betingelser og/eller av egne Standardbetingelser, slik det er beskrevet i punkt 2.2.1 og 2.2.2 nedenfor.

Punkt 2.2.1

En Standard skytjeneste kan leveres i henhold til Særskilte betingelser i den grad det fremgår av Bilag 2 punkt 2.2. Særskilte betinger får foran Avtalens tilsvarende bestemmelser.

Punkt 5.3.3

Dersom Oppstartsdag blir forsinket i forhold til avtalt dato, løper en dagbot slik det fremgår av Bilag 3 og Bilag 6. Etter dagbotperiodens utløp regnes forsinkelsen som vesentlig mislighold og Kunden kan heve Avtalen. Ved heving skal Leverandøren bidra til avslutning slik det fremgår av punkt 8.

Punkt 5.4.2

I Godkjenningsperioden skal Kunden uten ugrunnet opphold gi Leverandøren skriftlig melding om eventuelle feil knyttet til Skytjenestene. Leverandøren skal på sin side utbedre de feil som blir meldt inn uten ugrunnet opphold, og ellers slik det fremgår av Avtalen eller Bilag 3 spesielt.

Punkt 8.1

Ved avslutning av Avtalen plikter Leverandøren å bidra med kompetanseoverføring og en for Kunden hensiktsmessig overføring av Skytjenestene til Kunden eller en av Kunden utpekt tredjepart. Som en del av dette arbeidet skal Leverandøren tilrettelegge og overføre alle Kundens data, eventuell dokumentasjon som er utviklet spesifikt for Kunden, og eventuelt annet Kunden har rettighetene til. Videre skal Leverandøren medvirke til at Kunden skal få tilbakeført eventuelle avtaler som skal kunne tilbakeføres til Kunden og som i forbindelse med Avtalen er overført til Leverandøren herunder rettigheter til eventuelle Standard skytjenester.

Avslutning av Avtalen skal gjennomføres i henhold til Bilag 3. Avslutningen skal gjennomføres slik at arbeidet er fullført innen utløpet av Tjenesteperioden, med mindre partene skriftlig blir enige om noe annet. Kunden skal initiere og for øvrig medvirke til overføringen slik at Leverandøren kan gjennomføre arbeidet med avslutningen rettidig. Eventuelt tilleggsvederlag for avslutningen av Avtalen fremgår av Bilag 5.

Punkt 11.2

Dersom Skytjenestene medfører behandling personopplysninger, skal det inngås egen databehandleravtale, som det fremgår av Bilag 7.

Leverandøren skal gjennom planlagte og systematiske tiltak sørge for tilfredsstillende informasjonssikkerhet med hensyn til konfidensialitet, integritet og tilgjengelighet ved behandling av personopplysninger. Leverandøren skal dokumenterer informasjonssystemet og sikkerhetstiltakene. Dokumentasjon skal på forespørsel være tilgjengelig for Kunden og dennes revisorer, samt for Datatilsynet og Personvernemnda.

Punkt 13.1

Det foreligger mislighold fra Leverandøren sin side dersom Skytjenestene eller øvrige plikter ikke utføres som beskrevet i Avtalen og dette ikke skyldes Kundens forhold eller forhold omfattet av punkt 15.

Punkt 13.2.5

Ved vesentlig mislighold kan Kunden, etter å ha gitt Leverandøren skriftlig varsel og rimelig frist til å bringe forholdet i orden, heve Avtalen helt eller delvis og kreve erstatning. Leverandøren plikter å gjennomføre avslutningen av Avtalen slik det fremgår av punkt 8.1.

Utvalgte bestemmelser i SSA-D

Punkt 14 (1) og (2)

Ved heving i etableringsfasen som skyldes Leverandørens mislighold, kan Kunden kreve tilbakebetaling av det som er betalt, med tillegg av renter, tilsvarende NIBOR pluss 1 (én) prosent fra det tidspunkt betaling er skjedd. Hvis heving skjer etter oppstartsdagen, har Leverandøren likevel krav på å få beholde driftsvederlaget for den perioden driftstjenesten har vært i ordinær bruk hos Kunden, med fradrag av prisavslag i henhold til punkt 11.5.3 annet avsnitt.

Ved heving i ordinær drift har Leverandøren krav på vederlag for ytelser som er kontraktsmessig levert frem til hevingstidspunktet.