



UPPSALA
UNIVERSITET

Juridiska institutionen
Vårterminen 2013

Examensarbete i civilrätt
30 högskolepoäng

Outsourcingavtal

Avtalsinnehåll utifrån praktiska och kommersiella
överväganden

Författare: Edward af Sandeberg
Handledare: Docent Joel Samuelsson



Innehållsförteckning

1 INLEDNING	5
1.1 Bakgrund	5
1.2 Syfte, avgränsningar och disposition	6
1.3 Metod och material	8
1.4 Terminologi	10
2 EN OUTSOURCINGAFFÄRS UPPBYGGNAD	12
2.1 Närmare om vad som menas med outsourcing	12
2.2 Olika typer av outsourcing	13
2.2.1 Offshore outsourcing	13
2.3 Anledningar till outsourcing	14
2.4 En outsourcingaffärs livscykel	16
2.4.1 Initieringsfas	16
2.4.2 Övergångsfas	20
2.4.3 Leveransfas	20
2.4.4 Exitfas	21
2.5 Relationsorienterad kontraktsteori	22
3 OUTSOURCING I EN JURIDISK KONTEXT	25
3.1 Inledning	25
3.2 Outsourcingavtalet – en rättslig hybrid	25
3.3 Rättskällor	27
3.3.1 Köplagens tillämplighet på outsourcing	27
3.3.2 Lagreglering av köp av tjänst	29
3.3.3 Andra tangerande rättsområden	30
3.3.4 Sammanfattning	31
4 OUTSOURCINGAVTALET	32
4.1 Inledning och disposition	32
4.2 Huvudavtal	34
4.2.1 Introducerande avtalsbestämmelser	34
4.2.2 Översiktlig reglering av huvudförpliktelser	35
4.2.3 Avtalstid, förlängning och förtida upphörande	36
4.2.4 Immateriella rättigheter	37
4.2.5 Rättsliga krav	37
4.2.6 Ansvar och sekretess	39
4.2.7 Övrigt	40
4.3 Verksamhetsöverlåtelse	40
4.3.1 Inledning	40
4.3.2 Inkrämsöverlåtelse	41

4.3.3 Aktieöverlåtelse	45
4.4 Övertagande av ansvar	46
4.4.1 Transition	46
4.4.2 Övergångsperiod	47
4.5 Tjänsteavtalet	47
4.5.1 Inledning	47
4.5.2 Tjänstebeskrivning	48
4.5.3 Prissättningsreglering	50
4.5.4 Servicenivåavtal	51
4.6 Partsinteraktion och ändringshantering	57
4.6.1 Inledning	57
4.6.2 Samverkan och kommunikation	57
4.6.3 Konflikthantering	58
4.6.4 Ändring av avtalsvillkor	59
4.6.5 Revision	59
4.7 Avslutande av outsourcingrelation	60
4.7.1 Inledning	60
4.7.2 Assistans vid upphörande	61
4.7.3 Ansvarsövertagande och övergångsperiod	62
4.7.4 Överlåtelse av produktionsresurser	62
5 AVSLUTANDE KOMMENTARER	63
KÄLLFÖRTECKNING	65

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Vad är outsourcing? Denna fråga har säkert, beroende på vem man frågar, flera olika svar. Ett sätt att på egen hand närma sig outsourcing som ämne är att språkligt bryta ned *termen*. Begreppet outsourcing är uppbyggt av två engelska ord: ”out” och ”sourcing”. Med ”sourcing” avses överförandet av arbete, ansvar och beslutanderätt till någon annan. Detta sker konstant inom näringslivet i form av delegering av arbetsuppgifter. Anledningen är vanligtvis att någon annan kan utföra arbetsuppgiften billigare, bättre eller snabbare eller att den delegerande parten behöver utföra andra viktigare arbetsuppgifter. Det är exempelvis ett slöseri med resurser att låta en företagsledare boka sina egna tågresor. Det är istället bättre att låta en sekreterare sköta administrativa ärenden av den typen så att företagsledaren kan fokusera på sina riktiga arbetsuppgifter. Det rör sig alltså om enkel resurseffektivisering. Om denna betydelse av ordet ”sourcing” kompletteras med ordet ”out” går det att få en förhållandevis tydlig uppfattning av vad som menas med outsourcing. Nämligen när ansvaret för en viss uppgift läggs ut utanför den egna verksamheten. Ett svar på frågan om vad outsourcing är för något skulle således kunna vara att det är en affär där verksamhetsfunktion förs över till en extern part som sedan tillhandahåller den tjänst som tidigare framställdes internt.

Outsourcing är idag inget ovanligt affärsupplägg. Den mest uppmärksammade typen av outsourcing är outsourcing av IT-tjänster. Enligt undersökningar av analysföretaget Gartner omsatte världsmarknaden för outsourcing av IT år 2012 runt 1700 miljarder kronor – en astronomisk summa.¹ Detta är dock långt ifrån den enda typ av outsourcing som förekommer. Bland de verksamhetsfunktioner som kan outsourcas i en betydande utsträckning kan produktion, bokföring, löne- och personaladministration, lagerhållning, logistik, säkerhetsfrågor, samt fastighetsskötsel nämnas som exempel.² Tyvärr finns det inga mätningar på hur mycket dessa typer av outsourcing omsätter. Outsourcing får icke desto mindre betraktas som en vanligt förekommande typ av transaktion.

En outsourcingaffär kan beröra en rad olika rättsområden. Beroende på vilken typ av verksamhetsfunktion som outsourcas kan det vid en affär exempelvis behövas tas hänsyn till arbetsrätt, hantering av personuppgifter, immaterialrätt samt skyddet för

¹ Wallström, Outsourcing för 1700 miljarder kronor, <http://computersweden.idg.se/2.2683/1.459433/outsourcing-for-1-700-miljarder-kronor>, publicerad 2012-08-08 (2012-12-06).

² Augustson–Bergstedt Sten, Outsourcing av IT-tjänster s. 23 ff.

företagshemligheter. De frågor som kanske väcker störst intresse, i rättsvetenskapligt perspektiv, gäller dock själva avtalsrelationen mellan de två parterna. Vid sidan av att ta hänsyn till de specifika rättsområden som berörs måste nämligen avtalsregleringen inrymma en rad olika aspekter motiverade av den särpräglade kontraktsrelation som föranleds av affärens upplägg och ändamål.

Till att börja med innefattar affären två olika moment vilka normalt inte hör ihop. Affärens första del är ett köprättsligt förvärv. Den verksamhetsfunktion, med tillhörande produktionstillgångar, som ska outsourcas överläts till en extern part. Efter överlåtelsen köper sedan säljaren, ofta över en tidsperiod på flera år, av köparen tillbaka den tjänst som tidigare framstälts internt inom den överlåtna verksamhetsfunktionen. I affärens andra del rör det sig alltså om köp av tjänst. Den fråga som uppstår är därmed vilket förhållande dessa två moment har till varandra samt hur avtalsregleringen ska klassificeras juridiskt: är det ett köpavtal, ett tjänsteavtal, två skilda avtal eller någonting annat?

Att avtalsregleringen behöver inrymma två moment vilka normalt inte hör ihop är dock långt från det enda som gör den speciell. På grund av en outsourcingaffärs kommersiella komplexitet ställs höga krav på avtalsregleringens utformning, framför allt avseende köpet av tjänst. Till att börja med måste det klart och tydligt formuleras vad det är för tjänst som leverantören ska tillhandahålla, vilket kan vara problematiskt om tjänsten är mångfasetterad eller tekniskt avancerad. Den tillhandahållna tjänsten måste också vara mätbar för att parterna ska kunna avgöra om leveransen är fullgjord eller inte. Samtidigt som frågor som dessa kan kräva detaljreglering bör avtalet också ge uttryck för mer svårfångade principer motiverade av affärens långa avtalsperiod. Exempelvis bör avtalsregleringen vara flexibel; kundens behov kan med tiden förändras varför den levererade tjänsten kan behöva modifieras. Även formerna för parternas samarbete bör regleras eftersom de i stor utsträckning kan vara beroende av varandra för att uppnå sina mål med affären. Dessa frågor bidrar till att avtalsrelationen vid outsourcing framstår som något särpräglad och till synes även komplicerad.

1.2 Syfte, avgränsningar och disposition

Denna uppsats syftar till att utreda, precisera och analysera innehållet i den förhållandevis okända kontraktstypen outsourcingavtal. Det faktum att outsourcing idag är en vanligt förekommande transaktion gör det både möjligt och angeläget att fånga de gemensamma dragen i outsourcingavtal. Undersökningar visar också att långt ifrån alla som begagnar sig

av outsourcing är nöjda med det avtal som reglerar deras affär.³ Den rättsvetenskapliga ansatsen är därför att belysa denna avtalstyp på samma sätt som mer konventionella avtalstyper, som exempelvis köpavtal, entreprenadavtal och hyresavtal men också mer moderna avtalstyper som franchising och leasing, har behandlats inom doktrinen.⁴

Framställningen handlar inte om någon speciell typ av outsourcing. Följaktligen inriktas inte framställningen mot outsourcing av någon speciell verksamhetsfunktion eller outsourcing i ett nationellt eller internationellt perspektiv. Målet är istället att identifiera de generella problem och riskmoment som parterna bör adressera i avtalsregleringen oberoende av den enskilda affärens särdrag. Särskilt fokus ligger på att diskutera de avtalskonstruktioner som i stor utsträckning används, och framför allt bör användas, för att möta de utmaningar som en outsourcingaffär innebär. Diskussionen utgår ifrån den outsourcingparten, som genom uppsatsen kommer att kallas kunden, dvs. den part som lämnar ifrån sig den verksamhetsfunktion som outsourcingas.

Det ingår inte i denna framställnings syfte att uttömmande utreda alla de olika rättsområden en outsourcingaffär kan tänga. En sådan målsättning skulle förmodligen ta hundratals sidor i anspråk. Istället är målet att översiktligt behandla de rättsområden med relevans för outsourcing i den mån de är nödvändiga att hantera i avtalet.

Något bör också sägas om uppsatsens disposition, efter detta inledande kapitel. I det andra kapitlet redogörs för hur en outsourcingaffär normalt är uppbyggd. Anledningen till detta är att förståelse för parternas olika kommersiella drivkrafter samt hur dessa är tänkta att uppnås är en förutsättning för att kunna diskutera hur avtalsregleringen bör utformas. I det tredje kapitlet sätts outsourcingavtalet i en rättslig kontext. Syftet med detta kapitel är att utreda vilka rättsregler som har relevans för avtalsförhållandet vid outsourcing. Med dessa två kapitel skapas förutsättningarna för att ta sig an framställningens huvudsakliga syfte, nämligen att utreda, precisera och analysera innehållet i outsourcingavtal, vilket görs i framställningens fjärde kapitel. Kapitlets disposition utgår ifrån hur ett outsourcingavtal bör byggas upp. Framställningen avslutas sedan med ett kort sista, femte, kapitel innehållandes några sammanfattande reflektioner. Det sista kapitlet ska dock inte uppfattas som ett avsnitt där framställningens resultat redovisas i form av storslagna slutsatser av slaget ”så

³ Enligt en internationell studie gjord av Deloitte fick 300 personer i ledningsposition besvara en enkät om hur de i efterhand upplevt en outsourcingaffär. Av de tillfrågade anger 35 procent att de är missnöjda med sina outsourcingavtal. Se Deloitte Consulting 2008 Outsourcing Report Why Settle For Less?, s. 1, http://www.deloitte.com/assets/Dcom-UnitedKingdom/Local%20Assets/Documents/Services/Consulting/UK_C_Why_settle_for_less_UK.pdf, publicerad 2009-01-13 (2012-10-27).

⁴ Se exempelvis Bengtsson, Särskilda avtalstyper 1, Ramberg, C, Kontraktstyper eller Hellner–Hager–Persson, Speciell avtalsrätt II Kontraktsrätt 1 häftet. Särskilda Avtal.

här är det”. Uppsatsens syfte uppfylls istället successivt genom att outsourcingavtalets innehåll systematiseras och diskuteras i kapitel 4.

1.3 Metod och material

Uppsatsens syfte, att utreda outsourcing som kontraktstyp, väcker vissa rättsvetenskapliga frågor. Hur avtalsregleringen vid en outsourcingaffär ser ut är nämligen, till övervägande del, inte beroende av överväganden av typiskt rättsvetenskaplig karaktär. Istället är i första hand praktiska och kommersiella överväganden, baserade på vad parterna vill uppnå med affären, avgörande för hur regleringen utformas. Denna sorts överväganden behandlas typiskt sett inte inom rättsvetenskapen som istället primärt brukar ta sikte på hur olika fenomen förhåller sig till gällande rättsregler. Vad det gäller just outsourcing, finns det heller ingen doktrin att tillgå där avtalsregleringen behandlas ur ett generellt perspektiv. Outsourcing av IT har däremot vid ett par tillfällen uppmärksammats inom den svenska juridiska litteraturen.

För det första finns boken *IT-avtal – Särskilt om outsourcing* av Lindberg, Kahn och Krouthén. Precis som titeln vittnar om ligger det primära fokuset på IT-avtal. Delar av bokens innehåll har dock generell relevans för outsourcing varför den används i denna framställning. För det andra finns det en artikel publicerad i JT med namnet *Outsourcing av IT-tjänster ur ett övertagandeperspektiv* skriven av Lindqvist och Ståhl. Även denna artikels innehåll har viss generell relevans för outsourcing, framför allt avseende leverantörens övertagande av den verksamhetsfunktion som outsourcas, och används därför också i denna framställning. På grund av att den doktrin som finns att tillgå i första hand gäller outsourcing av IT avser den exemplifiering av olika företeelser som görs i framställningen många gånger just hur det fungerar vid outsourcing av IT. I de flesta fallen fungerar dock dessa exempel för att belysa en generell poäng varför de likväl tjänar uppsatsens syfte. Såvida inte något annat anges bedöms innehållet i referenser till dessa verk gälla generellt för outsourcing. Boken *Outsourcing av IT-tjänster* av Augustson och Bergstedt Sten används i högst begränsad omfattning då den är något föråldrad och enbart i förbifarten tar upp avtalsmässiga aspekter av outsourcing.

Då outsourcing som affärsmodell är densamma utomlands som i Sverige kan även utländsk litteratur vara av intresse. Vid arbetet med denna framställning har jag haft tillgång till två amerikanska verk: *The Outsourcing Handbook* av Power, Desouza och Bonifazi samt *Business Process Outsourcing* av Halvey och Melby. Dessa verk tar emellertid också avstamp i

de praktiska och kommersiella aspekterna av outsourcing även om visst fokus ligger på avtalsregleringen. Böckerna ger hur som helst en inblick i vilka typiska problem som aktualiseras vid outsourcing samt hur dessa kan lösas varför de får anses vara relevanta för framställningens syfte.

Utöver berörd doktrin bygger diskussionen av avtalsregleringen också på rimlighets- och ändamålsresonemang utifrån de mål som parterna vill uppnå vid en outsourcingaffär. I framställningens första kapitel behandlas därför, som nämnts, de kommersiella orsaker som driver en outsourcingaffär samt hur den normalt är uppbyggd vilket sedan ligger till grund för diskussionen av hur outsourcingavtal bör utformas.

Vidare bygger framställningen även på studier av avtal som använts vid faktiska outsourcingaffärer. Inom ramen för min uppsatspraktik på Wistrand Advokatbyrå i Stockholm har jag nämligen fått tillgång till avtalen i vissa av de outsourcingaffärer byrån biträtt de senaste åren. Jag har också fått delta i ärenden rörande outsourcing vilket innefattat korrekturläsning av outsourcingavtal, närvaro vid avtalsförhandlingar samt mer praktiskt arbete vid avvecklandet av en outsourcingaffär. Detta har gjort att jag, om än i högst begränsad omfattning, fått ett hum om hur man inom praktiken kan lösa vissa frågor vid outsourcing vilket i vissa fall inverkat på framställningens innehåll.

Dessa typer av överväganden är emellertid något besvärliga i rättsvetenskapligt hänseende – de går inte att referera till. Uppsatsen innehåller därför uttalanden, baserade på antaganden, om hur man normalt kan tänkas göra i avtalsregleringen, vilka inte stöds av någon hänvisning till en källa. Uttalandena gäller dock inte förhållanden av materiellrättslig karaktär och uppsatsen gör i dessa fall heller inte anspråk på att göra uttalanden av traditionell rättsvetenskaplig dignitet. Läsaren uppmuntras istället att ta dessa uttalanden för vad de är – uttalanden baserade på sunt förnuft eller återkommande bruk i frågor som inte är strikt rättsvetenskapliga men likväl relevanta för uppsatsens syfte och rättsvetenskapliga strävan, nämligen att rekonstruera outsourcingavtal och dess bakomliggande överväganden.

Trots att outsourcingavtal främst är beroende av kommersiella och praktiska överväganden ingås de i en civilrättslig kontext. Ämnet omgärdas av den dispositiva civilrätten vilken parterna, precis som vid andra typer av transaktioner, avviker från genom att ingå avtal med ett visst innehåll. När det i kapitel 3 utreds vilka lagregler som kan vara tillämpliga på avtalsförhållandet vid outsourcing används därför rättsvetenskapliga källor på sedvanligt vis.⁵ Detsamma gäller vid behandlingen av de särskilda rättsområden, exempelvis

⁵ Se Jareborg, Rättsdogmatik som vetenskap, SvJT 2004 s. 1 ff. för en diskussion om vad som menas med rättsdogmatisk metod och hur den förhåller sig till vad som kan betraktas som vetenskap.

arbetsrätt och upphovsrätt, som man i avtalsregleringen av en outsourcingaffär måste eller bör hantera.

1.4 Terminologi

För enkelhetens skull kan några av de termer och begrepp som återkommande används i uppsatsen förklaras i förväg.

Ordet *outsourcing* är ursprungligen ett låneord från engelskan. Det saknar en etablerad svensk översättning. Av de översättningar som i och för sig nog är korrekta med ändå inte används i någon större omfattning inom näringslivet kan *utkontraktering* och *lägga ut på entreprenad* nämnas. Ordet *outsourcing* används därför konsekvent genom hela uppsatsen – både som substantiv och verb.

Med *outsourcingföremål* eller *outsourcingobjekt* menas den verksamhetsfunktion som outsourcas i den specifika affären. Om ett företag väljer att outsourca sin IT-verksamhet är det följaktligen IT som är outsourcingobjekt.

Något kan också sägas om hur de två parterna vid en outsourcingaffär benämns. I denna framställning används beteckningarna *kund* respektive *leverantör*. Kunden är den som genom att överlåta en verksamhetsgren för att sedan köpa in samma tjänst begagnar sig av outsourcing. Leverantören är den som övertar verksamhetsgrenen för att sedan leverera en tjänst. I samband med diskussionen av verksamhetsövergången förekommer även att parterna benämns som *säljare* respektive *köpare*. Säljaren är i dessa fall kunden, som överlåter verksamheten, medan köparen är leverantören, som förvärvar verksamheten.

Ett återkommande uttryck i diskussionen av avtalsregleringen är att något är en *kommersiell fråga*. Med detta menas när en fråga om hur avtalsregleringen bör se ut är beroende av överväganden som inte har med upplägget för parternas avtalsrelation att göra. Ett tydligt exempel på en kommersiell fråga är vilket pris parterna kommer överens om. Priset är nämligen primärt inte beroende av hur parternas avtalsrelation utformas. Avgörande är snarare ekonomiska eller organisatoriska faktorer såsom exempelvis vilken konkurrenssituation som föreligger, vilken vinstmarginal part eftersträvar eller dylikt.

Slutligen kan distinktionen mellan *parternas huvudförpliktelser* och *biförpliktelser* i avtalet beröras.⁶ Med parternas huvudförpliktelser menas de åtaganden som gäller verksamhetsövergång och tjänsteleverans. Vid verksamhetsövergången är det kundens

⁶ Se Hellner–Hager–Persson, Speciell avtalsrätt II Kontraktsrätt 2 häftet. Allmänna ämnen s. 31 f. eller Munukka, Kontraktuell lojalitetsplikt s. 139 angående denna terminologi.

förpliktelse att leverera den verksamhetsfunktion som ska övergå och leverantörens förpliktelse att betala. Vid tjänsteleveransen är det leverantörens förpliktelse att tillhandahålla tjänsten och kundens förpliktelse att betala. Biförpliktelsena i avtalsregleringen är de resterande åtagandena varav parternas åtaganden i förhållande till ansvarsövertagandet, parternas åtaganden att utföra sina förpliktelser i enlighet med tillämpliga lagregler samt parternas åtaganden vid avslutandet av avtalsrelationen kan nämnas som exempel.

2 En outsourcingaffärs uppbyggnad

2.1 Närmare om vad som menas med outsourcing

Outsourcing kan, som nämnts i inledningen, förstås som ett affärsupplägg där en verksamhetsfunktion förs över till en extern part som sedan framställer och levererar tjänsten, som tidigare framstälts internt, tillbaka till företaget. Outsourcing är emellertid inte ett helt enhetligt begrepp.⁷ Vilken betydelse som läggs i begreppet är i viss mån beroende av sammanhanget. Genom att se till funktionen med outsourcing, och inte blint se till vilka exakta moment som ingår, är målet icke desto mindre att presentera en definition som förmår inrymma de olika betydelser som läggs i begreppet.

Ett beslut om att begagna sig av outsourcing eller inte kan sägas vara ett beslut om att antingen själv lägga tid och resurser för att skapa en tillgång, produkt eller tjänst eller istället köpa in den från en extern part. Ifall beslutet innebär att en för företaget ny funktion köps in från en extern part rör det sig emellertid inte om outsourcing utan snarare om köp av en konsulttjänst. Det är när beslutet innebär att en extern part tar över en *tidigare intern* angelägenhet outsourcing kan föreligga.

En outsourcingaffär medför ofta att tillgångar överförs från kunden till leverantören. Det kan röra sig om personal eller andra resurser som maskiner, datorprogram, avtal till tredje man, immateriella rättigheter osv. vilka kunden tidigare begagnat sig av för att framställa outsourcingtjänsten internt. Omfattningen av de tillgångar som överförs varierar stort från affär till affär, mycket beroende på outsourcingobjektet. Vid exempelvis outsourcing av IT kan tillgångar i form av datorer och programlicenser ha ett mycket stort värde. Däremot är det vid outsourcing av städning eller telefonservice inte troligt att lika väsentliga tillgångar byter ägare. Likväl rör det sig om en affär där *ansvaret* för att framställa och leverera en tjänst flyttas ut från den interna verksamheten till en extern part. Man bör alltså inte vid frågan om outsourcing föreligger stirra sig blind på huruvida tillgångar överförs utan istället se till huruvida affären innebär att ansvar för en viss funktion flyttas ut ur den egna organisationen.

Den generella innebörd av begreppet outsourcing som förespråkas i denna framställning är alltså när *ansvaret* för att tillhandahålla en viss funktion som *tidigare skötts internt* överförs till en extern part.

⁷ Jfr Augustson–Bergstedt Sten s. 13 ff.

2.2 Olika typer av outsourcing

Det exakta upplägget för varje outsourcingaffär varierar beroende på vilken slags funktion det är som outsourcas. Som nämnts i inledningen finns det idag en rad olika funktioner som outsourcas i betydande utsträckning. Bland dessa kan IT, bokföring, löne- och personaladministration, lagerhållning, logistik, säkerhet, städning och produktion nämnas som exempel.⁸ Det som dessa verksamhetsfunktioner har gemensamt är att de ofta ligger utanför företags kärnverksamhet men likväl kan kräva specialistkompetens eller stora resurser för att vara konkurrenskraftiga varför de lämpar sig som outsourcingobjekt.

Denna uppsats handlar som nämnts ovan inte om någon speciell typ av outsourcing. Istället behandlas de aspekter av outsourcing som gör sig gällande oavsett outsourcingobjekt – en generisk outsourcingaffär. Med det sagt kan det likväl uppmärksammas att outsourcing av produktion kan vara väldigt annorlunda från outsourcingaffärer där kunskap och information är det centrala. Vid outsourcing av exempelvis varutillverkning behöver nämligen bara information flöda åt ett håll. Kunskap om tillverkningsprocessen som specifikationer om design, kvalitet och metod överförs ofta enbart från kunden till leverantören som bara behöver följa anvisningarna. Parterna är inte i någon större utsträckning beroende av varandra för att kunna utföra sina åtaganden varför deras kontraktuella relation inte behöver bli speciellt komplicerad. Vid outsourcing av tjänster som är mer integrerade i kundens övriga verksamhet ställs däremot större krav på båda parter samverka för att affären ska bli lyckad. Kunden kanske överför unik information till leverantören som denne sedan måste anpassa sin verksamhet utifrån för att kunna leverera den efterfrågade tjänsten. Detta gör denna typ av outsourcing mer utmanande.

2.2.1 Offshore outsourcing

Något kort bör också sägas om *offshore outsourcing* eller *offshoring* som det också kallas.⁹ Med detta förstås normalt den situation som föreligger när outsourcing sker till ett annat land där lönenivåerna är lägre. Ett exempel på detta är Indien som är en vanlig offshoredestination vad det gäller IT-outsourcing. Andra vanliga offshoreländer är Kina, Thailand, Vietnam och Malaysia. För europeiska storföretag är det också förekommande att offshore outsourcing sker till länder i Östeuropa som exempelvis Tjeckien, Polen,

⁸ Augustson–Bergstedt Sten s. 23 ff.

⁹ Power–Desouza–Bonifazi, *The Outsourcing Handbook* s. 10 f.

Ungern samt baltländerna. En bidragande orsak till detta är att dessa länders medlemskap i EU underlättar vissa legala frågor som exempelvis hanteringen av personuppgifter. Det kan generellt sägas att riskerna med offshore outsourcing ofta ökar ju längre bort destinationen ligger eftersom kontrollmöjligheten normalt då minskar på grund av exempelvis tidskillnad samt kulturella och språkliga skillnader. Bland de kulturella skillnaderna kan korruption nämnas som ett särskilt stort riskmoment.¹⁰ Vidare kan det medföra ökad risk att vara utspridd i olika länder då man kan bli beroende av de olika ländernas förmåga att erkänna och verkställa utländska domstolsavgöranden.

Rent avtalsrättsligt är konstruktionen vid offshore outsourcing i princip densamma som vid nationell outsourcing. Till detta tillkommer eventuella nationella rättsregler i offshore-landet vilka måste beaktas. De frågor som uppstår på grund av detta gäller dock inte själva outsourcingförhållandet och kommer därför inte behandlas ytterligare i framställningen.

2.3 Anledningar till outsourcing

Outsourcing syftar i stort till att effektivisera en näringsverksamhet. Det finns nämligen kommersiella fördelar att vinna på att överlåta ansvaret för funktioner som inte hör till kärnverksamheten till en extern part om denna kan göra det bättre, snabbare eller billigare. De närmare anledningarna till att begagna sig av outsourcing varierar från fall till fall. Olika anledningar gör sig sällan heller ensamt gällande utan överlappar ofta istället. Skälen bakom outsourcing kan icke desto mindre delas i två huvudkategorier: ekonomiska och strategiska orsaker.¹¹

Outsourcing motiverat av rent ekonomiska skäl är knappast ovanligt. Typfallet är när produktion av varor flyttats till länder där arbetskraften är billigare, exempelvis till länder i Asien. Det ekonomiska incitament som driver affären är sänkta kostnader. Det är dock inte bara vid outsourcing av produktion som kostnadsbesparingar är den drivande faktorn. Även vid outsourcing av mer komplexa funktioner kan affären motiveras av att en extern part på ett mer kostnadseffektivt sätt kan tillhandahålla samma tjänst. Detta är ofta fallet om leverantören kan ta fram tjänsten med hjälp av de processer som denne normalt

¹⁰ Se Drewert, Utvidgat företagsansvar för att förebygga korruption?, JP 2012 s. 177 ff. om den ökade internationella medvetenheten om korruption.

¹¹ Indelningen kommer ifrån Power–Desouza–Bonifazi s. 5.

tillämpar. För att nå en eftersträvad kostnadsminskning kan det vid utformandet av den tjänst som ska levereras därför vara förnuftigt att fokusera på standardiserade tjänster.

Själva outsourcingmodellen kan också föra med sig ekonomiska fördelar. Genom att gå från fasta till rörliga kostnader kan kunden minska sina kostnader. Detta kan exempelvis uppnås genom att direkta kostnader för personal, lokaler, hårdvara osv. överflyttas till leverantören. Genom outsourcingmodellen kan en mer rörlig och flexibel prismodell utnyttjas som låter kunden i större utsträckning betala utifrån den faktiska användningen av tjänsten. Vidare kan kunden genom att överlåta ansvaret till en extern part undvika de stora investeringar som en viss verksamhetsfunktion kan kräva.

Även om ekonomiska överväganden i någon mån förmodligen ligger bakom varje outsourcingaffär kan även strategiska orsaker spela in i beslutsprocessen. Outsourcing kan initieras när ett företag inser att det inte har tillräckliga resurser för att fortsätta utföra en viss funktion internt på ett tillräckligt konkurrenskraftigt sätt. Det kan exempelvis röra sig om ett behov av specialistkompetens som inte finns inom den interna organisationen. Det kan också röra sig om att tillgång till en mer effektiv teknik krävs för framställandet av den aktuella tjänsten eller funktionen. Kanske har leverantören tillgång till ett visst patent eller en viss mjukvara vilket gör att de kan leverera en bättre tjänst. Den gemensamma nämnaren är att det framstår som ett bättre alternativ att låta någon annan utföra den specifika funktionen. Om det dessutom är så att leverantören inte bara kan leverera en bättre tjänst utan även kan göra det billigare talar självklart mycket för att välja outsourcing. Ett exempel på detta är den redan nämnda indiska marknaden dit globala storföretag outsourcar sin IT-verksamhet eftersom högutbildad arbetskraft kan erhållas till ett lågt pris.

Den kanske mest utpräglade strategiska orsaken till varför företag begagnar sig av outsourcing är att man vill fokusera på kärnverksamheten. En stor fördel med outsourcing är nämligen att den direkta beslutanderätten för arbetet ska bedrivas, inom verksamhetsfunktion som outsourcas, följer med vid överförandet. För kunden räcker det med att specificera en viss tjänst som leverantören ansvarar för att tillhandahålla. Kunden behöver därigenom inte lägga tid och resurser på att fatta beslut för funktionen i fråga och kan istället fokusera på den egna kärnverksamheten. Detsamma gäller för leverantören eftersom dennes verksamhet bygger på att framställa just den efterfrågade typen av tjänster. En bra outsourcingaffär låter alltså båda parter göra vad de är bäst på.

2.4 En outsourcingaffärs livscykel

I detta avsnitt beskrivs i grova drag en generisk outsourcingaffär från början till slut. Det är långt ifrån en uttömmande beskrivning då alla affärer har sina särdrag. Det finns dock vissa gemensamma nämnare som kan antas återkomma vid i princip varje outsourcingaffär vilka därför kan beskrivas i generella ordalag. Kännedom om hur ett outsourcingprojekt normalt förbereds och genomförs är också nödvändigt för att kunna förstå de krav som ställs på outsourcingavtalet.

För att tydligt åskådliggöra outsourcingaffärens upplägg kan dess livscykel schematiskt delas in i fyra steg:

1. initieringsfas,
2. övergångsfas,
3. leveransfas och
4. exitfas.¹²

Dessa fyra steg kommer i det följande att behandlas var för sig. Det kan i förväg framhållas att det är inom den första fasen som outsourcingaffären planeras och regleras. Det är med andra ord primärt de tre senare faserna som är föremål för avtalsreglering. Dessa faser behandlas mer uttömmande i samband med diskussionen av hur de regleras i avtalet.¹³ I detta kapitel behandlas de därför bara översiktligt medan större fokus ligger på initieringsfasen.

2.4.1 Initieringsfas

Initieringsfasen kan ses som den enskilt viktigaste fasen. Det är nämligen där hela grunden för affären läggs. Planer för hur hela projektet från början till slut ska genomföras måste här definieras. Affärsupplägg, tidsplan, budget samt vilken tjänst som ska levereras är bara några exempel på frågor som parterna måste komma överens om. Allt detta måste dessutom på ett fungerande vis regleras i ett avtal. Om det nödvändiga arbetet under initieringsfasen inte genomförs är risken stor att de övriga faserna inte kommer att fungera, vilket i sin tur sannolikt resulterar i att parternas kommersiella mål med affären inte realiseras. För att understryka: de tre andra faserna, dvs. hela affären, är helt beroende av de förutsättningar som parterna skapar under initieringsfasen.

¹² Indelningen är hämtad från Axelsson, Outsourcing – en avtalsmässig utmaning, <http://www.infotorgjuridik.se/premium/civilratt/itratt/article91454.ece>, där publicerad 2007-04-19 (2013-01-07).

¹³ Se kap. 4.

Initieringsfasen kan i sin tur delas in i två faser. Den första fasen, beslutprocessen, avser de interna moment som bör gås igenom innan beslut fattas om att begagna sig av outsourcing. Den andra fasen, avtalsprocessen, avser den externa kontakt som kunden bör ha med leverantören innan avtal ingås.

2.4.1.1 Beslutsprocess

Initieringsfasen kan lämpligen inledas med att kunden analyserar sina behov.¹⁴ Syftet med behovsanalysen är att undersöka vilka krav verksamheten ställer på den funktion som eventuellt ska outsourcas.¹⁵ Standard, kvalitet, volym och pris är exempel på aspekter som bör utredas. Om dessa frågor inte är tydligt utredda är risken att kunden inte kommer erhålla den tjänst man behöver eller betala för en tjänst man inte behöver. I båda fall skulle kundens syfte med affären motverkas, nämligen att effektivisera verksamheten.

Behovsanalysen kan följas av en nulägesanalys.¹⁶ Denna analys tar, som namnet skvallrar om, sikte på att identifiera nivån på den interna leveransen av det presumtiva outsourcingobjektet, den s.k. ”*as-is*-nivån”.¹⁷ Detta görs bland annat för att ge underlag till tjänstebeskrivning och servicenivåer i outsourcingavtalet.¹⁸ Även fast det kanske inte är exakt samma tjänst som ska levereras underlättas arbetet med tjänstebeskrivning och servicenivåer om kunden har en klar uppfattning om vad man själv producerat och med vilka medel. Därutöver behövs kunskap om den interna kostnaden för att producera tjänsten för att veta vilken slutkostnad man måste hamna under för att få till stånd en kostnadssänkning. Även för leverantören gynnas av att veta vilken nivå den interna tjänsteleveransen legat på. Risken är annars att denne åtar sig att leverera en tjänst i en kvalitet eller kvantitet som är orealistisk, trots eventuella stordriftsfördelar eller specialistkompetens. Sammanfattningsvis kan det alltså antas öka chanserna för en lyckad outsourcingaffär att såväl kund som presumtiv leverantör har god insikt i vad som producerats av kunden, med vilka medel och till vilket pris.

Utifrån resultaten av nämnda analyser, samt övriga nödvändiga interna beslutsprocesser, kan ett beslut fattas om det finns tillräckligt starka incitament för att

¹⁴ Lindberg–Kahn–Krouthén, IT-avtal – Särskilt om outsourcing s. 18 ff.

¹⁵ Power–Desouza–Bonifazi s. 81 f.

¹⁶ Lindberg–Kahn–Krouthén s. 18 ff.

¹⁷ Lindberg–Kahn–Krouthén s. 20.

¹⁸ Dessa avtalskonstruktioner behandlas i avsnitt 4.5.

begagna sig av outsourcing.¹⁹ I sådana fall kan initieringsfasen fortsätta med att processen för att ingå ett slutgiltigt outsourcingavtal inleds.

2.4.1.2 Avtalsprocess

De moment som normalt sett måste gås igenom under avtalsprocessen är upphandling, val av leverantör, förhandling och avtalskrivning. Dessa frågor påverkar det outsourcingavtal som ingås och därmed, med stor sannolikhet, även hur affären spelar ut. Det finns därför en mening i att i korta drag gå igenom de viktigaste momenten.

Avtalsprocessen inleds med att den presumtiva kunden genomför någon form av upphandling som mynnar ut i ett val av leverantör. Ett första steg i denna process är ofta att kunden skickar en anbudsbegäran till tänkbara leverantörer.²⁰ Vid utformandet av anbudsfrågan bör det beaktas att den i stor utsträckning kommer att ligga till grund för de anbud som mottas och därigenom också det avtal som ingås mellan parterna.²¹ Det är därför viktigt att kunden tar hänsyn till vad som framkommit vid främst behovsanalysen och redan i detta skede tydligt stipulerar vilken slags tjänst som efterfrågas. Om detta inte görs måste avtalsprocessen startas om i samband med avtalsförhandlingen vilket kan få flera negativa konsekvenser för kunden. Exempelvis kan leverantören ges anledning att kräva mer i ersättning om det blir ändringar avseende tjänstebeskrivning eller servicenivåer. Vidare kan kunden vid avtalsförhandlingen ha bundit sig till en leverantör varför någon konkurrenssituation inte längre föreligger. Utgångspunkten bör därför vara att i anbudsfrågan beröra alla de centrala beståndsdelarna av det framtida avtalet varav just nämnda tjänstebeskrivning och servicenivåer i förening med prisregleringen kan betraktas som de enskilt viktigaste.²² För att ge leverantören möjlighet att leverera den standardtjänst som kostar minst att tillhandahålla bör det dock samtidigt lämnas ett utrymme för en viss förändring och anpassning av tjänsten som efterfrågas.

I något skede av processen kan potentiella leverantörer beredas möjlighet att utföra en *due diligence-granskning*, på den verksamhet hos kunden som ska outsourcingas.²³ Syftet med denna är i ett verksamhetsmässigt perspektiv att leverantören ska kunna genomlysna den

¹⁹ För en mer uttömmande genomgång av vilka interna processer en presumtiv outsourcingkund kan företa, se Halvey–Melby, *Business Process Outsourcing* s. 17–80.

²⁰ Halvey–Melby, s. 33 f och Lindberg–Kahn–Krouthén s. 25 f.

²¹ Augustson–Bergstedt Sten s. 136 f.

²² Se Lindberg–Kahn–Krouthén s. 26 ff. alternativt Augustson–Bergstedt Sten s. 129 ff. för en genomgång av vad anbudsbegäran i övrigt kan innehålla.

²³ Detta begrepp behandlas ytterligare i avsnitt 4.3.3.

verksamhet som ska tas över för att på ett mer tillförlitligt sätt kunna bedöma vilken tjänsteleverans som är rimlig och vad som är ett korrekt pris.

Vid större outsourcingprojekt kan förfarandet med anbudsbegäran ersättas med en s.k. *controlled auction* vilket innebär att ett antal utvalda eventuella leverantörer inbjuds att lägga ett indikativt bud på verksamhetsfunktion som ska outsourcas.²⁴ De budgivare med bäst bud erbjuds sedan möjlighet att göra en due diligence varefter ett slutligt bud läggs som kunden tar ställning till. Det som särskiljer detta förfaringssätt från proceduren vid ett vanligt företagsförvärv eller en inkråmsöverlåtelse är att säljaren inte bara är intresserad av att sälja verksamheten till den högstbjudande. Den som köper verksamheten är ju också den som ska ansvara för tjänsteleveransen. Vid övervägandet av anbuden bör därför säljaren kontrollera köparens ställning, kompetens och erfarenhet avseende aktuell tjänsteleverans. Detta kan exempelvis ske genom att granska information om tidigare genomförda affärer, referenser och allmän information om leverantören. Då förfarandet med anbudsbegäran, på ett mer naturligt sätt, låter kunden bedöma leverantörens lämplighet i förhållande till både verksamhetsövergången och tjänsteleveransen, anser jag emellertid denna metod vara bättre än en *controlled auction*.

Om den outsourcingparten tillhör den statliga eller kommunala förvaltningen kommer upphandlingsmomentet att genomföras i enlighet med lagen (1992:1528) om offentlig upphandling. För vägledning i hur de olika förfarandena enligt denna lag går till hänvisas till doktrinen på området.²⁵ För denna framställnings ändamål räcker det med att framhålla att förfarandet under lagen om offentlig upphandling ofta är mer stelbent och har mindre utrymme för förhandlingar jämfört med ett privat upphandlingsförfarande. Detta ställer krav på framför allt leverantören som kan tvingas bära stora kostnader utan några garantier om vinst av upphandlingen. I slutändan kommer dock den utvalde leverantörens upphandlingskostnader att slås ut på priset för tjänsteleveransen och därigenom flyttas över på kunden. Båda parter bör därför hålla ögonen på upphandlingskostnaden så den inte blir oproportionerligt stor i förhållande till kontraktsvärdet.

Oberoende av hur kunden och leverantören närmar sig varandra går processen vidare med att kunden väljer en eller fåtal potentiella leverantörer som man inleder avtalsförhandlingar med. I samband med dessa kan parterna avge någon form av avsiktsförklaring. Det förekommer olika beteckningar på denna typ av rättshandling varav *letter of intent* kanske bäst speglar dess innebörd, nämligen en avsikt att ingå avtal med vissa öppet formulerade villkor. Syftet bakom avsiktsförklaringen är att parterna ska kunna

²⁴ Lindqvist-Ståhl, Outsourcing av IT-tjänster ur ett övertagandeperspektiv, JT 2003/04 s. 546 ff.

²⁵ Se exempelvis Pedersen, Upphandlingens grunder.

förhandla utan rädsla för att den andre parten drar sig ur. Någon allmänt etablerad uppfattning om dessa handlingars rättsliga innebörd föreligger emellertid inte.²⁶

Initieringsprocessen avslutas med att parterna ingår det slutliga och bindande outsourcingavtalet.²⁷ Förhoppningsvis har i avtalet tillräckliga förutsättningar för en lyckad outsourcingaffär för båda parter nu skapats. Arbetet med outsourcingen är dock inte över. Vid sidan av bägge parterers huvudförpliktelser enligt avtalet kvarstår flera moment för att affären ska fungera tillfredsställande.

2.4.2 Övergångsfas

Det andra steget i outsourcingcykeln är övergångsfasen där överlåtelsen av outsourcingobjektet från kunden till leverantören genomförs. Vad som ingår i outsourcingobjektet varierar från fall till fall. Det kan exempelvis röra sig om personal, dokumentation, mjukvara, patent, licensavtal samt lös (och undantagsvis fast) egendom i form av utrustning, redskap, maskiner och dylikt. Övergången kan genomföras genom antingen en inkråmsöverlåtelse eller en överlåtelse av aktierna till ett bolag där verksamheten ingår.²⁸ Undantagsvis kan även parterna ingå ett s.k. *joint venture*, vilket går ut på att den outsourcade verksamhetsfunktionen placeras i ett bolag som leverantören bara köper en del av aktierna i och som således blir samägt av parterna. En central del av övergångsfasen är att ansvaret för tjänsteleveransen går över från kunden till leverantören, s.k. *transition*.²⁹

2.4.3 Leveransfas

Den tredje fasen i outsourcingcykeln får betraktas som affärens huvudmoment. De avtalsmässiga konstruktionerna behandlas utförligt i avsnitt 4.5 och 4.6. Här kommer istället vissa anmärkningar avseende de praktiska momenten av tjänsteleveransen vilka är nödvändiga för att outsourcingförhållandet ska fungera.

Under den tidsperiod som outsourcingförhållandet mellan parterna pågår kan, med stor sannolikhet, såväl kundens verksamhet som dennes behov att förändras. Det är därför angeläget att avtalsregleringen medger ett visst mått av flexibilitet avseende vilken tjänst

²⁶ Se NJA 1990 s. 745 där HD framhåller att letter of intent inte i sig betraktas som bindande men likväl kan innehålla klausuler som är avsedda att vara förpliktande för parterna. Se vidare Adlercreutz–Gorton, Avtalsrätt I s. 122 ff.

²⁷ Outsourcingavtalets innehåll och olika beståndsdelar behandlas i kapitel 4.

²⁸ Verksamhetsövergången behandlas i avsnitt 4.3.

²⁹ Termen transition förklaras i avsnitt 4.4 där regleringen av leverantörens ansvarsövertagande behandlas.

som ska tillhandahållas. Vid sidan av själva avtalsregleringen bör också parterna vara flexibelt inställda till sitt utbyte med varandra. Detta kräver framför allt god kommunikation mellan parterna samt förståelse för motpartens incitament i affären. Båda parter måste även i detta skede vara redo att vikta sina egna mål mot motpartens.

En beaktansvärd aspekt, nära förknippad med behovet av flexibilitet, är att kunden inte eftersätter sin beställarfunktion.³⁰ Tvärtom är det viktigt att kunden, trots att det direkta ansvaret för tjänsteleveransen överförs, behåller ett visst mått av kontroll över outsourcingobjektet under hela leveransfasen. Risker är annars att kunden blir beroende av leverantören, vilket kan få flera negativa konsekvenser. Till att börja med blir det svårt för kunden att kontrollera huruvida den tjänst som levereras är marknadsmässig vad det gäller pris och kvalitet. Vidare kan ett för stort beroende av leverantören försämra kundens förhandlingsposition vilket kan få till följd att leverantören inte är lika tillmötesgående när kundens behov förändras med tiden. Även leverantören gynnas av en kompetent och självständig kund i det avseendet att det dagliga arbetet och kontakten mellan parterna förenklas.³¹ En fortsatt stark beställarfunktion kan därför i viss mån anses nödvändig för att behålla flexibiliteten i förhållandet. Slutligen kan kundens möjligheter att avsluta outsourcingförhållandet, för det fall leverantören inte presterar, kompliceras eftersom man själv inte längre är kapabel att självständigt köpa in den tjänst man behöver. För att undvika dessa olika scenarion bör kunden under hela leveransfasen hålla sig väl informerad om förhållandena kring outsourcingobjektet. Det är i det sammanhanget viktigt att kunden inte grundar sin kunskap på enbart information från leverantören utan även har tillgång till information som är oberoende av leverantören. I syfte att hålla sig underrättad kan även s.k. *benchmarking*, vilket är en mindre statistisk undersökning, förekomma.³²

2.4.4 Exitfas

Den sista fasen av outsourcingcykeln är när outsourcingrelationen mellan kund och leverantör ska avslutas. Detta kan tyckas vara avlägset när avtalet ingås. Förr eller senare kommer dock outsourcingförhållandet att upphöra och det finns i denna situation en rad frågor som bör ha reglerats i förväg för att framför allt kunden ska kunna gå vidare utan driftsproblem eller onödiga kostnader.

³⁰ Halvey–Melby s. 156.

³¹ Lindqvist–Ståhl s. 546 ff.

³² Denna konstruktion behandlas i avsnitt 4.5.3.1.

Avslutandet av en outsourcingaffär innebär att förutsättningar för en ny överflyttning av outsourcingobjektet måste skapas. Det vanligast borde rimligen vara att verksamheten överförs till en annan leverantör. Alternativt kan verksamheten föras tillbaka till kunden för intern drift. Att kundens behov med tiden förändrats så pass mycket att outsourcingobjektet inte längre behövs är självklart möjligt men nog osannolikt. Vid avtalets upphörande är kunden, i jämförelse med leverantören, ofta sårbar. Detta beror på att den funktion som outsourcats kan vara nödvändig för kundens verksamhet samtidigt som det saknas rutiner och kunskap om hur man ska gå vidare när en outsourcingrelation upphör. För leverantören kan den specifika outsourcingaffären däremot vara en av flera andra vilka tillsammans ingår i leverantörens kärnverksamhet varför avslutandet av just denna affär inte behöver vara av omedelbart avgörande betydelse.

För att en säker avveckling och överflyttning av verksamheten ska kunna genomföras är kunden beroende av att leverantörens åtagande att assistera vid denna process är tydligt bestämda. Leverantörens åtaganden består framför allt av att överföra resurser och information, som är nödvändiga för att tjänsten ska kunna fortsätta att framställas, till antingen kunden eller till dennes nya leverantör. Många av de frågor som varit nödvändiga vid den initiala verksamhetsövergången gör sig därför ännu en gång påmind. Däri kan även mer praktiska frågor ingå, som när egendom och andra tillgångar ska vara tillgängliga för överföring. Likaså frågor om i vilken utsträckning leverantören är skyldig att fortsätta leverera tjänsten under och efter det att det direkta ansvaret för tjänsteleveransen överförs.

2.5 Relationsorienterad kontraktsteori

En outsourcingaffär är avsedd att resultera i en mångårig avtalsrelation mellan parterna. Detta väcker frågor om hur pass viktig en god relation mellan parterna är för att få den gemensamma affären att fungera långsiktigt. Mot denna bakgrund är den relationsorienterade kontraktsteorin, skapad och utvecklad av amerikanen Ian Macneil, av intresse.³³ Enligt denna teori kan avtal kategoriseras utifrån vilken betydelse parternas relation i övrigt har för deras avtalsrelation. Avtal där parternas relation har liten betydelse för avtalets utfall kan sägas ha låg relationsfaktor medan avtal där parternas relation är av central betydelse för resultatet kan sägas ha hög relationsfaktor. Det har av Oliver Williamson anförts att det primärt är (1) nödvändigheten av *transaktionsspecifika*

³³ Se t.ex. Macneil, *The Relational Theory of Contract: Selected Works of Ian Macneil*.

*investeringar*³⁴, (2) graden av osäkerhet i transaktionen samt (3) frekvensen för hur ofta parterna handlar med varandra som är mest avgörande för relationsfaktorn.³⁵

I den ena änden av skalan där relationsfaktorn är låg kan avtal placeras där relationen mellan parterna har liten betydelse för uppnåendet av parternas kommersiella mål. Ett exempel på detta är aktiehandel på börsen där avtalsparterna inte har direkt kontakt med varandra eller ens vet vem den andra parten är. Parternas relation är därför irrelevant för avtalets genomförande och resultat. Detsamma gäller de flesta momentana avtal där parterna efter genomförande inte längre har några bindningar till varandra. I den andra änden av relationsskalan placeras avtal där en långsiktigt fungerande samverkan mellan parterna är nödvändig för att ändamålen bakom avtalet ska kunna realiseras – avtal med hög relationsfaktor. Outsourcing är uppenbarligen ett exempel på en avtalstyp med hög relationsfaktor. Behovet av transaktionsspecifika investeringar är högt i och med verksamhetsövergången samt de potentiellt höga förberedelsekostnaderna. Graden av osäkerhet är också hög eftersom affären är beroende av flera olika moment för att vara lyckad. Även frekvensen som parterna handlar med varandra är hög eftersom de inom ramen för tjänsteleveransen har ett kontinuerligt utbyte, i vissa fall dagligt.

Effekten av den höga relationsfaktorn vid outsourcingaffärer är att parterna inte bör nöja sig med att det finns ett omfattande avtal som reglerar parternas olika åtaganden samt de sanktioner som inträder om dessa inte respekteras. Affären kommer nämligen sannolikt inte att fungera tillfredsställande om inte avtalet speglar en välmående relation mellan parterna. För att skapa förutsättningar för en långsiktigt fungerande relation parterna emellan bör avtalsregleringen därför korrespondera med sociala normer.³⁶ Sociala normer kan beskrivas som de allmänt accepterade handlingsregler i samhället vilka normalt sett efterföljs varav de grundläggande kan avse likabehandling, reciprocitet, autonomi, lojalitet osv. Dessa sociala normer kommer nämligen påverka parternas uppfattning av affären och deras handlanden oberoende av vad avtalet stipulerar. Ett outsourcingavtal kan därför med fördel förankras i de sociala normerna kring *skälighet*.³⁷ Avtalet kommer därigenom att framstå som rättvist vilket får antas bidra till parternas vilja att göra det som krävs för att få affären att fungera. I diskussionen om outsourcingavtalets utformning i kapitel 4 kommer utgångspunkten därför vara hur avtalsregleringen kan se ut för att ge uttryck för vad som är

³⁴ Med transaktionsspecifika investeringar menas investeringar som företas enbart med anledning av den enskilda affären.

³⁵ Williamson, *The Economic Institutions of Capitalism* s. 52 ff.

³⁶ Frydinger, *Det affärsjuridiska hantverket – arbete inom avtalsfrihetens gränser*, JP 2012 s. 291 ff. Frydinger benämner den relationsorienterade kontraktsteorin som den ”relationella kontraktsteorin”.

³⁷ Frydinger s. 291 ff.

skäligt. Det kan dock framhållas att skälighet till stor del är beroende av kommersiella överväganden som exempelvis pris och omfattning av garantiåtaganden vilka inte behandlas i framställningen.

3 Outsourcing i en juridisk kontext

3.1 Inledning

Inom svensk rätt finns som bekant ingen särskild lagstiftning beträffande outsourcingavtal. Det finns heller ingen tradition, såsom inom entreprenadrätten, av standardavtal vilka i princip behandlas som lagtext.³⁸ Det finns i nuläget, mig veterligen, bara ett standardavtal med viss relevans för outsourcingförhållanden: IT-Drift, vilket är utgivet av branschorganisationen IT&Telekomföretagen. Avtalet innehåller villkor för leverans av IT-tjänster och har därför ingen generell relevans för outsourcing. Då avtalet är förhållandevis kortfattat och behöver kompletteras med en rad olika avtalsdokument passar det dessutom bara för mindre affärer som inte i någon större utsträckning innefattar övertagande av personal eller andra tillgångar.³⁹ Följaktligen används IT-Drift även inom i IT-sektorn endast i begränsad utsträckning och då mest för enklare drifttjänster.⁴⁰ Avtalet kommer av dessa anledningar inte att behandlas ytterligare i denna uppsats.

Parterna utformar istället själva den avtalsreglering som används i den specifika outsourcingaffären. Dessa avtal är ofta väldigt omfattande för att kunna inrymma den komplexitet som präglar outsourcing. Trots detta kan självklart situationer uppstå då outsourcingavtalet inte ger svar på en viss fråga varpå det kan bli aktuellt för en rättstillämpare att fylla ut det med dispositiv rätt. En diskussion om vilka lagar eller andra rättskällor som kan tillämpas, om inte direkt så i alla fall analogt, eller i övrigt kan vara relevanta är därför på sin plats. Som framgått är emellertid outsourcingavtal knappast en konventionell avtalsform. Istället innehåller avtalet olika inslag typiska för andra mer traditionella avtalstyper vilket medför att det inte är helt lätt att avgöra vilka olika lagar eller rättsprinciper som skulle kunna vara av relevans.

3.2 Outsourcingavtalet – en rättslig hybrid

En outsourcingaffär innehåller två olika huvudmoment vilka normalt hänför sig till två olika avtalstyper. Till att börja med rör det sig om en verksamhetsövergång i form av en aktie- eller inkråmsöverlåtelse. Denna typ av transaktion genomförs vanligtvis genom ett

³⁸ Se Hellner–Hager–Persson, Speciell avtalsrätt II Kontraktsrätt 1 häftet. Särskilda Avtal s. 135 f. om standardavtalens betydelse inom entreprenadrätten.

³⁹ Lindqvist–Ståhl s. 546 ff.

⁴⁰ Lindberg–Kahn–Krouthén s. 95.

köprättsligt förvärv. Verksamhetsövergången vid outsourcing, sett isolerad, skiljer sig heller inte nämnvärt från en vanlig aktie- eller inkråmsöverlåtelse. Verksamhetsövergången följs av tjänsteleverans. Köp av tjänst är dock inte lika omfattande reglerat inom det svenska rättssystemet som köp av lös egendom – det finns ingen allmän tjänstelag. Tjänste- samt uppdragsavtal har varken inom lagstiftningen eller inom doktrinen uppmärksammats lika mycket som avtal om köp av vara. I denna del av framställningen räcker det dock med att konstatera att köp av tjänst inte är samma sak som köp av lös egendom och att dessa företeelser i rättssystemets ögon, som utgångspunkt, inte regleras i samma slags avtal. Ett outsourcingavtal innehåller alltså moment som typiskt sett hör till två olika avtalstyper – det är ett *blandat avtal*.⁴¹ Frågan som aktualiseras är huruvida outsourcingavtalet på grund av att det innehåller moment hänförliga till olika avtalstyper samt reglerar två, i någon mån, fristående transaktioner därmed egentligen ska betraktas som två olika avtal.⁴² Frågan har betydelse för om ett eller två regelverk ska tillämpas.

Det kan till att börja med framhållas att det faktum att ett avtal består av flera avtalsdokument, exempelvis i form av anbud och accept eller i form av ett huvudavtal respektive bilagor, inte automatiskt skapar olika avtal. Detta hänger ihop med att det inte finns något allmänt formkrav vid ingående av avtal.⁴³ Inom svensk rätt betraktas eventuella skriftliga handlingar, vid konsensualavtal, endast som bevismedel för vad som avtalats.⁴⁴ Det faktiska avtalet består istället av parternas korresponderande viljeförklaringar (vilka i och för sig kan vara skriftliga).⁴⁵ Avgörande för om ett eller två avtal ska anses föreligga vid den normala outsourcingaffären är därmed vara om de olika förpliktelserna har tillräckligt nära samband för att anses vara del av samma viljeförklaring.

Generellt sett har verksamhetsöverlåtelsen och tjänsteleveransen i avtalsregleringen av en outsourcingaffär ett mycket nära förhållande – de allra flesta gånger så pass nära att de inte går att skilja ifrån varandra. Som framgått av diskussionen om den kommersiella kontexten till outsourcing är de åtaganden som kund respektive leverantör går med på i förhållande till verksamhetsöverlåtelsen nämligen beroende av deras respektive åtaganden i förhållande till tjänsteleveransen och vice versa. Ett exempel på detta är köpeskillingen avseende verksamhetsövergången som förhandlas utifrån vilken ersättning som kommer

⁴¹ Ramberg, J, Köplagen s. 151 f.

⁴² I IT-avtal – särskilt om outsourcing betraktar författarna Lindberg, Kahn och Krouthén på s. 93, utan att diskutera saken närmare, outsourcingavtal som två separata avtal.

⁴³ För vissa typer av avtal, se exempelvis JB 4:1 avseende köp av fast egendom, gäller som bekant dock formkrav varför transaktionsföremålet faktiskt har avgörande betydelse vid fråga om avtal, och i sådana fall hur många, föreligger.

⁴⁴ Adlercreutz–Gorton, Avtalsrätt II s. 57.

⁴⁵ Adlercreutz–Gorton, A.a. s. 57.

utgå för tjänsteleveransen. Vidare är de garantiåtaganden som leverantören iklär sig i fråga om tjänsteleveransen helt beroende av vilka garantier kunden ger för överlåtelseobjektet. Det rör sig alltså om ett ständigt växelspel där parternas olika förpliktelser för de olika momenten tillsammans bildar den kommersiella helhet utifrån vilken parterna väljer att ingå avtal utifrån. Verksamhetsöverlåtelsen och tjänsteleveransen är med andra ord villkorade av varandra. Slutsatsen är därmed att de ingår i samma viljeförklaring, varför ett outsourcingavtal utgörs av ett och samma avtal.⁴⁶

Kombination av verksamhetsövergång och tjänsteleverans ger alltså outsourcingavtalet en särprägel. Det kan dock i sammanhanget nämnas att en outsourcingaffär mycket väl kan vara uppbyggd på ett sådant sätt att de olika transaktionerna är från varandra helt fristående. Det är dessutom oavsett upplägg möjligt för parterna att utnyttja sin avtalsfrihet och bestämma huruvida deras relation ska regleras genom ett och samma avtal eller om de olika avtalen ska vara fristående från varandra.⁴⁷

3.3 Rättskällor

3.3.1 Köplagens tillämplighet på outsourcing

Den lag som förmodligen är av störst relevans för outsourcingavtal är köplagen (1990:931). Enligt 1 § köplagen är lagen tillämplig på köp av lös egendom varför lagen prima facie skulle kunna ha relevans för outsourcingavtal då dessa, som vi sett, innehåller antingen en aktie- eller en inkrämsöverlåtelse. Av 2 § 2 st. köplagen framgår emellertid att lagen inte gäller avtal där den som ska leverera en vara också utför en tjänst som utgör den övervägande delen av dennes förpliktelse. Ett outsourcingavtal är dock inte ett konventionellt avtal i den meningen att ena parten presterar i natura och den andra parten i pengar. Istället presterar båda parter i natura; kunden levererar en vara medan leverantören utför en tjänst. Utöver dessa naturaprestationer betalar även båda parter pengar för den andres naturaprestation.

Om man bortser från att 2 § 2 st. köplagen egentligen tar sikte på situationen när samma part som levererar en vara också utför en tjänst, dvs. när bara en part presterar i natura, kan bestämmelsen prövas utifrån båda parters naturaprestationer under ett

⁴⁶ I den fortsatta framställningen kommer dock, i syfte att knyta an till etablerat språkbruk, vissa av de olika avtalsdokumenten som normalt hör till ett outsourcingavtal att benämnas som olika avtal, exempelvis servicenivåavtal osv.

⁴⁷ Ramberg, J, a.a. s. 151 f.

outsourcingavtal. Frågan är då om tjänsteleveransen ska anses utgöra den övervägande delen av förpliktelseerna. Enligt förarbetena är vid denna bedömning en betydande faktor *värdet* på prestationerna samt även om en av prestationerna utgör det *viktigaste inslaget* i transaktionen.⁴⁸ Då tjänsteleveransen normalt pågår i många år kan det antas att dess värde överstiger värdet på de tillgångar som överförs. Tjänsteleveransen är dessutom det viktigaste inslaget i affären. Det är nämligen primärt genom den som båda parter erhåller ett ekonomiskt mervärde. Det är tjänsteleveransen som driver affären. Verksamhetsövergången är med andra ord accessorisk till tjänsteleveransen. Slutsatsen vid en tillämpning av 2 § 2 st. köplagen är därför att tjänsteleveransen utgör den övervägande delen av förpliktelseerna under avtalet varför köplagen inte kan vara tillämplig på avtalet i dess helhet.

Köplagen kan dock vara tillämplig i förhållande till den delen av avtalet som avser köp.⁴⁹ Ett blandat avtal kan nämligen under vissa förutsättningar vara att uppdelas i en köp- och en tjänstedel. Köplagen skulle i sådana fall kunna tillämpas enbart avseende verksamhetsöverlåtelsen. Detta kräver dock, för det första, som alltid vid en tillämpning av köplagen, att det faktiskt föreligger ett köpeavtal, vilket förutsätter en överlåtelse av *ägarerätt* för *lös egendom* mot vederlag i *pengar*.⁵⁰ Till att börja med kan det sägas att det normala vid outsourcing är att ägarerätten till den verksamhet överförs övergår till leverantören, men andra upplägg kan självklart förekomma. Vidare avser såväl en aktiesom en inkråmsöverlåtelse lös egendom.⁵¹ Slutligen är det inte något hinder att parterna som vederlag inte erlägger enbart pengar – ersättningen består som framhållits även av leverantörens framtida tjänsteleverans – eftersom köplagen enligt 1 § 2 st. i tillämpliga delar även gäller för byte. Formuleringen ”i tillämpliga delar” innebär att bestämmelserna avseende penningprestation inte ska tillämpas i förhållande till naturaprestationer.⁵² Applicerat på ett outsourcingförhållande skulle resultatet vara att köplagen är tillämplig beträffande båda parter förpliktelser avseende verksamhetsövergången.

För det andra krävs att det rör sig om två tillräckligt självständiga delar; bestämmelserna om verksamhetsövergången måste kunna skiljas från det övriga avtalet. De specifika bestämmelserna för verksamhetsövergången torde ofta vara samlade i ett separat avtalsdokument. Som redan framhållits kan de i vissa avseenden dock vara villkorade av andra bestämmelser i avtalet. Även om bestämmelserna om verksamhetsövergången kan

⁴⁸ Prop. 1988/89:76 s. 64.

⁴⁹ A. prop. s. 64 f. Se även Ramberg, J, a.a. s. 147.

⁵⁰ Hästad, Köprätt och annan kontraktsrätt s. 27.

⁵¹ Att aktier är lös egendom följer av JB 1:1 motsatsvis. Se även a. prop. s. 61.

⁵² Ramberg, J, a.a. s. 133 f.

särskiljas kan det därför vara olämpligt att tillämpa köplagen. I värsta fall skulle en tillämpning av köplagen i förhållande till enbart verksamhetsövergången innebära att den balans parterna kommit överens om och ingått avtalet utifrån omkullkastas. Risker är med andra ord att partsautonomin inte skulle respekteras. Dessutom har HD i NJA 2001 s. 138, med anledning av en fråga om uppdelning i en köp- och en tjänstedel, uttalat att viss försiktighet är påkallad, bland annat med hänsyn till de problem som kan uppstå beträffande fastställande av orsakssamband och beräkning av prisavdrag för ett fel.

Genomgången av köplagens tillämplighet visar alltså att köplagen kan vara tillämplig i förhållande till enbart verksamhetsövergången, förutsatt att dessa bestämmelser kan särskiljas, men att det likväl kan vara olämpligt att tillämpa köplagen då avtalsbestämmelserna kan plockas ur sitt sammanhang.

3.3.2 Lagreglering av köp av tjänst

Vad det gäller lagstiftning av relevans för tjänsteleveransen har det redan nämnts att tjänsteprestationer inom svensk rätt inte är underkastade någon specifik lagreglering. Det enda generella regelverk som skulle kunna vara direkt tillämpligt på kommersiella tjänster är de ålderdomliga reglerna i 18 kap. handelsbalken (1736:0123 2) om sysslomän. Då en syssloman enligt allmän definition är den som erhållit uppdrag att rättshandla för annan har reglerna emellertid ingen direkt relevans för outsourcing då uppdragstagarens syssla är att sköta en intern funktion och inte företräda huvudmannen, dvs. kunden, utåt.⁵³

I avsaknad av någon adekvat lagreglering för tjänsteköp har det inom rättsvetenskapen framhållits att vägledning kan sökas i analogier till köplagens regler och i begränsad utsträckning även i analogier till konsumenttjänstlagen (1990:932).⁵⁴ Det bör dock poängteras att detta knappast är något som kan göras per automatik. Eftersom köplagen är utformad utifrån köp av lös egendom vilket är en affär som normalt uppfylls momentant är det många regler som inte passar för köp av tjänst då detta är ett s.k. varaktigt avtal.⁵⁵ Vad det gäller konsumenttjänstlagen är den skriven med konsumentens skyddsbehov som utgångspunkt varför det kan vara olämpligt att tillämpa lagen på ett avtalsförhållande mellan två, åtminstone i teorin, jämställda näringsidkare. Dessa bevekelsegrunder visar att särskild försiktighet krävs innan analogier till köplagen och konsumenttjänstlagen görs i förhållande till tjänsteleveransen.

⁵³ Tiberg–Dotevall, *Mellanmansrätt* s. 26.

⁵⁴ Ramberg, J, *Allmän köprätt* s. 28 f.

⁵⁵ Se Hellner–Hager–Persson, *Speciell avtalsrätt II Kontraktsrätt* 2 häftet. Allmänna ämnen s. 25 f. för en genomgång av distinktionen mellan momentana och varaktiga avtal.

En bättre lösning kan istället vara att analogt tillämpa, alternativt hämta inspiration från, de tjänstetyper som regleras särskilt i lag, primärt kommissionslagen (2009:865) (KommL) och lagen (1991:351) om handelsagentur (HagL). För att vägledning ska kunna hämtas från någon av dessa lagar vid en tvist angående ett outsourcingavtal krävs dock att tvisten gäller en fråga som faktiskt regleras i lagen. Då själva tjänsten vid outsourcing är helt olik den som en kommissionär eller handelsagent utför torde det således primärt vara regler med anknytning till avtalets upphörande som kan vara intressanta. Det bör dock noteras att outsourcingförhållandet inte är ett huvudman-mellanman-förhållande. Dessa lagar utgår också från ett ojämnt partsförhållande eftersom både kommissionär och handelsagent normalt intar en svagare ställning än sin huvudman och således bör skyddas.⁵⁶ Slutsatsen blir därför att lämpligheten i att utfylla ett outsourcingavtal med utgångspunkt från dessa speciallagar starkt kan ifrågasättas.

3.3.3 Andra tangerande rättsområden

Vid sidan av de rättskällor som kan ha relevans för själva avtalsförhållandet vid outsourcing bör det även nämnas att en outsourcingaffär kan inkräkta på en rad särskilda rättsområden. Vilka dessa rättsområden är beror främst på outsourcingobjekt och kundens identitet. Exempelvis aktualiseras knappast personuppgiftslagen (1998:204) (PUL) om outsourcingobjektet är lagerhållning. Huruvida de arbetsrättsliga reglerna om anställningsskydd vid verksamhetsövergång aktualiseras eller inte är beroende av om affären innehåller en aktie- eller en inkrämsöverlåtelse. Vidare finns det offentlighetsrättsliga regelverk som leverantören kan behöva beakta om kunden är en del av statlig eller kommunal förvaltning. Till detta kommer de regulatoriska regelverk som gäller för viss verksamhet och på vissa marknader.⁵⁷ Dessa kan gälla frågor om tillståndsplikt, informationsplikt och särskilt ansvar. Vilka lagregler som måste respekteras kan därför påverka hur parterna lägger upp outsourcingaffären.

Som nämnts i inledningen är det inte denna framställnings syfte att i detalj behandla alla de rättsområden en outsourcingaffär kan tänga. Istället kommer de rättsområden som ofta aktualiseras oavsett outsourcingobjekt att diskuteras i den mån de behöver hanteras i outsourcingavtalet.

⁵⁶ Se prop. 2008/09:88 s. 21 ff. avseende kommissioners skyddsbehov och prop. 1990/91:63 s. 16 ff. avseende handelsagentens.

⁵⁷ Exempel på detta är de speciella regelverk som gäller för bank- och finanssektorn, vilka behandlas i avsnitt 4.2.5.

3.3.4 Sammanfattning

Det har i detta kapitel hittills visats att det i fråga om parternas huvudprestationer vid outsourcing, dvs. förpliktelserna att prestera antingen i natura eller i pengar vid verksamhetsövergång och tjänsteleverans, inte finns någon direkt tillämplig lag. Lämpligheten i att analogt tillämpa någon av de lagar som berörts på ett outsourcingförhållande kan också ifrågasättas. Därmed inte sagt att avtal om outsourcing ingås i ett rättsligt vakuum. Som nämnts i metodavsnittet handlar det istället snarare om ett hålrum då parternas avtalsrelation omgärdas av övrig dispositiv rätt – parterna avviker ju ifrån något genom att ingå avtal. Frågan som därmed uppstår är vad detta *något* har för innebörd i förhållande till outsourcingavtal?

Eftersom outsourcing, med i metodavsnittet nämnda undantag,⁵⁸ knappt behandlats inom doktrinen är denna fråga svår att besvara utan en omfattande utredning (vilket inte ingår i uppsatsens primära syfte). Även om det funnits en rikhaltig doktrin att tillgå skulle något allmängiltigt svar knappast kunnat ges. Svaret är nämligen beroende av i vilken specifik aspekt ett outsourcingavtal behöver fyllas ut samt vilken typ av outsourcing det rör sig om. Frågan kan därför inte besvaras generellt.

⁵⁸ Se avsnitt 1.3.

4 Outsourcingavtalet

4.1 Inledning och disposition

Överföring av ansvaret för en intern verksamhetsfunktion till en extern part är ett komplicerat projekt som kräver omfattande avtalsreglering. Som framgått består huvudförpliktelserna av parternas åtaganden avseende verksamhetsövergång och tjänsteleverans. För att affären ska fungera från start till mål krävs emellertid att en rad olika frågor hanteras i avtalet. De samlade avtalsdokumenten kan i vissa fall uppgå till hundratals sidor. Omfattningen kan dels bero på att den tjänst som outsourcas består av många olika element eller är tekniskt avancerad, vilket inte minst är fallet med IT. Omfattningen beror till stor del också på den speciella avtalsrelationen mellan kund och leverantör. Vid sidan av den reglering som gäller parternas olika förpliktelser enligt avtalet bör avtalsregleringen nämligen även ge uttryck åt mer svårfångade principer.

Som nämnts i diskussionen av den kommersiella kontexten behöver avtalet ge utrymme för *flexibilitet* avseende parternas prestationer; avtalet måste kunna förändras med tiden om parternas relation ska kunna bli långvarig. Vidare måste en *tydlig ansvarsfördelning* följa av avtalet. Är det oklart vem som ansvarar för vad är risken att nödvändiga beslut och åtgärder faller mellan stolarna. Avtalet måste därför vara klart, tydligt och preciserat angående respektive parts åtaganden. Samtidigt bör avtalet medföra att parterna ges *gemensamma incitament*. Om avtalsregleringen lämnar utrymme för ena parten att vinna fördelar på den andra partens bekostnad finns risken att detta förgiftar parternas relation. Målet bör istället vara att det alltid ska löna sig att agera utifrån parternas gemensamma intressen. Avtalet bör därvid, som diskuteras i avsnitt 2.5, korrespondera med sociala normer om *skälighet* för att framstå som balanserat. Ett outsourcingavtal måste alltså inrymma principer som vid en första anblick inte synes vara helt förenliga med varandra.

Avtalet bör samtidigt inte vara *för* omfattande. Det övergripande syftet med avtalet är att det ska reglera parternas förhållanden i affären. När en oklarhet uppstår ska parterna kunna hitta svar i avtalet. Om avtalet ska ha en handlingsdirigerande funktion måste det vara tillräckligt lättillgängligt för parterna. Ett avtal som parterna inte förstår fullt ut kommer inte att vara till hjälp, snarare tvärtom. För att parterna ska kunna tillämpa avtalet är det därför viktigt att det är begripligt, välstrukturerat och överskådligt.

I detta kapitel kommer de olika beståndsdelar som ett outsourcingavtal bör innehålla för att hantera dessa utmaningar att diskuteras i tur och ordning. Innan detta görs kan

emellertid dispositionen förklaras. Underrubrikerna till detta kapitel utgör nämligen, utifrån det upplägg för en outsourcingaffär som behandlats avsnitt 2.4, de beståndsdelar som jag anser att varje outsourcingavtal bör innehålla

Hur ett outsourcingavtal är uppbyggt skiljer sig självklart i viss mån från affär till affär. En studie av avtal från olika outsourcingaffärer visar dock att den övergripande strukturen ofta är densamma. Avtalsregleringen är nästan uteslutande uppbyggd utifrån en struktur med ett huvudavtal samt en rad olika kompletterande avtalsdokument eller bilagor som mer i detalj reglerar olika delar av affären. Huvudavtalet stipulerar affärens generella bestämmelser och utgör även en slags yttre ram för affären. Huvudavtalet kan ha ungefär samma upplägg oberoende av outsourcingobjekt. Kapitlet inleds sålunda i avsnitt 4.2 med en genomgång av vilka komponenter som behövs i huvudavtalet för att det ska kunna ligga som grund för den övriga regleringen.⁵⁹

Vilka övriga avtalsdokument eller bilagor som tas med i avtalsregleringen är i större utsträckning beroende av outsourcingföremålet. Icke desto mindre finns det återigen vissa komponenter som i regel är med i varje outsourcingaffär i någon form. Genom att återknyta till en outsourcingaffärs livscykel är de också enkla att i kronologisk ordning skilja ifrån varandra. Den faktiska affären inleds med att nödvändiga produktionstillgångar överläts från kunden till leverantören – regleringen av detta behandlas i avsnitt 4.3. Efter det att överlåtelsen ägt rum tar leverantören över ansvaret för produktionen av tjänsten – regler för ansvarsövertagande behandlas i 4.4. Efter ansvarsövertagande tillhandahåller leverantören den outsourcade tjänsten – i avsnitt 4.5 behandlas regleringen av tjänsteleveransen. Under avtalsperioden måste parterna kunna samarbeta samt eventuellt vara redo att ändra avtalsvillkoren – regleringen av detta behandlas i avsnitt 4.6. Det sista som händer är att avtalsrelationen mellan kund och leverantör avslutas – parternas förpliktelser vid avtalets upphörande behandlas i avsnitt 4.7. Genom att behandla dessa olika beståndsdelar täcker framställningen sålunda in de moment som måste regleras vid varje outsourcingaffär.

⁵⁹ Se Lindberg–Kahn–Krouthén s. 133 ff. för en mer detaljerad redogörelse för vilka komponenter som bör ingå i huvudavtalet.

4.2 Huvudavtal

4.2.1 Introducerande avtalsbestämmelser

Ett stående inslag i huvudavtalet är att affären och avtalsregleringen introduceras. På så vis kan en läsare som inte är bekant med affären få en bild av dess sammanhang. Det kan även finnas en poäng i att parterna kan förvissa sig att man har samma uppfattning av affärens sammanhang. Till att börja med anges vilka *avtalsparterna* är. Detta kan följas av att *bakgrunden* till affären samt parternas, framför allt kundens, *syfte och målsättningar* med outsourcingen förklaras. Om målet med affären exempelvis är att sänka driftskostnaderna bör detta framgå. Vid sidan av att det görs tydligt för motparten vad som är viktigt för kunden kan det bidra till att det blir enklare att fastställa den gemensamma partsviljan vid en eventuell tvist.⁶⁰ Det kan även tänkas att en uttrycklig bestämmelse ibland tas med enligt vilken avtalet i största möjliga utsträckning ska tolkas för ge effekt åt uppställda syften och målsättningar. Vidare brukar de *definitioner* som förekommer i avtalet finnas uppräknade, möjligen i en egen definitionsbilaga. Användning av bestämda definitioner i avtalsregleringen kan i och för sig sägas försvåra läsningen av avtalet eftersom avtalsbestämmelserna inte kan läsas självständigt. Om begreppen skulle definieras varje gång de används skulle emellertid avtalets omfattning inte bli hanterbar. Avtalsregleringens *upplägg och struktur* bör även förklaras i huvudavtalet. På så vis kan en läsare av avtalet enkelt förstå hur avtalet är uppbyggt vilket gör avtalet mer lättillgängligt. Introduktionen av avtalet kan även innehålla en *chronologisk beskrivning av affären*. Genom att i grova drag beskriva hur affären är tänkt att gå till underlättar man förståelsen för oinvidiga läsare som exempelvis skiljemän. För att ytterligare underlätta navigeringen i avtalet kan denna beskrivning även innehålla hänvisningar till var olika moment regleras i avtalet.

En fråga som inte heller på något vis är unik för outsourcingavtal men som likväl kan vara lämplig att beröra är vilken tolkningshierarki som ska gälla mellan de olika avtalsdokumenten. För det fall olika avtalsdokumentet motsäger varandra kan tvister undvikas om det i förväg bestämts vad som ska äga företräde. Å ena sidan kan det vara lämpligt att huvudavtalet ges företräde framför bilagorna eftersom det anger den yttre ramen för affären. Å andra sidan är det naturligt att bilagorna som innehåller mer specifika och detaljerade bestämmelser har företräde framför huvudavtalet. En mellanväg där dessa två modeller gäller i olika situationer kan även användas. Oavsett vilken modell parterna

⁶⁰ Adlercreutz–Gorton, a.a. s. 58, Lehrberg, Avtalsstolkning s. 43, Ramberg, J–Ramberg, C, Allmän avtalsrätt s. 131 f.

väljer bör detta komma till uttryck i avtalet för att minimera utrymmet för olika tolkningar. Vad det gäller motsägelser mellan bilagorna kan detta exempelvis lösas genom att dessa numreras och ges prioritet utifrån numreringen.⁶¹

4.2.2 Översiktlig reglering av huvudförpliktelser

Något som varierar i vilken utsträckning det regleras i huvudavtalet är parternas huvudförpliktelser i affären. Parternas huvudförpliktelser är deras respektive åtaganden i förhållande till verksamhetsövergången samt tjänsteleveransen. Antingen regleras dessa helt och hållet i specifika bilagor. Eller så regleras de översiktligt i huvudavtalet som sedan hänvisar till kompletterande detaljreglering i bilagorna. Fördelen med att reglera huvudförpliktelserna uteslutande i bilagorna är att regleringen blir samlad på ett ställe vilket får anses göra avtalet mindre komplicerat då olika delar av avtalet inte behöver läsas växelvis. Samtidigt kan det vara svårt att få överblick över prestationerna om det inte finns någon övergripande reglering av dessa. Det finns alltså för- och nackdelar med båda modellerna. Fördelen i att sätta förpliktelser, vilka är en del av en större helhet, i sitt sammanhang väger dock förmodligen över. Då det dessutom i avsnitt 3.1 konstaterats att parternas förpliktelser vid en outsourcingaffär bör betraktas som en sammanhängande helhet är det min uppfattning att parternas huvudförpliktelser bör regleras övergripande i huvudavtalet med tillhörande detaljreglering i bilagorna.

En annan fråga som kan regleras i huvudavtalet är huruvida det ska finnas några förutbestämda miniminivåer (eller högstanivåer) i fråga om volym, mängd eller frekvens av tjänsteleveransen eller om kunden är helt fri att minska den volym som ersättning utgår för. Om det senare är fallet kan det räcka med att reglera detta i huvudavtalet. Om istället särskilda förutbestämda nivåer gäller ifråga om volym behöver detta förmodligen regleras mer ingående i bilagorna. Detta förutsätter en prissättningsmodell som följer volymen av den levererade tjänsten.⁶²

Nära förknippad med frågan om volym är huruvida leverantören ska erhålla *exklusiv* rätt att leverera de outsourcingtjänsterna eller om kunden är fri att köpa in samma slags tjänster även från andra leverantörer. Vid avsaknad av denna reglering borde rimligen utgångspunkten vid tolkning, i ljuset av avtalsfrihet och partsautonomi, vara att kunden är fri att köpa tjänster från en annan leverantör. För att kunden ska ha incitament till detta

⁶¹ Det kan i detta sammanhang uppmärksammas att varje regel för hur tolkning ska gå till i sin tur måste tolkas. Ett försök att styra tolkningen kan också alltså bidra till tolkningsproblem. Se Samuelsson, *Tolkningslärans gåta* s. 154 ff.

⁶² Se avsnitt 4.5.3.

krävs en viss flexibilitet avseende ersättningsnivåerna: kunden vill knappast betala två gånger för samma tjänst. Leverantören kan därför i viss mån skydda sig mot konkurrens genom begränsningar i hur mycket kunden tillåts minska volymen, mängden, frekvensen eller den samlade ersättningen för tjänsteleveransen.

4.2.3 Avtalstid, förlängning och förtida upphörande

Det har i kapitel 2 framhållits att outsourcingavtal ofta har lång bindningstid på grund av att de kommersiella målen med affären inte hinner uppnås under kortare tidsperiod. Eftersom det i visst hänseende sätter en yttre ram för affären är det lämpligt att den initiala avtalsperioden, dvs. den tid innan avtalet upphör utan uppsägning, anges i huvudavtalet. Om affären är lyckad kan parterna självklart komma överens om en förlängning av avtalet. Det kan också tänkas att parterna avtalar om en automatisk förlängning av avtalstiden i det fall ingen har sagt upp avtalet. Alternativt kan avtalet innehålla en ensidig option för kunden att förlänga avtalet.

Huvudavtalet kan också innehålla regler för när part kan säga upp avtalet i förtid. Denna rätt knyts vanligen till vad som i avtalet kategoriseras som ”väsentligt avtalsbrott” vilket kan bestå i att inte leverera en viktig del av tjänsten eller inte betala samt underlåtenhet att rätta till bristen under en viss frist.⁶³ Det torde vidare inte vara ovanligt att parts obestånd ger den andre parten rätt att säga upp avtalet.

Om ingen avtalstid bestäms i avtalet kommer det som utgångspunkt att löpa tills vidare med skälig uppsägningstid.⁶⁴ Frågan om vad som är skälig uppsägningstid har ifråga om distributionsavtal prövats av HD i NJA 2009 s. 672. I frånvaro av någon avtalad uppsägningstid bedömdes tre månader vara skälig uppsägningstid i avtalsförhållandet som varat i sju år. Detta är en halvering av den uppsägningstid på sex månader som gäller enligt 2 kap. 24 § 2 st. lagen (1980:1102) om handelsbolag och enkla bolag, 24 § 2 st. HagL samt 33 § 2 st. KommL när ingen uppsägningstid har avtalats. Domen har av Christina Ramberg icke desto mindre bedömts vara relevant även för andra långvariga samarbetsavtal såsom exempelvis outsourcing.⁶⁵ Hon anför att tre månader bör vara en utgångspunkt om avtalet gäller tills vidare men att denna tid kan bli längre om avtalsrelationen är tätare, exempelvis på grund av transaktionsspecifika investeringar, vilket är fallet vid outsourcing. En rimlig

⁶³ Lindberg–Kahn–Krouthén s.155.

⁶⁴ Då det inte regelmässigt kan antas att avtal, med längre varaktighet, vilka inte innehåller någon tidsbegränsning ska gälla för all framtid gäller de tills vidare men med en skälig uppsägningstid. Se Nial–Hemström, Om handelsbolag och enkla bolag s. 250 ff.

⁶⁵ Ramberg, C, Uppsägningstid vid långvariga samarbetsavtal, SvJT 2010 s. 94 ff.

slutsats är därför att en domstol förmodligen skulle sätta uppsägningstiden till åtminstone sex månader vid en outsourcingaffär som pågått under flera års tid. Det absolut vanligaste kan dock förmodas vara att parterna bestämmer en viss bindningstid i avtalet eftersom detta medför både förutsebarhet och ökade möjligheter för båda parter att planera för den längre tidsperiod som outsourcingaffären är avsedd att fortlöpa.

4.2.4 Immateriella rättigheter

Beroende på vad outsourcingobjektet är kan frågan om immateriella rättigheter behöva regleras, vilket om det behövs kan göras i huvudavtalet. Om det som outsourcingats till exempel är kundens utvecklings- och forskningsenhet är förmodligen de immateriella rättigheter som uppstår genom leverantörens arbete ytterst viktiga att reglera eftersom dessa annars riskerar att förbli leverantörens. En upphovsrätt, som bland annat datorprogram enligt 1 § lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk (URL) kan generera, uppstår formlöst och tillfaller som utgångspunkt upphovsmannen. Ett outsourcingavtal bör därför tydligt innehålla regler om under vilka förutsättningar eventuella upphovsrätter överförs till kunden.⁶⁶ Vad det gäller patent uppstår inte denna immaterialrätt formlöst utan efter ett ansökningsförfarande, 1 § patentlag (1967:837). Parterna bör likväl, för att undvika oklarheter, ha reglerat vem av dem som har rätt att ansöka om patent samt övriga frågor som kan uppkomma med anledning av patenträttsliga bestämmelser. Även vid andra typer av outsourcing kan det finnas immaterialrättsfrågor som bör hanteras. Exempelvis kan de licenser för programvara som är nödvändiga för framställandet av den outsourcingade tjänsten, som kunden innehaft, behöva hanteras.⁶⁷

4.2.5 Rättsliga krav

Ifall personuppgifter ingår i outsourcingobjektet måste leverantörens *hantering av personuppgifter* regleras i huvudavtalet i enlighet med kraven i PUL. Syftet med lagen är att skapa ett skydd för den personliga integriteten. För detta syfte ställs flera krav vid behandling av personuppgifter. Med personuppgifter avses all slags information som direkt eller indirekt kan hänföras till en individ som är i livet och med behandling avses alla

⁶⁶ Eftersom upphovsrätten tillfaller den fysiska person som skapat verket måste de anställda hos leverantören på något vis själva vara del av denna avtalsreglering, se Bernitz–Karnell–Pehrsson–Sandgren, Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens s. 109 ff.

⁶⁷ Leverantörens övertagande av avtal till tredje man behandlas i avsnitt 4.3.2.2.

åtgärder som vidtas med personuppgifter exempelvis registrering, insamling, lagring eller sammanställning, 3 § PUL.

Då kunden i en outsourcingrelation genom sitt huvudmannskap bestämmer ändamålen med och medlen för behandlingen av personuppgifter räknas denne som personuppgiftsansvarig i lagens mening medan leverantören betraktas som personuppgiftsbiträde eftersom denne behandlar personuppgifter för kundens räkning, 3 § PUL. Även en leverantör av IT-tjänster som varken fått särskilt uppdrag att behandla personuppgifter eller ens vet om att det förekommer personuppgifter i den tjänst som levereras betraktas som ett personuppgiftsbiträde om personuppgifter behandlas.⁶⁸

Mellan den personuppgiftsansvarige och personuppgiftsbiträdet ska det enligt 30 § 1 och 2 st. PUL föreligga ett skriftligt *personuppgiftsbiträdesavtal* enligt vilket personuppgiftsbiträdet får behandla de aktuella personuppgifterna enbart i enlighet med instruktioner från den personuppgiftsansvarige samt är skyldig att vidta de säkerhetsåtgärder som krävs enligt lagen. Vid *offshore outsourcing* till ett land utanför EU eller EES ställer PUL dessutom krav på att detta land har en adekvat skyddsnivå för personuppgifter enligt 33 § PUL vilket parterna måste beakta.

Vidare kan eventuella *regulatoriska aspekter* behöva regleras i huvudavtalet. Med detta förstås de lagar och regler som kan gälla för bedrivandet av en viss verksamhet eller för en viss marknad. Ett område där regulatoriska frågeställningar särskilt aktualiseras är inom bank- och finanssektorn. Reglerna gäller primärt den tillståndspliktiga verksamheten. Av 6 kap. 7 § lag (2004:297) om bank- och finansieringsrörelse följer sålunda att ett kreditinstitut som vill uppdra åt annan att sköta finansiell verksamhet ska anmäla detta till Finansinspektionen samtidigt som det ställs särskilda krav på uppdragsavtalet. Vid outsourcing av stödfunktioner, såsom IT, gäller Finansinspektionens allmänna råd om styrning och kontroll av finansiella företag (FFFS 2005:1). Enligt 7 kap. 2 § FFFS 2005:1 ska det finnas interna regler hos en outsourcingkund avseende flera aspekter av hur outsourcingen hanteras. I avtalet löses dessa frågor normalt genom att leverantören åtar sig att utföra samtliga sina avtalsförpliktelser i enlighet med tillämpliga regulatoriska bestämmelser. Ett sådant åtagande kan då även avse framtida, vid tiden för avtalets ingående ej meddelade, lagbestämmelser.

⁶⁸ Öman–Lindholm, Personuppgiftslagen s. 70.

4.2.6 Ansvar och sekretess

Ifall parterna kommit överens om någon begränsning av skadeståndsskyldighet kan denna lämpligen placeras i huvudavtalet. Båda parter är enligt allmänna principer ersättningsskyldiga för den andra partens skador vid avtalsbrott.⁶⁹ Vid outsourcing är det leverantörens ersättningsskyldighet som är av intresse eftersom denne tar en risk genom utlova en viss leverans.⁷⁰ För att sätta en rimlig risknivå för leverantören kan dennes ersättningsskyldighet dock begränsas. Till att börja med kan skadeståndsskyldigheten begränsas till att gälla enbart direkta skador. Gränsdragningen mellan direkt och indirekt skada är dock sällan lätt att dra, allra minst i generella ordalag.⁷¹ Som indirekt skada räknas bland annat produktionsbortfall och utebliven vinst, se köplagen 67 § 2 st. Direkta skador är alla skador som inte är indirekta, dvs. näraliggande och mer förutsebara förluster på grund av avtalsbrottet.⁷² Leverantörens skadeståndsskyldighet kan också beloppsbegränsas. Det är därvid viktigt att tydligt ange om denna begränsning enbart avser skadestånd eller även omfattar den maximala ersättningen som kan utgå för avtalsbrott exempelvis genom vite. Vissa typer av skador som leverantören kan kontrollera mer effektivt kan då undantas från beloppsbegränsningen. Inom svensk rätt är också utgångspunkten att skador orsakade genom uppsåt eller grov vårdslöshet inte omfattas av ansvarsbegränsningar eller friskrivningar.⁷³ Friskrivningar ska i varje fall, som huvudregel, tolkas restriktivt till fördel för den part som den görs gällande emot.⁷⁴

Huvudavtalet kan också innehålla sekretessåtaganden. Dessa omfattar ofta all information som mottagits från motparten inom ramen för outsourcingensamarbetet såvida inte information är allmänt känd.⁷⁵ Om verksamheten är extra känslig kan huvudavtalet kompletteras med en särskild bilaga avseende de detaljerade krav på skyddsåtgärder som parterna ska vidta för att skydda mottagen information, vilket inte sällan är fallet vid outsourcing av IT-tjänster.⁷⁶ Det kan även nämnas att part förutom avtalsreglerade sekretessåtaganden även erhåller skydd genom lagen (1990:409) om företagshemligheter om informationen ifråga kan klassificeras som en företagshemlighet enligt lagen.

⁶⁹ Hellner–Hager–Persson, Speciell avtalsrätt II Kontraktsrätt 2 häftet. Allmänna ämnen s. 200 ff.

⁷⁰ Lindberg–Kahn–Krouthén s.152 ff.

⁷¹ Se exempelvis Hästad, Köprätt och annan kontraktsrätt s. 206 ff., Hellner & Ramberg, J, Speciell avtalsrätt I Köprätt s. 239 ff. samt Herre, Ersättningar inom köprätten kap. 10.

⁷² Prop. 1988/89:76 s. 46 ff.

⁷³ Hellner–Hager–Persson, a.a. s. 241 f. Se dock även Ramberg, J–Ramberg, C, Allmän avtalsrätt s. 215 f.

⁷⁴ Se Lundmark, Friskrivningsklausuler s. 97 ff.

⁷⁵ Tonell, Sekretessavtal och det rättsliga skyddet för företagshemligheter s. 71 f.

⁷⁶ Lindberg–Kahn–Krouthén s.149.

4.2.7 Övrigt

Slutligen innehåller huvudavtalet ofta bestämmelser om lagval och tvistlösning. Lagvalsfrågan har rimligen störst betydelse när parterna kommer från olika länder vilket är fallet vid offshore outsourcing. Vad det gäller formen för tvistlösning står valet mellan allmän domstol och skiljeförfarande. En tvist vid allmän domstol är offentlig medan ett skiljeförfarande i princip är hemligt. Detta, i kombination med att förlorande part vid skiljeförfarande normalt av sagt sig rätten att överklaga på materiella grunder, gör att skiljeförande allra oftast väljs.

4.3 Verksamhetsöverlåtelse

4.3.1 Inledning

Ett av de två huvudmomenten vid outsourcing är att leverantören förvärvar de produktionsresurser som kunden tidigare använt vid framställandet av den tjänst som outsourcas. I detta avsnitt diskuteras de centrala aspekterna av denna inledande transaktion. De tillgångar som innefattas av överlåtelsen varierar beroende på vilken sorts verksamhetsfunktion som outsourcas. Vid outsourcing av IT kan bland annat servrar, datorer, programvara, licensavtal, kommunikationslösningar ingå i överlåtelsen. Om det däremot är fastighetsskötsel som outsourcas kan kundens anställningsavtal vara de enda resurser som berörs av övergången medan det vid större outsourcingaffärer av exempelvis produktion eller lagerhållning kan ingå även industribyggnader och fastigheter i överlåtelsen.

Övergången genomförs typiskt sett genom antingen en inkråms- eller en aktieöverlåtelse. Det senare är brukligt om den outsourcade verksamheten bedrivits i ett dotterbolag (ett separat bolag kan också ”paketeras” särskilt med anledning av outsourcingaffären). Hur avtalsregleringen av verksamhetsövergången ser ut skiljer sig beroende på vilken överlåtelsemetod som används varför dessa kommer diskuteras var för sig.

4.3.2 Inkråmsöverlåtelse

4.3.2.1 Inledning

En inkråmsöverlåtelse kräver inte sällan en mer avancerad avtalsreglering än en aktieöverlåtelse på grund av överlåtelseobjektets flytande karaktär. Något som särskiljer inkråmsöverlåtelsen vid outsourcing från vanliga inkråmsöverlåtelser är att eventuella brister i överlåtelseobjektet kommer falla tillbaka på säljaren, dvs. kunden, ifall leverantören på grund av bristerna förhindras från att leverera avtalad tjänst. Kundens garantier för överlåtelseobjektet måste därför ses i samband med de garantier som leverantören är redo att lämna i fråga om tjänsteleveransen.

De produktionsresurser som berörs av en inkråmsöverlåtelse kan, i grova drag, delas in i följande kategorier:

1. Utrustning och andra fysiska tillgångar
2. Avtal med tredje man
3. Personal

4.3.2.2 Utrustning och andra fysiska tillgångar

Till att börja med måste all utrustning och annan fysisk egendom hanteras. Det kan röra sig om inventarier, redskap, råmaterial, lager, datorer, maskiner, fordon eller dylikt, dvs. all utrustning som kunden tidigare använt i den interna tjänsteproduktionen som leverantören förvärvat för att själv framställa den outsourcade tjänsten.

En viktig fråga i detta sammanhang är huruvida kunden faktiskt kan förfoga över egendomen som exempelvis kan vara leasad, belånad eller köpt med återtagandeförbehåll. Detta kan lösas genom ett garantiåtagande från kunden där denna garanterar att man äger all egendom som berörs av affären.

4.3.2.3 Övertagande av avtal med tredje man

En annan stor fråga som måste regleras vid en inkråmsöverlåtelse är leverantörens övertagande av kundens avtal till tredje man. Många gånger är den verksamhetsfunktion som outsourcas beroende av olika avtal till tredje man. Det kan röra sig om leveransavtal, licensavtal eller hyresavtal vilka leverantören kan inträda i för att kunna framställa den aktuella tjänsten.

Några generellt tillämpliga regler eller principer om partsbyte finns inte inom svensk rätt som istället tar sikte på de olika situationerna borgenärsbyte respektive gäldenärsbyte.⁷⁷ Borgenärsbyte, dvs. överlåtelse av rätt enligt avtal, är tillåtet då det inte spelar någon roll för part vem han ska betala pengar till. Gäldenärsbyte kräver däremot som huvudregel borgenärens samtycke på grund av risken för bristande betal- eller prestationsförmåga. I ömsesidigt förpliktande avtalsrelationer är därför viss försiktighet påkallad; ju mer individuellt utformad avtalsrelationen är, desto större restriktivitet krävs. Utgångspunkten bör vid outsourcing således vara att samtycke måste inhämtas från motparten i de avtal som ska överföras från kund till leverantör.

Avtalet kan på grund av detta innehålla ett allmänt åtagande för kunden att verka för att motparterna, i de avtal som behöver överföras, ska godkänna att leverantören tar över kundens rättigheter och förpliktelser i aktuella avtal. Situationen att partsbyte av någon anledning inte godkänns kan lösas på olika sätt. Det ortodoxa sättet är att leverantören ingår ett nytt, eget, avtal med den aktuella motparten. Om inte detta går vägen kan situationen ibland delvis lösas genom att leverantören över den administrativa hanteringen av avtalet medan kunden formellt står kvar som avtalspart, s.k. *contract management*.⁷⁸

4.3.2.4 Övertagande av personal och arbetsrättsliga konsekvenser

Slutligen måste parterna vid en inkrämsöverlåtelse lösa frågan om övertagande personal. Det handlar alltså även här om ett slags partsbyte där leverantören blir ny arbetsgivare för berörd personal. Den stora skillnaden är att parterna i fråga om överföring av personal måste ta hänsyn till den omfattande arbetsrättsliga regleringen avseende verksamhetsövergångar. Reglerna om anställningsskydd vid verksamhetsövergång syftar till att skydda arbetstagares ställning genom att sätta dem i samma position efter övergången som vid tiden före övergången. I denna framställning kommer emellertid enbart de stora dragen att beröras i den mån som krävs för att belysa de problem som parterna i en outsourcingaffär måste ta ställning till.⁷⁹

Frågan om arbetstagares ställning vid verksamhetsövergång regleras inom svensk rätt främst genom 6 b § lagen (1982:80) om anställningsskydd (LAS). Den svenska regleringen

⁷⁷ Adlercreutz–Gorton, Avtalsrätt I s. 140 samt Ramberg, J–Ramberg, C, Allmän avtalsrätt s. 249.

⁷⁸ Lindberg–Kahn–Krouthén s. 160.

⁷⁹ Se Källström–Malmberg, Anställningsförhållandet s. 279 ff. för en mer fullständig genomgång av regleringen.

bygger på det s.k. företagsöverlåtelsedirektivet (direktiv 2001/23/EG).⁸⁰ Direktivet har omarbetats flera gånger samt gett upphov till en rikhaltig rättspraxis från EU-domstolen varför rättsläget kan anses vara förhållandevis väl klarlagt.⁸¹

För att reglerna ska vara tillämpliga krävs att det rör sig om en verksamhetsövergång enligt definitionen i art. 1.1.b av nämnda direktiv, vilken är en övergång av ”en ekonomisk enhet som behåller sin identitet och varmed förstås en organiserad gruppering av tillgångar vars syfte är att bedriva ekonomisk verksamhet, vare sig denna utgör huvud- eller sidoverksamhet”. I detta ligger till att börja med att det sker ett *byte av arbetsgivare* vilket är fallet med en inkråmsöverlåtelse vid outsourcing. Vid en aktieöverlåtelse fortsätter däremot arbetstagarna att vara anställda av samma arbetsgivare varför regleringen inte blir tillämplig. Vidare krävs att transaktionen sker i en *avtalsenlig kontext*, vilket är ett krav som tolkas brett; det kräver inte ett faktiskt förvärv av verksamhet utan omfattar även fallet att en verksamhet som tidigare bedrivits i egen regi upphandlas, exempelvis städning.⁸² Även detta krav uppfylls otvivelaktigt av en inkråmsöverlåtelse. Därutöver är det ett krav att överlåtelseföremålet kan beskrivas som en *ekonomisk enhet*. Då den verksamhetsfunktionen som övergår vid outsourcing är tydligt avgränsad och har ett syfte att bedriva någon form av ekonomisk verksamhet uppfylls också detta krav. Slutligen krävs att den ekonomiska enhetens *identitet* är densamma efter övergången. Identitet har ansetts föreligga så länge som verksamheten efter övergången har huvudsakligen samma inriktning oberoende av eventuella förändringar avseende namn, lokaler eller utrustning.⁸³ Eftersom leverantören vid outsourcing kommer att producera samma tjänst som kunden tidigare producerat föreligger därmed i normalfallet även identitet.

Bedömningen av de ovan nämnda kriterierna utgår ifrån en sju kriterier som ställts upp av EUD i Spijkers-målet.⁸⁴ Dessa är:

1. arten av företag eller verksamhet,
2. om företagets materiella tillgångar, exempelvis byggnader och lösöre, har förts över eller inte,
3. värdet vid överlåtelsepunkten av överförda immateriella tillgångar,
4. om den mottagande parten övertagit stora delar av arbetsstyrkan,
5. om den mottagande parten har tagit över kundkretsen,

⁸⁰ Det ursprungliga direktivet antogs redan 1977 genom direktiv 77/187/EEG. Detta ändrades 1998 genom direktiv 98/50 EG. Direktiv 2001/23/EG som idag föreligger är en konsoliderad version av 1998 års direktiv.

⁸¹ Lunning-Toijer, Anställningsskydd s. 241 ff.

⁸² Källström-Malmberg s. 280 f.

⁸³ Se de förenade målen C-171/94 och C-172/94 Merckx och Neuhuys, REG 1996, s. I – 1253.

⁸⁴ Mål 24/85 Spijkers, REG 1997, s. 1119.

6. till vilken grad likhet mellan verksamheten före och efter överlåtelsen föreligger, samt
7. i förekommande fall, den tid då verksamheten legat nere.

Det finns en omfattande rättspraxis kring hur denna helhetsbedömning har gjorts som är svår att sammanfatta i generella ordalag.⁸⁵ Som genomgången av rekvisiten för definitionen av verksamhetsövergång visar bör dock en inkråmsöverlåtelse vid en outsourcing affär under de allra flesta omständigheter motsvara kraven för tillämpning.

Effekten av att regleringen är tillämplig är att den förvärvande parten, leverantören, inträder som arbetsgivare i förhållande till alla de arbetstagare som följer med i övergången. 6 b § 4 st. LAS ger emellertid berörda arbetstagare en rätt att, med risk för följande uppsägning på grund av arbetsbrist, motsätta sig överförande av sitt anställningsförhållande. Outsourcingparterna disponerar därför inte över den berörda personalen. För de arbetstagare som följer med i övergången överförs automatiskt alla rättigheter och skyldigheter till förvärvaren. Om arbetstagare inte får fortsatt anställning hos förvärvaren betraktas det som en uppsägning vilket enligt 7 § LAS kräver laga grund om förvärvaren ska undgå skadeståndsansvar.⁸⁶ En leverantör vid outsourcing som planerar att producera tjänsten billigare genom personalnedskärningar kan alltså inte fritt välja vilka arbetstagare som får fortsatt anställning. Av 7 § 3 st. LAS följer att övergången i sig inte utgör saklig grund för att säga upp arbetstagare vilket brukar benämnas som *uppsägningsförbudet*.⁸⁷ Uppsägningar får enligt lagtexten dock ske av ekonomiska, tekniska eller organisatoriska skäl där förändringar i arbetsstyrkan ingår.

Tanken bakom regleringen är som sagt att arbetstagarnas position inte ska försämrats på grund av verksamhetsövergången. Följaktligen överförs även gällande kollektivavtal till förvärvaren, vilket inom svensk rätt följer av 28 § 1 st. medbestämmandelagen (1976:580). Det är dock bara de kollektivavtalsbestämmelser som skapar rättigheter och skyldigheter för enskilda arbetstagare, exempelvis lönevillkor, som överförs.⁸⁸ Bestämmelser som gäller förhållandet till fackföreningen överförs alltså inte.

Eftersom parterna inte disponerar fritt över personalen bygger ofta avtalsregleringen avseende personalövertagandet på ett åtagande från leverantörens sida att *erbjuda* berörd personal anställning med vissa villkor. Villkoren kan på grund av ovan diskuterad lagstiftning dock inte vara sämre än de som berörda anställda åtnjuter hos kunden.

⁸⁵ Se Källström–Malmberg s. 280 f. för en kortare genomgång.

⁸⁶ Se AD 2002 nr. 63, AD 2008 nr. 64 eller AD 2009 nr. 55 för hur anställningsskyddet vid verksamhetsövergång behandlats i praxis.

⁸⁷ Källström–Malmberg s. 284.

⁸⁸ Källström–Malmberg s. 286 f.

Diskussioner med fackföreningar har i vilket fall som helst sannolikt stor påverkan för vilka villkor som leverantören erbjuder. För kundens del kan ett åtagande att ersätta leverantören ifall antalet anställda som övergår överstiger det antal som kunden angett ingå. Vidare bör parterna reglera när kostnadsansvaret för personalen ska övergå.

4.3.3 Aktieöverlåtelse

Vid en aktieöverlåtelse aktualiseras inte samma problem som är förknippade med en inkråmsöverlåtelse. Eftersom det sker ett övertagande av hela den juridiska personen och alla dess rättigheter och förpliktelser gör sig problematiken med överförande av avtal, såväl licensavtal som anställningsavtal, inte gällande. Trots att det enbart är aktier som är överlåtelseobjekt i strikt mening innebär dock avtalet i praktiken att samma tillgångar som vid en inkråmsöverlåtelse övergår till leverantörens ägo. Parterna, och framför allt leverantören, har alltså även vid denna typ av transaktion ett intresse av att kontrollera vad som ingår i överlåtelsen. Det faktum att bolagets alla förpliktelser följer med innebär också ett ökat riskmoment: det kan exempelvis finnas skatteskulder, skadeståndsanspråk, lämnade garantier, pensionsåtaganden som leverantören inte har något intresse av att överta utan att kompenseras för det.

Av dessa anledningar genomför ofta leverantören en s.k. *due diligence-granskning* avseende den outsourcade verksamheten.⁸⁹ Syftet med en sådan företagsbesiktning är att identifiera eventuella risker i bolaget vilka sedan kan tas i beaktning vid parternas förhandling, främst avseende prissättning av bolaget.⁹⁰ Utgångspunkten är i det sammanhanget att uppmärksammade risker vägs upp genom en ökad ersättning alternativt att garantiåtagande från säljaren. Ett exempel på vad man vid granskningen kan leta efter är s.k. *change of control-klausuler* i de avtal som är nödvändiga för leverantörens framtida tjänsteleverans.⁹¹ En sådan klausul innebär nämligen part en rätt att säga upp avtalet i förtid i det fall motparten övergår till en ny ägare vilket är fallet med en aktieöverlåtelse.⁹²

Vanligtvis begränsas i avtalet säljarens skadeståndsansvar ifråga om saker som denne känt till före tillträdet, enligt samma princip som kommer till uttryck i 20 § 1 st. köplagen.⁹³

⁸⁹ Due diligence har tidigare berörts i avsnitt 2.4.1.2. För en mer ingående genomgång av implikationerna av en genomförd due diligence hänvisas till Sevenius, Om ”due diligence” – företagsbesiktningens betydelse i svensk rätt, SvJT 2007 s. 499 ff. Se även Lindqvist–Ståhl s. 546 ff.

⁹⁰ Forssman, Företagsöverlåtelser s. 25. Som framhållits under rubriken 2.2.5.1.1 kan en due diligence-granskning även motiveras av leverantörens behov av att i förväg kunna bedöma vilken nivå av tjänsteleverans som är möjlig.

⁹¹ Forssman s. 40.

⁹² Forssman s. 40.

⁹³ Forssman s. 113 f. och Lindberg–Kahn–Krouthén s. 152 f.

Effekten av detta blir att köparen inte kan göra fel gällande för omständigheter som framgått i det material som tillhandahållits inom ramen för due diligence-granskningen. Detta är dock en kommersiell fråga som parterna kan reglera hur de vill.⁹⁴

4.4 Övertagande av ansvar

4.4.1 Transition

Nära förknippat med verksamhetsöverlåtelsen är leverantörens övertagande av ansvar för produktion och leverans av den outsourcade tjänsten, s.k. *transition*.⁹⁵ Regleringen syftar till en säker och störningsfri överflyttning av ansvaret för tillhandahållande av outsourcingtjänsten från kunden till leverantören.

Om parternas ordinarie samverkan ännu inte kommit igång, vilket nog ofta är fallet, bör formerna för parternas interaktion och utbyte i samband med överflyttningen av ansvar regleras särskilt. Mot denna bakgrund är det lämpligt att regleringen innehåller en tidsplan som anger tidpunkter för båda parter uppfyllande av olika moment av transitionen.⁹⁶ Bland dessa kan särskilt kompetensöverföring, i form av kunskap, erfarenhet och dokumentation, från kund till leverantör nämnas.⁹⁷

Vidare bör transitionsregleringen ange en startdag för tjänsteleverans från leverantören till kunden. För att kontrollera huruvida förutsättningar för tjänsteleverans föreligger genomförs lämpligen före startdagen ett test där parterna gemensamt prövar om transitionen genomförts avtalsenligt.⁹⁸ En försenad transition förenas ofta med särskilda sanktioner, i första hand förseningsvite. Syftet med detta är att skapa incitament för leverantören att slutföra transitionen på avtalad tid. Vid sidan av vite kan parterna sanktionera försening genom prisavdrag, skadestånd och i undantagsfall även hävningsrätt. Det senare kan användas som påtryckningsmedel i outsourcingprojekt där tjänsteleveransen är tidskritisk.

Med beaktande av de kännbara sanktionerna är det viktigt att acceptanskriterierna är tydliga och möjliga att verifiera. Leverantören vill inte ansvara för förseningar som denne inte orsakat. För att förekomma en situation där kunden av någon anledning inte vill

⁹⁴ Se Forssman s. 113 f.

⁹⁵ Power–Desouza–Bonifazi s. 141 f.

⁹⁶ Lindberg–Kahn–Krouthén s. 96.

⁹⁷ Power–Desouza–Bonifazi s. 143 f.

⁹⁸ Lindberg–Kahn–Krouthén s. 151 f.

godkänna transitionen trots att leverantören gjort allt som krävs kan avtalet innehålla en regel om automatisk accept efter en viss tid såvida inte kunden framställer befogad skriftlig anmärkning mot resultatet av transitionen.⁹⁹

4.4.2 Övergångsperiod

Vad gäller tiden efter genomförd transition är det inte ovanligt att särskilda bestämmelser rörande en övergångsperiod ingår i avtalsregleringen.¹⁰⁰ Eftersom leverantören övertar en verksamhetsfunktion som tidigare varit integrerad i kundens interna verksamhet kan det finnas ett behov för leverantören att under en övergångsperiod efter transitionen köpa vissa stödtjänster från kunden. Om alla band till kunden klipps omedelbart finns risken att leverantören inte förmår leverera tjänsten enligt avtalade servicenivåer. Därför innehåller ofta avtalsregleringen bestämmelser om att kunden inledningsvis ska tillhandahålla vissa tjänster som är nödvändiga för att den övertagna verksamheten ska fungera – en s.k. *interimlösning*.¹⁰¹ Det kan röra sig om löneadministration, lokalvård, IT-system samt lokaler men kan även avse andra frågor. Då det rör sig om en tjänsteleverans, fast med omvända roller, utformas lämpligen denna reglering på samma sätt som den huvudsakliga tjänsteleveransen, se nästa avsnitt. Det är i sammanhanget inte otänkbart att parterna avtalar om att de servicenivåer som gäller ifråga om leverantörens tjänsteleverans, samt dess sanktioner, inte börjar gälla förens efter övergångsperiodens slut.

4.5 Tjänsteavtalet

4.5.1 Inledning

Regleringen av parternas respektive förpliktelser i förhållande till tjänsteleveransen är den enskilt viktigaste vid en outsourcingaffär. Denna del av regleringen benämns, trots att det i avsnitt 3.1 konkluderats att ett outsourcingavtal bör betraktas som ett sammanhängande avtal, som tjänsteavtal alternativt serviceavtal då dessa termer får anses allmänt vedertagna inom näringslivet.

⁹⁹ Lindberg–Kahn–Krouthén s. 151 f.

¹⁰⁰ Lindqvist–Ståhl s. 546 ff.

¹⁰¹ Lindqvist–Ståhl s. 546 ff.

Tjänsteavtalet är normalt uppbyggt av tre komponenter, vilka nedan behandlas var för sig.¹⁰² För att skapa en överblick kommer dock förhållandet mellan dessa kort förklaras. I *tjänstebeskrivningen* anges de olika tjänster som ska ingå i tjänsteleveransen. Detta är grunden som de andra två komponenterna utgår ifrån. Tjänstebeskrivningen kopplas för det första till en *prissättningsreglering* där det för respektive tjänst finns en prissättningsmekanism som tydligt anger vilken ersättning som ska utgå för en denna tjänst. Genom denna konstruktion blir det tydligt vilken del av ersättningen som inte ska utgå ifall en tjänst minskas eller tas bort från tjänsteleveransen. Tjänstebeskrivningen kopplas för det andra även till ett *servicenivåantal* som innehåller mätbara krav på leveransen, i form av olika nivåer, avseende respektive tjänst där bristfällig leverans medför en ekonomisk sanktion i form av vite eller prisavdrag.

För avtalsregleringen inte ska bli för spretig och svåröverskådlig är det viktigt att de olika delarna hänger ihop på ett tydligt sätt. I syfte att skapa en enhetlig terminologi bör man därför ta hänsyn till hela tjänsteavtalet vid utformandet av de enskilda avtalsdokumenten.

4.5.2 Tjänstebeskrivning

I tjänstebeskrivningen definieras vilka tjänster som det är leverantörens ansvar att tillhandahålla.¹⁰³ Vikten av en tydlig tjänstebeskrivning tål att understrykas. Är det oklart om en viss tjänst ingår i leveransen är risken att en dispyt uppstår om huruvida tjänsten ska utföras eller inte. Även om parterna är överens om att den aktuella tjänsten ska utföras av leverantören kan det fortfarande diskuteras huruvida den omfattas av de fasta avgifterna eller om tilläggsersättning ska utgå. En otydlig tjänstebeskrivning kan alltså ge upphov till meningsskiljaktigheter avseende helt centrala aspekter av affären. Det är därför viktigt, för både kund och leverantör, att det explicit framgår av tjänstebeskrivningen exakt vad som ingår och inte.

Själva tjänstebeskrivningen kan ofta antas vara uppbyggd utifrån följande struktur. Till att börja med är tjänsterna uppdelade i olika *tjänsteområden*., ibland benämnda som *Service Towers*.¹⁰⁴ Om outsourcingobjektet är logistik och lagerhållning skulle de olika tjänsteområdena exempelvis kunna bestå av lagerhantering, beställningssystem och transporter. Vid outsourcing av IT skulle de kunna bestå av LAN-tjänster, serverdrift,

¹⁰² Lindberg–Kahn–Krouthén s. 98.

¹⁰³ Som nämnts i avsnitt 4.2.2 kan redan i huvudavtalet leverantörens olika åtaganden beskrivas översiktligt. Tjänstebeskrivningen innehåller den mer detaljerade beskrivningen.

¹⁰⁴ Lindberg–Kahn–Krouthén s. 98.

klientlösningar och applikationsutveckling. Det rör sig alltså om en grövre uppdelning av de olika beståndsdelarna av den fullständiga tjänsteleveransen. Inom ett tjänsteområde kan det sedan finnas olika *tjänstetyper*. Exempelvis kan tjänsteområdet serverdrift vara uppdelat tillhandahållande av driftmiljöer, övervakning, lagring, och säkerhetskopiering. Dessa olika tjänstetyper kan i sin tur delas upp mellan *basjänster* som alltid ska tillhandahållas i en viss volym enligt ett fast pris respektive *tilläggsjänster* som kunden får beställa och betala tilläggsersättning för.

Varje tjänstetyp kan formuleras i tre olika nivåer.¹⁰⁵ Först regleras tjänstetypen genom en funktionell beskrivning; vad den syftar till och hur detta ska uppnås. Denna beskrivning kompletteras med en uppräkningslista av de olika aktiviteter som ingår i tjänsten. En vanlig beteckning på denna aktivitetslista är Statement of Work, en s.k. *SOW*.¹⁰⁶ Genom detta upplägg skapas en konkret uppfattning av vad tjänsten innefattar. Aktivitetslistan bör dock inte bara ange vilka aktiviteter som leverantören är skyldig att vidta – om några aktiviteter krävs av kunden bör även detta framgå. På detta vis skapas nämligen en tydlig ansvarsfördelning mellan parterna. Det är dock svårt att skriva en heltäckande aktivitetslista. Regleringen avslutas därför lämpligen med en bestämmelse om att inga aktivitetslistor är uttömmande utan att näraliggande aktiviteter som krävs för att tjänsten ska fungera ingår även om de inte uttryckligen nämnts.

Tjänstebeskrivningens detaljreglering bidrar inte direkt till ett flexibelt avtalsförhållande där parterna kan påverka den tjänst som levereras. Tvärtom är det helt fastlåst hur tjänsten är utformad. För att komma till rätta med detta förhållande kan bestämmelser med formaliserade regler för hur tjänsteavtalet kan skrivas om tas med i en separat del av regleringen.¹⁰⁷ På denna plats ska det istället diskuteras ifall det skulle vara möjligt att lämna denna typ av bestämmelser utanför avtalet och istället utforma tjänstebeskrivningen på ett mer flexibelt sätt som medger förändringar. Exempelvis skulle man kunna låta bli att ta med en aktivitetslista och istället låta leverantören själv avgöra vilka aktiviteter som krävs för att tjänsten ska fungera till fullo. Leverantören har ju redan förbundit sig att utföra alla aktiviteter som är nödvändiga för tjänstens funktionalitet. En fördel med detta skulle vara att parterna inte behöver lägga tid och pengar på att förändra avtalet genom att gå igenom ett formaliserat ändringsförfarande. Ett problem med denna ordning är att det skulle bli svårare att avgöra vad tjänsten egentligen är. Aktivitetslistan hjälper ju nämligen till med att definiera tjänsten. Aktivitetslistan fungerar alltså som en

¹⁰⁵ Lindberg–Kahn–Krouthén s. 98 ff.

¹⁰⁶ Lindberg–Kahn–Krouthén s. 99.

¹⁰⁷ Se avsnitt 4.6.4.

avgränsande faktor som gör det möjligt för leverantören att åta sig att utföra de aktiviteter som krävs. Den eftersträvade flexibiliteten skulle därmed komma på bekostnad av tydligheten. Upplägget med en detaljreglerad tjänstebeskrivning och självständiga ändringsbestämmelser medför både tydlighet och flexibilitet. Den eventuella merkostnaden i att behöva omformulera avtalet vägs dessutom upp av att parterna slipper ödsla tid på att tolka en vagare tjänstebeskrivning. Min slutsats blir således att regleringen i tre steg, som vanligtvis används, är ändamålsenlig.

4.5.3 Prissättningsreglering

Hur de olika prissättningsmekanismerna ser ut för respektive tjänstetyp är beroende av vilken typ av tjänst det rör sig om. Generellt gäller det att skapa ett system där det på ett tydligt sätt framgår vilket pris en viss tjänst har men som samtidigt tillåter dynamik och flexibilitet i prisberäkningen. Det senare gäller framför allt när tjänsteleveransens volym eller kvantitet kan förändras. Det förefaller dock inte osannolikt att parterna bedömer vissa tjänster vara så pass centrala delar av tjänsteleveransen att ett fast pris sätts för dem.

Utformandet av en flexibel prissättningsmekanism som tar hänsyn till kundens faktiska efterfrågan kan utformas på olika vis. Vid outsourcing av IT-tjänster kan detta skapas genom ett system baserat på konstruktionerna *volymenhet* respektive *baseline*.¹⁰⁸ Volymenhet är den måttenhet som räknas för att bedöma hur mycket kunden efterfrågar (eller konsumerar) av en viss tjänst. Om tjänstetypen exempelvis är datalagring kan volymenheten vara terrabyte, dvs. ett mått på lagringsutrymme. Priset utgår sedan ifrån antalet volymenheter som kunden efterfrågar. Om priset per volymenhet är 1000 kr och kunden använt 50 volymenheter blir följaktligen priset 50 000 kr för den aktuella tjänstetypen.

Av kommersiella anledningar är det emellertid inte alltid möjligt med full flexibilitet. Leverantören kan exempelvis ha fasta kostnader, vilka förblir desamma trots att kundens efterfrågan minskar, vilka denne vill ha ersättning för. Vidare kan kunden vilja ha ett lägre pris ifall konsumtionen ökar kraftigt om detta för leverantören innebär en större marginal. Av denna anledning används en baseline vilket är kundens anteciperade volymkonsumtion under ett kvartal, år eller annan avgränsad tidperiod. Utifrån denna nivå bestäms en tillåten volymändring, exempelvis 30 % ned och 40 % upp, inom vilken kunden får betala för den

¹⁰⁸ Lindberg–Kahn–Krouthén s. 121 f.

faktiska konsumtionen. Avtalet innehåller mekanismer för att ändra priset per volymenhet för det fall kunden vill under- eller överskrida dessa nivåer.

Systemet med volymenheter och baseline bygger på att det tydligt kan preciseras vad som ingår i en volymenhet. En annan fråga som vidare kan beaktas är huruvida det är kundens konsumtion eller den mängd som leverantören gör tillgänglig för kunden som ska vara avgörande. Det kan i praktiken vara svårt för leverantören att bara tillgängliggöra den mängd som kunden efterfrågar – i exemplet med datalagring är det ju svårt för leverantören att installera exakt den lagringskapacitet som används. Förutsatt att dessa frågor kan lösas torde systemet även gå att använda vid outsourcing av andra typer av tjänster.

Vid många typer av tjänstetyper är antalet timmar leverantören tillhandahåller en tjänst en lämplig volymenhet. Detta bör åtminstone vara fallet med tjänster som går ut på att viss personal står till förfogande exempelvis kundservice, forskning och utveckling samt städning. Som visas nedan är tidsutdräkt även en lämplig faktor att hänga upp mätningen av den faktiska leveransen vid formulerande av servicenivåer.

4.5.3.1 Benchmarking

Eftersom outsourcingrelationen är tänkt att löpa över en längre tidsperiod och det inte utan vidare går att byta leverantör kan det finnas intresse för kunden att försäkra sig om att priserna som gäller enligt avtalet ligger på en konkurrenskraftig nivå under hela avtalstiden. I syfte att säkerställa detta är det vanligt förekommande att kunden enligt avtalet har rätt till s.k. benchmarking.¹⁰⁹ Detta består av en mindre statistisk undersökning, utförd av kunden eller en tredje part, där leverantörens priser jämförs med de priser som andra aktörer tar ut för samma typ av tjänster. Det finns dock en rad olika frågor som måste beaktas för att benchmarking ska fylla sin funktion varför denna konstruktion inte bör användas för lättvindigt.¹¹⁰

4.5.4 Servicenivåavtal

4.5.4.1 Generellt om servicenivåer

Den samlade tjänsten som levereras vid outsourcing är sällan lika okomplicerad som exempelvis den tjänst som en skomakare utför. I det senare fallet är det nämligen

¹⁰⁹ Halvey–Melby s. 333 ff.

¹¹⁰ Se Lindberg–Kahn–Krouthén s. 125 ff. för en utförligare diskussion om de generella problem som gör att benchmarking inte alltid fungerar ändamålsenligt.

förhållandevis enkelt att konstatera om tjänsten har utförts eller inte: antingen är skon lagad eller så är den fortfarande sönder. Vid outsourcing är det inte lika enkelt att avgöra i vilken utsträckning den tjänst som köpts har levererats. Detta hänger ihop med att tjänsteleveransen, som vi sett i föregående avsnitt, ofta består av en rad olika åtaganden. Tjänsteleveransen är därför sällan varken fullständigt fullbordad eller helt och hållet ogenomförd. Istället är inte sällan tjänsten vid outsourcing i hög eller låg utsträckning partiellt levererad. För att hantera detta innehåller ett outsourcingavtal rimligen oftast olika servicenivåer avseende de olika tjänstetyperna. Regleringen placeras vanligen i egen bilaga: ett s.k. servicenivåavtal vilket kommer ifrån det engelska begreppet Service Level Agreement – SLA.¹¹¹

Syftet med servicenivåavtalet är att skapa mätbara nivåer i tjänsteleveransen. Utan denna reglering blir avtalet stelbent och okänsligt. Servicenivåerna möjliggör för parterna att på ett raffinerat sätt bestämma konsekvenserna av olika utsträckningar av tjänsteleverans. Detta görs genom att servicenivåerna kopplas till ekonomiska sanktioner, primärt vite eller prisavdrag. Tack vare detta kan ersättningsnivåerna baseras på den leverans som faktiskt skett vilket gör avtalets ekonomiska utfall mer förutsebart för både kund och leverantör.

Antingen kan servicenivåer sättas för varje enskild tjänst eller så kan de omfatta flera olika tjänster. Fördelen med specifikt satta servicenivåer är att mätningen av tjänsteleveransen kan göras mer ingående och detaljerad. Risken i att göra avtalet mer avancerat är att det kan bli för invecklat och svårtillämpat. Ju besvärligare avtalet blir att tillämpa desto högre kan hanteringskostnaderna för avtalet antas bli. Vid utformandet av servicenivåavtalet bör därför graden av detaljreglering vägas mot de kommersiella nackdelar det kan medföra.

Vilka servicenivåer som används och hur de utformas är helt och hållet beroende av den specifika affären och vad som är viktigt för parterna. Typiskt sett kan utformandet av servicenivåer sägas gå ut på att identifiera och formulera mätbara element i de olika tjänstetyper som ingår i tjänsteleveransen. För att servicenivåerna ska fylla sin funktion, nämligen att vara ett mätinstrument för tjänsteleveransen, måste det på ett *objektivt* sätt gå att fastställa leveransens utsträckning. Det sedvanliga sättet att minimera risken för tolkningsproblem är följaktligen att formulera tjänstenivåer som gör tjänsteleveransen kvantifierbar: det ska på något vis gå att räkna på tjänsteleveransen. En lämplig faktor att hänga upp servicenivåerna på är därför tidsutdräkt – mängden tid, som en viss tjänst tagit

¹¹¹ Halvey–Melby s. 327 ff.

att utföra eller en viss tjänst varit tillgänglig för kunden, går ofta att mäta objektivt. Om det i tjänsteleveransen går att särskilja enskilda prestationer kan även andelen fullgjorda sådana räknas. Parterna kan sedan komma överens om en viss procentsats som ska vara uppfylld, vilken sedan ligger till grund för ersättningsberäkningen. En vanlig beteckning på de element som mäts är, oberoende vad de består av, *Key Performance Indicators – KPI*, vilket på svenska kan översättas till nyckeltal.¹¹²

4.5.4.2 Servicenivåer vid olika typer av outsourcing

Som nämnts ovan varierar servicenivåernas utformning med olika typer av tjänsteleverans. Tjänsteleveransens komplexitet kan sägas motivera antalet olika servicenivåer. I det följande skall det exemplifieras vilka olika typer av servicenivåer som kan antas förekomma vid olika typer av outsourcing.

En förhållandevis okomplicerad typ av tjänsteleverans är telefonkundtjänst vilket också kan vara ett delmoment av en större outsourcingaffär. Till att börja med kan *öppettid* mätas. Parterna kan exempelvis bestämma vilka dagar i veckan samt mellan vilka tider kundtjänsten ska vara öppen. Vidare går det att mäta den *maximala väntetiden* för en kund som ringer. Det kan även vara lämpligt mäta andelen samtal där kunden upplever att den hjälp som efterfrågats erhållits, dvs. *andelen lyckade prestationer* (detta förutsätter naturligtvis ett pålitligt sätt att verifiera detta med kunden). Andra, och fler, typer av servicenivåer kan givetvis förekomma. Genom nämnda servicenivåer kan parterna hur som helst mäta såväl kvantitet som kvalitet på den tjänst som levereras.

Outsourcing av lager- och logistikhållning innebär ofta en mer komplex tjänsteleverans, inte minst på grund av en ofta starkare anknytning till kundens övriga verksamhet. Detta gör att fler olika servicenivåer normalt är motiverade. Bland de servicenivåer som kan hängas på upp på tidsutdräkten kan följande exempel nämnas: *lossningstid*, dvs. hur lång tid det tar från att varor anländer till lagret tills att de lagerförts samt *packtid*, dvs. hur lång tid det tar att packa en order för leverans. Ifråga om andelen fullgjorda prestationer skulle *leveransprecisionen*, dvs. hur många order som skickas rätt, kunna gå att mäta. Andra servicenivåer kan ta sikte på *andelen svinn*, *lagerflöde* samt frekvensen av utförda *inventeringar*.

¹¹² Lindberg–Kahn–Krouthén s. 103.

Som tidigare nämnts är outsourcing av IT-tjänster förmodligen den typ av outsourcing som är mest utbredd samt mest uppmärksammas.¹¹³ Tjänsteleveransen kan ofta vara väldigt komplicerad på grund av tjänsternas tekniska komplexitet samt tjänsternas starka koppling till kundens övriga verksamhet. Av de olika servicenivåer som kan förekomma kan följande skisseras. Till att börja med kan servicetiden, dvs. den tidsintervall som de olika tjänsterna ska vara tillgängliga för kunden, mätas. Dessa kan exempelvis utgå ifrån de tider som kundens verksamhet är igång vilket, beroende på verksamhetens art, kan vara vardagar 08.00–17.00. Vidare mäts lämpligen *tillgänglighetsgraden* vilket kan beskrivas som den procentuella tid av servicetiden som en viss tjänst, applikation eller driftsmiljö ska vara tillgänglig för kunden. Denna typ av servicenivå är ofta basen för tjänsteleveransen. Om servicetid och tillgänglighetsgrad är omfattande kan det finnas en poäng med att reglera *godtagbara avbrott*, dvs. tidsperioder där leverantören utan påföljd tillåts göra avbrott i leveransen. Ett alternativ eller komplement till tillgänglighetsgrad kan vara att mäta *åtgärdstiden* för det fall en incident, exempelvis driftstop, inträffar.¹¹⁴ Genom denna konstruktion förflyttas fokus från den genomsnittliga leveransen till den enskilda incidenten.

4.5.4.3 Mätning och rapportering

Oavsett hur servicenivåerna byggs upp bör ett servicenivåavtal innehålla bestämmelser för vem som ansvarar för att dessa mäts och rapporteras.¹¹⁵ Detta är en nödvändighet för att servicenivåerna ska fylla sin funktion – om servicenivåerna inte följs upp kan de inte ligga till grund för några ekonomiska konsekvenser.

Eftersom mätningarna avser förhållanden som leverantören råder över bör det i de flesta fall vara mest effektivt att leverantören ansvarar för mätningarna. De frågor som därvid kan tänkas behöva regleras i avtalet är hur ofta mätning respektive rapportering ska ske, vilka data som ska rapporteras till kunden, konsekvenser av brister i rapporteringen samt vem som bär ansvaret för de kostnader som uppstår på grund av mätning och rapportering.

¹¹³ För en mer detaljerad redogörelse av hur servicenivåerna kan vara uppbyggda vid IT-outsourcing hänvisas till Lindberg–Kahn–Krouthén s. 104 ff.

¹¹⁴ Se Lindberg–Kahn–Krouthén s. 106 ff. om hur servicenivåer baserade på åtgärdstid kan byggas upp vid outsourcing av IT.

¹¹⁵ Halvey–Melby s. 331.

4.5.4.4 Konsekvenser vid brist i avtalad servicenivå

4.5.4.4.1 Vite och prisavdrag

Vilken procentsats parterna kommer överens om att leverantören ska uppfylla ifråga om de olika servicenivåerna är primärt en kommersiell fråga. För att inte servicenivåavtalet enbart ska vara ett mätinstrument utan även ha en beteendepåverkande funktion på leverantören behöver de hur som helst vanligen förenas med ekonomiska sanktioner. Därför innehåller servicenivåavtal typiskt sett regler om vite eller prisavdrag för det fall leverantören inte presterar i enlighet med avtalade servicenivåer. Huruvida vite eller prisavdrag används är av underordnad betydelse eftersom effekten i praktiken blir densamma: leverantörens ekonomiska utdelning på affären minskar till förmån för kunden. Möjligheten finns också att använda vite och prisavdrag som olika sanktioner för olika typer av bristande leverans. För att de sanktioner som används ska fylla sin funktion, att utgöra incitament att leverera enligt avtalet, krävs att de är tillräckligt ekonomiskt kännbara. Syftet med sanktionerna får antas gå förlorat om leverantören jämfört med att leverera enligt avtalet i praktiken inte lider någon större förlust. I sådana fall ges nämligen leverantören en möjlighet att medvetet kalkylera med vite eller prisavdrag. De ekonomiska sanktionerna måste således vara tillräckligt ekonomiskt ingripande för att vara beteendepåverkande. Det måste under alla omständigheter vara mer fördelaktigt för leverantören att leverera än att inte göra det. Om det bestämda vitesbeloppet är alltför lågt kan nämligen leverantören medvetet kalkylera med att inte leverera enligt avtalet. Eventuella viten eller prisavdrag bör därför inte betraktas enbart som en förlängning av det avtalade priset utan som en reellt betungande sanktion. Detta är anledningen till att de ekonomiska konsekvenserna vid bristande leverans behöver en egen reglering, och inte bara kan kopplas till den ordinarie prissättningsregleringen.

Det kan i sammanhanget diskuteras hur pass välbetänkt det är att enbart reglera det fall när brist uppstår – skadan kan ju då redan vara skedd. Möjligen borde större fokus ligga på att förebygga eventuella brister och att åtgärda samt återställa leveransen till avtalad nivå vid bristfällig leverans. Samtidigt kan ekonomiska sanktioner i form av vite eller prisavdrag ses som incitament för leverantören att arbeta proaktivt i syfte att undvika dessa ekonomiska påföljder. Detta behöver dock inte utesluta att även andra konsekvenser regleras. Ett bra exempel på detta är att leverantören vid brist i leveransen åläggs att utföra en analys av orsaken till bristen, en s.k. *root cause analysis* vid IT-sammanhang.¹¹⁶ Ett annat

¹¹⁶ Se Lindberg–Kahn–Krouthén s. 113 eller Halvey–Melby s. 332.

exempel kan vara att leverantören vid leverans över avtalad servicenivå eller avtalsenlig leverans under en längre tid har rätt till bonus från kunden.

Generellt sett kan utformandet av modellen för beräkning av vite eller prisavdrag sägas handla om att hitta en lämplig ekonomisk riskfördelning mellan parterna. För att uppnå detta, i alla de olika scenarion som kan uppstå, kan beräkningsmodellen ofta vara väldigt detaljerad och bygga på en rad olika faktorer. I det följande kommer några återkommande huvuddrag att åskådliggöras.

Till att börja med kan sanktionsmodellen vara antingen proportionellt eller progressivt uppbyggd. Enligt en proportionell modell ökar sanktionen proportionellt för varje procentuell brist i leveransen och enligt en progressiv blir sanktionen procentuellt sett större ju större bristen är. Det förefaller vidare vara rimligt att parterna rangordnar olika servicenivåer: i en tjänsteleverans bestående av en rad olika tjänster är det naturligt att några av dessa betraktas som viktigare än andra varför brister i dessa också bör medföra större ekonomisk sanktion. Det framstår inte heller som osannolikt att regleringen, i syfte att begränsa leverantörens riskexponering, kan innehålla ett överenskommet högsta belopp som leverantören kan bli skyldig.

4.5.4.4.2 Övriga sanktioner

Serviceavtalet kan vid sidan av vite eller prisavdrag även innehålla andra sanktioner vid bristande leverans. Huruvida vite och prisavdrag görs till exklusiva påföljder vid brott mot servicenivåer hänger ihop med riskfördelningen mellan parterna. Generellt sett föredrar därför leverantören att vite och prisavdrag är de enda påföljderna medan kunden helst ser fler sanktioner, varav skadestånd kan förmodas vara den vanligaste. Som nämnts under rubrik 3.2.5 kan även skadeståndsansvaret vara begränsat. En leverantör som blir ersättningsskyldig kan också tillåtas räkna av eventuellt vite eller prisavdrag på skadeståndsbeloppet. Ett annat upplägg är att kunden vid bristande leverans har rätt att innehålla betalning alternativt äger rätt att själv åtgärda problemet. Om leverantören, som diskuterats i avsnitt 4.2.2, har en exklusiv rätt att leverera den outsourcade tjänsten till kunden kan denna rätt bortfalla vid större brott mot servicenivåerna. Den yttersta sanktionen vid bristande leverans är rätt till uppsägning av avtalet till förtida upphörande, vilket har behandlats i avsnitt 4.2.3.

4.6 Partsinteraktion och ändringshantering

4.6.1 Inledning

Som vid flera tillfällen framhållits är en outsourcingaffär avsedd att gälla över en längre tidsperiod. Under denna tidsperiod kommer parterna i många fall att interagera varje dag med varandra inom ramen för tjänsteleveransen. Under avtalsperioden är det emellertid inte osannolikt att det sker förändringar som påverkar förutsättningarna för parternas utbyte. Dessa förändringar kan exempelvis bestå i att part ändrar inriktning på sin affärsverksamhet, ändrade ägarförhållanden, tekniska förändringar eller ändrade lagregler.

För att säkerställa ett fungerande och följsamt dagligt utbyte samt för att kunna hantera nämnda förändringar ställs särskilda krav på parternas avtalsrelation vilka typiskt sett inte ställs vid momentana affärstransaktioner. Därför är det viktigt att avtalsregleringen innefattar formaliserade regler för parternas samverkan, konflikthantering och omförhandling av avtalsvillkor. På så vis skapas förutsättningar för parterna att bibehålla en god relation baserad på ömsesidig tillit och respekt. Som tidigare påpekats är parternas förmåga att inte bara se till sina egna intressen utan att även ta hänsyn till vad som krävs för att motpartens kommersiella ändamål ska uppfyllas ofta avgörande för att affären ska fungera långsiktigt.

4.6.2 Samverkan och kommunikation

I syfte att underlätta den kontinuerliga interaktionen mellan parterna är det lämpligt att upprätta fasta kommunikationskanaler. Detta kan göras genom att i avtalsregleringen ta med en lista över vilka befattningshavare inom kundens respektive leverantörens organisation som i syfte att hantera vissa frågor bör samverka med varandra. Exempelvis kan det på båda sidor utses avtalsansvariga personer vilka tillsammans har ansvar för att övervaka affären i stort samt löpande diskutera och förhandla om eventuella ändringar. Vidare kan det utses särskilda tjänsteansvariga på båda sidor vilka har att se över leveransen av vissa tjänstetyper.

En annan lämplig form för samverkan och kommunikation är att inrätta särskilda styrgrupper med representanter från båda sidor vilka med jämna mellanrum träffas för att diskutera särskilda frågor. Det är åtminstone i IT-sammanhang inte ovanligt att styrgrupper inrättas på tre nivåer: en operativ styrgrupp för hantering av frågor knutna till den dagliga leveransen, en taktisk styrgrupp för hantering av större frågor angående tjänsteleveransen

samt en strategisk styrgrupp för hantering av frågor kring villkoren för parternas samarbete.¹¹⁷ Som framställningen nedan kommer att visa kan styrgrupper användas för flera ändamål.

Oavsett hur formerna för samverkan ser ut är det viktigt att det inom de olika insatserna finns befogenhet att i vissa frågor fatta bindande beslut för parterna. Om beslutanderätt saknas är risken nämligen att parternas samverkan bara blir tomt prat istället för ett effektivt verktyg för att uppdatera och utveckla den gemensamma affären. Avtalsregleringen bör därför innefatta fullmakter från båda parter.

4.6.3 Konflikthantering

Ett av syftena med de ovan behandlade modellerna för samverkan är givetvis att konflikter ska kunna undvikas genom att parterna kontinuerligt kommunicerar med varandra. Om en konflikt trots allt uppstår är ett i avtalet formaliserat förfarande för att lösa denna att föredra framför en rättsprocess i allmän domstol eller genom skiljeförfarande eftersom dessa kan antas ha en förödande effekt på parternas relation. Oavsett hur konflikthanteringsmodellen ser ut bör den rimligen skapa förutsättningar för att utreda vad meningsskiljaktigheten består i samt diskutera hur den kan lösas på ett sätt som är acceptabelt för båda parter. Då parternas relation kan vara ansträngd på grund av den konflikt som uppstått är det viktigt att förfarandet är tydligt och klart och inte kan ge upphov till ytterligare oenighet.

Ett sätt att utforma konflikthanteringsförfarandet är att knyta det till strukturen för styrgrupper. På så sätt skapas ett system där de olika styrgrupperna kan fungera som olika nivåer, på vilka meningsskiljaktigheten kan behandlas. Om konflikten inte kan lösas på en viss nivå inom en bestämd tidsfrist hänskjuts frågan upp ytterligare en nivå och så vidare. Som en ytterligare och sista nivå kan parternas respektive VD fungera. En fördel med att befattningshavare högre upp i systemet ges möjlighet att lösa en konflikt är att dessa kan antas vara mer kapabla till att se avtalet som en helhet och ta hänsyn till vilka konsekvenser en viss lösning kan få i ett längre perspektiv.

Om meningsskiljaktigheten inte kan lösas genom den avtalade konflikthanteringsmodellen återstår att hänskjuta frågan till extern tvistelösning. Innan frågan hänskjuts till allmän domstol eller ett skiljeförfarande (som nämnts i avsnitt 2.4.7 förbinder sig ofta parterna att använda det ena eller det andra) kan parterna i ett sista försök att hitta en samförståndslösning begagna sig av medling.

¹¹⁷ Lindberg–Kahn–Krouthén s. 172.

4.6.4 Ändring av avtalsvillkor

Om outsourcingaffär, som avsett, fortgår under en längre tidsperiod är det snarare regel än undantag att vissa förändringar kommer behöva göras i parternas avtalsförhållande. Som framhållits ovan i avsnitt 4.6.2 om samverkan kan detta i viss mån hanteras genom att låta styrgrupper, eller andra organ med representanter från båda parter, besluta med bindande verkan i vissa frågor. Vid sidan av detta krävs emellertid i regel också mera formaliserade förfaranden för ändringar av avtalet.

Ett sätt att formalisera förändringar av affären är att använda optioner. En option innebär en rätt för, i de flesta fall kunden, att begära en på förhand definierad och prissatt ny tjänstetyp, ny teknik eller annan större förändring av tjänsteleveransen. En option kan även ge kunden rätt att avsluta en viss tjänst. Eftersom kundens förhandlingsposition, på grund av ökat beroende av leverantören, typiskt sett blir svagare ju längre avtalsrelationen lider är det för kunden fördelaktigt att i så stor utsträckning som möjligt förhandla om optioner innan outsourcingavtalet ingås.

Att förutse alla eventuella framtidsscenario, och dessutom formulera optioner utifrån dem, är dock omöjligt. Därför behövs också en process formaliseras för ändringar som parterna inte förutsett och tidigare förhandlat. Enligt denna bör det vara tydligt till vem en förändringsbegäran ska tillställas. Själva begäran, som gärna kan följa en på förhand bestämd mall, bör innehålla en detaljerad beskrivning av förändringen, dess ändamål samt dess konsekvenser för avtalet. Förändringen kan sedan diskuteras i relevant styrgrupp. Enligt allmänna regler om avtals ingående – avtalslagen¹¹⁸ kap. 1 – resulterar en ändringsbegäran emellertid bara i ett anbud som leverantören inte har någon förpliktelse att acceptera.¹¹⁹ För att leverantören inte ska kunna vägra, kräva ett oskäligt högt pris alternativt använda ändringsbegäran som en hävstång för att få igenom andra ändringar är det viktigt att avtalsregleringen innehåller ett allmänt åtagande från leverantören att inte motsätta sig förändringar utan konkreta skäl. Efter det att parterna kommit överens om en förändring är det viktigt att denna tydligt dokumenteras genom ändring av avtalstexten för att undvika oklarheter.

4.6.5 Revision

För att säkerställa avtalsefterlevnad kan outsourcingavtal innehålla en rätt för kunden att utföra revision, dvs. granskning, av leverantörens verksamhet. Bland de skäl som särskilt

¹¹⁸ Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område.

¹¹⁹ Se Adlercreutz–Gorton, Avtalsrätt I s. 53 ff.

kan motivera revision kan kontroll av faktureringsunderlag och prissättning, informationssäkerhet och allmän säkerhet samt efterlevnad av regulatoriska lagregler nämnas. Ökad transparens kan också å ena sidan antas gynna relationen mellan kund och leverantör. Å andra sidan kan påkallande av revision tyda på misstro mot leverantören varför kunden bör ha ett konkret skäl till att utföra revisionen. Även om revision aldrig påkallas kan dock möjligheten att göra det antas ha en förebyggande effekt på leverantören att följa avtalsregleringen.

Då en revision kan vara störande för leverantörens verksamhet bör granskningens omfattning och genomförande tydligt formuleras i avtalsregleringen.¹²⁰ En av de frågor som därvid bör hanteras är hur långt från det att revision påkallats som den får genomföras. Samtidigt som leverantören vill kunna förbereda sig vill nämligen kunden inte att leverantören ska kunna snygga till för mycket. Vidare bör det informationsunderlag som kunden ska ha tillgång till definieras. Omfattningen av kundens rätt att göra besök hos leverantören samt hos eventuella underleverantörer bör även beröras. En annan fråga som kan behöva regleras är vem som ska stå för kostnaden ifall revisionen visar på brister i leverantörens avtalsefterlevnad.

4.7 Avslutande av outsourcingrelation

4.7.1 Inledning

Den sista frågan som bör regleras i ett outsourcingavtal är formerna för avslutande av förhållandet mellan kund och leverantör. Om den tjänst som outsourcets fortfarande är nödvändig för kundens affärsverksamhet, vilket den kan antas vara i många fall, ligger det i dennes intresse att det i avtalet finns regler som säkerställer en smidig övergång till en ny leverantör alternativt ett återtagande av den outsourcade tjänsten. Som framhållits i avsnitt 2.4.4 kan kunden vara särskilt sårbar i denna situation då man under outsourcingaffären kan ha blivit beroende av leverantörens kompetens och själv saknar rutiner för hur man ska gå vidare efter affärs upphörande. Leverantörens incitament att tänka långsiktigt och lojalt mot kunden gör sig i nu heller inte längre gällande. En reglering av leverantörens

¹²⁰ För en mer omfattande genomgång av vilka frågor som bör behandlas i regleringen av revisionen hänvisas till Lindberg–Kahn–Krouthén s. 178 ff.

förpliktelser att assistera kunden vid avtalets upphörande, s.k. *termination assistance*,¹²¹ är därför nödvändig.

4.7.2 Assistans vid upphörande

Syftet bakom leverantörens åtagande att i olika avseenden assistera kunden vid avtalsupphörande är att skapa förutsättningar för en mjuk övergång utan driftstörningar och onödiga kostnader för kunden. Det gäller med andra ord att genom avtalsregleringen i förväg lägga grund för en ny verksamhetsövergång samt ett övertagande av ansvaret för den outsourcade tjänsten. De frågor som varit aktuella vid avtalets ingående aktualiseras sålunda igen, denna gång dock med skillnaden att leverantören ger ifrån sig ansvar och resurser istället för att ta emot.

Det faktum att denna reglering behöver utformas flera år i förväg, utan kunskap om den specifika situationen vid avtalets upphörande, gör det svårt att göra den detaljerad. Kundens bör därför försöka hålla så många dörrar som möjligt öppna. Det kan således vara lämpligt att i stor utsträckning använda optioner vilka kunden kan ta i anspråk vid behov.

Ett centralt moment av assistansen kan vara kunskapsöverföring.¹²² Då det förflutit ett antal år sedan kunden själv ansvarade för tjänsten, som dessutom kan ha ändrats genom leverantörens försorg, kan det vara viktigt för kunden, och den ersättande leverantören, att få veta hur produktionen av tjänsten går till. Detta är framför allt fallet om tjänsten som levererats inte är en standardtjänst på marknaden. Samtidigt har leverantören ett intresse av att skydda eventuella affärshemligheter och know-how från den konkurrent som den nya leverantören är. Omfattningen av den kunskap leverantören är skyldig att överföra, vilket kan ske genom både överlämnande av dokumentation om produktionsmetoder eller faktisk utbildning, utgör därför en avvägning mellan kundens och leverantörens kommersiella intressen.

Outsourcingaffären kan även ha inneburit att leverantören hanterat information åt kunden som nu ska föras tillbaka till denne. Inte minst vid IT-outsourcing torde informationshantering vara en väsentlig del av tjänsten. Information av särskilt känslig natur kan vara personuppgifter eller annan information som på grund av regulatoriska krav måste behandlas enligt särskilda former samt kundens affärshemligheter och know-how. Om outsourcingobjektet består av någon form av utvecklingsarbete kan eventuella resultat

¹²¹ Halvey–Melby s. 546.

¹²² Se Lindberg–Kahn–Krouthén s. 188 f.

av detta vara viktiga. Leverantörens åtagande att föra över, eller förstöra, information kan ses som en förlängning på leverantörens sekretessåtagande som behandlats i avsnitt 4.2.6.

Fortsatt god kommunikation mellan parterna under avtalets avveckling kan antas vara avgörande för att få övergången att fungera. De kommunikationskanaler som gäller inom ramen för parternas ordinarie samverkan kan därför behöva kompletteras. Det kan exempelvis finnas en poäng i att inkludera den nya leverantören i syfte att underlätta övertagandet.

Slutligen bör det regleras i vilken mån kunden ska betala för leverantörens assistans. Ersättningen kan antingen ha bakats in i den föregående löpande ersättningen eller istället självständigt utgå från den assistans som faktiskt tillhandahålls. Det senare upplägget ger dock större flexibilitet. Det möjliggör exempelvis ett upplägg där leverantören inte ges rätt till någon ersättning i det fall avtalet sagts upp efter avtalsbrott av leverantören.

4.7.3 Ansvarsövertagande och övergångsperiod

Vad det gäller regleringen av kundens eller en ny leverantörs ansvarsövertagande hänvisas till avsnitt 4.4. Detsamma gäller frågan om leverantörens eventuella förpliktelse att under en övergångsperiod efter det att ansvaret tagits över av en ny leverantör att tillhandahålla stödtjänster till denne.

4.7.4 Överlåtelse av produktionsresurser

I syfte att fortsätta producera den tjänst som leverantören framställt kan kunden eller en ny leverantör ha intresse av att förvärva de produktionsresurser som leverantören använt sig av. Under förutsättning att leverantören inte har för avsikt att fortsätta använda samma resurser för att producera tjänster till andra kunder har förmodligen även leverantören ett intresse av att överlåta dessa. Precis som vid outsourcingaffärens initierande kan resurserna bestå av olika fysiska resurser i form av maskiner, verktyg, datorer samt anställningsavtal och avtal till tredje man. I fråga om form och upplägg för en överlåtelse hänvisas därför till framställningens behandling av den initiala verksamhetsöverlåtelsen i avsnitt 4.3. En skillnad mot den initiala övergången som kan noteras är att kunden, genom krav på obligatoriska bestämmelser i leverantörens avtal med tredje man om fri överlåtelse rätt, kan ha skapat bättre förutsättningar för övertagande av avtal.

5 Avslutande kommentarer

Syftet med denna uppsats har varit att utforska hur avtalsregleringen vid en outsourcingaffär kan, men framför allt bör, utformas. Uppsatsen kan sägas innehålla en utredning av vilka frågor som generellt sett aktualiseras vid outsourcing. Genom att ge förslag på hur dessa moment kan regleras samt beröra de olika lagregler som kan aktualiseras, kan uppsatsen fungera som en handbok för utformande av outsourcingavtal. På detta vis har uppsatsen eftersträvat en ökad kunskap om den praktiska juridiska verksamhet som det är att utforma ett avtal för en outsourcingaffär.

Outsourcing är en affärsmodell där ansvaret för en verksamhetsfunktion som tidigare skötts internt förs över till en extern part som sedan framställer och levererar den tjänst som tidigare framstälts internt tillbaka till företaget. Affärsmodellens kräver därför en avtalsrelation mellan parterna som vissa avseenden skiljer sig från mer konventionella avtalstyper som finns avhandlade inom doktrinen.

En outsourcingaffärs livscykel kan, för att få överblick, schematiskt delas in i fyra olika steg: initieringsfas, övergångsfas, leveransfas samt exitfas. Det är under initieringsfasen som upplägget för affären, dvs. de tre senare faserna, bestäms, planeras och avtalsregleras. Utgångspunkten för regleringen är ett huvudavtal som anger parternas generella åtaganden och som utgör en slags yttre ram för affären. De olika delarna av affären detaljregleras sedan var för sig. Regleringen av övergångsfasen består dels av en inkråms- alternativt en aktieöverlåtelse genom vilken leverantören tar över kundens produktionstillgångar för den aktuella verksamhetsgrenen och dels av regler för när ansvaret för tjänsteleverans kan gå över till leverantören. Leveransfasen regleras huvudsakligen genom tjänsteavtalet som i sin tur består av tre beståndsdelar. Grunden i tjänsteavtalet är tjänstebeskrivningen där de olika tjänster som ingår i tjänsteleveransen definieras. Tjänstebeskrivningen kopplas för det första till en prissättningsreglering där det för varje tjänstetyp framgår vilket pris som ska utgå. Tjänstebeskrivningen kopplas för det andra även till ett servicenivåavtal som innehåller mätbara krav på leveransen samt ekonomiska sanktioner vid bristande uppfyllelse. Leveransfasen regleras emellertid också genom formaliserade regler för parternas olika former av interaktion och samverkan. Affärens sista fas, exitfasen, regleras primärt genom leverantörens åtaganden att assistera kunden vid avtalets upphörande.

Outsourcing syftar till att effektivisera en näringsverksamhet. Det finns nämligen både ekonomiska och strategiska fördelar att vinna på affären. Oavsett vad den närmare orsaken till en enskild outsourcingaffär är det genom det långsiktiga utbytet som båda

parters kommersiella mål med affären uppnås. För att affären ska fungera under en längre tid ställs särskilda krav på parternas avtalsrelation. Under avtalsperioden är det nämligen inte osannolikt att det sker förändringar som påverkar förutsättningarna för parternas utbyte varför avtalet måste medge flexibilitet ifråga om såväl tjänstens utformning som den kvantitet som tillhandahålls. Detta får dock inte medföra att avtalet ges en vag utformning – tvärtom krävs det att avtalet klart och precist anger båda parter respektive åtaganden för att någon oklarhet inte ska uppstå. Kraven på precision respektive flexibilitet uppnås främst genom regleringen i tjänsteavtalet samt genom formaliserade regler för ändring av avtalsvillkoren. Dessa regler kan därför påstås vara de mest centrala för affärens framgång, även om alla delar av avtalsregleringen fyller en funktion.

Det räcker emellertid inte med att avtalsregleringen är tydlig och dynamisk för att affären ska bli lyckad. Om inte avtalsregleringen speglar en sund och välmående relation mellan parterna är risken stor att affären likväl inte fungerar tillfredställande. Vid avtalets ingående bör därför avtalsskrivningar som är skäligen för båda parter eftersträvas. Den i avtalet reglerade samverkans- och kommunikationsmodellen skapar förutsättningar för att underhålla relationen under avtalstiden.

Det har i framställningen även konkluderats att outsourcingavtalet, trots att det reglerar två i viss mån fristående transaktioner, bör betraktas som ett enda avtal. Verksamhetsövergången är nämligen helt assessorisk till tjänsteleveransen. På grund av outsourcingavtalets hybridkaraktär är det svårt att tillämpa något av de befintliga civilrättsliga lagverken. Detta i kombination med att outsourcing knappt behandlats inom doktrinen gör att outsourcingavtal kan sägas ingås i rättskällemässigt hålrum. Då outsourcingavtalet har företräde framför eventuell dispositiv rätt bör olägenheterna i bristen på sådan emellertid inte överdrivas.

Källförteckning

Litteratur

Böcker

- Adlercreutz, Axel & Gorton, Lars, Avtalsrätt I, 13 uppl., Juristförlaget i Lund 2011
- Adlercreutz, Axel & Gorton, Lars, Avtalsrätt II, 6 uppl., Juristförlaget i Lund 2010
- Augustson, Magdalena & Bergstedt Sten, Viveca, Outsourcing av IT-tjänster, Industrilitteratur 1999
- Bengtsson, Bertil, Särskilda avtalstyper 1, Norstedt 1976
- Bernitz, Ulf, Karnell, Gunnar, Pehrsson, Lars & Sandgren, Claes, Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens, 12 uppl., Jure 2011
- Hellner, Jan, Hager, Richard & Persson, Annina H Speciell avtalsrätt II Kontraktsrätt 1 häftet. Särskilda avtal, 5 uppl., Norstedts juridik 2010
- Hellner, Jan, Hager, Richard & Persson, Annina H, Speciell avtalsrätt II Kontraktsrätt 2 häftet. Allmänna ämnen, 5 uppl., Norstedts juridik 2011
- Hellner, Jan & Ramberg, Jan, Speciell Avtalsrätt I, 2 uppl., Juristförlaget 1991
- Herre, Johnny, Ersättningar inom köprätten, Norstedts juridik 1996
- Håstad, Torgny, Köprätt och annan kontraktsrätt, Iustus 2009
- Källström, Kent & Malmberg, Jonas, Anställningsförhållandet, 2 uppl., Iustus 2009
- Lehrberg, Bert, Avtalstolkning, 5 uppl., Institutet för Bank- och Affärsjuridik AB 2009
- Lindberg, Agne, Kahn, Johan & Krouthén, Björn, IT-Avtal – Särskilt om outsourcing, Norstedts juridik 2009
- Lundmark, Thorsten, Friskrivningsklausuler : giltighet och räckvidd : särskilt om friskrivning i kommersiella avtal om köp av lös egendom, Iustus 1997
- Lunning, Lars & Toijer, Gudmund, Anställningsskydd, 10 uppl., Norstedts juridik 2012
- Macneil, Ian, The Relational Theory of Contract: Selected Works of Ian Macneil, Sweet & Maxwell 2001
- Munukka, Jori, Kontraktuell lojalitetsplikt, Jure 2007
- Nial, Håkan & Hemström, Carl, Om handelsbolag och enkla bolag, 4 uppl., Norstedts juridik 2012
- Ramberg, Christina, Kontraktstyper, Norstedts juridik 2005
- Ramberg, Jan, under medverkande av Herre, Johnny, Köplagen, Norstedts juridik 1995
- Ramberg, Jan & Herre, Johnny, Allmän köprätt, 6 uppl., Norstedts juridik 2012
- Ramberg, Jan & Ramberg, Christina, Allmän avtalsrätt, 8 uppl., Norstedts juridik 2010
- Samuelsson, Joel, Tolkningslärans gåta, Iustus 2011

Tiberg, Hugo & Dotevall, Rolf, Mellanmansrätt, 9 uppl., Norstedts juridik 1997
Tonell, Magnus, Sekretessavtal och det rättsliga skyddet för företagshemligheter, Jure 2012
Williamson, Oliver, The Economic Institutions of Capitalism, The Free Press 1985
Öman, Sören & Lindholm, Hans-Olof, Personuppgiftslagen : en kommentar, 3 uppl.,
Norstedts juridik 2007
Power, Mark J, Desouza, Kevin C & Bonifazi, Carlo, The Outsourcing Handbook : How
to Implement a Successful Outsourcing Project, Kogan Page 2006 Halvey, John K &
Melby, Barbara Murphy, Business Process Outsourcing : Process, Strategies and Contracts,
2 uppl., John Wiley & Sons 2007
Forssman, Magnus, Företagsöverlåtelser, Norstedts juridik 2011
Pedersen, Kristian, Upphandlingens grunder, 2 uppl., Jure 2011

Artiklar

Drewert, Johanna, Utvidgat företagsansvar för att förebygga korruption?, JP 2012 s. 177 –
205
Frydinger, David, Det affärsjuridiska hantverket – arbete inom avtalsfrihetens gränser, JP
2012 s. 291 – 309
Jareborg, Nils, Rättsdogmatik som vetenskap, SvJT 2004 s. 1 – 10
Lindqvist, Thomas & Ståhl, Fredrik, Outsourcing av IT-tjänster ur ett
övertagandeperspektiv, JT 2003/04 s 546 – 570
Ramberg, Christina, Uppsägning av långvariga samarbetsavtal, SvJt 2010 s. 94 – 98
Ramberg, Jan, Avtalsautonomi och den dispositiva rätten, Festskrift till Anders Agell,
Iustus 1994, s. 501 – 512
Sevenius, Robert, Om ”due diligene” – företagsbesiktningens betydelse inom svensk rätt,
SvJT 2007 s. 499 - 515

Offentligt tryck

Prop. 1988/89:76 om ny köplag
Prop. 1990/91:63 om handelsagentur
Prop. 2008/09:88 Ny kommissionslag

Rättsfall

NJA 1990 s. 745
NJA 1999 s. 629

NJA 2001 s. 138

NJA 2009 s. 672

AD 2002 nr. 63

AD 2008 nr. 64

AD 2009 nr. 55

C-171/94 och C-172/94 Merckx och Neuhuys, REG 1996, s. I – 1253

Mål 24/85 Spijkers, REG 1997, s. 1119

Internetkällor

Wallström, Martin, Outsourcing för 1700 miljarder kronor,

<http://computersweden.idg.se/2.2683/1.459433/outsourcing-for-1-700-miljarder-kronor>,

publicerad 2012-08-08 (2012-12-06)

Axelsson, Jörgen, Outsourcing – en avtalsmässig utmaning,

<http://www.infotorgjuridik.se/premium/civilratt/itratt/article91454.ece>, publicerad 2007-

04-19 (2012-11-07)

Deloitte Consulting 2008 Outsourcing Report Why Settle For Less?,

<http://www.deloitte.com/assets/Dcom->

[UnitedKingdom/Local%20Assets/Documents/Services/Consulting/UK_C_Why_settle_f](http://www.deloitte.com/assets/Dcom-UnitedKingdom/Local%20Assets/Documents/Services/Consulting/UK_C_Why_settle_f)

[or_less_UK.pdf](http://www.deloitte.com/assets/Dcom-UnitedKingdom/Local%20Assets/Documents/Services/Consulting/UK_C_Why_settle_f) publicerad 2009-01-13 (2012-10-27)