



Molntjänstlösningar inom business process-outsourcing (BPO)



Gustav Lundin
Advokat, delägare

Molntjänstlösningar börjar i allt större utsträckning att användas på den bredare outsourcingmarknaden

För bara 5-10 år sedan var IT-infrastruktur tjänster vanligt förekommande på marknaden för outsourcingtjänster. Det ansågs vara kostnadseffektivt att lägga ut support och underhåll av servrar och annan IT-infrastruktur till specialiserade externa tjänsteleverantörer. Marknaden dominerades ursprungligen av företag såsom IBM, HP/EDS och DXC, och därefter även av Indienbaserade aktörer såsom HCL Technologies, Infosys, Wipro och TCS. Sådana outsourcingupplägg har dock över tid blivit allt mindre vanliga, eftersom företag i allt större utsträckning börjat utnyttja molntjänstleverantörer för samma tjänster.

Vi ser nu en tendens där molntjänstutbudet börjar expandera allt mer utanför marknaden för IT-tjänster till att omfatta även andra mer traditionella former av outsourcing, särskilt inom BPO-sfären (Business Process Outsourcing). Om tendensen håller i sig kan vi förvänta oss att de typer av avtalsvillkor som använts av de storskaliga molnleverantörerna inom IT-sfären, t.ex. för olika typer av IaaS- och PaaS-tjänster, också kommer att ligga till grund för motsvarande "as a service"-arrangemang inom BPO-världen. Frågan är dock vad detta kommer att innebära i praktiken.

De stora molntjänstleverantörerna lär fortsätta försöka kontraktera sina kunder på leverantörernas egna standardvillkor

De ledande leverantörerna på IT-området (och i synnerhet de mest storskaliga molntjänstleverantörerna såsom Microsoft, Amazon och Google) kommer troligen förvänta sig att kunna använda sina egna standardavtal även när de ger sig in på BPO-marknaden.

Det kan uppfattas som utmanande för större kunder med vana att kunna förhandla outsourcingavtal med utgångspunkt i sina egna avtalsvillkor. Med tanke på de stora värdena i outsourcingavtal och att dessa ofta har förhandlats fram i upphandlingsprocesser där leverantörerna konkurrensutsatts mot varandra, har många kunder kommit att vänja sig vid starka förhandlingspositioner. När förhandlingarna gällt kundpassade IT-arrangemang har det därför historiskt ofta varit möjligt att förhandla fram kundvänliga avtal. Lika kundvänliga avtal har man dock inte kunnat förhandla fram när förhandlingarna gällt standardiserade molntjänster på IT-marknaden, t.ex. olika typer av IaaS- och PaaS-tjänster.

Om molntjänstutbudet börjar expandera från IT-marknaden och in på den bredare outsourcingmarknaden kan en konsekvens bli att man som beställare tvingas acceptera ett antal "utmanande" leverantörsvänliga avtalsbestämmelser, t.ex.:

- Rättigheter för leverantören att utan kundens samtycke förändra tjänsterna (eller rättigheter för leverantören att sluta tillhandahålla dem, helt eller delvis), utan att kunden ges rätt att säga upp avtalet;
- Begränsade garantiåtaganden;
- Begränsade servicenivåerbjudanden där servicekrediter erbjuds som exklusiv påföljd (dvs. utan möjlighet för kunden att kräva skadestånd utöver servicekrediterna vid brott mot servicenivåerna);
- Inga eller endast mycket begränsade revisionsrättigheter;
- Omfattande rättigheter för tjänsteleverantören att avbryta tillhandahållandet av vissa eller samtliga tjänster;
- Goda uppsägningsmöjligheter för leverantören (ofta mer förmånliga för leverantören än för kunden); och
- Långtgående ansvarsbegränsningar (ofta ensidiga till förmån för leverantören).

Flera av dessa bestämmelser har sitt ursprung i avtalsvillkoren för storskaliga molntjänster på IT-marknaden. Dessa molntjänster har ju ofta levererats enligt "en till många"-principen, dvs. av en enskild leverantör på ett standardiserat sätt till ett stort antal kunder som förutsätts acceptera leverantörens standardleverans och därmed leverantörens standardvillkor. Andra är kanske mer ett resultat av att många molntjänstleverantörers villkor inte har granskats särskilt noggrant av kunderna eftersom avtalsvärdet inte varit tillräckligt högt och de sålda tjänsterna inte varit tillräckligt affärskritiska. Detta har dock förändrats i takt med att allt fler affärskritiska funktioner lagts ut på storskaliga molninfrastruktur tjänster, och det kommer sannolikt att förändras ännu mer när affärskritiska BPO-tjänster börjar tillhandahållas digitaliserat enligt en "as-a-service"-modell.

Frågan blir då om de traditionella (mera kundvänliga) outsourcingavtalsmodellerna och de nyare (mera leverantörsvänliga) molntjänsterna kan mötas på halva vägen.

Tjänsteleverantörerna lär försöka bereda sig rätten att förändra sina tjänster över tid, men det finns ett ökat förhandlingsutrymme kring dessa frågor

Vi tror att det är osannolikt att en molntjänstleverantör på BPO-marknaden skulle släppa på de rättigheter att förändra tjänsterna över tid som leverantörerna vant sig vid från IT-marknaden. Deras tjänstemodell kommer ju

sannolikt kommer att fortsätta att baseras på att ha en gemensam plattform/lösning som sedan används för att tillhandahålla tjänster till ett stort antal kunder. Detta är kärnan i den kostnadseffektivitet som kunderna i slutändan drar nytta av, och tjänsteleverantörerna kommer att påpeka – med viss rätt – att det är osannolikt att de skulle göra ändringar i sina tjänster som skulle vara negativa för kunderna eftersom det skulle göra leverantörerna mindre konkurrenskraftiga på marknaden.

I detta avseende finns det dock skillnader mellan BPO- och IT-världen. Kunderna i en BPO-outsourcing påverkas ofta mer av tjänsteförändringar, och de kan därför förhandla hårdare för åtminstone vissa skyddsåtgärder för att begränsa tillämpningen av sådana avtalsrättigheter, t.ex.:

- Skyldigheter för leverantören att säkerställa att eventuella förändringar verkligen kommer att tillämpas för leverantörens bredare kundbas, snarare än att riktas mot den enskilda kunden på ett diskriminerande sätt;
- Bestämmelser som innebär att eventuella minimiintäktsåtaganden och liknande kommersiella uppgörelser justeras om ändringarna har en negativ inverkan på kundens förmåga att använda de berörda molntjänsterna; och
- Uppsägningsrättigheter för kunden om de förändringar som införs har en negativ inverkan på verksamheten eller kundens kostnader för att använda de berörda molntjänsterna.

De tjänstenivåer som tillämpas på BPO-marknaden kommer att fokusera på kvalitet, noggrannhet och hastighet snarare än (enbart) på tjänsternas tillgänglighet

När det gäller molntjänstavtal inom IT-världen kan tjänstenivåerna ofta se bra ut på ytan, men vår erfarenhet är att tjänstenivåerna sällan erbjuder någon fullgod kompensation när de tillämpas i praktiken. Dessa tjänstenivåer brukar också vara fokuserade på ren tjänstetillgänglighet, snarare än de i praktiken mera sannolika perioderna av (tillfälliga) försämringar av tjänsterna. Det gör att man som kund sällan får ut någon vettig kompensation från leverantören om det skulle uppstå problem i tjänsteleveransen.

De tjänstenivåer som erbjuds på BPO-marknaden är dock ofta annorlunda gentemot de tjänstenivåer som erbjuds på ITO-marknaden. Vi misstänker därför att BPO-relaterade tjänstenivåer i den nya molnvärlden utöver ren tjänstetillgänglighet kommer att fokusera på samma typ av mätvärden som finns i BPO-erbjudanden idag. Tjänstenivåerna kan t.ex. komma att kopplas till olika typer av KPIer kring noggrannhet och slutförandehastighet m.m.

Vi räknar dock också med att tjänsteleverantörerna kommer att fortsätta att argumentera för standardiserade SLA-erbjudanden som inte är öppna för förhandling på individuell basis. Leverantörerna kommer också sannolikt i stor utsträckning att försvara positionen där servicekrediter utgör kundens enda och exklusiva åtgärd vid brott mot tjänstenivåerna (även om vi tycker oss ha sett en viss flexibilitet i detta avseende på IT-marknaden på sistone).

På marknaden för BPO-tjänster kan leverantörerna troligen komma att ta ett större ansvar för regelefterlevnad jämfört med leverantörerna på IT-marknaden

Ett annat omtvistat område på outsourcingmarknaden – särskilt i förhållande till BPO-affärer – är i vilken utsträckning tjänsteleverantören förbinder sig att säkerställa att tillämpliga lagar följs och särskilt då de lagar som inte gäller generellt för leverantören som sådan. Tjänsteleverantörernas inställning till regelefterlevnad brukar variera beroende på om lagarna och förordningarna i fråga är:

- specifika för tjänsteleverantören;
- specifika för kunden (och/eller dess verksamhetsområde);
- specifika för den typ av outsourcade tjänster som tillhandahålls; eller
- generiska till sin natur (dvs. genom att vara tillämpliga på alla typer av företag, oavsett vad de är verksamma inom).

Molntjänstleverantörer har historiskt sett ansett att de bara kan åta sig att följa de lagar som är tillämpliga för dem som tjänsteleverantörer. Argumentet har då ofta varit att molntjänstleverantörernas kunder är baserade i många olika länder och verksamma inom många olika branscher, vilket gör att leverantören inte kan åta sig att följa kundspecifika lagar och regler. Denna utgångspunkt kan dock utmanas i större utsträckning på BPO-marknaden. Om avtalet exempelvis rör en molnbaserad HR-tjänst, kommer kunderna troligen förvänta sig att tjänsten följer den arbetsrättslagstiftning som gäller för kundens verksamhet.

På BPO-marknaden kommer leverantörens uppsägningsrättigheter troligen att behöva bli mer kundvänliga jämfört med på IT-marknaden

Vi tror att molntjänstleverantörerna kan komma att stöta på ökat motstånd på BPO-marknaden jämfört med på ITO-marknaden när det gäller leverantörens rätt att säga upp avtalet och stänga av tjänsteleveransen.

Historiskt har man som kund på ITO-marknaden – åtminstone när det gällt medelstora till större kundanpassade outsourcingarrangemang – kunnat förhandla fram relativt kundvänliga bestämmelser i dessa hänseenden. Tjänsteleverantören har t.ex. ofta inte haft rätt att avbryta tjänsteleveransen om kunden brutit mot avtalet, och detta även om parterna t.ex. legat i tvist om någon del av leverantörens ersättning. Istället har leverantören kompenserats för avtalsbrott från kundens sida genom lättnader i tjänsteleveransen, ev. i kombination med ekonomisk kompensation.

Som en kontrast till detta har uppsägningsbestämmelserna i molntjänstavtal ofta varit mycket mera leverantörsvänliga. Molntjänstleverantören har ofta omfattande rättigheter att stänga av kunden från tjänsten eller till och med säga upp avtalet helt, t.ex. vid olika typer av avtalsbrott eller brott mot olika typer av regler för tjänsteanvändningen, och detta oavsett om brotten varit av väsentlig karaktär eller inte. Dessa uppsägningsrättigheter har ofta varit ömsesidiga mellan parterna, men vi har även sett fall där de varit mer förmånliga för tjänsteleverantören än för kunden.

Med tanke på att många av de outsourcade tjänsterna på den bredare outsourcingmarknaden kan komma att tillhandahållas "as-a-service", räknar vi med att balansen i dessa bestämmelser kommer att förändras något. Vi har redan sett att molntjänstleverantörer på den bredare outsourcingmarknaden i större omfattning accepterar bestämmelser avseende stödåtgärder vid avslutande av tjänsten. Vi har t.ex. sett leverantörerna acceptera

bestämmelser som innebär att de ska tillhandahålla tjänsterna under en potentiellt lång tid efter den tidpunkt då avtalet annars skulle ha avslutats i syfte att möjliggöra en överföring av tjänsterna till en annan plattform eller leverantör.

Vi förväntar oss även att det kommer att ske en gradvis förflyttning som begränsar omfattningen av de uppsägnings- och avstängningsrättigheter som är tillgängliga för tjänsteleverantörerna. Vi kan t.ex. se att molntjänstavtal på BPO-marknaden kommer att innehålla fler kvalifikationer om väsentlighet och/eller krav på att det ska finnas någon form av risk eller inverkan på andra tredje parter när det gäller storskaliga tjänster som tillhandahålls enligt "en-till-många"-principen för att leverantören ska få säga upp avtalet. Samtidigt kommer kundens möjligheter till uppsägning sannolikt att utvidgas (t.ex. genom att inkludera rätt till uppsägning kopplat till servicekvalitet/SLA-nivåer i motsats till enbart "väsentliga" överträdelsor).

På BPO-marknaden kommer bestämmelserna kring ansvar och ansvarsbegränsningar att vara mer balanserade jämfört med den traditionella molntjänstmarknaden

Ansvarsfrågor är ett annat område där vi räknar med en utveckling i marknadspositionerna. Återigen kommer de "traditionella" outsourcing- och molntjänstvärldarna från motsatta ändar av spektrumet när det gäller dessa frågor. Avtalsbestämmelserna i "traditionella" outsourcingavtal tenderar att vara mer fördelaktiga för kunden, med högre ansvarstak (ofta 150% eller mer av genomsnittliga årliga avgifter) och fler punkter där ansvaret är obegränsat. Ansvarsbestämmelserna i molntjänstavtal på IT-marknaden har varit mycket mer leverantörsvänliga, med begränsningar som ofta är kopplade till de avgifter som är relevanta för de defekta delarna av tjänsterna, snarare än avgifterna för avtalet i dess helhet.

En särskild utmaning för molntjänsteleverantörerna är att om den tjänstestörning som ger upphov till ett anspråk har koppling till själva kärnplattformen för tjänsteleveransen så kommer troligen många eller flertalet kunder att drabbas av en och samma tjänstestörning. Om tjänsteleverantören då har accepterat kundvänliga ansvarsbestämmelser med ett stort antal av sina kunder, kommer konsekvenserna av sådana problem bli mera kännbara för tjänsteleverantören. Leverantörerna kommer i dessa situationer att argumentera för leverantörsvänliga ansvarsbestämmelser.

Å andra sidan kan vissa tjänstestörningar vara kopplade till enskilda platser från vilka molntjänstleverantören bedriver sin verksamhet (t.ex. enskilda datacenter), eller relatera till konfigurationer eller tjänster som specifikt har tillhandahållits en viss kund. I dessa fall kommer leverantören inte ha samma argument för att begränsa sitt ansvar, särskilt i ljuset av att leverantören sannolikt har försäkringskydd som helt kompenserar tjänsteleverantören vid sådana krav.

Vi har redan sett en förskjutning i förhandlingspositionerna när det gäller ansvarsbestämmelserna i molntjänstavtal som rör IaaS- och PaaS-tjänster. En utvidgning av molntjänstmodellen till andra former av outsourcade tjänster (och i synnerhet mer affärskritiska tjänster och/eller avtal med större värden) kommer säkert att driva på trenden ytterligare.

Regulatoriska krav gör att tjänsteleverantörerna ofta ser sig tvingade att acceptera mer långtgående revisionsrättigheter för kunder inom t.ex. den finansiella sektorn

I traditionella outsourcingavtal är revisionsrättigheterna vanligtvis ganska omfattande genom att kunden tillåts utföra revisioner på plats på tjänsteleverantörens driftställen. Sådana rättigheter brukar dock inte finnas i molntjänstavtal (eller i varje fall vara betydligt mera begränsade). Leverantörerna brukar försvara denna position med att peka på de praktiska svårigheterna i att tillhandahålla revisionsåtkomst till system eller anläggningar som används för att stödja ett stort antal kunder.

Bristen på revisionsrättigheter har dock noterats av tillsynsmyndigheterna inom särskilt den finansiella sektorn. Många av de molntjänstleverantörer som vi träffar på försöker försvara positionen om att de bara kommer att bevilja särskilda revisionsrättigheter när det krävs enligt lag eller myndigheters föreskrifter. Det finns dock utrymme för förhandling vid större affärer, och detta förhandlingsutrymme kommer troligen att öka ytterligare i takt med att molnplattformar börjar användas i ökad utsträckning på den bredare outsourcingmarknaden.

Marknadsutvecklingen verkar sammantaget erbjuda kunderna större förhandlingsmöjligheter jämfört med vad som varit fallet under de gångna åren

Molntjänsternas inträde på den bredare outsourcingmarknaden ser därför alltså sammantaget ut att innebära vissa förändringar i förhandlingspositionerna mellan kunder och leverantörer. Följden verkar bli ett ökat förhandlingsutrymme. Vi misstänker dock att det i slutändan inte kommer att finnas någon "one size fits all-approach". Vi kan alltså få se en större variation i marknadspraxisen jämfört med vad som kanske var fallet med ett typiskt IT-outsourcingavtal för 5-10 år sedan.

Tjänster

Corporate
